
TRIBUNAL DE ARBITRAJE
ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA
CONTRA
EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.

LAUDO ARBITRAL

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes del litigio.....	1
1. Las partes y sus representantes.....	1
2. El pacto arbitral.....	2
3. Convocatoria del Tribunal , designación de árbitro único y actuaciones iniciales del proceso.....	3
4. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales...	4
5. Término de duración del proceso.....	6

CAPÍTULO SEGUNDO

Síntesis de la controversia.....	7
1. Las pretensiones de la demanda.....	7
2. Los hechos de la demanda.....	8
3. La Contestación de la demanda.....	10
4. Objeto del litigio.....	11

CAPÍTULO TERCERO

Consideraciones.....	11
I.- Presupuestos Procesales.....	11

II.- Las ofertas y/o contratos objeto de la presente controversia y la causa de su terminación.....	12
III.- La terminación unilateral del contrato y el incumplimiento alegado por la convocante.....	14
IV.- Costas.....	25

CAPÍTULO CUARTO

Parte Resolutiva.....	26
-----------------------	----

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA

CONTRA

EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., Quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014)

El Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias jurídicas suscitadas entre **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA**, como parte convocante, y **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.**, como parte convocada, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes, con lo cual decide la controversia planteada en la demanda y su contestación, así como en la correspondiente réplica.

Así mismo, el presente laudo se expide luego de haber realizado el control de legalidad de que trata el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, examen en virtud del cual este Tribunal no advierte irregularidades de procedimiento susceptibles de invalidar lo actuado.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO

1.- Las partes y sus representantes

1.1.- La parte convocante es **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA – SEINPRO & CO LTDA.** sociedad comercial, legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por Liborio Arias Barrera, quien es mayor de edad y tiene su domicilio en Bogotá, todo lo cual consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra a folios 57 y 58 del cuaderno principal.

La parte convocante actúa en el presente proceso a través de apoderado judicial debidamente constituido, tal y como aparece en el poder especial que reposa a folio 237 del cuaderno principal.

1.2.- La parte convocada en este proceso es EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A. sociedad comercial, legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por Silvia Margarita Barrero Varela, quien es mayor de edad y tiene su domicilio en Bogotá, todo lo cual consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra a folios 13 a 15 y 51 a 54 del cuaderno principal.

La parte convocada actúa en el presente proceso a través de apoderado judicial debidamente constituido, tal y como aparece en el poder especial que reposa a folio 50 del cuaderno principal.

2.- El pacto arbitral

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje está incorporado en los documentos denominados OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000371 de fecha 15 de marzo de 2011 y OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000443 de fecha 1° de septiembre de 2011, las cuales obran a folios 67 a 71 y 85 a 92 del cuaderno de pruebas No. 1.

La cláusula compromisoria incluida en cada una de las ofertas en mención es del siguiente tenor:

“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS-TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Cualquier diferencia que surja entre las partes como consecuencia o con ocasión de la formulación, revocación, interpretación, ejecución, cumplimiento, incumplimiento y terminación de la presente oferta, intentará ser resuelta a través de conciliación o cualquier otro mecanismo de arreglo directo entre las partes.

No obstante, si transcurrieren treinta (30) días comunes sin que las mismas llegaren a algún acuerdo, la diferencia será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, compuesto por un (1) árbitro elegido por las partes directamente y de común acuerdo, cuyo fallo será en derecho. El período de treinta (30) días aquí señalado se contará a partir de la remisión de una comunicación de cualquiera de las partes a la otra en donde se exponga la diferencia o conflicto existente y la intención de hacer efectivo lo dispuesto en la presente cláusula.

Si las partes no llegaren a un acuerdo en la elección de los árbitros, éstos serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá por expresa delegación de las partes. Sin perjuicio de lo anterior, las partes de común acuerdo podrán seleccionar de la lista

de árbitros inscritos algunos dentro de los cuales el citado Centro podrá hacer la designación.

El término de duración del arbitramento no podrá exceder de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, prorrogables hasta por otros seis (6) meses más. El procedimiento se sujetará a las normas que al respecto establece el Decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones legales que lo complementen, modifiquen o adicionen.

La organización interna del Tribunal de Arbitramento deberá ser igual al reglamento que para el efecto utiliza el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los costos y honorarios del Tribunal de Arbitramento correrán a cargo de las partes en iguales proporciones, sin perjuicio de lo que el tribunal disponga en materia de costas.”

3.- Convocatoria del Tribunal, designación del árbitro único y actuaciones iniciales del proceso

La integración del Tribunal de Arbitraje convocado y las actuaciones surtidas en la etapa introductoria del proceso, se desarrollaron de la siguiente manera, con el respeto de las disposiciones que gobiernan el trámite del Arbitraje:

3.1- La demanda con la que se dio origen al proceso fue presentada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 16 de octubre de 2012 (Fls. 1 a 11 C. Ppal. No. 1).

3.2.- En la reunión de designación de árbitros realizada el 29 de noviembre de 2012, las partes de común acuerdo designaron como árbitro único al Doctor **JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ**, quien oportunamente manifestó la aceptación a la designación dando cumplimiento al deber de información consagrado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, todo lo cual fue puesto en conocimiento de las partes en cumplimiento de lo previsto en la citada norma, quienes dentro del término guardaron silencio (Fls. 55 y 59 a 73 del C. Ppal. No.1).

3.3.- La audiencia de instalación del Tribunal se celