

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

COLREFRESCOS LIMITADA

CONTRA

BAVARIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y la ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **COLREFRESCOS LIMITADA** y **BAVARIA S.A.** surgidas con ocasión de la oferta de distribución de productos, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES PROCESALES.

1.1.1. Parte Convocante.

La Parte Convocante de este trámite arbitral es **COLREFRESCOS LIMITADA**, sociedad limitada legalmente constituida mediante escritura pública No. 82 de la Notaria 4ª del Círculo de Bucaramanga del 15 de enero de 1998,

representada legalmente por su gerente, **GILDARDO VEGA CABALLERO**, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Bucaramanga, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga. (Cuaderno Principal No. 1 folio 18).

En este trámite arbitral está representado judicialmente por el doctor **GERSON VEGA VARGAS**, abogado de profesión, con tarjeta profesional No. 145.442 del Consejo Superior de la Judicatura de acuerdo a los poderes que obran a folio 17 y 111 del Cuaderno Principal No. 1.

1.1.2. Parte Convocada.

La parte convocada del presente trámite arbitral es **BAVARIA S.A.** sociedad comercial legalmente constituida mediante escritura pública No. 3111 de la Notaria 2ª del Círculo de Bogotá, de 4 de noviembre de 1930, representada legalmente por su Representante legal **KARL LIPPERT**, y en este proceso por el Doctor **OSCAR MATEUS DUARTE**, en su calidad de representante legal para fines judiciales y administrativos, mayor de edad y de este vecindario, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá. (Cuaderno Principal No. 1 folio 80).

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **HÉCTOR MARÍN NARANJO**, abogado de profesión con tarjeta profesional No. 521 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder visible a folio 134 del Cuaderno Principal No. 1.

1.2. LA OFERTA.

Con fecha dos (2) de junio de 1999, **COLREFRESCOS LTDA.**, presentó a **BAVARIA S.A.** una oferta de “*distribución de los productos fabricados o distribuidos por*

BAVARIA S.A.” La anterior oferta fue modificada en dos oportunidades, el cuatro (4) de agosto de 2000 y el veintisiete (27) de agosto de dos mil tres (2003).¹

1.3. EL PACTO ARBITRAL.

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria contenida en la Cláusula Décima Novena de la oferta de distribución de productos, de junio 2 de 1999, que dispone:

“DÉCIMA NOVENA: Me obligo a que toda diferencia que se presente entre BAVARIA S.A y la sociedad que represento, con ocasión de la interpretación del contrato surgido de la presente oferta, su ejecución, su cumplimiento, su terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por tres (3) árbitros que se designaran de común acuerdo por las partes, siguiendo en todo caso las disposiciones legales sobre la materia. El fallo pronunciado por los árbitros será dictado en derecho y los gastos que ocasionare el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.”.

En idéntico sentido, la Cláusula Décima Novena de la oferta presentada el 4 de agosto de 2000, reitera lo contenido en la cláusula anterior.

Y la Cláusula DECIMA OCTAVA, de la propuesta presentada el veintisiete (27) de agosto de dos mil tres (2003), expresa:

*“DECIMA OCTAVA: Me obligo a que toda diferencia que se presente entre **BAVARIA S.A** y la sociedad que represento, con ocasión de la interpretación del contrato que surja en caso de que esta oferta sea aceptada, su ejecución, su cumplimiento, su terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por tres (3) árbitros, los cuales serán nombrados directamente y de común acuerdo por las partes. A falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C, para que las cite a audiencia con el fin de designar los árbitros. Si alguna de ellas no asiste o no se logra el acuerdo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C, procederá a nombrar los árbitros correspondientes. El fallo que dicte será en derecho y los gastos, costos y honorarios que se causen con ocasión del arbitramento, serán de cuenta de la parte que resulte vencida. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá, D.C y se regirá en todo caso las disposiciones legales sobre la materia.”.*

Por último, la Cláusula Décima Primera del Contrato de Comodato, suscrito entre las partes el día 12 de septiembre de 2005, expresa lo siguiente:

¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 - folios 19 a 23 y folios 274 a 282.

DÉCIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA.- Toda diferencia que surja entre el Comodante y el Comodatario con ocasión del presente contrato, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por tres (3) árbitros que se designarán de común acuerdo por las partes o en su defecto por el órgano competente del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, siguiendo en todo caso las disposiciones legales sobre la materia. El Tribunal funcionará en la Ciudad de Bogotá D.C. y la convocatoria se presentará ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El fallo pronunciado por los árbitros será dictado en derecho y los gastos que ocasioné el juicio arbitral serán por cuanta de la parte vencida”.

1.4. INICIACIÓN DEL TRÁMITE.

1.4.1. Con fundamento en las cláusulas compromisorias antes transcritas **COLREFRESCOS LIMITADA**, presentó el diez (10) de octubre de dos mil siete (2007), solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra **BAVARIA S.A.**².

1.4.2. Previa designación de los árbitros de común acuerdo por las partes, aceptación oportuna de estos y citación³, el veintiséis (26) de noviembre de dos mil siete (2007), Acta No. 1, con la presencia de todos los árbitros, y los apoderados de las partes, se instaló el Tribunal de Arbitramento, designó como Presidente a la Doctora **CAMILA DE LA TORRE BLANCHE**, Secretaria a la Doctora **JEANNETTE NAMÉN BAQUERO**, y profirió el Auto No. 1, fijándose como lugar de funcionamiento y secretaría la sede El Salitre del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Avenida el Dorado No. 68 D- 35, piso 3 de Bogotá⁴.

1.4.3. Por Auto número 2 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil siete (2007), Acta No. 1, el Tribunal, inadmitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, presentada por la parte convocante, por cuanto el poder otorgado por la parte convocante era insuficiente en relación con las pretensiones de la demanda y adicionalmente por que el Señor Gildardo

² Cuaderno Principal No. 1 - folios 1 a 16.

³ Cuaderno Principal No. 1, folios 58 a 70.

⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 76 a 78.

Vega Caballero, quién actúa en nombre propio, no otorgó poder en debida forma.

1.4.4. Por Auto No. 2 de veintiséis (26) de noviembre de dos mil siete (2007), se concedió a la parte convocante un término de cinco (5) días hábiles para subsanar la demanda, de conformidad con el artículo 85 del C.P.C.

1.4.5. El día (3) de diciembre de dos mil siete (2007), el apoderado de la parte convocante, sustituyó la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, allegando el poder para reclamar las sumas de dinero derivadas del cobro ilegal de los cánones de arrendamiento de la bodega entregada en comodato. (Cuaderno Principal No. 1, folios 88 a 110).

1.4.6. Por Auto No. 3, Acta No. 2, del dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008), el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, presentada por **COLREFRESCOS LTDA.**, y dispuso su notificación y traslado por el término legal de diez (10) días hábiles (Cuaderno Principal No. 1 Folios 119 a 124). De igual forma rechazó la demanda en lo que se refería a las pretensiones que Señor **GILDARDO VEGA CABALLERO**, solicitaba a su favor en su calidad de persona natural.

1.4.7. El veintiuno (21) de enero de dos mil ocho (2008), por secretaría, se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda al Doctor **OSCAR MATEUS DUARTE**, representante legal de **BAVARIA S.A.** (Cuaderno Principal No. 1, folio 126).

1.4.8. Oportunamente, el día primero (1º) de febrero de dos mil ocho (2008), la parte convocada, por conducto de su apoderado judicial Doctor **HÉCTOR MARÍN NARANJO**, contestó la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, oponiéndose a las pretensiones y solicitando la práctica de pruebas (Cuaderno Principal No. 1, folios 127 a 133).

1.4.9. Mediante Auto No. 4, Acta No. 3, del cinco (5) de febrero de dos mil ocho (2008), el Tribunal fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia de conciliación.

1.4.10. Por Auto No. 5, Acta No. 4, de dieciocho (18) de febrero de dos mil ocho (2008), el Tribunal declaró fallida la audiencia de conciliación, y dispuso la continuación del trámite. El mismo día mediante Auto No. 6, Acta 4, fijó la suma correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal, que fueran consignados dentro del término consagrado en el inciso primero del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, en un cien por ciento (100%) por **BAVARIA S.A.**

1.4.11. Mediante el mismo Auto No. 6, Acta 4, de la misma fecha, se fijó el día once (11) de marzo de dos mil ocho (2008), para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.

1.5. TRÁMITE ARBITRAL.

1.5.1 Primera audiencia de trámite.

El día once (11) de marzo de dos mil ocho (2008), Acta No. 5, se realizó la Primera Audiencia de Trámite de conformidad con los artículos 124 de la ley 446 de 1998 y 147 del decreto 1818 de 1998, se leyeron las cláusulas compromisorias acordadas, en la Cláusula Décima Novena de la oferta de distribución de productos, de 2 de junio de 1999, Décima Novena de la oferta de 4 de agosto de 2000 y Décima Octava de la oferta que modificó la anterior, de 27 de agosto de 2003, y, Décima Primera del Contrato de comodato de 12 de septiembre de 2005. (Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 271 a 282). De igual forma se dio lectura a las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal contenidas en la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por **COLREFRESCOS LIMITADA** contra **BAVARIA S.A.** (Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 16, en

el escrito que sustituye la demanda inicial (Cuaderno Principal No. 1, folios 88 a 110), su respectiva contestación (Cuaderno Principal No. 1 folios 127 a 133).

Previo análisis de las cláusulas compromisorias, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la demandante, así como la contestación de la demandada, el Tribunal, mediante Auto No. 7 de once (11) de marzo de dos mil ocho (2008), se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, en relación con la oferta de distribución celebrada entre las mismas.⁵

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso.

Definida la competencia del Tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto No. 8 proferido en la audiencia del once (11) de marzo de dos mil ocho (2008), Acta No. 5⁶.

El trámite se desarrolló en quince (15) sesiones, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron alegatos de conclusión y se profirió este laudo.

1.5.3. Pruebas decretadas y solicitadas

Por Auto No. 8 proferido en audiencia del once (11) de marzo de dos mil ocho (2008), Acta No. 5, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.3.1 Documentales:

⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 157 a 177.

⁶ Cuaderno Principal No. 1, folios 157 a 177.

Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con la solicitud de convocatoria y demanda arbitral y los documentos allegados con la contestación de la demanda arbitral.

1.5.3.2 Testimoniales:

El Tribunal decretó y practicó los testimonios de los Señores **GERMÁN VILLAMIL BARRERA, JUAN CARLOS MOLINA PÉREZ, JOSÉ YOVANNY QUINTERO PARRA**, el día veinticinco (25) de marzo de dos mil ocho (2008), **HENRY DAVID CAMACHO FRANCO, DORIS VILLAMIZAR CANCELADO, LYDA YOVANNA PALACIOS MARENTES, FERNANDO FRANKLIN OTERO**, el día veintiocho (28) de marzo de dos mil ocho (2008), **OLGER LEONARDO HERRERA BELTRÁN, ANA ISABEL TOLOSA ROJAS, y, CIRO ANDRÉS LEAL BARRERA**, el día nueve (9) de mayo de dos mil ocho (2008). Las transcripciones de las grabaciones de estos testimonios se pusieron a disposición de las partes y se agregaron al Cuaderno de Pruebas No. 1 del expediente.

El apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios de los Señores **ALBERTO ANDRADE y OLEGARIO GALLO**, el Tribunal aceptó el desistimiento mediante Auto No. 12, Acta No. 8, del nueve (9) de mayo de dos mil ocho (2008).

De igual forma el apoderado de la parte convocada desistió de los testimonios de los Señores **ANTONIO ROMERO DUARTE y LUIS ENRIQUE TOLOSA SANTANDER**. El Tribunal aceptó el desistimiento mediante Auto No. 12, Acta No. 8, del nueve (9) de mayo de dos mil ocho (2008).

El día veintisiete (27) de mayo de 2008, el apoderado de la parte convocada manifestó que desistía del testimonio del Señor **ORIOLE RAMÍREZ**

SEQUEDA. El Tribunal aceptó el desistimiento mediante Auto No. 13, Acta No. 9 del tres (3) de junio de 2008.

1.5.3.3 Tachas:

En la audiencia celebrada el veinticinco (25) de marzo de dos mil ocho (2008), en el curso del testimonio practicado al Señor **GERMÁN VILLAMIL BARRERA**⁷, conforme a las reglas previstas en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil y cuya declaración se decretó a instancia de **COLREFRESCOS LIMITADA**, el apoderado de la parte convocada en este proceso arbitral formuló tacha contra el citado testigo. En la misma audiencia del veinticinco (25) de marzo de 2008, el apoderado de la parte convocante tachó como sospechoso al testigo **JUAN CARLOS MOLINA PÉREZ**, decretado a instancia de **BAVARIA S.A.**

De igual forma en audiencia del veintiocho (28) de marzo de dos mil ocho (2007)⁸, en el curso de los testimonios practicados a los Señores **HENRY DAVID CAMACHO FRANCO** y **LYDA YOVANNA PALACIOS MARENTES**, conforme a las reglas previstas en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil y cuyas declaraciones se decretaron a instancia de **COLREFRESCOS LIMITADA**, el apoderado de la parte convocada en este proceso arbitral formuló tacha contra los citados testigos.

1.5.3.4 Interrogatorio de parte:

El Tribunal decretó el interrogatorio de parte de los Representantes Legales de **COLREFRESCOS LIMITADA** y **BAVARIA S.A.**, interrogatorios que se llevaron a cabo en audiencias del día nueve (9) de mayo de dos mil ocho (2008).

⁷ Acta No. 6, Cuaderno Principal No. 1, folios 195 a 202.

⁸ Acta No. 7, Cuaderno Principal No. 1, folios 216 a 223.

1.5.3.5 Dictamen Pericial Contable.

Se decretó, practicó y rindió un dictamen pericial contable⁹ por parte de la doctora **GLORIA ZADY CORREA**, en los términos solicitados por ambas partes. El correspondiente peritaje fue presentado al Tribunal el día veinticinco (25) de abril de dos mil ocho (2008), cuya contradicción se surtió de conformidad con la ley. El día siete (7) de mayo de dos mil ocho (2008), los apoderados de las partes solicitaron la aclaración y complementación del dictamen pericial; el informe de aclaraciones fue rendido por la Señora Perito el día veintinueve (29) de mayo de 2008¹⁰. Por Auto No. 14, Acta No. 10, el Tribunal de oficio solicitó a la Señora perito complementar su dictamen, el informe de complementación fue rendido por la perito el día once (11) de julio de dos mil ocho (2008)¹¹.

1.5.3.6 Inspecciones judiciales con intervención de perito.

Por Auto 8, Acta 5, de once (11) de marzo de dos mil ocho (2007), el Tribunal, de conformidad con el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, aplazó el decreto de las pruebas de inspecciones judiciales solicitadas por la parte convocada en la contestación a la demanda.

Mediante Auto No. 16, Acta No. 12 de ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008), el Tribunal negó el decreto de las inspecciones judiciales, por cuanto consideró que resultaban innecesarias ya que los hechos que con ellas se pretendían probar fueron objeto del dictamen pericial contable rendido por la perito¹².

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión.

⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 283 a 303.

¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 448 a 458.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 299 a 302.

¹² Cuaderno Principal No. 1, Folios 311 a 313.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia celebrada el día dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008), expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos.¹³

En forma resumida, se presentan los temas y aspectos que fueron tratados en los respectivos alegatos:

1.5.4.1 Alegatos de COLREFRESCOS.

El apoderado de **COLREFRESCOS**, inicia sus alegatos expresando que el contrato que se celebró entre las partes fue un contrato de adhesión, pues las cláusulas de la oferta que dieron origen al mismo fueron redactadas en su totalidad por **BAVARIA S.A.** Para la celebración del contrato no existió libre discusión entre las partes, no existen cláusulas a favor del distribuidor, y su redacción favorece exclusivamente a **BAVARIA S.A.**

Expresa que lo anterior se demostró a lo largo del proceso, con el interrogatorio del Representante legal de **BAVARIA S.A.**, quién manifestó en su declaración que es **BAVARIA S.A.**, la que redacta la totalidad de las cláusulas de la oferta. En el mismo sentido se pronunciaron varios testigos ex distribuidores de **BAVARIA S.A.**

Posteriormente trata el punto de la naturaleza jurídica del contrato, expresando que se trata de un contrato de suministro para distribución, denominación asignada a este tipo de contratos por la doctrina mercantil colombiana y extranjera, y regulado por los artículos 968 al 980 del Código de Comercio, así como por la Ley 256 de 1996 y por las demás normas civiles y comerciales referentes a la materia.

Manifiesta que en la cláusula DÉCIMA de la propuesta se menciona que “los productos a distribuir se reciben de **BAVARIA S.A.**, a título de suministro, y

¹³ Cuaderno Principal No. 1 – folios 333 a 373.

durante la etapa procesal **BAVARIA S.A.**, no acreditó que hubiera existido algún otro tipo de contrato entre las partes de esta litis.

Manifiesta el apoderado de la parte convocante, que la relación comercial inició desde enero de 1998, fecha en la que se redactó la primera oferta de distribución y en la que se generó la primera entrega o despacho de líquido por parte de **BAVARIA S.A.** a **COLREFRESCOS LTDA.** Lo anterior se probó con el dictamen pericial, que informa que la contabilidad de **COLREFRESCOS LTDA** única y exclusivamente se circunscribía a la relación con **BAVARIA S.A.** y que la misma inició desde el año 1998 y no 1999, como pretendió hacerlo ver **BAVARIA S.A.**

Alega que al ser un contrato de suministro con distribución, debe aplicarse la normatividad del Código de Comercio, y en especial donde se regula la cuantía y el precio de los bienes suministrados.

El tercer punto que trata en sus alegatos es el relativo a la contraprestación pactada entre las partes y especialmente los fletes. Al respecto manifiesta que se probó en el proceso que no quedaron determinados los precios de la mercancía objeto del contrato, por tratarse de un contrato de duración, dejándose dicha regulación a la voluntad de las partes. Sin embargo, durante la vigencia del contrato, **BAVARIA S.A.** establecía anualmente los precios de los productos que vendía a **COLREFRESCOS LTDA**, empresa que a su vez, se obligaba a venderlos al mismo precio que los compraba de **BAVARIA S.A.**

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 970 del Código de Comercio establece que si no se estipula desde un principio la cuantía del suministro, debe pagarse cada suministro como un negocio jurídico individualmente considerado, y que si las partes no señalan el precio del suministro, se presume que aceptan el precio medio que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y día del cumplimiento de cada prestación. Por ello los fletes, única contraprestación pactada, debían pagarse con el precio medio de las cosas, y el precio medio de las

cosas (fletes) era el comunicado por **BAVARIA S.A.** con anterioridad, según la conducta de las partes.

Se probó en el proceso que todos los fletes eran comunicados por **BAVARIA S.A.** con anterioridad, y en ese sentido se expresaron los testigos, tanto ex distribuidores como empleados de **BAVARIA S.A.** De igual forma se probó que en abril de año 2005, **BAVARIA S.A.**, de manera arbitraria y unilateral, modificó los fletes de manera retroactiva, causando un detrimento patrimonial que aún no sido ha resarcido.

Expresa que **BAVARIA S.A.**, no probó que le hubiera comunicado con anterioridad a **COLREFRESCOS LTDA** que le iban a modificar los fletes con retroactividad; si esa afirmación hubiera sido cierta, hubiera sido comunicada por escrito al contratista, como era la costumbre entre las partes. Por el contrario, **BAVARIA S.A.** pretende irse en contra de sus propios actos y busca crear una excepción a la sana costumbre que había puesto en práctica y que había respetado, consistente en comunicar con anterioridad al distribuidor los fletes, fletes que en realidad eran la única ganancia del contratista en este contrato de adhesión.

Por lo anterior, **BAVARIA S.A.** con su conducta cometió un abuso de la posición dominante, ya que el distribuidor no tenía forma de negarse a los nuevos fletes; sin embargo **COLREFRESCOS LTDA**, manifestó su oposición al descuento efectuado, pero aun así, **BAVARIA S.A.** le descontó esos dineros.

Con respecto a los fletes, expresa que se probó a lo largo del proceso que los fletes del año 2004 siguieron vigentes al inicio del año 2005, pues **BAVARIA S.A.** no comunicó a **COLREFRESCOS LTDA** intención alguna de modificarlos. Sin embargo, el 14 de Abril de 2005, **BAVARIA S.A.**, comunicó a **COLREFRESCOS LTDA**, de forma extemporánea, los nuevos fletes de distribución vigentes para el año de 2005, con la especial pretensión de hacer retroactivos dichos valores al 1 de enero de 2005, lo que, según el apoderado de la parte convocante, va en contravía de la sana costumbre comercial y del

comportamiento de las partes, que prevalece sobre las estipulaciones contractuales.

Lo anterior ocasionó a **COLREFRESCOS LTDA**, perjuicios representados en la disminución de la remuneración que recibía, y configuró un abuso de la posición dominante por parte de **BAVARIA S.A.** Por lo tanto es claro que el descuento que realizó a **BAVARIA S.A.** a **COLREFRESCOS LTDA** no tiene ningún fundamento legal ni contractual, y por consiguiente debe ser reintegrado en su totalidad al distribuidor. Por ello, reitera la solicitud de condenar a **BAVARIA S.A.**, a pagar a **COLREFRESCOS LTDA** la suma de \$41'092.380 (cuarenta y un millones noventa y dos mil trescientos ochenta pesos) por concepto de la aplicación del retroactivo a los fletes de distribución contenidos en las facturas cambiarias de compraventa giradas por **BAVARIA S.A.**, durante el 1 de Enero de 2005 y el 14 de Abril de 2005, con sus respectivos intereses moratorios.

Sobre el punto relativo al pago del envase, manifiesta el apoderado de la parte convocante que al momento de finiquitarse la relación comercial entre **BAVARIA S.A.**, y **COLREFRESCOS LTDA**, existía otro saldo a favor de ésta última, por concepto de envase y canastas de veintinueve millones cuatrocientos setenta y cuatro mil cien pesos (\$ 29.474.100).

Manifiesta que los envases y canastas fueron adquiridos en el mercado por **COLREFRESCOS LTDA** durante el desarrollo y ejecución del contrato. Relaciona en sus alegatos un listado de precios, vigentes al momento de la terminación de la relación comercial con **BAVARIA S.A.**, y expresa que es inaceptable el precio que **BAVARIA S.A.**, quiere pagar el envase: tres millones trescientos cincuenta y tres mil ochocientos pesos (\$3.353.800,00); por 56.388 Botellas y 963 Canastas.

Con respecto a la terminación del contrato, alega el apoderado de la parte convocante que dicho contrato terminó anticipadamente el día 13 de mayo de

2006, por decisión unilateral e injustificada de **BAVARIA S.A.** Lo anterior se demostró en el proceso con los interrogatorios practicados. Por lo tanto, alega que **BAVARIA S.A.**, incumplió el contrato de suministro siendo procedente decretar la indemnización a favor de **COLREFRESCOS LTDA** por los perjuicios ocasionados.

Manifiesta el apoderado de la parte convocante que se demostró en el proceso que **COLREFRESCOS LTDA**, pagó por imposición de **BAVARIA S.A.**, los arreglos locativos de la bodega ubicada en la calle 34 número 13-59 Barrio Centro de Bucaramanga, consistentes en el “pago de repontecialización de acometida de medidor de energía y acometida de cuarto frío”, donde funcionaba y sigue funcionando actualmente la bodega **BUSER** de distribución de productos **BAVARIA S.A.**

Asimismo, manifiesta que se probó que **BAVARIA S.A.**, no ha restituido dicha suma de dinero al demandante, a pesar de los múltiples requerimientos realizados; por lo anterior reitera la pretensión de que se condene a **BAVARIA S.A.** a pagar a **COLREFRESCOS LTDA**, la suma de un millón doscientos treinta mil pesos (\$1.230.000,00), por los arreglos locativos de la bodega.

De igual forma, reitera que **BAVARIA S.A.**, cobró cánones de arrendamiento de un contrato de comodato, situación que se acreditó en el proceso, especialmente con el testimonio de la señora Doris Villamizar, empleada de **BAVARIA S.A.**, Por lo anterior solicita que se condene a la convocada a pagar la suma de cuatro millones ciento cinco mil ochocientos cincuenta pesos (\$4.105.850,56) derivada del cobro ilegal de los cánones de arrendamiento de la bodega entregada en Comodato, más los intereses moratorios desde la fecha en que hacía efectivo cada uno de esos descuentos, hasta cuando se haga el pago total.

Adicionalmente solicita que se condene a **BAVARIA S.A.** a pagar a **COLREFRESCOS LTDA**, la suma de cuatro millones doscientos treinta y seis mil trescientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y dos centavos (\$4'236.364,62),

que se encuentran depositados en la cuenta corriente que **BAVARIA S.A.**, dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de **COLREFRESCOS LTDA**, derivados de la ejecución del contrato de suministro para distribución.

Por último trata el tema de las garantías constituidas para ejecutar el contrato de distribución, y, solicita nuevamente, que se declare que **COLREFRESCOS LTDA** no tiene obligación o deuda pendiente a favor de **BAVARIA S.A.**, y por consiguiente se condene a **BAVARIA S.A.** a cancelar y asumir todos los gastos y costos derivados del levantamiento de la hipoteca existente a su favor sobre el inmueble identificado con M.I. 300-237677, y de la prenda sin tenencia existente a su favor sobre el vehículo Marca Mazda B 2200 SP, Modelo 1994, de Placas XLE 923.

Concluye solicitando al Tribunal, que se declaren todas y cada una de las pretensiones incoadas en la solicitud de convocatoria y demanda arbitral.

1.5.4.2 Alegatos de Bavaria S.A.

Inicialmente, el apoderado de la parte convocada, después de hacer una presentación de las pretensiones de la demanda, expresa que la pretensión 16 declarativa y la 10 de condena, a favor del Señor Gildardo Vega son a título personal y no de **COLREFRESCOS LTDA.**, por lo anterior el Tribunal ha debido rechazar su competencia para asumir el conocimiento, y por lo tanto ser desestimadas.

Con respecto a la contraprestación que solicita **COLREFRESCOS LTDA**, expresa que en ninguna parte de la demanda se dice en qué habría consistido la mencionada prestación de servicios. Alega el apoderado de la parte convocada, que algunas pretensiones de la demanda se abstienen de exponer hechos fundamentales como son los atañedores a la clase de productos – refrescos y aguas – que inicialmente empezó distribuyendo y a la inclusión de la distribución

de la cerveza, que fue de donde surgió la situación por la que reclama **COLREFRESCOS LTDA.**

Posteriormente trata el punto del papel de la voluntad de las partes en el surgimiento y mantenimiento de la relación jurídica, expresando que dicha relación jurídica es de carácter consensual, fue un negocio de mutua conveniencia para ambas partes, que se comprueba por su larga duración.

Alega que **COLREFRESCOS LTDA**, desde el inicio de la relación comercial, aceptó libre y espontáneamente el negocio y se mantuvo por varios años en su ejecución, y que en ningún momento hubo imposiciones arbitrarias por parte de **BAVARIA S.A.** El distribuidor tenía la posibilidad de aceptar o rechazar las condiciones de **BAVARIA S.A.** como se demostró a lo largo del proceso. Adicionalmente expresa que el Representante legal de la parte convocante sabía de antemano cuales eran las condiciones de **BAVARIA S.A.**, al haberse desempeñado como preventista antes de celebrar el contrato de distribución. Por lo anterior es contrario a la realidad que **BAVARIA S.A.**, elabore los formularios preimpresos y fije unilateral de los fletes por la misma.

Adicionalmente, manifiesta que no se demostró en el transcurso del proceso que **COLREFRESCOS LTDA**, fuera coaccionada o engañada para celebrar y ejecutar el contrato de distribución.

Sobre las pretensiones relativas a la declaratoria de existencia de la relación contractual de las partes desde el 17 de mayo de 1998 hasta el 13 de mayo de 2006, manifiesta que respecto a la fecha de inicio del contrato, la parte convocante no lo demostró y en cuanto a la fecha de terminación, tampoco se demostró que la relación contractual hubiese terminado en esa fecha.

Sobre las pretensiones relativas a la terminación unilateral y sin justa causa del contrato por parte de **BAVARIA S.A.**, y del lucro cesante del distribuidor, expresa que no se encuentra probado. Adicionalmente se demostró que a

COLREFRESCOS LTDA, se le ofreció un cambio de plan que implicaba una ampliación de la zona de cobertura y tenía unas mayores exigencias, que **COLREFRESCOS LTDA.**, aceptó.

Con respecto a las pretensiones relativas a la existencia y reconocimiento de una prestación de servicios entre las partes y dentro del mismo lapso de tiempo derivada del contrato de suministro de distribución, expresa que carecen de sustento factico y probatorio.

Sobre la fijación de fletes, manifestó que había acuerdo entre las partes y no se trataba de imposiciones unilaterales de **BAVARIA S.A.**, sin embargo es injustificado el hecho que alega la convocante cuando manifiesta que entre el 1 de enero de 2005 y 14 de abril continuaron rigiendo los fletes del año inmediatamente anterior por no haberse comunicado al distribuidor unos nuevos fletes para el año 2005. Expresa que el valor de los fletes, como lo demuestra el peritazgo siempre fueron aumentando año tras año. Adicionalmente manifiesta que se comunicó al distribuidor que se le había pagado en exceso y que por lo anterior se le iban a realizar unos descuentos por lo que se le había pagado de más.

Alega el apoderado de la parte convocada que la demanda omite decir que en el año 2005 se amplió la cobertura de distribución de **COLREFRESCOS LTDA**, además de distribuir refrescos a partir de enero de 2005 empezó a distribuir cervezas lo que generó un aumento en los fletes .

Continúa su alegato, expresando que las pretensiones relativas al contrato de comodato y el cobro erróneo de los cánones de arrendamiento por parte de Bavaria a Colrefrescos, fue reconocido por **BAVARIA S.A.** y acepta que debe efectuar el reembolso de las sumas que indebidamente fueran pagadas por dicho concepto.

De igual forma manifiesta que **BAVARIA S.A.** no se ha negado a pagarle a **COLREFRESCOS LTDA** el valor de los gastos en que incurrió al hacer las reparaciones de la Bodega, expresa que si el Tribunal encuentra la prueba de los mismos, **BAVARIA S.A.**, no tendría reparo en reconocerlos. Lo mismo manifiesta respecto de las sumas que se encuentran depositadas en la Cuenta Corriente de **COLREFRESCOS LTDA**.

Con respecto al reconocimiento de envase y canastas, manifiesta que esos envases y canastas, tal y como lo expresó en su interrogatorio de parte el representante legal de **COLREFRESCOS LTDA**, fueron adquiridos por la compra que éste hizo a terceras personas en el mercado. Por lo tanto **BAVARIA S.A.**, no está obligada a recomprarlos.

Por todo lo expuesto, solicita al Tribunal desestimar las pretensiones de la demanda de **COLREFRESCOS LTDA**.

1.6. AUDIENCIA DE FALLO.

Mediante Auto No. 18, Acta No. 14, de dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008), el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza.¹⁴

1.7. TÉRMINO PARA FALLAR.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, *“al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”*.

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1 – folios 328 a 330.

- a. El día once (11) de marzo de 2008, se efectuó la primera audiencia de trámite, y mediante providencias números 7 y 8 proferidas en la misma audiencia y fecha (Acta No. 5), se asumió competencia y decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

- b. Posteriormente, el proceso se suspendió por solicitud conjunta de las partes del veintinueve (29) de marzo de dos mil ocho (2008) al veintinueve (29) de abril de dos mil ocho (2008), Acta No. 7, Auto No. 11 de 28 de marzo de 2008¹⁵; del quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008) al dos (2) de junio de dos mil ocho (2008), Acta No. 8, Auto No. 12 del nueve (9) de mayo de dos mil ocho (2008)¹⁶; del veintiocho (28) de junio de dos mil ocho (2008) al quince (15) de julio de dos mil ocho (2008), Acta No. 10, Auto No. 14 del veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008)¹⁷; del cinco (5) de septiembre de dos mil ocho (2008) al primero (1º) de octubre de dos mil ocho (2008), Acta No. 13, Auto No. 17 del cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008)¹⁸. Por último, mediante Auto No. 18, Acta No. 14 del dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008), se suspendió del día tres (3) de octubre de dos mil ocho (2008), hasta el día veintiséis (26) de noviembre de 2008, todas las fechas inclusive.¹⁹.

Son, en total, ciento cincuenta y un (151) días de suspensión.

Culminada la primera audiencia de trámite el once (11) de marzo de dos mil ocho (2008), el término inicial de los seis meses calendario vencería entonces el once (11) de septiembre de 2008 y suspendido el proceso en las oportunidades indicadas, el término legal de seis (6) meses vencería el nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009). Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

¹⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 216 a 223.

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1, folios 256 a 266.

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1, folios 292 a 295.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 320 a 322.

¹⁹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 328 a 330.

1.8. La demanda y su Contestación.

1.8.1. Pretensiones.

En la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, la Sociedad **COLREFRESCOS LIMITADA**, pretende que se declare que entre COLREFRESCOS LIMITADA y BAVARIA S.A., existió un contrato de suministro para distribución que empezó a ejecutarse desde el 17 de enero de 1998 hasta el 13 de mayo de 2006 y que el mismo fue terminado anticipadamente de forma unilateral por Bavaria S.A., el 13 de mayo de 2006.

Así mismo, pretende que se declare que como consecuencia del contrato de suministro para distribución, se ejecutó desde el 17 de enero de 1998 hasta el 13 de mayo de 2006, una prestación de servicios de Colrefrescos para con Bavaria S.A., en virtud del cual, ésta última sociedad no cancelaba contraprestación alguna a Colrefrescos Ltda.

Pretende que se declare que el único concepto que **BAVARIA S.A.** ha reconocido y pagado a **COLREFRESCOS LTDA.** han sido los *“fletes de distribución”*, consistentes en una contraprestación dirigida a compensar los gastos de transporte que el distribuidor ha incurrido para movilizar los productos elaborados por **BAVARIA S.A.**

Que se declare que desde el 17 de enero de 1998 y hasta el 14 de abril del 2005, los fletes de distribución eran fijados y comunicados por **BAVARIA S.A** a **COLREFRESCOS LTDA** mediante documentos escritos en los cuales se informaba el valor del flete y la entrada en vigencia de los mismos para el respectivo año, siendo no-retroactivos durante la mayor parte de esos periodos, y siendo en pocas ocasiones retroactivos, pero cuya retroactividad no perjudicaba económicamente al distribuidor **COLREFRESCOS LTDA.**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

Que se declare que durante los meses de enero a abril del año 2005 continuaron vigentes los fletes distribución y/o reparto del año 2004, por no haberse comunicado al distribuidor **COLREFRESCOS LTDA** unos nuevos fletes de distribución.

Que se declare que el 14 de abril de 2005, **BAVARIA S.A.** modificó unilateral y extemporáneamente, e impuso arbitrariamente los fletes de distribución y/o reparto para el año 2005, ya que los hizo retroactivos desde el 14 de abril del 2005 hasta el 1 de enero de 2005, sin consentimiento de Colrefrescos Ltda.

Que se declare que, como consecuencia de la anterior modificación, **BAVARIA S.A.** descontó injusta y arbitrariamente la suma de de \$41'092.380 (cuarenta y un millones noventa y dos mil trescientos ochenta pesos) por concepto de la aplicación del retroactivo a los fletes de distribución contenidos en las facturas cambiarias de compraventa giradas por **BAVARIA S.A.** a favor de **COLREFRESCOS LTDA**, durante el 1 de enero de 2005 y el 14 de abril de 2005.

Que se declare que entre **BAVARIA S.A.** y **COLREFRESCOS LTDA.**, se celebró y suscribió el contrato de comodato No. 2005-00821, mediante el cual **BAVARIA S.A.**, entregó a dicho título el inmueble ubicado en la Calle 34 No. 13-59 de la ciudad de Bucaramanga, para el funcionamiento de una Bodega Urbana de Servicios Rápidos (BUSER).

Que se declare que **BAVARIA S.A.** incumplió el mencionado contrato de comodato, al cobrar la suma de cuatro millones ciento cinco mil ochocientos cincuenta pesos (\$4.105.850,56) por concepto de cánones de arrendamiento de dicha bodega.

Que se declare que **COLREFRESCOS LTDA** efectúo, por imposición de **BAVARIA S.A.**, arreglos locativos a la bodega ubicada en la calle 34 número 13-59 Barrio Centro de Bucaramanga, consistentes en el Pago de repontecialización

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

de energía de acometida de medidor de energía y acometida de cuarto frío, y, en consecuencia se declare que **BAVARIA S.A.** debe a **COLREFRESCOS LTDA** la suma de un millón doscientos treinta mil pesos (\$1.230.000,00), por dichas mejoras.

Adicionalmente, pretende que se declare que **BAVARIA S.A.** debe a **COLREFRESCOS LTDA** la suma de \$4'236.364,62, que se encuentran depositados en la cuenta corriente que **BAVARIA S.A.**, dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de **COLREFRESCOS LTDA** derivados de la ejecución del contrato de suministro para distribución.

Que se declare que **BAVARIA S.A.** debe a **COLREFRESCOS LTDA** la suma de \$29.474.100, por concepto de envases y canastas que Colrefrescos Ltda., tiene a su favor en la cuenta corriente de envases, de acuerdo a los precios vigentes en el momento en que terminó la vinculación contractual entre las partes.

Que se declare que **COLREFRESCOS LTDA** no tiene ninguna obligación o deuda pendiente a favor de **BAVARIA S.A.**, y por consiguiente se declare que **BAVARIA S.A.**, debe cancelar la hipoteca existente a su favor sobre el inmueble identificado con M.I. 300-237677, constituida mediante Escritura Pública número 2196 del 23 del agosto de 1999, e igualmente se declare que **BAVARIA S.A.** debe cancelar la prenda sin tenencia existente a su favor sobre el vehículo Marca Mazda B 2200 SP, Modelo 1994, de Placas XLE 923, matriculada en la ciudad de Bucaramanga.

Que se declare que la empresa **BAVARIA S.A.** debe pagar a favor de **COLREFRESCOS LTDA**, el lucro cesante derivado de los ingresos que la demandante dejó de recibir del 13 de mayo de 2.006 al 31 de diciembre de 2.006, por concepto de fletes de distribución, derivados del contrato.

Que se declare que **BAVARIA S.A.** debe asumir todos los gastos y costos notariales derivados del levantamiento de las garantías relacionadas anteriormente,

esto es, la hipoteca y la prenda sin tenencia., y en favor de **COLREFRESCOS LTDA.**

De igual forma solicita que se condene a **BAVARIA S.A.**, a pagar a **COLREFRESCOS LTDA**, las siguientes sumas de dinero:

- La suma de dinero que arroje el dictamen pericial, consistente en la contraprestación causada por la prestación de servicios paralela al contrato de suministro para distribución, ejecutado desde el 17 de enero de 1998 y hasta el 13 de mayo de 2006.
- La suma de \$41'092.380 (cuarenta y un millones noventa y dos mil trescientos ochenta pesos) por concepto de la aplicación del retroactivo a los fletes de distribución contenidos en las facturas cambiarias de compraventa giradas por **BAVARIA S.A.**, a favor de **COLREFRESCOS LTDA** durante el 1 de Enero de 2005 y el 14 de Abril de 2005.
- Los intereses liquidados a la tasa máxima legal sobre la suma de \$41'092.380 (cuarenta y un millones noventa y dos mil trescientos ochenta pesos), desde la fecha en que se efectuó cada descuento y hasta que se efectúe el pago total de dicha obligación.
- El lucro cesante derivado de los ingresos que **COLREFRESCOS LTDA.**, dejó de recibir del 13 de mayo de 2.006 al 31 de diciembre de 2.006, por concepto de fletes de distribución.
- La suma de cuatro millones ciento cinco mil ochocientos cincuenta pesos con cincuenta y seis centavos (\$4.105.850,56) derivada del cobro ilegal de los cánones de arrendamiento de la bodega entregada en Comodato a **COLREFRESCOS LTDA**, más los intereses moratorios desde la fecha en que hacía efectivo cada uno de esos descuentos, hasta cuando se haga el pago total.
- La suma de un millón doscientos treinta mil pesos (\$1.230.000,00), por los arreglos locativos de la bodega ubicada en la calle 34 número 13-59, barrio Centro de Bucaramanga, consistentes en el pago de repotencialización de acometida de medidor de energía y acometida de cuarto frío, donde

funcionaba la bodega BUSER de distribución de productos de **BAVARIA S.A.**

- La suma de cuatro millones doscientos treinta y seis mil trescientos setenta y cuatro pesos con sesenta y dos centavos (\$4'236.364,62) que se encuentran depositados en la cuenta corriente que **BAVARIA S.A.** dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de **COLREFRESCOS LTDA** derivados de la ejecución del contrato de suministro para distribución.
- La suma de veintinueve millones cuatrocientos setenta y cuatro mil cien pesos (\$29.474.100) por concepto de envases y canastas que **COLREFRESCOS LTDA** tiene a su favor en la cuenta corriente de envases, de acuerdo a los precios vigentes desde el 13 de mayo de 2005 y vigentes en el momento en que terminó la vinculación contractual entre **BAVARIA** y **COLREFRESCOS LTDA**.
- Que todos los valores relacionados en las pretensiones anteriores, sean indexados de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor hasta el momento del pago total de la obligación.
- Que se condene a **BAVARIA S.A.** a asumir todos los gastos y costos notariales derivados del levantamiento de las garantías relacionadas anteriormente, esto es, la hipoteca y la prenda sin tenencia., y en favor de **COLREFRESCOS LTDA**.
- Que se condene a **BAVARIA S.A.** a pagar la totalidad de costos, costas y agencias en derecho del presente trámite arbitral.

Más adelante se volverá a las pretensiones de la demanda, cuando el Tribunal se ocupe de su análisis.

1.8.2 Los hechos de la demanda, y su respectiva contestación.

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación con su respectiva respuesta.

Según la demanda, entre **BAVARIA S.A.** y **COLREFRESCOS LIMITADA**, se presentó una propuesta de distribución de los productos fabricados o distribuidos por **BAVARIA S.A.**, el 17 de enero de 1998, en la cual **COLREFRESCOS LIMITADA**, se obligaba a revender los productos en forma directa e independiente, con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y administrativa, los productos fabricados y/o distribuidos por **BAVARIA S.A.** Según la convocante, dicho documento fue elaborado, preimpreso y entregado por **BAVARIA S.A.** a los distribuidores, bajo la condición de que los firmaran y aceptaran integralmente, sin lugar a modificaciones; configurando así un típico contrato de adhesión.

Expresa la parte convocante que la propuesta fue aceptada tácitamente por **BAVARIA S.A.**, al dar inicio al despacho de los productos fabricados y/o distribuidos por **BAVARIA S.A.**, el día 17 de enero de 1998, en el que se hizo la primera entrega de productos **COLREFRESCOS LIMITADA**.

Por exigencia de **BAVARIA S.A.** para poder continuar con el contrato de suministro **COLREFRESCOS LTDA.**, tuvo que constituir a favor de **BAVARIA S.A.**, el día dos (2) de junio de 1999, un pagaré en blanco, además de constituir otras garantías como una hipoteca abierta en primer grado a favor de **BAVARIA S.A.**, por la suma de cuatro millones doscientos mil pesos (\$4.200.000,00), y, un contrato de prenda sin tenencia sobre el vehículo Mazda B 2200 SP, Modelo 1994, de Placas XLE 923, por la suma de nueve millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$9.450.000.00).

Alega el apoderado de la parte convocante que en el contrato de suministro para distribución, no quedaron determinados los precios de la mercancía objeto del contrato, dejándose dicha regulación a la voluntad de las partes. Sin embargo, durante la vigencia del contrato, **BAVARIA S.A.**, establecía anualmente los precios de los productos que vendía a **COLREFRESCOS LTDA**, empresa que a su vez, se obligaba a venderlos al mismo precio que los compraba de **BAVARIA S.A.**

Expresa que el único concepto que **BAVARIA S.A.** ha reconocido y pagado a **COLREFRESCOS LTDA** han sido los fletes de distribución, que consisten en una contraprestación dirigida a compensar los gastos de transporte que el distribuidor ha incurrido para movilizar los productos elaborados por la empresa suministradora. Dicho rubro era fijado y liquidado por **BAVARIA S.A.** y cancelado contra suministro de mercancía, a favor de **COLREFRESCOS LTDA**, previa aceptación de dicha sociedad del valor de tales fletes y su respectiva liquidación.

Los fletes de distribución, empezaron a ser reconocidos y pagados por **BAVARIA S.A.** desde que los comunicaba, y se continuó con esta práctica hasta de mes de abril del año 2005.

Manifiesta en su demanda, que el día dieciocho (18) de enero de 2001, por solicitud de **BAVARIA S.A.**, el Señor Gildardo Vega Caballero, representante legal de la parte convocante, presentó a LEONA S.A., una nueva oferta de distribución, documento que también fue elaborado y preimpreso por **BAVARIA S.A.**, documento que mantuvo la esencia del contrato celebrado entre las partes, sin que se afectara lo correspondiente al sistema de fijación, liquidación y pago de los denominados fletes de distribución, y sin que se fijara una contraprestación por los servicios prestados por **COLREFRESCOS LTDA**.

Nuevamente el día veintisiete (27) de agosto de 2003, por solicitud de **BAVARIA S.A.**, el representante legal de Colrefrescos Limitada, presentó una propuesta de modificación a la oferta anterior, que mantuvo la esencia del contrato celebrado entre las partes, sin que se afectara lo correspondiente al sistema de fijación, liquidación y pago de los fletes de distribución.

Con respecto a los precios de los productos y fletes de distribución, expresa el apoderado de la parte convocante que **BAVARIA S.A.**, los informaba con antelación al contratista y que éstos empezaban a regir desde que los

distribuidores recibían dichas comunicaciones. Sin embargo, hubo una excepción cuando **BAVARIA S.A.**, informó fletes de distribución con efectos retroactivos, pero cuya diferencia no afectaba al patrimonio del contratista, razón por la cual este no se oponía.

En el año 2005 ninguna de las partes notificó a la otra intención alguna de modificar los fletes de distribución; por lo que el contrato continuó con los mismos fletes de distribución del año 2004, como entendieron los contratantes. Es por ello que en los primeros meses de 2005 **BAVARIA S.A.**, despachó a **COLREFRESCOS LTDA** productos para su distribución, respetando todos los fletes de distribución vigentes en ese momento, los que se venían aplicando desde el 23 de enero de 2004.

El 14 de Abril de 2005 **BAVARIA S.A.**, comunicó a **COLREFRESCOS LTDA** los nuevos fletes de distribución vigentes para el año de 2005, haciendo retroactivos dichos valores al 1 de enero de 2005. Expresa que lo anterior, va en contravía de la sana costumbre comercial y del comportamiento de las partes, que prevalece sobre las estipulaciones contractuales y que ya se había consolidado entre las partes.

El día 14 de mayo de 2005, **COLREFRESCOS LTDA**, manifiesta su desacuerdo con dicha medida y solicita a **BAVARIA S.A.** que los fletes no sean retroactivos al 1 de enero del 2005, sino que entren a regir desde Abril del 2005 como se había venido implementando.

El día 14 de Junio de 2005, **BAVARIA S.A.** modifica nuevamente las tarifas de los fletes de reparto de y/o distribución, pero esta vez, como siempre venía ocurriendo, los hace aplicables a partir de la comunicación.

Manifiesta el apoderado de la parte convocante que **BAVARIA S.A.**, hizo caso omiso a la comunicación del 14 de Mayo de 2005, y a varias de las comunicaciones enviadas por **COLREFRESCOS LTDA** a **BAVARIA S.A.**,

generando que ésta última efectuara desde el 27 de Junio de 2005 y hasta el 26 de Diciembre de 2005 una serie de descuentos al distribuidor consistentes en la corrección de los fletes abonados por mayor valor al autorizado por la gerencia de distribución. Para un total descontado de \$41'092.380.52.

Sostiene que dichos descuentos obedecieron a una decisión unilateral y arbitraria por parte de **BAVARIA S.A.**, quien desconociendo el sistema de operación del contrato de suministro, intentó remediar el error de haber comunicado tardíamente los fletes para el año 2005, haciéndolos injustamente retroactivos.

Desde el mes de enero de 2006, **BAVARIA S.A.** impuso nuevas condiciones sobre el manejo de los clientes, preventistas, cambios inesperados en los precios de los fletes, y otros hechos que en conjunto demuestran la política de **BAVARIA S.A.** de hacer terminar el contrato de suministro.

El día 1º de mayo de 2006, **BAVARIA S.A.** a través del sistema de información computarizada, disminuyó nueva y unilateralmente el valor del concepto de flete de distribución que reconocía a **COLREFRESCOS LTDA.** En esa ocasión la disminución fue de aproximadamente un 5 %.

Expresa que el día 12 de mayo de 2006 el contratista manifestó su inconformidad por la nueva disminución de los fletes de distribución, lo que originó que el jefe de ventas de **BAVARIA S.A.** le sugiriera al distribuidor que terminara la vinculación comercial con **BAVARIA S.A.** y le entregara la Bodega, y en tal sentido, le redactó una carta donde COLREFRESCOS LTDA, terminaba el contrato y entregaba la Bodega, carta que no fue firmada por el distribuidor.

Posteriormente, relata el apoderado de la parte convocante que el día quince (15) de mayo de 2006, el Jefe de ventas de **BAVARIA S.A.**, en Bucaramanga, suspendió el despacho de productos al distribuidor, dando por terminado el contrato de suministro referido, e incumpliendo la obligación del preaviso prevista en la Cláusula Décima Sexta de la Oferta de Distribución. Una vez terminado

unilateralmente el contrato por parte de **BAVARIA S.A.**, ésta le dio la zona a un nuevo distribuidor

Relata en los hechos que para ejecutar el contrato de suministro, **BAVARIA S.A.** entregó en calidad de préstamo gratuito a **COLREFRESCOS LTDA**, una Bodega ubicada en la Calle 34 No. 13-59 de la ciudad de Bucaramanga, para el funcionamiento de una Bodega Urbana de Servicios Rápidos (BUSER), celebrando así un contrato de comodato.

Manifiesta el apoderado de Colrefrescos que **BAVARIA S.A.**, incumplió el anterior contrato, pues cobró al distribuidor la suma de cuatro millones ciento cinco mil ochocientos cincuenta pesos (\$4.105.850,56) por concepto de arrendamientos de la Bodega anteriormente referida, los cuales eran descontados de la cuenta corriente interna que **COLREFRESCOS LTDA** tenía en **BAVARIA S.A.**

De igual forma, **COLREFRESCOS LTDA** pagó unos arreglos locativos de la mencionada bodega consistentes en el pago de repotencialización de acometida de medidor de energía y acometida de cuarto frío, donde funcionaba y sigue funcionando actualmente la bodega BUSER de distribución de productos **BAVARIA S.A.** Suma que a la fecha no ha sido reconocida por **BAVARIA S.A.**

Expresa el apoderado de la parte convocante que al momento de terminar el contrato quedaron unos saldos a favor de **COLREFRESCOS LTDA**, entre ellos la suma de cuatro millones doscientos treinta y seis mil trescientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y dos centavos (\$4.236.364,62), que se encuentran depositados en la cuenta corriente que **BAVARIA S.A.** dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de **COLREFRESCOS LTDA** derivados de la ejecución del contrato; hecho que ha sido aceptado por **BAVARIA S.A.** como consta en una propuesta de transacción que presentó a **COLREFRESCOS LTDA.**, y que la misma no aceptó.

De igual forma manifiesta que al momento de terminarse el contrato existía otro saldo a favor del distribuidor por concepto de envases y canastas, por la suma de veintinueve millones cuatrocientos setenta y cuatro mil cien pesos (\$29.464.100)

Dichos envases y canastas fueron adquiridos en el mercado por **COLREFRESCOS LTDA** durante el desarrollo y ejecución del contrato de suministro. Los precios señalados eran aquellos vigentes en el momento en que terminó la vinculación contractual entre las partes, según comunicación emitida por **BAVARIA S.A.**, el 16 de agosto de 2005.

Alega el apoderado de la parte convocante, que es inaceptable el precio por el que ahora **BAVARIA S.A.** quiere pagar el envase: tres millones trescientos cincuenta y tres mil ochocientos pesos (\$3.353.800,00); por las 56.388 Botellas y 963 Canastas, propiedad de **COLREFRESCOS LTDA**.

COLREFRESCOS LTDA, en reiteradas ocasiones solicitó el pago de dichos envases y canastas, como también que se levantaran las prendas en garantía que **BAVARIA S.A.** tenía a su favor (prenda sobre un vehículo y la hipoteca sobre un bien inmueble).

Expresa la demanda que desde octubre de 2006, las partes han tratado de llegar a un arreglo sobre las sumas que **BAVARIA S.A.** adeuda a **COLREFRESCOS LTDA**, sin que dichas propuestas zanjaran sus diferencias.

El representante legal de la parte convocante ha solicitado reiteradas veces y mediante diversos derechos de petición dirigidos a **BAVARIA S.A.**, el reconocimiento de las sumas de dinero adeudadas por ésta última y el levantamiento de las garantías. Sin embargo **BAVARIA S.A.**, hizo caso omiso a los innumerables derechos de petición presentados.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

Por último expresa la demanda que **BAVARIA S.A.**, le ocasionó a la parte convocante perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, traducidos en la disminución considerada de su patrimonio, producto de los descuentos ilegales.

Expresa que desde el 17 de enero de 1.998, hasta el 13 de mayo de 2.006, **BAVARIA S.A.** obtuvo ingresos por la suma de \$45.600.000.000 aproximadamente, a razón de \$600.000.000 mensuales, producto de la distribución que ejecutó **COLREFRESCOS LTDA**, sin que éste último recibiera algún beneficio o contraprestación por tal distribución, (a excepción de los fletes de distribución).

Con respecto a los fletes, expresa que **BAVARIA S.A.** reconoció por dicho concepto durante el último año de ejecución, desde el 1 de enero al 13 de mayo de 2.006, una suma de dinero promedio mensual de quince millones de pesos (\$15.000.000), aproximadamente.

Sostiene la demanda, que debido a la terminación unilateral del contrato por parte de **BAVARIA S.A.**, **COLREFRESCOS LTDA** dejó de recibir durante lo que hacia falta para terminar el año de 2006, la suma de ciento doce millones quinientos mil pesos (\$112.500.000) correspondientes al lucro cesante derivado de los ingresos que la demandante dejó de recibir del 13 de mayo de 2006 al 31 de diciembre de 2006, por concepto de fletes de distribución.

BAVARIA S.A. al contestar la demanda, se opuso expresamente a todas las pretensiones, negó algunos hechos y solicitó la práctica de pruebas.

Con respecto a los hechos de la demanda, argumentó lo siguiente:

Manifestó que la relación comercial entre **COLREFRESCOS LTDA.** y **BAVARIA S.A.**, inició el día dos (2) de junio de 1999. Expresa que la oferta de distribución de productos fue una negociación celebrada por personas capaces y fue libre y espontáneamente acordada entre las partes, por lo que no hubo

imposiciones por parte de **BAVARIA S.A.**, como lo manifiesta la parte convocante.

Con respecto al objeto del contrato, expresa, que consistía en la compra que el distribuidor le hacía a **BAVARIA S.A.** de sus productos para luego revenderlos a los clientes de **BAVARIA S.A.** Sostiene que es cierto que, para ejecutar el contrato, el distribuidor debe constituir unas garantías a favor de **BAVARIA S.A.**

Respecto la remuneración del distribuidor, manifiesta que a **COLREFRESCOS LTDA** se le remuneró de conformidad con las pautas trazadas desde la inicial oferta de distribución, que el distribuidor aceptó y nunca presentó reclamo alguno.

Sobre la comunicación mencionada en la demanda del 14 de abril de 2005, relativa a los fletes retroactivos, manifiesta que la decisión obedeció a que **COLREFRESCOS LTDA**, como fruto de una equivocación de **BAVARIA S.A.**, se le pagaran unos fletes a los cuales el distribuidor no tenía derecho, según lo manifestó **BAVARIA S.A.** en varias oportunidades. Por lo anterior **BAVARIA S.A.** solicitó el reembolso de los mismos.

Manifiesta que en ningún momento **BAVARIA S.A.**, ejerció un comportamiento arbitrario y unilateral, pues siempre se le comunicaba al distribuidor, de manera previa, las decisiones a tomar.

Expresa que fue **COLREFRESCOS LTDA**, quién abandonó la distribución de los productos de **BAVARIA S.A.** y por lo anterior se hizo necesaria la presencia de un nuevo distribuidor en la zona.

Con respecto al reembolso de los cánones de arrendamiento, expresa que **BAVARIA S.A.**, siempre ha estado dispuesta a devolver dicha suma de dinero, sin embargo **COLREFRESCOS LTDA**, se ha negado a recibirla. De igual forma ha estado dispuesta a reconocerle el pago de las obras que **COLREFRESCOS LTDA** efectuó en la Bodega, solicitándole los soportes contables de las mismas.

Expresa que se ofreció una transacción a **COLREFRESCOS LTDA**, pero que esa circunstancia no significa una confesión de **BAVARIA S.A.**, su propósito era el de precaver un eventual litigio, sin embargo dicha transacción se malogró debido a las irreales y desorbitantes pretensiones de **COLREFRESCOS LTDA**.

Con respecto a los envases y canastas, manifiesta que **BAVARIA S.A.**, en ningún momento adquirió la obligación de comprar dichos envases y canastas a la parte convocante.

Sobre los hechos relativos a los diversos derechos de petición de **COLREFRESCOS LTDA** a **BAVARIA S.A.**, expresa que es cierto que se presentaron, pero no es cierto que **BAVARIA S.A.**, de modo arbitrario se hubiera negado a levantar las garantías.

En cuanto a los ingresos que **COLREFRESCOS LTDA**, recibió desde el 17 de enero de 1998 hasta el 13 de mayo de 2006, por la ejecución del contrato, expresa que no son ciertas las fechas y las cifras plasmadas en la demanda.

2.- CONSIDERACIONES.

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

- I. En primer lugar, los presupuestos procesales.
- II. En segundo término, la tacha de testigos.
- III. En tercer lugar, el análisis de las pretensiones de la demanda.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

La totalidad de los *“presupuestos procesales”*²⁰ concurren en este proceso:

1. Demanda en forma.

La demanda sustituida se ajusta a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

2. Competencia.

El Tribunal, según analizó detenidamente en la providencia proferida el once (11) de marzo de dos mil ocho (2008), como consta en el Acta No. 5, es competente para el juzgamiento y decisión de las controversias contenidas en las pretensiones y excepciones, todas de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de *“pacto arbitral”*.

Las partes de este proceso, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia, al tenor de los artículos 116 de la Constitución Política²¹, 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia número 270 de 1996, 3º, 111 de la Ley 446 de 1998, 115 del Decreto 1818 de 1998, están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias y ante la imposibilidad de solucionarlas por la vía del arreglo directo han acudido al arbitramento y comparecido por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales concurriendo la plenitud de las

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

²¹ El Artículo 116, inciso 4º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Número 003 de 2002, establece: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

exigencias normativas para tal efecto y han sometido al conocimiento y juzgamiento de árbitros

Por otra parte, la arbitral como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

La naturaleza jurisdiccional de la justicia arbitral está consagrada igualmente en los artículos 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, en los artículos 3 y 111 de la Ley 446 de 1998 y ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.²²

Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con *jurisdictio*, profieren providencias judiciales²³, autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

²² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente, Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss; Sentencia de 28 de julio de 1977, Ponente, Eustorgio Sarria, G.J. CLVI, n. 2396, pp. 210 ss; C-42 de 1991; Corte Constitucional, sentencias T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997, (anotando: “2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad”); C-160/99; C-163 de marzo 17 de 1999, C-642 de 9 de septiembre de 1999; SU-091 febrero 2 de 2000; C-330 de 22 de marzo de 2000, C-1436 de octubre 25 de 2000, C-60, 24 de enero de 2001; C-1038 de 28 de noviembre de 2002, Ponente, Eduardo Montealegre.

²³ Concepto de 24 de septiembre de 1975, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Ponente, Samuel Arango Reyes; J. BENETTI S., *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª éd., Bogotá, Temis, 2001, pp.129 ss; R. BEJARANO G, *Los procesos declarativos*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 355 ss.

Surtido el trámite procesal y practicadas las pruebas pedidas por las partes, el Tribunal confirma su competencia para conocer de este asunto, la cual se circunscribe, tal y como quedó definido en la mencionada audiencia del 11 de marzo de 2008, a resolver las diferencias suscitadas entre COLREFRESCOS LTDA y BAVARIA S.A. de que trata la demanda admitida por el Tribunal mediante auto No. 3 del 10 de diciembre de 2007, toda vez que las pretensiones formuladas por el señor **GILDARDO VEGA CABALLERO**, en su calidad de persona natural, tal y como se mencionó en los antecedentes de este laudo, fueron rechazadas por el Tribunal mediante auto No. 3. y por tanto el Tribunal no asumió competencia para conocer de ellas.

En consecuencia, no advirtiéndose defecto procesal alguno que invalide la actuación y encontrándose verificada la totalidad de los presupuestos procesales, procede el Tribunal a resolver de fondo la controversia que la ha sido planteada.

3. Capacidad de parte.

Las partes, **COLREFRESCOS LIMITADA** y **BAVARIA S.A.** son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con *“capacidad procesal”* o *“para comparecer a proceso”*.

Análogamente, el laudo conforme a lo pactado se profiere en derecho y dentro del término para su pronunciamiento.

II. LAS TACHAS FORMULADAS CONTRA LOS TESTIGOS GERMÁN VILLAMIL BARRERA, JUAN CARLOS MOLINA PÉREZ, HENRY DAVID CAMACHO FRANCO y LYDA YOVANNA PALACIOS MARENTES.

1. Tacha formulada por COLREFRESCOS LTDA.

En audiencia del veinticinco (25) de marzo de 2008, conforme a las reglas previstas en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil y cuya declaración se decretó a instancia de **BAVARIA S.A.**, el apoderado de la parte convocante formuló la tacha contra el testigo **JUAN CARLOS MOLINA PÉREZ**, en los siguientes términos:

“DR. VEGA: Primero que todo con la solicitud de que también por las mismas razones que con los testigos anteriores también sea tenido en cuenta este testimonio bajo la sospecha en razón de la subordinación jurídica que el señor tiene con Bavaria, entonces en razón a que es empleado de Bavaria pues también solicito que sea tenido en cuenta el testimonio bajo sospecha porque es evidente que tiene interés en este proceso”.

Sobre el particular, el apoderado de **BAVARIA S.A.**, hizo la siguiente manifestación:

“DR. ARANGO: En relación con la tacha formulada por el doctor Vega yo respetuosamente solicito al Tribunal que no se tenga en cuenta en la medida en que el testigo tiene conocimiento directo de la relación con el demandante de cómo fue su evolución y toda la información que él está dando dentro del proceso puede ser corroborada con la contabilidad de la empresa”.

2. Tachas formuladas por BAVARIA S.A.

2.1 En audiencia del veinticinco (25) de marzo de 2008, conforme a las reglas previstas en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil y cuya declaración se decretó a instancia de **COLREFRESCOS LIMITADA.**, el apoderado de la parte convocada en este proceso arbitral formuló tacha contra el testigo **GERMÁN VILLAMIL BARRERA**²⁴, en los siguientes términos:

DR. ARANGO: Presidente hago un paréntesis, de acuerdo con las manifestaciones que ha hecho el señor Villamil yo quiero tachar su testimonio de sospechoso porque es evidente que él tiene un interés en los resultados del proceso, en virtud de la asociación que representa y en su condición de anterior distribuidor.

²⁴ Acta No. 6, Cuaderno Principal No. 1, folios 195 a 202.

El Tribunal manifestó:

“DRA. DE LA TORRE: Teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 218 pues los motivos y las pruebas de la tacha de sospechoso se apreciarán es con el laudo, entonces se dejará constancia de lo expresado por el doctor Arango en el acta, eso es una figura que existe”.

2.2 De igual forma en audiencia del veintiocho (28) de marzo de dos mil ocho (2007)²⁵, en el curso de los testimonios practicados a los Señores **HENRY DAVID CAMACHO FRANCO** y **LYDA YOVANNA PALACIOS MARENTES**, conforme a las reglas previstas en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil y cuyas declaraciones se decretaron a instancia de **COLREFRESCOS LTDA**, el apoderado de la parte convocada en este proceso arbitral formuló tacha contra los citados testigos.

2.1.1 Con respecto a la tacha del Señor **HENRY DAVID CAMACHO FRANCO**, el apoderado de la parte convocada manifestó:

“DR. ARANGO: Presidenta con base en la declaración que ha hecho el señor Camacho, de acuerdo con el Artículo 217 del Código de Procedimiento me permito tachar de sospechoso el testimonio del señor Camacho, porque su interés en este proceso es absolutamente evidente, en la medida en que él en la actualidad tiene una demanda en curso contra la empresa, dejo en consideración del Tribunal la tacha”.

Sobre el particular, el apoderado de **COLREFRESCOS LTDA.**, hizo la siguiente manifestación:

DR. SANTOS: No acepto por parte del señor apoderado la tacha, porque evidentemente como él lo manifestó el Tribunal que él convoca es para reclamar el concepto de envases bajo los argumentos que él aquí ha planteado, siendo que aquí los argumentos que se están debatiendo son temas... y me parece que es importante tener en cuenta el testimonio del señor Henry, en la medida en que él es conocedor directamente de las relaciones que existían entre Bavaria y sus distribuidores independientemente de que a él le hayan cumplido o no le hayan cumplido con su contrato, me parece que no se debe tener en cuenta en atención a ese parámetro.”

²⁵ Acta No. 7, Cuaderno Principal No. 1, folios 216 a 223.

2.1.2 Con respecto a la tacha del testigo **LYDA YOVANNA PALACIOS MARENTES**, el apoderado de **BAVARIA S.A.**, manifestó:

“DR. ARANGO: Quiero con base en las declaraciones y la condición de la doctora apoderada de empresas que tienen demandada a Bavaria tachar de sospechoso su testimonio de acuerdo con el Artículo 217 del Código de Procedimiento Civil”.

Sobre el particular, el apoderado de **COLREFRESCOS LTDA.**, hizo la siguiente manifestación:

“DR. SANTOS: Sí, considero que no es procedente la tacha, que así lo tendrá que examinar el Tribunal en el momento de proferir su decisión porque no podemos coartarle a la abogada la posibilidad de que le cuente al Tribunal lo que conoce de las relaciones jurídicas que han tenido sus clientes con Bavaria, independientemente del resultado de este litigio pues lo importante es poner en conocimiento de ustedes señores árbitros todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que están relacionadas con los contratos de distribuidores y Bavaria como el que aquí nos ocupa, realmente es un testimonio que tiene que ser bajo esa estructura, valorado en su debido momento por el Tribunal sin que opere o prospere la tacha de sospecha”.

3. Consideraciones del Tribunal

De conformidad con los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, son testigos sospechosos:

“Artículo 217.- Testigos Sospechosos. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

“Artículo 218.- Tachas. Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a

éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

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

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

La versión que rinde el testigo sobre el cual recae algún viso de sospecha, no tiene porque desecharse de entrada, sino que se le impone al juzgador un mayor cuidado en su valoración, para precisar su causa y el valor del testimonio.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 12 de febrero de 1980, con ponencia del Dr. José María Esguerra Samper, expresó:

“Si existen o no esos motivos de sospecha es cosa que debe indagar el juez a través del interrogatorio que debe formularse de conformidad con la primera parte del artículo 228-1 ibídem, pues de haberlos, lo probable, lo que suele ocurrir, es que el testigo falta a la verdad movido por los sentimientos que menciona la disposición arriba transcrita (C. de P.C., art. 217).

‘La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.

‘Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la

justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez.

‘Uno de los motivos de sospecha más comunes es el parentesco que exista entre el testigo y una de las partes, porque ese vínculo familiar presupone afecto, como generalmente ocurre, y el afecto puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración en su afán de favorecer a su pariente’.

De igual forma, en sentencias del 19 de septiembre de 2001, abril 29 y mayo 16 de 2002 (Exp. No. 6228), la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, señaló lo siguiente:

“... el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar estos testimonios, no lo habilita para desconocer, a priori, su valor intrínseco, debido a que la sospecha no descalifica de antemano –pues ahora se escucha al sospechoso- sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de ausculturar qué tanto crédito merece”.

Y lo reiteró, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de junio de 1988,

“Dicha severidad examinadora, sin embargo, no puede aplicarse con idéntico rasero en todos los procesos, dado que la índole de la cuestión controvertida en algunos de ellos, señala sin género de duda la conveniencia de atemperarla. Es verdad que no todas las relaciones de la esfera jurídica de las personas se revelan del mismo modo en el mundo exterior...”.

En tal caso, ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 21 de abril de 1994,

“Es necesario también advertir que si el Juez debe exigirle al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con la explicación de las circunstancias de tiempo,

modo y lugar de ocurrencia de los hechos y de la forma como los conoció (art. 220-3 C. de P.C.), esa condición del testimonio puede aparecer de la forma como el testigo conoció las partes o a una de ellas, o de sus relaciones con ellas, como por trabajar varios años y conocer por tanto la vida de la parte, o por sus relaciones de amistad o de parentesco, de modo que del contexto de la versión hállese la razón del dicho del testigo y la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar ...”.

El señor **JUAN CARLOS MOLINA**, se desempeña como gerente del centro de distribución de **BAVARIA S.A.**, en la ciudad de Pereira. En su declaración manifestó que en el año 2004 se encargó de la gerencia de ventas en Bucaramanga. Lo anterior indica, que tiene una posición relevante frente a la relación comercial, que le permite tener una apreciación directa y clara de los hechos y exponerlos ante el Tribunal, como en efecto lo hizo. Encuentra el Tribunal que si bien la condición de empleado de **BAVARIA S.A.**, del Señor Molina, podría llegar a afectar la imparcialidad del testigo al declarar, así sea de manera involuntaria e inconscientemente, sin que esta afirmación implique juicio alguno respecto de las calidades profesionales y éticas del testigo, cuestión que el Tribunal tuvo en cuenta al efectuar la valoración de esta prueba con las demás pruebas del proceso, tal y como lo establece nuestro estatuto procesal, su testimonio merece credibilidad. Por lo anterior, considera el Tribunal que la tacha formulada por la parte convocante no tiene vocación de prosperidad.

Con respecto a los testigos **GERMÁN VILLAMIL BARRERA**, **HENRY DAVID CAMACHO FRANCO**, antiguos distribuidores de **BAVARIA S.A.**, y **LYDA YOVANNA PALACIOS MARENTES**, quién representa a varios distribuidores en varios procesos contra **BAVARIA S.A.**, encuentra el Tribunal que si bien es cierto que dichos testigos podrían tener un interés en las resultados del proceso, dichos testimonios coinciden con las demás versiones rendidas en este proceso y por ende merecen credibilidad. Sin embargo, el Tribunal tuvo en cuenta dichas circunstancias y valoró los testimonios con mayor severidad. Por tal razón se despacharán negativamente las tachas formuladas por la convocada.

III. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El Tribunal analizará las características del contrato suscrito entre las partes para decidir la situación fáctica controvertida de conformidad con este, los argumentos de las partes en sus correspondientes escritos y los elementos probatorios, y de esa forma determinar si se dan los supuestos legales expresados en las pretensiones de la demanda, o, en su caso, los de la contestación a la misma.

1. LA PRETENSIÓN NÚMERO 1 - DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES

En la pretensión primera de la demanda la parte convocante solicita lo siguiente:

“1. Que se declare que entre la Empresa COLREFRESCOS LTDA, representada legalmente por el seños GILDARDO VEGA CABLLERO, y la Empresa BAVARIA S.A., existió un CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN, ejecutado ininterrumpidamente desde el 17 de enero de 1998 y hasta el 13 de mayo de 2006.”

Para efectos de fallar esta pretensión el Tribunal en primera instancia hará referencia a las distintas ofertas que dieron origen al contrato celebrado por las partes, para luego pasar a estudiar el tema relacionado con la fecha en que se inició la relación contractual, y finalmente ocuparse de la calificación del contrato.

1.1. De las ofertas que dieron origen al contrato celebrado entre las partes

En los hechos números 2, 3, 13 y 14 de la demanda se dice que el 17 de enero de 1998 COLREFRESCOS LTDA. suscribió una “Oferta de Contrato de compraventa para la reventa” de los productos fabricados y/o distribuidos por

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

BAVARIA S.A., la cual fue aceptada tácitamente por BAVARIA S.A., al dar inicio al despacho de los productos y/o fabricados por ésta última. Así mismo, se dice que el 18 de Enero de 2001 por solicitud de BAVARIA S.A. al señor Gildardo Vega, éste presentó a Leona S.A., empresa de BAVARIA S.A., una nueva oferta de distribución, que mantuvo la esencia del contrato y que el 27 de agosto de 2003, también por solicitud de BAVARIA S.A., presentó una propuesta de modificación a los términos de la oferta, la cual mantuvo igualmente la esencia del contrato.

En los alegatos de conclusión, el apoderado de la parte convocante, en lo que se refiere a la fecha de iniciación de la relación con BAVARIA S.A., reitera que la misma se inició desde enero de 1998, fecha en que se redactó la primera oferta de distribución y en la que se generó la primera entrega o despacho por parte de BAVARIA S.A. a COLREFRESCOS LTDA. Afirma que lo anterior se probó con el dictamen pericial, que informa que la contabilidad de COLREFRESCOS LTDA., se circunscribe a la relación con BAVARIA S.A. y que inicia en 1998 y con la comunicación de BAVARIA S.A. del 22 de septiembre de 1998, que obra en el expediente, en la cual se expresa “nos permitimos recordarles algunas cláusulas de la oferta de distribución firmada por ustedes con BAVARIA S.A. S.A.” y que por la tanto, la oferta a la que hace referencia es por lo menos anterior a la fecha de la comunicación.

Sobre el particular la parte convocada en la contestación de la demanda dijo que la relación entre las partes inició el 2 de junio de 1999 y que no era cierto que BAVARIA S.A. le hubiera solicitado al señor Gildardo Vega Caballero que formulara una “nueva oferta” para la distribución en las dos oportunidades mencionadas en los hechos 13 y 14 de la demanda.

Encuentra el Tribunal en el expediente tres ofertas presentadas por COLREFRESCOS LTDA., a BAVARIA S.A., de fechas junio 2 de 1999, 4 de agosto de 2000 y 27 de agosto de 2003, sin que se haya aportado ni haya prueba alguna de la existencia de la oferta que afirma el convocante presentó a

BAVARIA S.A. el 18 de enero de 2008. Sin embargo, observa el Tribunal, que la relación comercial entre las partes de este proceso se inició antes de la presentación de la oferta del 2 de junio de 1999, toda vez que, como bien lo manifiesta el convocante en sus alegatos de conclusión, obra en el expediente una comunicación suscrita por el Director Regional de Refrescos BAVARIA S.A. de Bucaramanga, Tito Zacipa Cárdena, con fecha 22 de septiembre de 1998, en la cual le recuerda a COLREFRESCOS LTDA., algunas cláusulas de la oferta de Distribución “firmada por ustedes con Bavaria” con lo cual es evidente que ya para esa época la relación había iniciado. Así mismo en el dictamen pericial rendido por la perito Gloria Zady Correa, se hace mención a que la contabilidad de COLREFRESCOS LTDA. contiene los registros operacionales efectuados únicamente con Bavaria S.A. desde el año 1998 y hasta mayo de 2006, sin que se haya especificado la fecha exacta de iniciación de los registros en el año 1998.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que la relación contractual entre BAVARIA S.A. y COLREFRESCOS LTDA., inició en el año 1998, sin que sea posible determinar la fecha exacta, pero es claro, al menos, que el 22 de septiembre de 1998, esa relación ya estaba vigente, y será esta fecha, la que el Tribunal tomará, con base en las pruebas allegadas al proceso, como fecha de inicio del contrato celebrado entre las partes.

Ahora bien, en cuanto a la fecha de terminación de la relación contractual, este será un tema que será tratado en detalle más adelante en este laudo.

1. 2. La Calificación del Contrato- Contrato de Suministro

Como quiera que en la pretensión primera antes transcrita se solicita que se declare la existencia de un contrato de suministro para distribución, resulta necesario entrar a analizar a continuación si efectivamente el contrato celebrado por las partes de este proceso es un contrato de este tipo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

La parte convocante en el hecho número 3 de la demanda afirma que existió entre las partes un contrato de suministro, toda vez que en la Cláusula Décima de la propuesta se menciona que “los productos a distribuir se reciben de Bavaria S.A. a título de suministro” y a la misma conclusión se llega en los alegatos finales.

Sobre el particular la parte convocada, al contestar la demanda, manifiesta que no es cierto que en la cláusula décima conste lo que afirma en demandante pero que el hecho básico e inalterable a lo largo de la relación estribó en que COLREFRESCOS LTDA., le compraba a BAVARIA S.A. sus productos para revenderlos a los clientes de ésta en el territorio que le señalara. En los alegatos de conclusión de la parte convocada no se hace mención alguna al tipo de contrato celebrado.

El artículo 968 del Código de Comercio define el contrato de suministro en los siguientes términos:

“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.”

De la definición anterior se desprende con claridad que el suministro puede ser tanto de cosas como de servicios. Así mismo, se ha aceptado que en el contrato de suministro, el beneficiario que obra en nombre y por cuenta propia, puede adquirir los productos del suministrante para revenderlos. Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema :

“Una de las características del contrato de suministro, como la ha señalado la jurisprudencia, es la de que el distribuidor es propietario de las mercancías que vende y no tiene facultad de representar al empresario como agente ni como mandatario. El agente es representante del empresario en los términos del contrato, que contendrá los poderes o facultades del agente”.

En otro fallo, la misma Corporación, concluye:

“ (...) de acuerdo con el régimen legal vigente, el simple suministro de un producto para la venta, aún adicionado con otras condiciones, no genera un contrato de agencia”

Por otro lado, la circunstancia de que exista compra y reventa de un producto, no convierte el contrato de suministro en uno de compraventa. Se diferencian “en la periodicidad o continuidad ²⁶ que caracteriza el suministro y en la forma especial como se regula la cuantía del mismo y el precio que debe pagar quien los recibe”.

Por su parte el tratadista José Alejandro Bonivento en relación con las diferencias del contrato de suministro con otros contratos, dice:

“ La comisión Redactora del proyecto de Código de Comercio de 1958, en su exposición de motivos (Tomo II, página 232), señaló la diferencia del suministro con la compraventa, el arrendamiento y el contrato de transporte en los siguientes términos:

*“Se diferencia este contrato de otros que se asemejan así: **De la compraventa:** En la periodicidad o continuidad que caracteriza al suministro y en la forma especial como se regula la cuantía del mismo y el precio que debe pagar quien lo recibe. **Del arrendamiento de obra y del arrendamiento de servicios:** No hemos conservado la exigencia de que el suministro se preste por medio debidamente organizados. Se considera que una empresa es toda actividad económica organizada y dirigida a la producción o distribución de la riqueza, de donde cualquiera actividad, por posible o incipiente que sea, si constituye una actividad económica de carácter estable y organizada,*

²⁶ Bonivento, ob.cit.p.151

encaminada a producir o a distribuir bienes y de consumo o elementos de producción, es una empresa.

(...)

*“La periodicidad mencionada permite distinguir el contrato de suministro del de **transporte**, cuando el servicio que se presta consiste en conducir personas o cosas de un lugar a otro. En otras palabras: si una empresa de transporte se obliga para con X a transportar V.gr. el personal de una fábrica, todos los días, a las 12 y alas 6, de dicha fábrica a las casas de los trabajadores, habrá un contrato de **suministro de servicio de transporte**, no uno o varios transportes.”*

En lo que se refiere a la formación del contrato que ocupa al Tribunal, según quedó dicho, aparecen en tres ofertas, de fechas junio 2 de 1999, 4 de agosto de 2000 y 27 de agosto de 2003.

Los textos de las primeras ofertas son prácticamente idénticos, mientras que la tercera presenta algunas diferencias, que sin embargo no modifican los aspectos sustanciales de las anteriores.

Es así como en las tres ofertas se establece lo siguiente:

- COLREFRESCOS LTDA. se compromete a comprar los productos de BAVARIA S.A., para revenderlos, en forma directa e independiente, con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y administrativa, únicamente en el territorio asignado, quedando BAVARIA S.A., facultada para supervisar la actividad de reventa.
- El precio por bandeja o canasta de producto que adquiera COLREFRESCOS es señalado por BAVARIA S.A.
- Los productos los debe pagar COLREFRESCOS LTDA. a BAVARIA S.A., salvo que se le otorgue un crédito para el efecto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

- COLREFRESCOS LTDA. se compromete a no obrar por cuenta y riesgo o en representación de BAVARIA S.A.
- A COLREFRESCOS LTDA. le queda prohibido efectuar promoción, propaganda, publicidad de los productos fabricados o producidos por BAVARIA S.A., salvo autorización por parte de esta última.
- Son por cuenta y riesgo de COLREFRESCOS LTDA. el cargue y descargue tanto al momento de la entrega como al momento del devolución del envase, así como los gastos de cargue, descargue, transporte, movilización, almacenamiento y reventa de los productos, así como la pérdida de mercancía o de la rotura de envases retornables.
- La entrega de productos por parte BAVARIA S.A., a COLREFRESCOS LTDA. está sujeta a la programación de la producción de sus cervecerías y no podrá deducirse responsabilidad alguna por parte de BAVARIA S.A., cuando restrinja o suspenda total o parcialmente, la entrega de productos por causas tales como limitación en la fabricación, aumentos imprevistos en la demanda, daños en las plantas productoras.
- En la oferta del 27 de agosto de 2003, expresamente se dice que “me comprometo a revender en el territorio que se me asigne los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA S.A., los cuales recibo a título de suministro, quedándome a salvo la facultad de trasladarme para atender pedido de esos productos que me sean hechos por iniciativa de clientes ubicados en zonas distintas a las del referido territorio, o por iniciativa propia...” (Subrayas fuera de texto)

De las condiciones anteriores se desprende que BAVARIA S.A., según su disponibilidad, efectuaría un suministro de sus productos a COLREFRESCOS LTDA., para su posterior reventa, siendo el precio de reventa fijado por BAVARIA S.A. Sin embargo encuentra el Tribunal que la ejecución práctica del contrato, no coincide en su totalidad con lo pactado en su texto. Es así como en las citadas ofertas, no se hace mención a la labor de preventa que en la práctica

llevó a cabo BAVARIA S.A., a partir de la cual se generaba una situación en la que COLREFRESCOS LTDA sólo podía revender los productos comprados, a aquellas personas a las que BAVARIA S.A., los hubiese prevendido.

Las ofertas tampoco precisan con claridad que el precio de reventa sería el mismo que el de compra por parte de COLREFRESCOS LTDA., con lo cual es evidente que de la labor de reventa COLREFRESCOS LTDA., no derivaba utilidad o ganancia alguna.

Con lo anterior, es evidente que la libertad de disposición de los productos adquiridos por COLREFRESCOS LTDA., era limitada, por cuanto éste debía revender los productos adquiridos a los precios fijados por BAVARIA S.A., únicamente en la zona asignada para el efecto.

De otra parte destaca el Tribunal que en las ofertas se pactó que:

“Parágrafo Primero: En caso de que en el territorio que se me asigne para la reventa de los productos se encuentre en una ciudad en la cual funcione una fábrica de BAVARIA S.A. el transporte dentro del mismo no generará ninguna remuneración adicional en mi favor, toda vez esta actividad hace parte de la reventa.

“Parágrafo segundo: En caso de que eventualmente llegue a efectuar el transporte de los productos que adquiero para la reventa, entre la fábrica y el territorio asignado, acepto que como única remuneración por tal labor adicional en mi favor, recibiré las sumas establecidas por Bavaria S.A. por tonelada kilómetro que rija para el sector respectivo.”

No obstante el pacto citado, en la práctica el suministro de transporte para la distribución de los productos para la reventa, constituyó una obligación fundamental de la cual COLREFRESCOS LTDA., derivada su remuneración.

Así se desprende del dictamen pericial en el que se dice:

“Igualmente en la contabilidad, en lo que tiene que ver con la empresa Colrefrescos Ltda., aparece que ésta le venía pagando diariamente, sumas por concepto de fletes y transportes “

En igual sentido se pronunciaron algunos testigos. En efecto, el señor HENRY DAVID CAMACHO FRANCO, distribuidor y contratista de BAVARIA S.A. en la ciudad de Tunja, cuando se le preguntó acerca de cómo era la operación de distribución y cómo obtenía sus utilidades e ingresos, del contrato que tenía con BAVARIA S.A., respondió:

“DR. CAMACHO: Es extraño escuchar esa circunstancia, en qué sentido? Resulta que Bavaria manejaba o maneja un departamento de ventas, donde hay un jefe de ventas, donde hay unos supervisores de ventas, donde hay unos preventistas y manejan el mercado, si ustedes se dan cuenta estamos manejando un producto que no necesita como se dice ni propaganda porque eso se vende solo.

En el caso de nosotros cuál era nuestro compromiso? Nuestro compromiso era entregar el producto que ellos con una preventa anterior les explico, el día anterior pasaba un preventista de tienda en tienda y vendía lo que debía vender, la noche anterior a través de unos documentos al otro día a las 4:00 a.m. le entregaban a uno ese documento y le decían a doña María Teresa Castrillón le entregan 3 cajas, a don Tobías Ardila le entregan 5 cajas, a don Carlos Arturo Leguizamón le entregan 10 cajas, eso era lo que nosotros teníamos que hacer como distribuidores, si yo no le entregaba esas cajas a ese señor a la hora o dentro del día, sería un incumplimiento de mi contrato de transporte o de distribución como lo llamaba Bavaria, pero nunca el distribuidor era cómplice o culpable de que Bavaria vendiera o no vendiera, si las ventas estaban bien o estaban malas, salvo que uno como distribuidor no

cumpliera con atender a los clientes, esa era la circunstancia que tenía el distribuidor frente a Bavaria.

DR. SANTOS: Dígame al Tribunal por la distribución que usted ejecutaba Bavaria qué le daba como contraprestación?

DR. CAMACHO: Como vuelvo y le repito nosotros fuimos una empresa transportadora y recibíamos por nuestro trabajo un flete sobre una lista de fletes que ellos daban anual o vía anual en donde le decían a uno le pagamos tanto por caja entregada, tanto por bandeja entregada, tanto por CO2 entregado, tanto por pet entregado y eso mensualmente le decían mire usted vendió 1.000 cajas debe tanto, por favor presente una factura por esos fletes y nosotros le pagamos, hacíamos la retención respectiva y le pagamos, por ese único concepto recibía uno.

Muy claro por qué? Porque yo nunca podía vender mi producto por un centavo más de lo que Bavaria me lo entregaba y era una de las condiciones de la oferta de distribución que si yo llegaba a hacer eso automáticamente era una causal para que me quitaran el contrato de distribución, entonces no entiendo exactamente cuál era la posición, o no entiendo no, sino simplemente nosotros recibíamos flete por concepto de flete nuestra retribución frente a Bavaria.”

Por su parte el testigo ENRIQUE VILLAMIL BARRERA, quien también fue distribuidor de BAVARIA S.A., se pronunció en el mismo sentido, así:

“DRA. DE LA TORRE: Cuál era la retribución que recibían por todas esas labores?

SR. VILLAMIL: La retribución viene específicamente como fletes, pero esa es una parte que corresponde, esa viene como fletes exclusivamente.”

En este orden de ideas, para el Tribunal es claro que lo pactado en las ofertas no coincide en su totalidad con la ejecución práctica del contrato, pero que tal ejecución se desarrolló de manera homogénea a lo largo de la relación contractual.

De lo anterior concluye el Tribunal el objeto del contrato celebrado por las partes en este proceso, es, por una parte, el suministro por parte de BAVARIA S.A., de sus productos a COLREFRESCOS LTDA. para su compra y posterior reventa, reventa que debía realizarse bajo ciertas condiciones particulares impuestas por BAVARIA S.A., como son el precio y los destinatarios de la reventa, condiciones que en nada desnaturalizan el contrato de suministro, y por la otra parte, el suministro de transporte por parte de COLREFRESCOS LTDA., actividad por la cual éste recibía una remuneración. A tal conclusión se llega como quiera que ha quedado demostrado que COLREFRESCOS LTDA. no obtenía ganancia alguna en la reventa de los productos comprados a BAVARIA S.A. Ambos suministros, que reúnen los elementos esenciales previstos en la ley para este tipo de contratos, se encuentran íntimamente relacionados, por cuanto cada uno de ellos depende del otro para su ejecución, con lo cual juntos conforman un solo contrato inescindible.

Por todo lo anterior, observa el Tribunal que nos encontramos ante un contrato de suministro y por tal razón habrá de prosperar parcialmente la pretensión primera de la demanda.

1.3. Contrato de adhesión

La parte convocante en el hecho número 2 de la demanda manifiesta que el documento de los ofertas presentadas por COLREFRESCOS LTDA., a BAVARIA S.A., es un “documento elaborado, preimpreso y entregado por BAVARIA S.A. a los distribuidores bajo la condición perentoria de que los firman

y acepten integralmente y sin ningún tipo de modificación, para dar inicio al contrato mercantil, configurando un típico CONTRATO DE ADHESIÓN”

En sus alegatos de conclusión el señor apoderado de la parte convocante reafirma lo dicho en su demanda e insiste en que las cláusulas de la oferta que dieron origen al contrato fueron redactadas en su totalidad por BAVARIA S.A., que favorecen exclusivamente a BAVARIA S.A. y que no existió ninguna libre discusión entre las partes. Añade que al imponerse la totalidad de las cláusulas y por ende en configurarse en un contrato de adhesión, debe el Tribunal darle las consecuencias procesales que ello implica, en el sentido de que las cláusulas oscuras y/o ambiguas se interpretan en contra de quien redactó el contrato, criterio que en su opinión, debe imperar en la lectura del contrato y en la aplicación de justicia en este caso particular y concreto.

La parte convocada en la contestación de la demanda al responder este hecho afirma que no es cierto. Que se “trató de un negociación celebrada entre personas dotadas de plena capacidad de obrar, libre y espontáneamente acordada, en lo que, por consiguiente, ni hubo ni podía haber imposiciones unilaterales de la demandada, tanto que duró un largo lapso de tiempo. Sin embargo, en los alegatos de conclusión, el señor apoderado de la parte convocada al referirse específicamente a este tema, dijo:

“Claro que el contrato fue de adhesión. Claro asimismo que la oferta de distribución es preimpresa por Bavaria. Claro que el presunto oferente, en sus características fundamentales, no la puede modificar, Pero es que hoy, viendo las cosas retrospectivamente y contemplando el largo camino negocial ¿ha podido la parte demandante demostrar en este proceso, o siquiera aseverar con alguna dosis de de razonabilidad, que ese camino estuvo sembrado de añagazas y que fue proditorio el comportamiento para ello?

De modo que si a la luz de las exigencias legales, la parte demandante no puede menos de ser tenida como plenamente capaz y sin que en este sentido pueda menos de ser válida y legalmente consideradas razones diferentes (...)”

Encuentra el Tribunal que de los testimonios recibidos a lo largo del proceso, se evidenció que efectivamente el documento de oferta que los Distribuidores presentaban a BAVARIA S.A. era elaborado por esa entidad y que los futuros contratantes no podían hacerle modificación alguna.

En ese sentido se pronunció, por ejemplo, el mencionado testigo HENRY DAVID CAMACHO FRANCO, así:

“DR. CAMACHO: Bavaria a través de su jefe de ventas me la entregó y solicitó que la firmara, la autenticara y la devolviera.

DR. SANTOS: Tuvo usted alguna oportunidad de modificar alguna cláusula de esa oferta, de sugerir alguna modificación a alguna cláusula de esa oferta o de insertar alguna cláusula de esa oferta?

DR. CAMACHO: Hablando en chistes se le sugería al jefe de ventas que si un podía modificarla y él apenas lo miraba a uno y se reía, nunca era imposible modificar una oferta de distribución dada y entregada por Bavaria.”

Así mismo en el interrogatorio de parte, el representante legal de BAVARIA S.A., cuando se le preguntó sobre el particular, dijo lo siguiente:

“Diga si es cierto que la oferta mercantil que entregan los contratistas a Bavaria es redactada por Bavaria: es cierto se le presenta a los contratistas y se ilustra cómo es la operación y algunos dicen que están de acuerdo otros no.”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y en especial la manifestación del señor apoderado de la parte convocada, así como la respuesta antes mencionada de su

representante legal, el Tribunal encuentra que efectivamente estamos frente a un contrato de adhesión.

2. DE LAS PRETENSIONES PRINCIPAL 3 Y 1 DE CONDENA.

La parte convocante en las pretensiones principales 3 y 1 de condena, en su orden, solicita lo siguiente:

“3. Que se declare que, derivado del CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN, ejecutado desde el 17 de enero de 1998 y hasta el 13 de mayo de 2006, se ejecutó entre las mismas fechas una PRESTACIÓN DE SERVICIOS, de COLREFRESCOS LTDA, para con BAVARIA S.A., por virtud del cual, esta última no cancelaba a mi poderdante ninguna contraprestación.

1. Que se condene a BAVARIA S.A. a pagar a favor de COLREFRESCOS LTDA la suma de dinero que se sirvan estimar los peritos, consistente en la contraprestación causada por la PRESTACIÓN DE SERVICIOS, paralela al CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN, ejecutado desde el 17 de enero de 1998 y hasta el 13 de mayo de 2006.”

En lo que tiene que ver con la pretensión 3 y su correspondiente solicitud de condena, vale la pena llamar la atención sobre la circunstancia de que la parte convocante en su demanda no presenta sustento fáctico alguno que permita al Tribunal entrar a estudiar las mismas, pues tan sólo en el hecho 10 de la demanda se hace una breve alusión la tema, sin precisar en qué consistió esa supuesta prestación de servicios paralela al contrato de suministro para su distribución y en sus alegatos de conclusión ni siquiera hace mención alguna al tema.

En ese orden de ideas debe el Tribunal tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los laudos arbitrales, que a la letra dispone:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

“En las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”. (Se subraya)

De acuerdo con la norma citada, al proferir el laudo, el Tribunal de Arbitramento tiene como límite los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley. No puede entonces el Tribunal pronunciarse sobre pretensiones que no fueron formuladas o que no tengan hechos que lo sustenten, so pena de incurrir en incongruencia.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en providencia del 22 de febrero de 2002 (Expediente N. 6666) expresó:

“1. Se sabe que en virtud del principio de la congruencia, la sentencia debe estar “en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda” (art. 305 C.P.C.), motivo por el cual no se le permite al juzgador desbordar cualitativa o cuantitativamente la pretensión y sus fundamentos, como tampoco dejar de resolver sobre lo que fue solicitado o debió ser objeto de pronunciamiento, de donde se colige que habrá incongruencia “si el fallo resulta omiso o diminuto (citra petita), o cuando se excede sobre el thema decidendum, cual sucede si el fallo se profiere sobre lo que jamás se reclamó de la jurisdicción (extra petita), o cuando se concede más de lo pedido (ultra petita)” (Cas. Civ. de 28 de junio de 2000; exp: 5495).

“Trátase, entonces, de un principio limitativo de la función jurisdiccional, por definición “reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor, artífice señero del marco dentro del cual, a posteriori, deberá el fallador inscribir su resolución” (Cas. Civ. de 4 de septiembre de 2000; exp: 5602), la que, importa destacarlo, debe contener un pronunciamiento que le ponga fin al litigio, tal como fue planteado, lo que impone respetar los supuestos fácticos inmersos en la demanda, en la medida en que es sobre esa realidad vertida en el proceso, que el fallador, inexorablemente, deberá hacer operar el derecho (narra mihi factum, dabo tibi ius).”

Por último, vale la pena anotar que cuándo a la señora perito en la pregunta número 1 del cuestionario de la convocante se le solicita que determine la contraprestación por la prestación de servicios que paralela al contrato de suministro para distribución se ejecutó, ésta responde que “no se encontró base para el cálculo de la contraprestación solicitada”

Por todo lo anterior, el Tribunal no accederá a estas dos pretensiones.

3. LA PRETENSIÓN NÚMERO 4- REMUNERACIÓN

La pretensión 4 dice así:

4. Que se declare que el único concepto que BAVARIA S.A. ha reconocido y pagado a COLREFRESCOS LTDA han sido los “fletes de distribución” consistentes en una contraprestación dirigida a compensar los gastos de transporte que el distribuidor ha incurrido para movilizar los productos elaborados por BAVARIA S.A.”

En el hecho 11 de la demanda se dice:

“El único concepto que BAVARIA S.A. ha reconocido y pagado a COLREFRESCOS LTDA han sido los denominados “fletes de distribución”, que como su nombre lo indica, consisten en una contraprestación dirigida a compensar los gastos de transporte que el distribuidor ha incurrido para movilizar los productos elaborados por la empresa suministradora, en este caso BAVARIA S.A. Dicho rubro era fijado y liquidado por BAVARIA S.A. y cancelado contra suministro de mercancía, a favor de COLREFRESCOS LTDA, previo la aceptación de dicha sociedad del valor de tales fletes y su respectiva liquidación”.

Sobre el particular la parte convocada al contestar este hecho dijo:

“La remuneración recibida por la demandante fue la derivada del acuerdo entre las partes. Si la demandante, como ahora lo viene a esgrimir, consideraba que existían conceptos o servicios que Bavaria estaba dejando de pagarle ¿cuál fue la razón por la cual para que, a diferencia de otros puntos respecto de los cuales sí lo ha hecho, nunca exigiera el pago correspondiente”

Para el Tribunal es claro que la única remuneración que recibió COLREFRESCOS LTDA., derivada del contrato celebrado con BAVARIA S.A. fueron los denominados “fletes.” Lo cual reflejaba el entendimiento que sobre el particular tenía cada una de las partes. Sin embargo, dicho fletes no sólo

compensaban los gastos de transporte en que incurría COLREFRESCOS LTDA., sino que adicionalmente significaba la utilidad que éste derivaba del contrato.

En efecto el testigo Villamil, antes mencionado, cuando se le preguntó respecto de los denominados fletes dijo:

“Hay otra muy puntual y es que eso fletes alguien me decía hombre es que empresa como Bavaria para pagar los fletes no hay otra, por qué? Porque como la mayoría de nosotros esta vinculado con el transporte y el transporte dura 15, 20 días un mes para pagar, en cambio Bavaria la paga el mismo día que usted carga, yo difiero un poco de eso, Bavaria efectivamente paga el mismo día que una carga, pero es que uno ha pagado ese producto y ese flete, cuando yo pago voy y compro 100 cajas de cerveza que me valen \$200.000, le entregué \$200.000 a Bavaria y lógico Bavaria en la factura me abona de los \$200.000 \$20.000 de fletes, pero es que esos \$20.000 los entregué yo, a Bavaria hay que pagarle la cerveza anticipada, por supuesto lo que nos reconoce como fletes va en pago en forma anticipada también y esos \$200.000 los convierto yo en la clientela en cuánto en \$200.000 otra vez, no puedo percibir un centavo adicional, entonces eso es lo que tiene que ver con fletes, por eso cuando dice no es que Bavaria es muy puntual, yo sí difiero muchísimo de eso, yo antes.

DR. VEGA: Perdóneme pero no entendí.

SR. VILLAMIL. Cuando yo compro 1.000 cajas, allí los volúmenes eran considerables, en el caso mío estábamos vendiendo 60, 7 0.000 cajas mensuales, cuando yo mandaba comprar 1.000 cajas con la cerveza a \$24.000 les estaba mandando \$24 millones para comprar esas cajas de cerveza. Cuando yo les entregó los \$24 millones a Bavaria abí en la misma factura dice fletes \$1.400.000.

Qué quiere decir que de los \$24 millones que yo estoy entregándole a Bavaria \$22.600.000 son para pagar la cerveza y \$1.400.000 para pagar mis propios fletes que están reconocidos, de ahí es de donde sale la plata, porque yo cojo esos \$24.000.000 los pongo aquí en la clientela y los vuelvo otra vez \$24 millones.

DR. NIETO: Y dónde está el negocio?

SR. VILLAMIL: En el \$1.400.000 que me reconoce como fletes, no es otra cosa que mis servicios.”

Así mismo, la señora perito en su dictamen fue clara al decir que en la contabilidad de COLREFRESCOS LTDA., se encontró que esta sociedad “únicamente había recibido de parte de Bavaria S.A. durante el tiempo de ejecución del contrato con Colrefrescos, ingresos provenientes de fletes y transportes”. De igual forma, cuando la perito presenta la utilidad de COLREFRESCOS LTDA., derivada de la relación contractual con BAVARIA S.A. la hace con base en los fletes recibidos.

En este orden de ideas, el Tribunal accederá a declarar la pretensión en los términos solicitados pero con la precisión de que los fletes recibidos también comprenden la utilidad del COLREFRESCOS LTDA.

4. LAS PRETENSIONES PRINCIPALES NÚMEROS 5, 6, 7 y 8, y DE CONDENA NÚMEROS 2 y 3 - FIJACIÓN DE LOS FLETES

Las pretensiones principales 5, 6, 7 y 8 de la demanda se refieren a la fijación de los fletes durante la ejecución del contrato por parte BAVARIA S.A., y en particular a aquellos fijados el 14 de abril del año 2005, los cuales, según afirma por la convocante, fueron modificados unilateralmente por BAVARIA S.A. imponiendo arbitrariamente que los mismos se hicieran retroactivos al 1 de enero de 2005, para lo cual se efectuaron los descuentos correspondientes por parte de BAVARIA S.A.

Estas pretensiones, en su orden dicen así:

“5. Que se declare que el 17 de enero de 1998 y hasta el 14 de abril de 2005, los referidos “fletes de distribución” eran fijados y comunicados por BAVARIA a COLREFRESCOS mediante documentos escritos en los cuales se informaba el valor del flete y la entrada en vigencia de los mismos para el respectivo año, siendo no-retroactivos durante la mayor parte de esos periodos, y siendo en pocas ocasiones retroactivos, pero cuya retroactividad no perjudicaba económicamente al distribuidor COLREFRESCOS LTDA.

6. Que se declare que durante los meses de enero a abril del año 2005 continuaron vigentes los fletes distribución y/o reparto del año 2004, por no haberse comunicado al distribuidor COLREFRESCOS LTDA unos nuevos fletes de distribución.

7. Que se declare que el 14 de abril de 2005, BAVARIA S.A. modifico unilateral y extemporáneamente, e impuso arbitrariamente los “fletes de distribución” y/o reparto para el año 2005, en la medida en que los hizo retroactivos desde el 14 de abril de 2005 hasta el 1 de enero de 2005, sin que mediase consentimiento de COLREFRESCOS LTDA.

8. Que se declare que, derivado de la anterior modificación, BAVARIA S.A. descontó injusta y arbitrariamente la suma de \$41.092.380= (cuarenta y un millones noventa y dos mil trescientos ochenta pesos) por concepto de la aplicación del retroactivo a los “fletes de distribución” contenidos en las facturas cambiarias de compraventa giradas por BAVARIA a favor de COLREFRESCOS durante el 1 de Enero de 2005 y el 14 de Abril de 2005.”

En los hechos de la demanda se afirma que durante la ejecución del contrato, BAVARIA S.A. informaba los nuevos precios de los productos y de los “fletes de

distribución” con cierta antelación al contratista, los cuales empezaban a regir desde que los distribuidores recibían dichas comunicaciones y que las pocas veces en que se presentaron excepciones a esta regla, se presentaron cuando BAVARIA S.A. informó “fletes de distribución” con efectos retroactivos, pero cuya diferencia no afectaba al patrimonio del contratista, razón por la cual este no se oponía.

Adicionalmente se dice en la demanda que en el año 2005 ninguna de las partes notificó a la otra intención alguna de modificar los “*fletes de distribución*”; por lo que el contrato continuó con los mismos “*fletes de distribución*” del año 2004, y que por ello en los primeros meses del año 2005 BAVARIA S.A. S.A. despachó a COLREFRESCOS LTDA productos para su distribución, respetando todos los “fletes de distribución” vigentes en ese momento, es decir, los que se venían aplicando desde el 23 de enero de 2004.

Así mismo la convocante manifiesta “*que el 14 de Abril de 2005 el señor YOVANNY QUINTERO PARRA, Gerente Regional de Ventas de BAVARIA S.A., de manera inconsulta y completamente fuera del término, “comunicó” a COLREFRESCOS LTDA los “nuevos fletes de distribución” vigentes para el año de 2005*”, con la especial pretensión de hacer retroactivos dichos valores al 1 de enero de 2005, tal como lo expresó en la comunicación referida, cuando menciona que dichos fletes serán “*vigentes desde el 01 de enero de 2005 los cuales serán retroactivos desde la fecha mencionada.*”, lo cual va en contravía de la sana costumbre comercial y del “*comportamiento de las partes, que prevalece sobre las estipulaciones contractuales*”²⁷ que ya se había consolidado entre las partes, puesto como se observó en los hechos anteriores, la entrada en vigencia de los fletes era simultánea con la fecha de comunicación de los mismos, sin que la retroactividad de los fletes fuera en contra del distribuidor.

Y más adelante afirma que el 14 de mayo de 2005, COLREFRESCOS LTDA. manifestó oportunamente su desacuerdo con dicha medida y solicitó a BAVARIA

²⁷ LAUDO ARBITRAL, SEPTIEMBRE 21 DE 2007. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, . ÁRBITROS: JAIME TOVAR, CARLOS GUSTAVO ARRIETA Y HUMBERTO DE LA CALLE. Estipula además este fallo: “Si la intención de los contratante puede inferirse de su conducta, esta prevalece sobre el contenido, siempre y cuando se trate de cláusulas que no modifiquen la esencia del contrato”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

S.A. que revaluara *“el comunicado de fecha 14 de Abril de 2005 mediante el cual se comunica el valor del nuevo flete para que no se haga este retroactivo al 1 de enero del 2005, sino que entre a regir desde Abril del 2005 como se ha venido implementando”*.

Igualmente, la parte convocante en su demanda afirma que BAVARIA S.A. realizó unilateral y arbitrariamente desde el 27 de Junio de 2005 y hasta el 26 de Diciembre de 2005 una serie de descuentos a COLREFRESCOS LTDA. por una supuesta “corrección” a los fletes abonados por *“mayor valor al autorizado por la gerencia de distribución.”* Y que dichos descuentos se realizaron a la cuenta corriente interna que COLREFRESCOS LTDA. tiene en BAVARIA S.A., en las fechas de: Junio 27, Julio 25, Agosto 06, Agosto 10, Agosto 31, Septiembre 05, Septiembre 15, Septiembre 19, Septiembre 26, Septiembre 30, Octubre 10, Octubre 12, Octubre 31, Noviembre 05, Noviembre 14, noviembre 21, Diciembre 01, Diciembre 12, Diciembre 19, Diciembre 26, para un total descontado de \$41'092.380.52.

Por último, en lo que a este tema respecta la convocante expresa que a pesar de la comunicación suscrita y recibida por BAVARIA S.A. el 14 de Mayo de 2005, y de las reiteradas peticiones verbales realizadas por mi poderdante, BAVARIA S.A. se abstuvo de dar respuesta alguna a la petición.

En los alegatos de conclusión la parte convocante reitera lo dicho en la demanda y precisa que BAVARIA S.A. al aplicar unilateralmente el valor de los fletes de manera retroactiva cometió un claro abuso de la posición dominante, pues COLREFRESCOS LTDA., no tenía medio de defensa contra dicha medida. Que el hecho de que no hubiera hecho entrega de la distribución en ese momento, no puede entenderse como aceptación del descuento efectuado por BAVARIA S.A. hasta finales del año 2006, pues de haberse retirado hubiera quedado endeudado con BAVARIA S.A. y habría entonces quebrado. Es por ello que COLREFRESCOS LTDA., tuvo que seguir con la distribución a pesar de que no estuviera de acuerdo con la forma como BAVARIA S.A. aplicó lo fletes en el año 2005, es decir cómo efectuó unilateralmente los descuentos.

A su turno, la parte convocada en la contestación de la demanda manifiesta que la expedición de la comunicación del 14 de abril de 2005, fijando los fletes de manera retroactiva, obedeció a que por una equivocación en que BAVARIA S.A. incurriera, se le estaba pagando a COLREFRESCOS LTDA., unos fletes a los que realmente no tenía derecho, según se le hizo saber de manera previa en varias oportunidades. Por ello niega tajantemente que el comportamiento de BAVARIA S.A. hubiese sido arbitrario y unilateral.

En los alegatos de conclusión reitera su posición inicial y añade lo siguiente:

- a) En lo que se refiere a al pretensión 5 manifiesta que BAVARIA S.A. fijaba y comunicaba los fletes es una verdad a medias, pues COLREFRESCOS LTDA. aceptaba dicha cuantificación, en tanto, siempre recibió el valor de los fletes y nunca se resistió a ello en forma alguna y que por lo tanto “¿cómo, entonces, sugerir que no hubo acuerdo en tal sentido y que en cambio, se trató de una imposición unilateral de parte de Bavaria?”

Por otro lado, dice que esta pretensión 5 no puede ser reputada como un antecedente necesario para las pretensiones 7 y 8 como quiera que ningún influjo proyecta su contenido, pues al fin y al cabo lo que se debate en estas dos últimas pretensiones es un reajuste negativo de fletes desde una fecha anterior, en particular que para el año 2005 todavía no se la había comunicado por escrito los fletes a COLREFRESCOS LTDA. Añade que de los hechos de la demanda y los documentos incorporados al expediente lo que se demuestra es que la forma cómo se comunicaron los fletes a COLREFRESCOS LTDA., no se hizo de una manera constante y sistemática y por lo que no se puede hablar de una sana costumbre.

- b) En lo que toca a la pretensión 6 expresa la convocada que si no se había producido la determinación de los fletes para el año 2005, ni podía quedar rigiendo los del año anterior, ni tampoco pagársele al distribuidor. Que la

demanda calla que todo el problema surgió cuando COLREFRESCOS LTDA. comenzó a distribuir cervezas junto con refrescos situación que dio lugar a una inicial e inadecuada suma representativa de fletes.

Continúa diciendo que la demanda no cuestiona el valor de los fletes en sí, sino solamente su descuento, o sea que está admitiendo el valor de los fletes. Por lo tanto si admitió que ese valor rigiera a partir del 15 de abril, carece de lógica que la misma no podía operar entre el 1 de enero y el 14 de abril de 200, siendo así contradictoria la posición de la demandante contradictoria.

Finaliza diciendo que BAVARIA S.A. realizó un pago de lo no debido, adquiriendo e consecuencia, el derecho a repetirlo.

c) En cuanto a la pretensiones 7 y 8 nuevamente la convocada hace alusión al hecho de que en el año 2005 se amplió la cobertura de la distribución de productos, al distribuir cerveza, lo cual dio un lugar a un incremento en los fletes, lo cual se demuestra en la página 13 del dictamen y por lo tanto los pagos entre enero y abril de 2005 fueron excesivos. Manifiesta que de darse una modificación en los productos objeto de la distribución, lo lógico era que los fletes también variaran.

Sea lo primero advertir que las ofertas suscritas por COLREFRESCOS LTDA., que obran en el expediente, y a las que ha hecho referencia el Tribunal en este Laudo, no regulan en forma alguna la fijación de los denominados fletes, los cuales constituyeron un elemento fundamental de la relación contractual, toda vez que, como ya se dijo, fueron la única remuneración que recibió COLREFRESCOS LTDA., durante su relación contractual con BAVARIA S.A.

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1622 del C.C., el Tribunal entrará a analizar el comportamiento de las dos partes,

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

en lo que tiene que ver con la forma como a lo largo del contrato fijaron, aplicaron y aceptaron los valores de los fletes.

En el cuaderno de pruebas número 1 reposan diversas comunicaciones suscritas por BAVARIA S.A. y dirigidas a COLREFRESCOS LTDA., en las que se da cuenta de los valores de los fletes que para distintas épocas debían regir.

En efecto, obran en el expediente las siguientes comunicaciones expedidas por BAVARIA S.A.:

FECHA COMUNICACIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGENCIA	Folio
05-04-2001	01-03-2001	15
05-04-2002	05-04-2002	24
08-04-2002	01-04-2002	25
23-01-2004	23-01-2004	160
13-05-2004	14-05-2004	156
14-04-2005	01-01-2005	55
14-06-2005	01-01-2005	30
30-01-2006	01-02-2006	157
31-03-2006	01-04-2006	158
29-04-2006	01-05-2006	159

De las comunicaciones anteriores se evidencia que BAVARIA S.A. era quién fijaba los fletes, y que por escrito se los hacía conocer a COLREFRESCOS LTDA. Así mismo, es claro que dichos fletes fueron fijados por Bavaria a lo largo de la relación contractual, en distintas ocasiones, sin que su fijación fuera efectuada todos los años en el mismo mes, como lo pretende ver la convocante, como quiera que algunas veces se hizo en enero, otras en abril e incluso en mayo.

Análogamente observa el Tribunal que en algunas ocasiones los fletes se fijaron retroactivamente, tal y como por ejemplo ocurrió en el 2001, año en el cual

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

BAVARIA S.A. comunicó a COLREFRESCOS LTDA., el valor de los fletes mediante comunicación del 5 de abril de 2001, pero con fecha retroactiva al 1 de marzo del mismo año.

Para efectos de este análisis, el Tribunal examinará en primer lugar la conducta contractual desarrollada hasta la expedición por parte de BAVARIA S.A. de la comunicación del 14 abril de 2005 y luego la conducta asumida por las partes con motivo de dicha comunicación. Ello se hace necesario en cuanto en el año 2005 la Convocante, como se verá a continuación, modificó la conducta que habitualmente venía desarrollando.

El Tribunal encuentra que a lo largo de la ejecución del contrato fue aceptado por ambas partes que fuera BAVARIA S.A. quien fijara los fletes y se los comunicara a COLREFRESCOS LTDA. La conducta desplegada por COLREFRESCOS LTDA., hasta el mes de mayo de 2005, demuestra su total aquiescencia frente a las comunicaciones que BAVARIA S.A. le envió, pues no obra en el expediente prueba alguna de que COLREFRESCOS LTDA., no hubiera estado de acuerdo con los fletes fijados por BAVARIA S.A., así estos se fijaran en forma retroactiva.

Ahora bien, también está acreditado que con motivo de la comunicación del 14 de abril de 2005, COLREFRESCOS LTDA., modificó la conducta asumida hasta ese entonces, pues en mayo 14 de 2005, envió a BAVARIA S.A. una comunicación manifestando su inconformidad con que los fletes fijados en abril 14 de 2005 se hicieran retroactivos al 1 de enero de 2005 y por ende que se tuviera que proceder a hacer el reembolso de lo pagado supuestamente en exceso. En este punto es relevante precisar que la inconformidad manifestada por COLREFRESCOS LTDA. sólo tiene que ver con el cobro retroactivo a 1 de enero de 2008 y no con el valor mismo de los fletes.

Esta conducta muestra que COLREFRESCOS LTDA. consideró que los nuevos valores de los fletes, impuestos de manera retroactiva, no eran convenientes a sus intereses, a diferencia de su conducta anterior, que consistió en la aceptación

reiterada, constante y tácita de los fletes que le había comunicado BAVARIA S.A.

En síntesis, de lo visto hasta aquí, el Tribunal concluye que el contrato no le asignó a la Convocada una facultad clara y expresa de fijación de fletes, pero que de conformidad con la ejecución práctica que del contrato hicieron las partes, se evidencia que COLREFRESCOS LTDA. estuvo de acuerdo en que los mismos fueran fijados por BAVARIA S.A., siempre y cuando no lesionaran sus intereses. Así mismo, que previamente a que BAVARIA S.A. fijara los fletes mediante la mencionada comunicación fecha 14 de abril de 2005, continuaron aplicando los vigentes para el año 2004.

En ese orden de ideas habrá de prosperar la pretensión 5 principal, con la precisión, ya anotada, que la relación contractual inició el 22 de de septiembre de 1998 y no el 17 de enero de 1998, como se solicita en esta pretensión.

Así mismo, habrá de prosperar la pretensión 6 principal y así se declarará en la parte resolutive de este Laudo.

Ahora bien, según se desprende de los testimonios rendidos por los algunos funcionarios de BAVARIA S.A., hasta enero de 2005 COLREFRESCOS LTDA., estaba principalmente dedicado a distribuir refrescos, y a partir de dicha fecha empezó a distribuir de manera significativa cervezas, lo cual implicó un incremento sustancial en el número de cajas distribuidas por COLREFRESCOS LTDA.

Según el señor **JUAN CARLOS MOLINA PEREZ**, Gerente de Desarrollo, Transporte y Distribución de BAVARIA S.A. en Bogotá, dicho distribución inicial de cerveza por parte de COLREFRESCOS LTDA., se hizo *“cuando se nos presentó el caso iba hacer en esa zona lo que llamamos una intervención, y era una intervención es que un distribuidor que se iba ir y se necesitaba temporalmente alguien que atendiera la zona, y eso se presentó como una intervención pero el tema empezó ya a coger forma es más bien*

que Colrefrescos Ltda. se iba a quedar con la zona y fue en el momento ya donde después nos pudieron hacer un recálculo de todos los fletes.”

Es decir que lo que inicialmente fue una gestión temporal por parte de COLREFRESCOS LTDA., se volvió permanente a finales de marzo de 2005, según lo informó al Tribunal el señor Molina.

Así mismo, según algunos testigos de BAVARIA S.A., desde inicios del año 2005, BAVARIA S.A. le había informado a COLREFRESCOS LTDA., de manera verbal, concretamente a su representante legal señor Gildardo Vega, que los fletes que estaba recibiendo serían disminuidos y por ende reajustados de manera retroactiva, sin que en oportunidad alguna se le hubiera informado cuál sería su valor.

Sin embargo, cuando se les preguntó a dichos testigos acerca de si el señor Gildardo Vega presentó o no oposición a que los fletes se fijaran retroactivamente, sus respuestas no fueron coincidentes. En efecto, por una parte el mencionado señor Molina informó al Tribunal que en las ocasiones en que se le informó verbalmente al señor Gildardo Vega que los fletes se le iban a cobrar de manera retroactiva, éste no estuvo de acuerdo con ello, mientras que el señor José Giovanni Quintero, Director Regional de Ventas de la Regional Oriente de BAVARIA S.A., para el año 2005, dijo que el señor Vega “jamás mostró oposición, estaba claro que había recibido un dinero de más”.

Por su parte COLREFRESCOS LTDA., ha manifestado que BAVARIA S.A. no le informó sobre el reajuste retroactivo que se efectuaría sobre los fletes vigentes a principios del año 2005.

De otro lado, vale la pena llamar la atención que, de las pruebas que obran el proceso, se desprende que BAVARIA S.A. nunca dio respuesta a la comunicación de fecha 14 de mayo de 2005 que COLREFRESCOS LTDA. le presentara

manifestando su desacuerdo con el cobro retroactivo de fletes y su consecuente reembolso.

En efecto, el representante de BAVARIA S.A., el doctor Oscar Mateus, en el interrogatorio de parte, cuando se le preguntó sobre la razón por la cual BAVARIA S.A. no dio respuesta a la mencionada comunicación contestó:

“SR. MATEUS: De verdad desconozco la razón, hay muchos manejos que es administrativo y hay muchos manejos que es propio de la zona de ventas, entonces desconozco la razón por la cual no se le dio respuesta, la respuesta puede ser positiva o negativa.”

Por su parte el mencionado testigo Yovanni Quintero, dijo sobre el particular:

“DRA. DE LA TORRE: Le voy a poner de presente una comunicación del 14 de mayo/05 que obra a folio 162, que esta dirigida a usted y esta firmada por Colrefrescos, si quiere léala. Se acuerda de esa comunicación, usted la recibió?”

SR. QUINTERO: Sí, yo esta comunicación sí tuve oportunidad de conocerla.

DRA. DE LA TORRE: Usted dio respuesta a esa comunicación?

SR. QUINTERO: No por varios motivos, primero no la vi consistente con la realidad de las cosas, con la realidad del negocio como tal, segundo estas comunicaciones se cursan con la dirección de la compañía para que la compañía nos ayude a documentar una respuesta.

(...)

DRA. DE LA TORRE: Podía usted contestar esa carta sin remitirla a Bogotá, o sea la decisión de no contestarla fue suya o fue una política de la compañía, mejor dicho usted me dice que no la encontró consistente y que usted tenía que consultar, pero la pregunta es fue decisión suya no contestar esa carta?

SR. QUINTERO: Estas cartas por lo regular cuando las recibo le doy dos cursos se la paso al gerente de ventas para que la analice.

DRA. DE LA TORRE: Que era quién?

SR. QUINTERO: Que era Juan Carlos Molina, para que la analicemos y conjuntamente la enviemos a Bogotá y que Bogotá nos ayude a documentar una respuesta.

DRA. DE LA TORRE: Pero el señor Molina dijo que no conocía esa comunicación cuando estuvo aquí.

SR. QUINTERO: Lo que pasa es que como ha transcurrido tanto tiempo seguramente ya no la recuerda.

DR. PABON: Usted se la entregó a él?

SR. QUINTERO: Sí.

DRA. DE LA TORRE: Y la mandaron a Bogotá y qué pasó?

SR. QUINTERO: La verdad no se recibió respuesta, pero de todos modos de esto se habló mucho con Gildardo, se hablaba.”

Adicionalmente, en cuanto a la razón por la cual, BAVARIA S.A. se demoró en fijar los fletes para el año 2005, hasta el 14 de abril de 2005, el señor Molina en su testimonio dijo:

“SR. MOLINA: Porque es que desafortunadamente en Bogotá en ese entonces estábamos en un lapso de cambios y estábamos trabajando con una cantidad de diferentes opciones de trabajo en cuanto a fletes de distribución, que estábamos

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

trabajando lo que se llamaba preventa, modelo de servicio, un modelo de servicio que se aplicó inclusive en Bucaramanga y estaban todos los negocios encaminados a ese esfuerzo que la compañía estaba trabajando en ese momento.

Se descuidó un poco esta parte pero siempre fui muy enfático en decirle las veces que fuera necesarias a él delante de supervisores, delante de todos.”

De todo lo anterior, encuentra el Tribunal que no existe prueba suficiente que lo lleve a la convicción de que BAVARIA S.A. hubiera informado clara y contundentemente a COLREFRESCOS LTDA., que los fletes que se estaban cobrando desde enero de 2005 iban a ser disminuidos y por ende reajustados de manera retroactiva, ni que COLREFRESCOS LTDA., estuviera de acuerdo.

De haber sido ello así no entiende el Tribunal porque BAVARIA S.A. no lo informó sobre la circunstancia por escrito a COLREFRESCOS LTDA., tal y como la venía haciendo, pues como se desprende de las pruebas del proceso todo lo referente a fletes BAVARIA S.A. lo hacía por escrito.

En este punto es conviene tener en cuenta que, como ya se dijo, la nueva gestión adelantada por COLREFRESCOS LTDA., al inicio del año 2005, relativa a la distribución de cervezas, se adelantó de manera temporal como una “intervención” y que tan sólo se volvió permanente a finales de marzo de 2005. Por ello, Juan Carlos Molina, en correo electrónico dirigido a Juan Raad Caballero y a Ciro Leal Barrera el 20 de abril de 2005 les solicita “se estudie la posibilidad de cobrar los fletes pagados por mayor valor solo desde el mes de Marzo ya que este distribuir tenía el sector intervenido hasta esa fecha” (subrayado fuera de texto), con lo cual no parecería lógico que por haberse tratado de una intervención temporal, BAVARIA S.A. le hubieren advertido a COLREFRESCOS LTDA., que los fletes se harían retroactivos.

Adicionalmente, tampoco entiende el Tribunal por qué si era tan claro para BAVARIA S.A. que a COLREFRESCOS LTDA. se le había informado

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

previamente sobre la disminución y reajuste que se efectuaría a los fletes cobradas desde inicios de 2005, no dio respuesta a la comunicación del 14 de mayo de 2005 indicando esa precisa circunstancia.

Tampoco encuentra el Tribunal justificación alguna para que BAVARIA S.A. se demorara más de tres meses en fijar los nuevos fletes para el 2005, cuando según se afirma, desde enero de 2005 era conciente de que los que se estaban cobrando eran superiores a los que, en su concepto, COLREFRESCOS LTDA., tenía derecho.

No sobra recordar que durante la ejecución del contrato las partes deben comportarse lealmente teniendo en cuenta las expectativas de la otra parte, lo que necesariamente conlleva a determinar el marco al que deben sujetarse la conducta de cada una de ellas. Es por ello que el Tribunal encuentra que si BAVARIA S.A. en realidad consideraba que los fletes para el año 2005 debían ser reajustados desde el 1 de enero de 2005, debió haber procedido diligentemente, como un buen profesional y hombre de negocios, respetando el deber de información que se espera de todo contratante, y por ende debió haberlos fijado en un tiempo prudencial que no perjudicara posteriormente a COLREFRESCOS LTDA., obligándole a devolver un dinero sobre cuyo monto nunca se le informó de qué orden sería. No es aceptable para el Tribunal que BAVARIA S.A. se tomara más de tres meses y medio en fijar los fletes, para luego solicitar el reembolso de lo pagado, en su concepto, en exceso.

Ahora bien, como ya se dijo, las ofertas suscritas por COLREFRESCOS LTDA., no le atribuyeron facultad alguna a BAVARIA S.A. para fijar los fletes, pero que de la ejecución práctica que las partes dieron al contrato se desprende que COLREFRESCOS LTDA., aceptó que los mismos fueron fijados unilateralmente por BAVARIA S.A. siempre y cuando no lesionara sus intereses. Lo anterior implica que para que BAVARIA S.A. pudiera proceder a efectuar los descuentos correspondientes al retroactivo fijado en la comunicación del 14 de abril de 2005,

debió haber contado con el consentimiento expreso de COLREFRESCOS LTDA., lo cual no aparece probado en el proceso.

Es evidente que COLREFRESCOS LTDA. se encontraba en una situación de indefensión ante la conducta asumida por BAVARIA S.A., y que el hecho de que COLREFRESCOS LTDA. hubiera continuado con la distribución a pesar de los descuentos efectuados, no puede entenderse como una aceptación de los mismos, pues tal y como lo dijo el señor Vega en su declaración de parte, COLREFRESCOS LTDA. necesitaba y quería continuar con la distribución. El señor Vega a este respecto manifestó lo siguiente:

“Yo en el momento, le dije a la doctora Doris que era la encargada de este tema, le informé que no estaba de acuerdo, ella de una vez me informó me dijo que si yo no estaba de acuerdo, que Bavaria S.A., en el momento de una vez empezaba un proceso jurídico y me quitaban a mí las garantías y me dejaban por fuera a mí de la distribución. Le pase la carta de oposición al respecto de que hasta la fecha nunca me contestaron nada, nunca, nunca me contestaron nada, para que me informaran por qué me iban a descontar esa plata y como Bavaria S.A., solamente lo tienen a uno amarrado con las cuentas y por la derecha le iban quitando a uno los descuentos.

*DR. ARANGO: **Pregunta No.13.** Señor Gildardo, usted se acuerda en qué fecha terminó de pagarle a Bavaria S.A., el dinero que la compañía consideró se había pagado de más en fletes?*

SR. VEGA: Ella me descontó la última partida en diciembre, a finales de diciembre no recuerdo exactamente la esta, porque fueron varias partidas que me quitaron a través de la cuenta, la plata hasta diciembre que porque tenía que partir el año contable.

DR. PABÓN: Diciembre de que año perdón?

SR. VEGA: Diciembre del 2005.

*DR. ARANGO: **Pregunta No.14.** O sea a usted le pareció que la conducta era tan abusiva, como se da a entender en la demanda, por qué no terminó el contrato en ese momento?*

SR. VEGA: Porque teníamos unas garantías con Bavaria S.A. y la doctora Doris dijo que de una vez nos quitaban eso, yo en muchas ocasiones discutía mucho con ellos en el tema de los descuentos que me estaban quitando y ellos decían que no que eso era de jurídica y que eso era de jurídica y que no había nada que hacer, la orden era de jurídica.

DR. ARANGO: Yo le estoy preguntando puntualmente porque no me ha respondido al momento en que usted termina de pagar. En ese momento usted termina de pagar a usted le parecía injusta la conducta por qué sigue?

SR. VEGA: Nosotros seguimos en el trabajo, obviamente por el mismo hecho de la necesidad de trabajar.”

Resulta pues evidente que BAVARIA S.A. ostentaba una posición de dominio en el contrato, y que ante esta situación de privilegio descontó unilateralmente el valor correspondiente al retroactivo fijado en la carta del 14 de abril de 2005, pese a la protesta presentada oportunamente por COLREFRESCOS LTDA., desmejorando injustificadamente la posición del distribuir. Por lo tanto la insistencia de BAVARIA S.A. en imponer la modificación y hacerla efectiva efectuando los descuentos resulta abusiva e ilegal.

Es claro que el cumplimiento o ejecución de un contrato por uno de los contratantes no puede quedar al arbitrio del otro, más aún cuando se trata de la determinación del precio por parte de quien ostenta una posición de dominio, pues como lo ha precisado nuestra Corte Suprema de Justicia,

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

“Los derechos pertenecientes a los particulares deben ejercerse sin exceso, según su destinación natural y de una manera normal” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de marzo de 1939, M.P. Ricardo Hinestrosa Daza.)

Por todo lo expuesto habrá de prosperar la pretensión 7, con la precisión de que la fijación de los fletes para el año 2005, no fue extemporánea, pues como ya se dijo, la fijación de los fletes por parte de BAVARIA S.A. no fue sistemática en el tiempo, pues el mes en que fueron fijados los fletes en cada ocasión fue diferente, siendo algunas veces el mes de enero, otros en abril o en mayo.

Por las mismas razones también habrá de prosperar la pretensión 8 principal y 2 de condena teniendo en cuenta que se encuentra acreditado en el proceso a folios 56 a 74 del cuaderno de pruebas, que el valor de los descuentos efectuados por BAVARIA S.A. a COLREFRESCOS LTDA., en el año 2005 fue de \$41.092.380.

Por último en lo que refiere a la pretensión 3 de condena que solicita se condene a BAVARIA S.A. a pagar a favor de COLREFRESCOS LTDA., los intereses liquidados a la tasa máxima legal sobre la suma de \$41.092.380, desde que se efectuó cada descuento, el tribunal por haber encontrado que la conducta de BAVARIA S.A. fue ilegal y que en últimas lo que hizo fue desconocer el pago de unas sumas de dinero que adeudaba a la convocante, por ello accederá el Tribunal a condenar a los intereses de mora solicitados, los cuales serán reconocidos por el Tribunal desde la fecha en que se efectuó cada descuento hasta su pago efectivo.

A continuación se presenta la liquidación de los intereses causados hasta la fecha de este laudo, los cuales ascienden a la suma de **\$31.369.316**.

Período		No. de días	Interés Anual Efectivo			Capital		Intereses	Interés Acumulado
			No. Resol Superba	Int. Cte. Bancario	Interés moratorio				
Inicio	Final			(1)	(2)				
27/06/2005	30/06/2005	4	803	18.85%	28.28%	3,000,000	8,198	8,198	
01/07/2005	25/07/2005	25	948	18.50%	27.75%	3,000,000	50,747	58,945	

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

26/07/2005	31/07/2005	6	948	18.50%	27.75%	6,571,161	26,508	85,453
01/08/2005	06/08/2005	6	1101	18.24%	27.36%	6,571,161	26,176	111,629
07/08/2005	10/08/2005	4	1101	18.24%	27.36%	7,761,548	20,598	132,227
11/08/2005	31/08/2005	21	1101	18.24%	27.36%	9,011,548	126,268	258,495
01/09/2005	05/09/2005	5	1257	18.22%	27.33%	10,261,548	34,019	292,515
06/09/2005	15/09/2005	10	1257	18.22%	27.33%	11,511,548	76,454	368,968
16/09/2005	19/09/2005	4	1257	18.22%	27.33%	12,761,548	33,835	402,803
20/09/2005	26/09/2005	7	1257	18.22%	27.33%	14,011,548	65,075	467,878
27/09/2005	30/09/2005	4	1257	18.22%	27.33%	15,261,548	40,463	508,341
01/10/2005	10/10/2005	10	1487	17.93%	26.90%	16,511,548	108,103	616,444
11/10/2005	12/10/2005	2	1487	17.93%	26.90%	17,761,548	23,197	639,640
13/10/2005	31/10/2005	19	1487	17.93%	26.90%	20,261,548	252,785	892,426
01/11/2005	05/11/2005	5	1690	17.81%	26.72%	22,761,548	73,945	966,371
06/11/2005	14/11/2005	9	1690	17.81%	26.72%	25,261,548	147,913	1,114,284
15/11/2005	21/11/2005	7	1690	17.81%	26.72%	27,761,548	126,346	1,240,630
22/11/2005	30/11/2005	9	1690	17.81%	26.72%	30,261,548	177,189	1,417,819
01/12/2005	13/12/2005	13	8	17.49%	26.24%	32,761,548	272,978	1,690,797
14/12/2005	19/12/2005	6	8	17.49%	26.24%	35,261,548	135,301	1,826,098
20/12/2005	26/12/2005	7	8	17.49%	26.24%	38,176,964	170,957	1,997,054
27/12/2005	31/12/2005	5	8	17.49%	26.24%	41,092,381	131,353	2,128,408
01/01/2006	31/01/2006	31	290	17.35%	26.03%	41,092,381	815,263	2,943,671
01/02/2006	28/02/2006	28	206	17.51%	26.27%	41,092,381	741,770	3,685,441
01/03/2006	31/03/2006	31	349	17.25%	25.88%	41,092,381	811,024	4,496,465
01/04/2006	30/04/2006	30	633	16.75%	25.13%	41,092,381	764,050	5,260,515
01/05/2006	31/05/2006	31	748	16.07%	24.11%	41,092,381	760,655	6,021,170
01/06/2006	30/06/2006	30	887	15.61%	23.42%	41,092,381	716,736	6,737,906
01/07/2006	31/07/2006	31	1103	15.08%	22.62%	41,092,381	717,887	7,455,794
01/08/2006	31/08/2006	31	1305	15.02%	22.53%	41,092,381	715,280	8,171,073
01/09/2006	30/09/2006	30	1468	15.05%	22.58%	41,092,381	693,274	8,864,347
01/10/2006	31/10/2006	31	1715	15.07%	22.61%	41,092,381	717,453	9,581,800
01/11/2006	30/11/2006	30	1715	15.07%	22.61%	41,092,381	694,115	10,275,915
01/12/2006	31/12/2006	31	1715	15.07%	22.61%	41,092,381	717,453	10,993,367
01/01/2007	04/01/2007	4	2441	11.07%	16.61%	41,092,381	69,238	11,062,606
05/01/2007	31/01/2007	27	8	13.83%	20.75%	41,092,381	577,032	11,639,638
01/02/2007	28/02/2007	28	8	13.83%	20.75%	41,092,381	598,558	12,238,196
01/03/2007	31/03/2007	31	8	13.83%	20.75%	41,092,381	663,204	12,901,400
01/04/2007	30/04/2007	30	428	16.75%	25.13%	41,092,381	764,050	13,665,450
01/05/2007	31/05/2007	31	428	16.75%	25.13%	41,092,381	789,761	14,455,211
01/06/2007	30/06/2007	30	428	16.75%	25.13%	41,092,381	764,050	15,219,261
01/07/2007	31/07/2007	31	1086	19.01%	28.52%	41,092,381	884,959	16,104,220
01/08/2007	31/08/2007	31	1086	19.01%	28.52%	41,092,381	884,959	16,989,179
01/09/2007	30/09/2007	30	1086	19.01%	28.52%	41,092,381	856,117	17,845,296
01/10/2007	31/10/2007	31	1742	21.26%	31.89%	41,092,381	977,480	18,822,777
01/11/2007	30/11/2007	30	1742	21.26%	31.89%	41,092,381	945,589	19,768,366
01/12/2007	31/12/2007	31	1742	21.26%	31.89%	41,092,381	977,480	20,745,846
01/01/2008	31/01/2008	31	2366	21.83%	32.75%	41,092,381	1,000,575	21,746,421
01/02/2008	29/02/2008	29	2366	21.83%	32.75%	41,092,381	935,293	22,681,714
01/03/2008	31/03/2008	31	2366	21.83%	32.75%	41,092,381	1,000,575	23,682,289
01/04/2008	30/04/2008	30	474	21.92%	32.88%	41,092,381	971,435	24,653,724
01/05/2008	31/05/2008	31	474	21.92%	32.88%	41,092,381	1,004,209	25,657,933

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

01/06/2008	30/06/2008	30	474	21.92%	32.88%	41,092,381	971,435	26,629,368
01/07/2008	31/07/2008	31	1011	21.51%	32.27%	41,092,381	987,626	27,616,995
01/08/2008	31/08/2008	31	1011	21.51%	32.27%	41,092,381	987,626	28,604,621
01/09/2008	30/09/2008	30	1011	21.51%	32.27%	41,092,381	955,400	29,560,021
01/10/2008	31/10/2008	31	1555	21.02%	31.53%	41,092,381	967,715	30,527,736
01/11/2008	27/11/2008	27	1555	21.02%	31.53%	41,092,381	841,580	31,369,316

**5. LAS PRETENSIONES PRINCIPALES NÚMEROS 9 Y 10 Y 5 DE
CONDENA- CONTRATO DE COMODATO**

Las pretensiones principales 9 y 10 y 5 de condena, en su orden dicen:

“9. Que se declare que entre BAVARIA S.A. y COLREFRESCOS se celebró y suscribió el CONTRATO DE COMODATO No. 2005-00821, mediante el cual BAVARIA entregó a dicho título el inmueble ubicado en la Calle 34 No. 13-59 de la ciudad de Bucaramanga, párale funcionamiento de lo que BAVARIA denomina una Bodega Urbana de Servicios Rápidos (“BUSER”).

10. Que se declare que BAVARIA S.A. incumplió el CONTRATO DE COMODATO No. 2005-00821 del 12 de Septiembre de 2005 suscrito por BAVARIA S.A. y GILDARDO VEGA CABALLERO, representante legal de COLREFRESCOS LTDA, al cobrar la suma de CUATRO MILLONES CIENTO CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$4.105.850,56) por concepto de cánones de arrendamiento de dicha bodega.

5. Que se condene a BAVARIA S.A. a pagar a COLREFRESCOS LTDA, la suma de CUATRO MILLONES CIENTO CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$4.105.850,56) derivada del cobro ilegal de los cánones de arrendamiento de la bodega entregada en Comodato a COLREFRESCOS LTDA, mas los intereses moratorios

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

desde la fecha en que hacia efectivo cada uno de esos descuentos, hasta cuando se haga el pago total.”

Respecto de los hechos en que se fundamentan estas pretensiones, la parte convocada en la contestación de la demanda los ha admitido como ciertos al afirmar que “*BAVARIA S.A. siempre ha estado dispuesta a reembolsarle a la demandante la suma que por concepto de arrendamiento le descontara equivocadamente a la demandante, quien en modo inexplicable se ha negado a recibirla.*” Así mismo en los alegatos de conclusión mantuvo esta posición, al expresar que Bavaria “*ha reconocido su error y desde luego, le corresponde efectuar el reembolso de las sumas que indebidamente le fueron pagadas por el concepto arriba señalado*”

En este orden de ideas el Tribunal accederá a estas pretensiones y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

Ahora bien observa el Tribunal que la actuación de BAVARIA S.A. al descontar sin fundamento legal o contractual alguno la suma equivalente a los supuestos cánones de arrendamiento, constituye una conducta antijurídica generadora de daño y por ende de responsabilidad, que en últimas lo que hizo fue desconocer el pago de unas sumas de dinero que adeudaba a la convocante. Por ello accederá el Tribunal a condenar a los intereses de mora solicitados. Sin embargo, estos no se pueden contabilizarán desde la fecha de cada uno de los descuentos y hasta la fecha de este laudo, como se solicita en la demanda, toda vez que no obra en el expediente prueba de las fechas en que los mismos se realizaron. En consecuencia el Tribunal tomará como fecha para la contabilización de dichos intereses la fecha de terminación del contrato, es decir el 15 de mayo de 2006. .

A continuación se presenta el cálculo respectivo, en el cual el valor de los intereses causados hasta la fecha de laudo asciende a **\$625,392.**

Interés Anual Efectivo		
No. Resol	Int. Cte.	Interés

Interés

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

Período		No. de	Superba	Bancario	moratorio	Capital	Intereses	acumulado
Inicio	Final	días		(1)	(2)			
15/05/2008	31/05/2008	17	474	21.92%	32.88%	4,105,851	54,724	54,724
01/06/2008	30/06/2008	30	474	21.92%	32.88%	4,105,851	97,063	151,787
01/07/2008	31/07/2008	31	1011	21.51%	32.27%	4,105,851	98,681	250,469
01/08/2008	31/08/2008	31	1011	21.51%	32.27%	4,105,851	98,681	349,150
01/09/2008	30/09/2008	30	1011	21.51%	32.27%	4,105,851	95,461	444,611
01/10/2008	31/10/2008	31	1555	21.02%	31.53%	4,105,851	96,692	541,303
01/11/2008	27/11/2008	27	1555	21.02%	31.53%	4,105,851	84,089	625,392

6. LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 11 Y 6 DE CONDENA – ARREGLOS LOCATIVOS.

En la pretensión número 11 se solicita lo siguiente:

“11. Que se declare que COLREFRESCOS LTDA efectúo, por imposición de BAVARIA S.A. arreglos locativos a la bodega ubicada en la calle 34 número 13-59 Barrio Centro de Bucaramanga, consistentes en el PAGO DE REPOTENCIALIZACIÓN DE ACOMETIDA DE MEDIDOR DE ENERGÍA Y ACOMEDIDA DE CUARTO FRÍO y por consiguiente se declare que BAVARIA S.A. debe a COLREFRESCOS LTDA la suma de UN MILLON DOSCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$1.230.000,00), por dichas mejoras”.

En el hecho 30 de la demanda se dice que para acondicionar la Bodega Buser de BAVARIA S.A., por imposición de ésta sociedad, COLREFRESCOS LTDA. pagó unos arreglos locativos consistentes en el pago de repotenciación de acometida de medidor de energía eléctrica y acometida de cuarto frío y que el 26 de febrero de 2006 presentó la cuenta de cobro correspondiente por valor de \$1.230.000. En los alegatos de conclusión insiste en la anterior pretensión si aportar fundamento adicional alguno.

BAVARIA S.A. en la contestación de la demanda manifiesta que ha estado dispuesta a reconocer el pago de tales obras, pero que en su momento pidió

soporte de las mismas por razones contables, lo que la demandante no quiso atender. En los alegatos reitera la anterior posición y manifiesta que si el Tribunal encuentra prueba seria y convincente del monto de las reparaciones así como de su justificación, BAVARIA S.A. nada va a decir en contra de su reconocimiento y de la consiguiente obligación del pago.

El Tribunal encuentra que BAVARIA S.A. reconoce que las reparaciones a que se refiere la pretensión 11 antes transcrita sí fueron llevadas a cabo por COLREFRESCOS LTDA., pero que por no haber presentado los soportes correspondientes no ha procedido a su reembolso. Una vez revisado detenidamente el expediente, el Tribunal no encuentra prueba o soporte del valor de dichas reparaciones ni que la parte convocante haya dirigido su actividad procesal durante el curso del proceso a probar dicho valor. En consecuencia el Tribunal tal sólo accederá parcialmente a esta pretensión, sin que sea posible reconocer el valor en ella solicitado.

**7. PRETENSIÓN PRINCIPAL 12 Y PRETENSIÓN DE CONDENA
7 – DINEROS DEPOSITADOS EN LA CUENTA CORRIENTE A
FAVOR DE COLREFRESCOS LTDA..**

La demanda dice en su pretensión de condena No. 7 lo siguiente:

“7. Que se condene a BAVARIA S.A. a pagar a COLREFRESCOS LTDA. LTDA. la suma de \$ 4.236.364.62 (CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS moneda corriente, (sic) que se encuentran depositados en la cuenta corriente en el BANCOLOMBIA que BAVARIA dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de COLREFRESCOS LTDA. derivados de la ejecución del contrato de suministro para distribución”.

En la pretensión principal 12 se lee:

“12. Que se declare que BAVARIA S.A. debe a COLREFRESCOS LTDA. LTDA. la suma de \$ 4.236.364.62 (CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS moneda corriente, (SIC) que se encuentran depositados en la cuenta corriente en el BANCOLOMBIA que BAVARIA S.A. dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de COLREFRESCOS LTDA. derivados de la ejecución del contrato de suministro para distribución”.

El hecho 32 de la demanda se refiere a este asunto (Folio 94 del Cuaderno Principal No. 1) y en él se menciona un proyecto de transacción que “BAVARIA S.A. redactó” y que, dice que BAVARIA S.A. reconoce el carácter de líquidas y exigibles dichas obligaciones (y menciona varias) entre ellas “pago del saldo derivado por concepto de créditos y venta de producto (\$ 4.236.364.62)”.

En su contestación a la demanda y respecto de este hecho, dice BAVARIA S.A.:

“Es cierto que Bavaria ofreció a la sociedad demandante una transacción lo que, en modo alguno, significa una confesión de parte suya. Su propósito, como es lógico, no era otro que el de precaver un eventual litigio. La transacción se malogró por causa de las desorbitadas e irreales pretensiones de la parte demandante”.

En su alegato de conclusión dice la demandada respecto de esta pretensión: “Si en la cuenta corriente de la actora con BAVARIA S.A. aparece el salvo (sic) a favor que aquí se señala y reclama y cuya condena luego se pide, es natural y comprensible que le debe ser cubierto. Huelga cualquier otro comentario al respecto”.

De igual forma aparece probado en el informe de aclaraciones y complementaciones decretadas de oficio por el Tribunal:

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

“El tribunal de oficio ordena a la Señora Perito que complemente su dictamen en el sentido de determinar la suma de dinero que se encuentra depositada en la cuenta corriente de Bavaria, a favor de Colrefrescos Ltda.

R.: De acuerdo con la contabilidad de Bavaria S.A., en la cuenta corriente líquidos y envases, a diciembre 31 de 2007, (última fecha a la que se tuvo acceso a la información), el saldo de cero.

En la misma contabilidad, en la cuenta 1390050100 “Deudas de difícil cobro a largo plazo”, aparece con un saldo negativo, y cargado al cliente Colrefrescos Ltda., la suma de \$4.236.365, que de acuerdo con los registros contables provienen de:

<i>Cuenta depósito envase</i>	<i>\$3.269.900</i>
<i>Cuenta corriente líquido</i>	<i>\$ 966.465</i>
<i>Total saldo a favor</i>	<i>\$4.236.365</i>

Dicho saldo fue reclasificado en el mes de octubre de 2007, a la cuenta “Provisión deudas de difícil cobro largo plazo”, (Cuenta por Cobrar), con un saldo negativo.

Al ser un saldo negativo en una cuenta del Activo, contablemente se convierte automáticamente en una cuenta por pagar a favor de Colrefrescos Ltda, es decir, que según los registros contables, Bavaria S.A., adenda a colrefrescos Ltda., la suma de \$4.236.365”.

En ese orden de ideas, el Tribunal ordenará el pago de esta suma a favor de COLREFRESCOS LTDA., debidamente actualizada de acuerdo con la solicitud formulada en la demanda, para un total de \$4.869.311, según la siguiente liquidación:

ACTUALIZACIÓN:

Fecha inic	Fecha final	Valor	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR AJUSTE	Capital Actualizado
15/05/2006	27/11/2006	4,236,365	165.52	190.25	1.14940793	4,869,311

8. PRETENSIÓN DECLARATIVA NÚMERO 13 Y 8 DE CONDENA – OBLIGACIÓN DE BAVARIA S.A. DE RECOMPRAR AL DISTRIBUIDOR LOS ENVASES.

La demanda dice en su pretensión declarativa 13 y en su pretensión de condena 8 lo siguiente:

13. Que se declare que BAVARIA S.A debe a COLREFRESCOS LTDA la suma de VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIEN PESOS (\$29.474.100), por concepto de ENVASES y CANASTAS que COLREFRESCOS LTDA tiene a su favor en la cuenta corriente de envases, de acuerdo a los precios vigentes en el momento en que terminó la vinculación contractual entre BAVARIA y COLREFRESCOS LTDA.

“8. Que se condene a BAVARIA S.A. a pagar a COLREFRESCOS LTDA. la suma de VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIEN PESOS (\$ 29.474.100), por concepto de ENVASES y CANASTAS que COLREFRESCOS LTDA tiene su favor en la cuenta corriente de envases, de acuerdo a los precios vigentes desde el 13 de mayo de 2005 y vigentes en el momento en que terminó la vinculación contractual entre BAVARIA y COLREFRESCOS LTDA”.

El hecho 33 de la demanda se refiere a este asunto (Folio 94 del Cuaderno Principal No. 1), en el que se dice que *“es inaceptable el precio por el que ahora BAVARIA S.A. quiere pagar el envase: Tres millones Trescientos cincuenta y Tres mil Ochocientos Pesos (\$ 3.353.800) por todas las 56.388 botellas y las 963 canastas”.*

A lo anterior BAVARIA S.A. respondió:

“Bavaria no ha adquirido obligación alguna de comprarle envases y canastas a la sociedad demandante. En cuanto al documento “Evaluación de Embalajes Retornables. Cantidad”, me atengo a su contenido y a la significación que merezca puesto en relación con las restantes pruebas del proceso”.

La referencia es al documento que aparece en el cuaderno de pruebas al Folio 197.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

En carta de BAVARIA S.A., a COLREFRESCOS LTDA., de 22 de septiembre de 1998, en la que BAVARIA S.A. recuerda a COLREFRESCOS LTDA. “algunas cláusulas de la oferta de distribución firmada por ustedes con BAVARIA S.A.” así:

*“**SEGUNDA:** Los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA S.A. me serán entregados en el sitio determinado por ustedes y me obligo a devolver en perfectas condiciones los envases y las cajas, debidamente clasificados por marcas y presentaciones en el mismo lugar de entrega o en cualquier otro que determine BAVARIA S.A., cuando estos sean de su propiedad”.*

En la oferta de 27 de agosto de 2003, se agrega, en la cláusula **TERCERA** lo siguiente:

*“También asumo el riesgo de la pérdida de los productos o de la rotura de envases y cajas retornables de propiedad de **BAVARIA S.A.** que reciba a cualquier título”.*

Algunos de los testigos que hablaron al respecto expresaron que BAVARIA S.A. siempre les dijo que los envases y las canastas que ella les vendía eran “nuestros ahorros”. Así lo mencionó el Señor ENRIQUE VILLAMIL BARRERA, en audiencia del 25 de marzo de 2008.

De igual forma el Señor GILDARDO VEGA CABALLERO, en su declaración llevada a cabo el 9 de mayo de 2008, manifestó:

“porque se decía siempre y se había dicho eso siempre fueron dichos de los supervisores de los jefes que el envase era como las cesantías para nosotros, era las cesantías que era negocio tener envase porque siempre iba a subir, siempre mantenía subiendo, era la tradición que le había traído Bavaria S.A., desde siempre el envase siempre iba hacia arriba, nunca iba a bajar sino siempre iba

hacia arriba, nosotros lo que hacíamos la forma de capitalizar era comprando envase”

Por su parte ANA ISABEL TOLOSA, en audiencia del 9 de mayo de 2008, manifestó al respecto:

“muchas veces le comentaron que el envase sería las cesantías para su vejez, porque era una inversión, él alcanzó adquirir 2.500 cajas, compradas a un precio el triple de lo que está ahorita el envase”.

Esos testimonios no fueron controvertidos y para este Tribunal esas afirmaciones son ciertas.

Respecto de la “obligación” asumida por BAVARIA S.A de recomprar a los distribuidores el envase, aparece claro de los mismos testimonios que esa obligación se cumplió, normalmente, por BAVARIA S.A. respecto de envases y botellas vendidos por ellos mismos.

Es así como el Señor ENRIQUE VILLAMIL BARRERA, en audiencia llevada a cabo el 25 de marzo de 2008, al referirse a los envases manifestó que: *“Siempre se vendió la idea de que eran nuestro aborros y era una obligación comprarlos”.*

En igual sentido se pronunció el testigo JUAN CARLOS MOLINA PEREZ, en audiencia del 25 de marzo de 2008, al expresar: *“Igual él sabía que se le recompraba, todos los contratistas saben que eso se recompraba al precio que estuviera en el mercado en ese momento.”.*

A su turno el Señor GILDARDO VEGA CABALLERO, en su declaración, expresó: *“lo que pasa es que digamos Bavaria S.A., siempre ha asumido que ella le volvía comprar al distribuidor el envase pero que había facturado, que había hecho la factura, nosotros nunca nos hicieron una factura, nunca nos vendieron el envase directo por ellos.”.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

El testigo, HENRY DAVID CAMACHO FRANCO, en audiencia del 28 de marzo de 2008, manifestó al respecto:

“Me dijo no, no hay ningún problema cuando usted se retiré aquí existe una costumbre que es que Bavaria le recompra a usted el envase al precio que este en el mercado, además el precio lo ponemos nosotros y les vamos determinando a qué valor se debe recomprar ese envase... durante ese tiempo todos los distribuidores que se retiraron Bavaria les cumplió con la costumbre que se tenía de que una vez se retiraban les recompraba el envase mientras uno pudiera certificarlo con la factura de compra, o sea Bavaria únicamente le recompraba a uno el envase que uno pudiera comprobar que se lo había comprado a Bavaria.”

Adicionalmente la testigo DORIS VILLAMIZAR CANCELADO, en audiencia del 28 de marzo de 2008, expresó: *“se le hacía recompra al distribuidor siempre y cuando se tuviera la evidencia que Bavaria le había vendido, si Bavaria no le había vendido no se le hacía recompra.”*

Por último, el Señor JOSE GIOVANNI QUINTERO PARRA, en audiencia del 25 de marzo de 2008, sobre el tema de los envases manifestó: *“y la compañía dentro de su proceso de arreglo con él le esta reconociendo esos envases pero yo estaría en desacuerdo que se le reconozcan porque son envases que la compañía nunca los ha vendido y por lo tanto no hay lugar a cobrarlos”.*

Del mismo expediente se desprende que el envase reclamado por COLREFRESCOS LTDA. no fue vendido por BAVARIA S.A., según confiesa el señor GILDARDO VEGA CABALLERO, en la Audiencia del 9 de mayo de 2008, en los siguientes términos:

“DR. PABÓN: Entonces podemos decir que usted, el envase que utilizó durante todo el tiempo que fue distribuidor, fue un envase que usted adquirió por fuera, es decir no se lo compró a Bavaria S.A.? SR. VEGA: Sí señor lo adquirí por fuera. ¿Por qué? Porque es que para nosotros de todas formas el

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

negocio, nosotros veíamos siempre el negocio era más el cuidado del envase que la misma plata, ¿por qué? porque nosotros veíamos a muchos distribuidores quebrados por que Bavaria S.A. les estaba cobrando después ese envase, les cobraba al precio que estaba en el momento”.

También aparece que ese envase correspondía a productos de la cervecería LEONA que fue adquirida por BAVARIA S.A. Ese envase no lo adquiría BAVARIA S.A., según afirma el señor JUAN CARLOS MOLINA PEREZ, en Audiencia del 25 de marzo de 2008 porque *“el envase cervecero era comprado, el de Leona no,”*

De igual forma JOSE GIOVANNI QUINTERO PARRA, en audiencia del 25 de marzo de 2008, expresó:

“no le hablo de Leona porque no conozco las condiciones comerciales de Leona, conozco las de Bavaria y Bavaria nunca cobró los envases de Leona, nunca los cobro... pero Bavaria nunca le cobró los envases y creo que él nunca se los compró a Leona, porque que yo sepa no fue distribuidor de Leona, él fue distribuidor de Bavaria, no de Leona.... SR. QUINTERO: No, cuando Bavaria compra Leona, obvio que distribuye Leona a partir de ese momento.”

En el mismo sentido se pronunció DORIS VILLAMIZAR CANCELADO, en audiencia del 28 de marzo de 2008:

“La propiedad es de Bavaria porque los envases de Leona específicamente Bavaria nunca vendió envases, entonces él digamos que pudo haber comprado en el mercado esos envases, pero Bavaria al distribuidor nunca le vendió envases de Leona”

Valga la pena anotar que en el Cuaderno de Pruebas a los folios 3 a 6, aparece firmada y notarizada del señor GILDARDO VEGA CABALLERO, una oferta de distribución a favor de CERVECERIA LEONA S.A. con fecha 18 de enero

de 2001. En todo caso COLREFRESCOS LTDA., distribuyó cervezas LEONA cuando ésta ya pertenecía a BAVARIA S.A., porque no de otra manera se explica que el envase y las botellas en cuestión estuvieran en las bodegas de BAVARIA S.A. cuando COLREFRESCOS LTDA., deja la distribución, como consta en el testimonio de JOSE GIOVANNI QUINTERO PARRA, citado arriba, se confirma en la declaración del señor GILDARDO VEGA CABALLERO, y en el testimonio de DORIS VILLAMIZAR CANCELADO, en audiencia del 28 de marzo de 2008, cuando manifestó al respecto:

“DRA. DE LA TORRE: Ese envase quién lo tiene hoy en día? SRA. VILLAMIZAR: Esta en la empresa, sí porque todo el envase que él entra, entra es a la empresa. DR. NIETO: La empresa es Bavaria? SRA. VILLAMIZAR: A la empresa Bavaria sí señor. DR. NIETO: Y ese saldo es de qué monto? SRA. VILLAMIZAR: Son más o menos 13.000 unidades de envase de Leona”.

Lo anterior se corrobora en el documento “Evaluación de Embalajes Retornables. Cantidad” que aparece en el cuaderno de pruebas al folio 197.

Por su parte el señor GILDARDO VEGA CABALLERO, en su declaración de parte dijo lo siguiente:

“SR. VEGA: Eso es lo que le he estado solicitando, le solicité en varias ocasiones allá a la parte administrativa que nos devolviera el envase y la plata. Como fue en varias ocasiones que nos devolvían el envase y la plata obviamente nunca fue posible porque nos decían era que teníamos que ser como...siempre nos manejaron ese tema, nunca fue posible ni que nos devolvieran el dinero ni que nos devolvieran el envase físico, porque nosotros lo necesitábamos entonces devuélvameo nosotros lo vendemos o miramos que hacemos con ese envase, pero en sí era propiedad de nosotros.”.

En su alegato de conclusión la demandada se pregunta: si, habiendo sido los envases y canastas adquiridos a terceros “¿cuál es la razón para que se lo tenga que comprar? Si la recompra resulta asaz discutible cuando ha sido BAVARIA S.A. la autora de la venta de esos materiales al distribuidor, aquí, en el supuesto que se analiza, esa razón no es perceptible ni siquiera remotamente. El argumento de que solo a BAVARIA S.A. le sirven es especioso o sofisticado, pues del mismo modo como los adquirió de terceros, también a terceros se los puede enajenar. Que está soportando injustamente las consecuencias de la desuetud del envase: Ese fue el riesgo que asumió al comprarlo a terceras personas.” Y respecto del envase en poder de BAVARIA S.A. dijo: “Que el envase y las canastas están siendo retenidas por Bavaria, la que, simplemente, le presenta un valor dentro de una cuenta corriente: Se le ha dicho reiteradamente que los retire de las bodegas de Bavaria, lo que no lleva a cabo porque, como ha sucedido en este proceso, lo que pretende es que se le reconozca y se le pague su valor. Deleznablemente afirma que Bavaria le ha obstaculizado su retiro, sin embargo, esa es una aseveración carente de prueba.”

Para resolver esta petición el Tribunal tiene como probado que BAVARIA S.A. tiene aún en su poder hoy envases y canastas que no le pertenecen y que son de propiedad de COLREFRESCOS LTDA.; que ese envase no fue comprado por COLREFRESCOS LTDA. a BAVARIA S.A. sino a terceros; que ese envase corresponde a una marca que BAVARIA S.A. discontinuó; y que BAVARIA S.A. se niega a pagar su valor en pesos a la demandante.

Sin embargo, dentro de los entendimientos entre las partes en torno al tema de la recompra de los envases es claro que su operancia se condicionó a que los envases del distribuidor hubieran sido comprados por él a BAVARIA S.A. Las pruebas obrantes en el proceso y en particular la declaración de parte del representante legal de la convocante, en la cual confiesa que los envases en comento no fueron comprados a la convocada sino a terceros, lleva al Tribunal a concluir que no se da el requisito para la recompra y en consecuencia la pretensión no puede prosperar.

**9. PRETENSIONES 14 y 17 DECLARATIVAS DE LA DEMANDA:
LA CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS**

Aparece acreditado en el proceso que para la ejecución del contrato BAVARIA S.A. S.A. exigió a la convocante la constitución de una hipoteca y de una prenda como garantías de sus obligaciones. En efecto a folios 7 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1 aparece una minuta de constitución de hipoteca sobre el inmueble ubicado en la carrera 16 No. 33-44 de Bucaramanga, al cual le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria No. 300237677, e igualmente un contrato de prenda sin tenencia sobre el vehículo marca mazda B2200SP de placas XLE 923.

A su turno BAVARIA S.A. no ha negado la existencia de dichas garantías.

Revisado el texto de las mismas destaca el Tribunal que la hipoteca tenía por objeto "garantizar las obligaciones presentes o futuras que resulten a cargo de la sociedad COLREFRESCOS LTDA, y a favor de BAVARIA S.A., provenientes de la utilización por parte de esa sociedad del cupo de crédito que BAVARIA S.A. S.A., le ha concedido, o por cual cualquier otro...". Y que el contrato de prenda se celebros para "garantizar las obligaciones presentes o futuras que resulten a cargo de la sociedad COLREFRESCOS LTDA, y a favor de BAVARIA S.A., provenientes de la utilización por parte de esa sociedad del cupo de crédito que BAVARIA S.A., le ha concedido, o por cual cualquier otro concepto..."

En el expediente no se encuentra prueba de deuda alguna pendiente a cargo de la convocante y a favor de BAVARIA S.A. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el contrato entre las partes se encuentra terminado y que la naturaleza de las garantías es de ser accesorias a tal contrato, no encuentra el Tribunal razón alguna para mantenerlas. En consecuencia el Tribunal ordenará la cancelación de la hipoteca y de la prenda sin tenencia mencionadas a costa de la convocada.

En estos términos habrán de prosperar las pretensiones 14 y 17 declarativas.

10. LAS PRETENSIONES NÚMEROS 2 Y 15 DECLARATIVAS Y 4 DE CONDENA DE LA DEMANDA: LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE LA CONVOCADA Y SUS CONSECUENCIAS.

En la pretensión número 2 de la demanda, la parte convocada solicita la declaratoria de terminación anticipada, unilateral e injustificada del contrato por parte de BAVARIA S.A., de la siguiente manera:

“Que se declare, que el CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN celebrado entre COLREFRESCOS LTDA, representada legalmente por el señor GILDARDO VEGA CABALLERO y la Empresa BAVARIA S.A. terminó anticipadamente el día 13 de mayo de 2006, por decisión unilateral y sin justa causa de BAVARIA S.A.”

Posteriormente en las pretensiones 15 declarativa y 4 de condena, solicita se ordene el pago de los perjuicios derivados de esa terminación, en los siguientes términos:

“Que se declare que la empresa BAVARIA S.A. debe pagar a favor de COLREFRESCOS Ltda, la suma que tasen los peritos designados por el Tribunal, y correspondiente al LUCRO CESANTE derivado de los ingresos que la demandante dejó de recibir del 13 de mayo de 2.006 al 31 de diciembre de 2.006, por concepto de Fletes de Distribución, derivados del contrato DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN.”

(...)

“Que se condene que a la empresa BAVARIA S.A. a pagar a favor de COLREFRESCOS Ltda, la suma que tasen los peritos designados por el

Tribunal, y correspondiente al LUCRO CESANTE derivado de los ingresos que la demandante dejó de recibir del 13 de mayo de 2.006 al 31 de diciembre de 2.006, por concepto de Fletes de Distribución, derivados del contrato DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN.”

Corresponde en consecuencia que el Tribunal proceda a estudiar (i) la figura de la terminación unilateral del contrato y (ii) la forma como en este caso se puso fin a la relación negocial, a fin de establecer si las anteriores pretensiones están llamadas a prosperar o si por el contrario, tienen vocación de fracaso.

10.1 La terminación unilateral de los contratos en el derecho privado:

De manera general puede considerarse que la facultad de terminación unilateral de los contratos es una figura admitida tanto en el derecho privado como en el derecho público.

En efecto los contratos de derecho privado pueden darse por terminados unilateralmente antes de su vencimiento ya sea por que la ley así lo prevé (piénsese por ejemplo en la facultad que el artículo 1071 del C. de Co otorga a las partes en el contrato de seguro o aquella que el artículo 977 de la misma obra otorga a las partes en contrato de suministro) o porque los contratantes así lo han previsto en las cláusulas.

Se trata de una facultad que puede quedar acordada en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la cual sin embargo - como todas las que se convengan – tiene unos límites para su ejercicio, en especial los que establece la ley y el principio de la buena fe.

Y es que lo mínimo que se espera del ejercicio de esa potestad es que quien la ejerza lo haga dentro del marco del contrato, sin abusos y sin desconocer los deberes secundarios de conducta que se exige a todo contratante. Recordemos que de la mano de las obligaciones que expresamente nacen del contrato, existen

unos deberes que emanan del principio de buena fe y que si bien no están contenidos de manera específica en las cláusulas contractuales tienen como finalidad el logro del interés común perseguido por las partes.

Cuando los contratantes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, resuelven incorporar al contrato ciertas y determinadas causales que permiten a ambas partes o solo a una de ellas terminar anticipadamente el contrato, tácitamente están conviniendo en que el contrato sólo podrá ser terminado por dichas causales específicamente convenidas, sin perjuicio - como es claro- de la operancia de las demás causales de terminación que la ley pueda consagrar.

Lo anterior implica que las partes reglamentan la facultad de terminación unilateral, en forma tal que deben respetar íntegramente lo que al respecto pacten. Así, pues, las causales acordadas indican los motivos que, en criterio de las partes, justifican la terminación prematura del contrato y por ser ellos fruto de la autonomía de la voluntad son de imperativo cumplimiento como quiera que constituyen la ley de su relación contractual, como lo establece el artículo 1602 del Código Civil.

Ahora bien, si a pesar de haberse consagrado contractualmente la facultad de terminación unilateral y las causales para ejercerla, alguno de los contratantes lo termina por fuera de ese marco, es evidente que trasgredió el ordenamiento y que si con ello causa daño está llamado a responder.

Quien reclama una indemnización derivada de una terminación abusiva del contrato debe en consecuencia acreditar no solamente la ausencia de justa causa, sino que está llamada a demostrar la existencia de los daños que esa terminación le pudo haber generado.

Si se verifican esos elementos corresponderá al juez proferir la condena correspondiente de conformidad con las pruebas que le sean allegadas.

10.2 El término del contrato y sus causales de terminación:

Revisadas las ofertas suscritas por COLREFRESCOS LTDA, se observa que en ellas no aparece un término o plazo contractual, habiéndose limitado las partes a acordar las siguientes causales de terminación unilateral justificada por parte de BAVARIA S.A:

- El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del COLREFRESCOS LTDA.
- El giro de cheques sin fondos por parte de la convocante
- El incurrir la actora en estado de iliquidez o similar
- El decretarse medidas cautelares contra COLREFRESCOS LTDA., que impidan el normal desarrollo de sus actividades comerciales
- Las deficiencias graves del contratista en la reventa de productos o en la atención de la clientela
- Y la posibilidad de terminarlo anticipadamente con un aviso previo y por escrito con una antelación no inferior a treinta días.

El texto de la oferta no prevé justas causas de terminación del contrato por parte de COLREFRESCOS LTDA.

10.3 Las circunstancias que rodearon la terminación del negocio

De conformidad con las declaraciones rendidas en el proceso, se observa que en el año 2006 BAVARIA S.A. decidió modificar su estrategia de ventas para lo cual ofreció a COLREFRESCOS LTDA., la ampliación de su zona de operación.

Así la manifestó el testigo Fernando Franklin Botero, gerente de ventas de poblaciones oriente, que comprende todas las poblaciones de Santander, Magdalena Medio, Sur del Cesar y Sur de Bolívar, en los siguientes términos:

DRA. DE LA TORRE: Tiene conocimiento de la razón o la forma como se terminó la relación contractual entre Colrefrescos Ltda. y Bavaria?

SR. FRANKLIN: Sí señora porque Bavaria tenía un proyecto que se llamaba modelo de servicio, iba a comenzar a funcionar ese modelo de servicio, ya estaba en prueba el primero, teníamos una prueba, teníamos ya una prueba, habíamos pasado ciertas experiencias con ese modelo, ya estaba andando solo ese modelo, ya era hora de colocar el segundo modelo a funcionar.

Ese segundo modelo a funcionar estaban incluidos tres sectores que era la buser del centro, la Joya y Campohermoso, un sector se Bucaramanga.

A principios de abril se llamó al señor Vega que era el representante legal de la firma Colrefrescos y se le propuso y se le dio a entender que queríamos fortalecerlo a él en su distribución y que como los sectores que estaban ahí en ese modelo de servicio él era el más fuerte, el que tenía mejor servicio digamos en cuanto a infraestructura logística, bodega, queríamos respaldarlo y queríamos fortalecerlo en esa relación y por tanto le ofrecíamos el modelo de servicio.”

Esa ampliación de la zona, implicaba sin embargo unas mayores inversiones de parte de la convocante, lo cual, por sus limitaciones financieras la llevó a buscar un socio que finalmente nunca pudo encontrar.

Sobre las circunstancias en que COLREFRESCOS LTDA., inició la operación de la nueva zona, el Tribunal destaca igualmente lo declarado por el testigo FRANKLIN:

“SR. FRANKLIN: Del año 2006, entonces él pues los argumentos que nos expuso es que financieramente no estaba en capacidad de tomar todos los 3 sectores, se le propuso entonces... pero que él aceptaba ese reto y que él iba a

comenzar a buscar socios capitalistas para su sociedad y llevar a cabo el modelo de servicio.

Se le explicó, se le dio a entender cómo era el funcionamiento del modelo de servicio y él aceptó esas condiciones y dijo que iba a comenzar a buscar la parte del socio capitalista para que le ayudara a manejar esa situación.

Nosotros con base en esa información comenzamos a rodar lo que era la logística del modelo de servicio, comenzar a hacer la resectorización, comenzar a mirar el número de clientes, en fin lo que es la parte comercial.

Le comentábamos a él cómo va con la consecución de los socios, no que esta difícil, que esta... pero que no, en conclusión a finales, más o menos el 26 de abril llegó a mi oficina y nos puso cita a Raul Merlo, a la secretaria que manejaba la parte de georeferenciación que llamaba Luz Stella y conmigo y nos presentó a una persona de apellido Fiallo Alberto Fiallo y que él iba a entrar a ser socio de Colrefrescos, de paso le expusimos nuevamente al señor Fiallo todo lo que es el modelo, esto es así, funciona así, va a funcionar así, se va a fortalecer, todas las características del modelo del servicio se le entregó al señor Fiallo, él manifestó que sí estaba interesado y que se iba a asociar con el señor Vega.

Al final les hice una pregunta, les dije ya puedo contar con el aval de ustedes para empezar a funcionar con este sistema de servicio, me dijo sí listo, funcionamos, entonces con base en eso ya comenzamos a hacer de verdad digamos la puesta en marcha porque iba a funcionar a partir del 1° de mayo el modelo de servicio.

Empezamos el 1° de mayo a funcionar cuando el señor Vega llegó a la oficina y me dijo que el señor Fiallo se había retirado de la sociedad, no se las razones en mayo, o sea nosotros empezamos el 1° de mayo con eso, yo diría que la fecha exacta no la se, pero fue en los primeros días de mayo.

Dijo que el señor Fiallo se había retirado de la sociedad que no lo acompañaba en esa parte, entonces que no continuaba, yo le dije continúe porque nosotros lo que queremos es fortalecerlo, siga le mantengo el sobrecupo de líquido o de envase, no hay problema adelante consiga otra persona, otro socio.

Inclusive yo hablé con un distribuidor nuestro Jorge Leonardo Herrera y le dije Leonardo vaya hable con el señor Vega y mire a ver a qué arreglo llegan y entren en sociedad ambos, en ese modelo de servicio.

Leonardo fue, habló con él, no llegaron a ningún acuerdo, sin embargo nosotros lo seguimos apoyando y le seguimos manteniendo el cupo de líquido, de envase, lo seguimos fortaleciendo.”

Los testigos de BAVARIA S.A. coinciden en afirmar que la dimensión del negocio no le permitió a COLREFRESCOS LTDA. atender los requerimientos del nuevo modelo de servicio lo cual se reflejó en quejas de los clientes, en disminución de los pedidos, etc.

En los siguientes términos lo ilustró el testigo Franklin Botero:

“DR. PABON: Y cuándo empiezan los problemas, es decir cuándo advierte Bavaria que ese modelo no iba a funcionar?

SR. FRANKLIN: Eso fue en los primeros días de mayo, empezó el 1º y ya el 2, 3 de mayo empezaron los problemas cuando Gildardo me dio a conocer que el señor Fiallo no iba a ser socio de la sociedad.

DR. PABON: Y los problemas consistieron exactamente en qué?

SR. FRANKLIN: Era que no cargaba el producto, se presentaron reclamos de los clientes de no atención en la distribución, inclusive vuelvo y repito nosotros

no queríamos sino fortalecerlo y lo ayudamos le mantuvimos sobrecupo, yo le mandaba los preventistas, yo lo apoyé a él muchísimo en esa parte.

Y agregó el testigo:

“Como a mediados de mayo ya se nos estaba acumulando mucho lo que es la parte del servicio al cliente, muchos reclamos del cliente porque él no atendía bien, inclusive hubo 6 días que no cargó producto, no sacaba producto de la bodega para atender a los clientes, entonces le dijimos Gildardo díganos cómo vamos a seguir, si sigue en el reto o no sigue en el reto, él me dijo que no, que no seguía adelante, ya le dije a Leonardo pues que íbamos a mirar cómo íbamos a atender ese sector, inclusive se llegó a un acuerdo en que Leonardo empezó a cargar el producto el 14 y 15 de mayo y Gildardo pidió esos días de espacio para terminar el producto que tenía en bodega y seguir atendiendo su bodega buser para entregarle ya el sector bodega y todo los implementos de la bodega a Leonardo el domingo 15 de mayo.

En ese caso yo le dije a Gildardo si usted no va a continuar con esto necesito que por favor me regale la carta en donde diga que ya no acepta más el reto y que no sigue, inclusive voy a hacer un paréntesis, yo le ofrecí a él un sector de distribución de Real de Minas que tenía en ese momento, le dije mire Gildardo yo no quiero que usted se vaya de la compañía, no quiero que usted entregue el sector, yo quiero seguirlo fortaleciendo, mire yo tengo este sector de Real de Minas libre, si usted me dice que sí ahí lo tiene, ya cójalo, es suyo que me lo acaba de entregar otro distribuidor que había entregado la carta y se había ido, le dije mire aquí esta el sector hágale, con las mismas cajas que tiene en la bodega buser, inclusive yo le decía es mejor el sector de distribución de preventa porque la parte administrativa no es sino la tripulación y el tarro, eso es todo lo que tiene que hacer, no quiero que se vaya piénselo, me dijo que no y entonces le pedí la carta y me dijo que sí, hubo muchas evasivas y nunca me la entregó, inclusive un día le dije mire yo necesito esa carta por favor, si quiere ahí esta un

computador en la oficina, escribala, no hay ningún problema, dijo sí y se fue, básicamente esa fue toda la relación comercial que yo tuve con él”.

Se deduce de lo anterior que la infraestructura de COLREFRESCOS LTDA. no le permitió atender las nuevas exigencias de la zona, lo cual redundó en un problema de desabastecimiento, circunstancia que sin duda constituye una justa causa para la terminación de la relación negocial por parte de BAVARIA S.A..

Refuerza esa conclusión lo manifestado por el testigo José Giovanni Quintero Parra, director de distribución de la división regional oriente de Bavaria S.A., al ser preguntado sobre la terminación del contrato:

“SR. QUINTERO: Eso fue más o menos en abril, mayo, junio/06, más o menos por esa época fue, fue más o menos en abril, mayo/06, entonces definitivamente nosotros empezamos a notar deficiencias en el servicio, no se estaba cumpliendo con las entregas a los clientes, entonces al señor Gildardo se le solicitó que si no había podido constituir una sociedad acorde para atender ese nuevo sector pues que nos lo entregara.

Entonces entre decisión va, decisión viene, nos toca coger el sector hacer la distribución.”

Y agrega el mismo declarante:

“SR. QUINTERO: No, a él nunca se le suspendió la entrega de productos, simplemente él no pudo seguir con el sector nuevo que se le había asignado, entonces se le dijo por favor entréguenos el sector porque nosotros tenemos que seguir abasteciendo, lo va a coger la firma Erseg, la firma Erseg coge el sector se lo recibe, le recibe la buser le hace unos pagos que él dijo que le hicieran, que él dijo que le había hecho unas ciertas mejoras a la bodega, el señor Leonardo le paga, el representante de la firma Erseg que es Leonardo Herrera le paga y entonces coge el sector.”

Para el Tribunal en consecuencia es claro que hubo un incumplimiento de las obligaciones de COLREFRESCOS LTDA., lo cual constituye un fundamento serio para la terminación del contrato.

Ahora bien lo que las partes nunca llevaron a cabo fue una terminación formal del mismo, bien sea por la entrega de una carta por parte de COLREFRESCOS LTDA., o bien por la remisión de un documento por parte de BAVARIA S.A. conforme la facultaba el contrato. Fueron en realidad las circunstancias de hecho las que concretaron el fin de la relación, las cuales culminaron con la entrega de la bodega por parte de COLREFRESCOS LTDA., a otro distribuidor. Las pruebas obrantes en el expediente, en especial las declaraciones de los testigos y del representante legal de la convocante coinciden en afirmar que esa entrega se hizo un día domingo, el cual corresponde al 15 de mayo de 2006. Con fundamento en esas declaraciones, para el Tribunal la bodega quedó efectivamente en manos del nuevo distribuidor ese día y por ello se tomará el 15 de mayo de 2006 como fecha de fin del contrato.

Implica lo anterior que si bien la culminación del negocio no fue documentada por las partes ni recogida en actas o soportes que permitan conocer sus posiciones, lo cierto es que el contrato fue de facto terminado de consuno por las partes sobre la base de una justa causa consistente en la incapacidad de la convocante de atender la zona lo cual conllevó un incumplimiento de sus obligaciones.

Por ello no existe perjuicio alguno que reparar a COLREFRESCOS LTDA., y en esos términos habrá de negarse la prosperidad de la pretensión.

Teniendo en cuenta que BAVARIA S.A. no propuso excepciones de mérito en la contestación a la demanda, el Tribunal pasa a ocuparse de las costas, reembolso de gastos y honorarios, su liquidación y compensación.

**3. COSTAS, REEMBOLSO DE GASTOS Y HONORARIOS, SU
LIQUIDACIÓN Y COMPENSACIÓN**

Conforme a lo dispuesto por los artículos 392 y 393 de C.P.C., en concordancia con el artículo 154 del decreto 1818/98 (texto del artículo 33 del decreto 2279/89), considerando que prosperaron la mayor parte de las pretensiones de la demanda, el Tribunal determina que las proporciones en que las partes deberán concurrir al pago de las costas será en un ochenta y cinco (85%) a cargo de la parte Convocada y en un quince por ciento (15 %) a cargo de la parte Convocante.

Sentado el anterior presupuesto se procede a la liquidación así:

3.1. Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Tribunal

(Acta No. 4, febrero 18 de 2008. Folios 150 a 177 del Cuaderno Principal No. 1)

Honorarios de los Árbitros	\$9.872.175
IVA 16%	\$1.053.032
Honorarios de la Secretaria	\$1.645.362
IVA 16%	\$ 263.257.92
Gastos de Funcionamiento y Administración- Cámara de Comercio de Bogotá con IVA	\$954.309,96
Protocolización, registro y gastos	\$822.681
Total	\$14.610.817.88
50% a cargo de cada parte	\$7.305.408.94
100% pagado por BAVARIA S.A.	
85% a cargo de Bavaria	\$12.419.195,19.00

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

15% a cargo de Colrefrescos . \$ 2.191.622.68.00

En consecuencia por este concepto BAVARIA S.A. habrá de pagar a COLREFRESCOS LTDA., la suma de **\$5.113.786.26**

3.2. Honorarios del perito Gloria Zady Correa (Acta No 6. del 25 de marzo de 2008 y Acta9 de 3 de junio de 2008)

1. Honorarios del perito con IVA \$1.740.000.00

Gastos del perito \$803.920.00

Total \$2.543.920.00

50% pagado por cada parte \$1.271.960

85% a cargo de BAVARIA \$2.161.332.00

15% a cargo de Colrefrescos. \$381.588.00

En consecuencia por este concepto BAVARIA S.A. habrá de pagar a COLREFRESCOS LTDA., la suma de **\$890.371.**

3.3. Agencias en derecho

El Tribunal fija el valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro

\$3.290.000.00

85% a cargo de BAVARIA. \$2.796.500.00

15% a cargo de Colrefrescos \$493.500.00

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

En consecuencia por este concepto BAVARIA S.A. habrá de pagar a COLREFRESCOS LTDA., la suma de **\$2,796.500.**

**TOTAL A CARGO DE BAVARIA S.A. Y A FAVOR DE COLREFRESCOS
\$8.800.657.26.**

Ahora bien, el Tribunal fijó la suma que correspondía por concepto de los honorarios y gastos del proceso, a cargo de las partes, por medio del Acta No. 4 del 18 de febrero de 2008.

La sociedad COLREFRESCOS LTDA., no sufragó, dentro de la correspondiente oportunidad, el 50% que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 22 del decreto 2279 de 1989 le correspondía pagar, lo que hizo que la parte convocada, en ejercicio del derecho que le otorga la misma disposición, cancelara por cuenta de aquella dicho valor.

Teniendo en cuenta que no existe en el proceso prueba alguna que acredite que dicha parte convocante haya reembolsado a la parte convocada el valor que le correspondía pagar por ese concepto, ni acerca de que se haya iniciado proceso de ejecución en contra de la convocante, se impone dar aplicación a lo dispuesto por el inciso tercero del Artículo 22 del decreto 2279 de 1989 que señala:

“De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El Tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones”

Ha debido, entonces, COLREFRESCOS LTDA., pagar el 50% de la suma establecida en la mencionada Acta No. 4 es decir, la suma de \$7.305.408.94 que incluye el valor del IVA. Empero, como no lo hizo, tiene derecho la Convocada,

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

a que le sean reembolsados dichos gastos y honorarios a cargo de COLREFRESCOS LTDA., y que se le reconozca en su favor la sanción moratoria contemplada en la mencionada norma, o sea los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, que se liquidarán desde el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días que tenía dicha parte para consignar, es decir del 4 de marzo de 2008 hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo.

Los intereses a la fecha de este Laudo, según cuadro que se presenta a continuación, ascienden a la suma de \$1.527.081 para un total por capital e intereses de **\$ 8.832.490.**

Período		No. de Días	Interés Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interés acumulado
			No. Resol Superba	Int. Cte. Bancario	Interés Moratorio			
Inicio	Final			(1)	(2)			
04/03/2008	31/03/2008	28	2366	21.83%	32.75%	7,305,409	160,480	160,480
01/04/2008	30/04/2008	30	474	21.92%	32.88%	7,305,409	172,702	333,182
01/05/2008	31/05/2008	31	474	21.92%	32.88%	7,305,409	178,528	511,711
01/06/2008	30/06/2008	30	474	21.92%	32.88%	7,305,409	172,702	684,412
01/07/2008	31/07/2008	31	1011	21.51%	32.27%	7,305,409	175,580	859,993
01/08/2008	31/08/2008	31	1011	21.51%	32.27%	7,305,409	175,580	1,035,573
01/09/2008	30/09/2008	30	1011	21.51%	32.27%	7,305,409	169,851	1,205,424
01/10/2008	31/10/2008	31	1555	21.02%	31.53%	7,305,409	172,041	1,377,465
01/11/2008	27/11/2008	27	1555	21.02%	31.53%	7,305,409	149,616	1,527,081

Procede el Tribunal a efectuar la compensación que autoriza en citado artículo 22 del decreto 2279 de 1989, así:

Valor a cargo de BAVARIA S.A. y a favor de COLREFRESCOS LTDA:

\$ 8.800.657.26

Valor a cargo de COLREFRESCOS LTDA y a favor de BAVARIA S.A.:

\$8.832.490.

De donde resulta que COLREFRESCOS LTDA., le adeuda a BAVARIA S.A. la suma \$31.832.74 por reembolso de gastos y honorarios del Tribunal.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por las partes en la misma proporción en que se impuso la condena en costas.

4. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado por **COLREFRESCOS LTDA.** contra **BAVARIA S.A.** administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Negar las tachas formuladas contra los testigos **JUAN CARLOS MOLINA PEREZ, GERMÁN VILLAMIL BARRERA, HENRY DAVID CAMACHO FRANCO, y LYDA YOVANNA PALACIOS MARENTES.**

SEGUNDO. Declarar que entre **COLREFRESCOS LTDA,** y **BAVARIA S.A.** existió un contrato de suministro para distribución. Por consiguiente prospera parcialmente la pretensión Número 1 por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO. Declarar que el único concepto que **BAVARIA S.A.** ha reconocido y pagado a **COLREFRESCOS LTDA** han sido los fletes de distribución consistentes en una contraprestación dirigida a compensar los gastos de transporte en que el distribuidor ha incurrido para movilizar los productos elaborados por **BAVARIA S.A.,** con las precisiones y en los términos expuestos en la parte motiva. Por consiguiente prospera la pretensión 4.

CUARTO. Declarar que desde el 22 de septiembre de 1998 y hasta el 14 de abril del 2005, los referidos fletes de distribución eran fijados y comunicados por **BAVARIA S.A.** a **COLREFRESCOS LTDA** mediante documentos escritos en los cuales se informaba el valor del flete y la entrada en vigencia de los mismos para el respectivo año, siendo no retroactivos durante la mayor parte de esos períodos, y siendo en pocas ocasiones retroactivos, pero cuya retroactividad no perjudicaba económicamente a **COLREFRESCOS LTDA**. Por consiguiente la pretensión número 5 prospera salvo en lo que tiene que ver con la fecha de 17 de enero de 1998.

QUINTO. Declarar que durante los meses de enero a abril de 2005 continuaron vigentes los fletes de distribución y/o reparto del año 2004, por no haberse comunicado a **COLREFRESCOS LTDA** unos nuevos fletes de distribución. Por consiguiente, la pretensión número 6 prospera.

SEXTO. Declarar que el 14 de abril de 2005, **BAVARIA S.A.** modificó unilateralmente e impuso arbitrariamente los fletes de distribución y/o reparto para el año 2005, en la medida en que los hizo retroactivos desde el 14 de abril de 2005 hasta el 1 de enero de 2005, sin que mediase consentimiento de **COLREFRESCOS LTDA**. Por consiguiente, la pretensión número 7 prospera, salvo la expresión “extemporáneamente”, por las razones expuestas en la parte motiva.

SÉPTIMO. Declarar que **BAVARIA S.A.** descontó injusta y arbitrariamente la suma de cuarenta y un millones noventa y dos mil trescientos ochenta pesos (\$41.092.380), por concepto de la aplicación del retroactivo a los fletes de distribución contenidos en las facturas de compraventa giradas por **BAVARIA S.A.** a favor de **COLREFRESCOS LTDA** durante el 1 de enero de 2005 y el 14 de abril de 2005. Por consiguiente, la pretensión número 8 prospera.

OCTAVO. Declarar que entre **BAVARIA S.A.** y **COLREFRESCOS LTDA**, se celebró y suscribió el contrato de comodato No. 2005-00821, mediante el cual

BAVARIA S.A. entregó a dicho título el inmueble ubicado en la Calle 34 No. 13-59 de la ciudad de Bucaramanga, para el funcionamiento de una Bodega Urbana de Servicios Rápidos (BUSER). Por consiguiente, la pretensión número 9 prospera.

NOVENO. Declarar que **BAVARIA S.A.** incumplió el contrato de comodato No. 2005-00821 del 12 de septiembre de 2005 suscrito por **BAVARIA S.A.** y **COLREFRESCOS LTDA** al cobrar la suma de cuatro millones ciento cinco mil ochocientos cincuenta pesos M/cte (\$4.105.850), por concepto de cánones de arrendamiento de dicha bodega. Por consiguiente, la pretensión número 10 prospera.

DÉCIMO. Declarar que **COLREFRESCOS LTDA** efectuó, por imposición de **BAVARIA S.A.**, arreglos locativos a la bodega ubicada en la calle 34 número 13-59 Barrio Centro de Bucaramanga., consistentes en la repotencialización de acometida de medidor de energía y acometida de cuarto frío. En consecuencia prospera parcialmente la pretensión número 11.

DÉCIMO PRIMERO. Declarar que **BAVARIA S.A.** debe a **COLREFRESCOS LTDA** la suma de cuatro millones doscientos treinta y seis mil trescientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y dos centavos (\$4.236.364,62), que se encuentran depositados en la cuenta corriente que **BAVARIA S.A.** dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de **COLREFRESCOS LTDA** derivados de la ejecución del contrato de suministro para distribución. Prospera la pretensión número 12.

DÉCIMO SEGUNDO. Declarar que **COLREFRESCOS LTDA** no tiene ninguna obligación o deuda pendiente a favor de **BAVARIA S.A.**, y por consiguiente **BAVARIA S.A.** debe cancelar la hipoteca existente a su favor sobre el inmueble identificado con M.I 300-237677, constituida mediante Escritura Pública número 2196 del 23 del agosto de 1999 en la Notaría Primera del círculo de Bogotá D.C., registrada en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE COLREFRESCOS LIMITADA
CONTRA BAVARIA S.A.**

Bucaramanga, e igualmente **BAVARIA S.A.** debe cancelar la prenda sin tenencia existente a su favor sobre el vehículo Marca Mazda B 2200 SP, Modelo 1994, de Placas XLE 923, matriculada en la ciudad de Bucaramanga. Por consiguiente, la pretensión número 14 prospera.

DÉCIMO TERCERO. Declarar que **BAVARIA S.A.** debe asumir todos los gastos y costos notariales derivados del levantamiento de la hipoteca y la prenda sin tenencia., a favor de **COLREFRESCOS LTDA.** Por consiguiente, la pretensión número 17 prospera.

DÉCIMO CUARTO. Condenar a **BAVARIA S.A.** a pagar **COLREFRESCOS LTDA** la suma de CUARENTA Y UN MILLONES NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$41.092.380) por concepto de la aplicación del retroactivo de los fletes de distribución contenidos en las facturas de compraventa giradas por **BAVARIA S.A.** a favor de **COLREFRESCOS LTDA** durante el 1 de enero de 2005 y el 14 de abril de 2005. Por consiguiente, la pretensión número 2 de condena prospera.

DÉCIMO QUINTO. Condenar a **BAVARIA S.A.** a pagar a **COLREFRESCOS LTDA,** la suma de TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$31.369.316), correspondiente a los intereses liquidados a la tasa máxima legal sobre la suma de cuarenta y un millones noventa y dos mil trescientos ochenta pesos (\$41.092.380), calculados desde la fecha en que se efectuó cada descuento y hasta la fecha de este laudo, intereses que se seguirán causando hasta su pago efectivo. Por consiguiente, la pretensión número 3 de condena prospera.

DÉCIMO SEXTO. Condenar a **BAVARIA S.A.** a pagar **COLREFRESCOS LTDA,** la suma de CUATRO MILLONES CIENTO CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$4.105.850,) derivada del cobro ilegal de los cánones de arrendamiento de la bodega entregada en comodato a **COLREFRESCOS LTDA,** más la suma de SEISCIENTOS VEINTICINCO

MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$625,392), por concepto de los intereses moratorios calculados desde el 15 de mayo de 2006 hasta la fecha de este laudo, intereses que se seguirán causando hasta su pago efectivo. Por consiguiente, la pretensión número 5 de condena prospera.

DÉCIMO SÉPTIMO. Condenar a **BAVARIA S.A.** a pagar a **COLREFRESCOS LTDA**, la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$4'236.364,62), suma que se encuentra depositada en la cuenta corriente que **BAVARIA S.A.** dispuso para el manejo de los dineros causados a favor de **COLREFRESCOS LTDA.**, derivados de la ejecución del contrato de suministro para distribución; suma que indexada desde el 15 de mayo de 2006 a la fecha del laudo asciende a CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS (\$4.869.311). Por consiguiente, la pretensión número 7 de condena prospera.

DÉCIMO OCTAVO. Condenar a **BAVARIA S.A** a asumir todos los gastos y costos notariales derivados del levantamiento de las garantías relacionadas anteriormente, esto es, la hipoteca y la prenda sin tenencia., y a favor de **COLREFRESCOS LTDA.** Por consiguiente, la pretensión número 11 de condena prospera.

DÉCIMO NOVENO. Ordenar a **COLREFRESOS LTDA** reembolsar a **BAVARIA S.A.** la suma de TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS, (\$31.832.74) por concepto de gastos y honorarios del Tribunal. No hay condena en costas teniendo en cuenta la compensación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

VIGÉSIMO. Denegar las demás súplicas de la demanda por lo expuesto en la parte motiva.

VIGÉSIMO PRIMERO. Disponer que, en firme este Laudo, se protocolice el expediente por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes con las constancias de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE

Presidente

RAFAEL NIETO NAVIA

Árbitro

ANTONIO PABON SANTANDER

Árbitro

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO

Secretaria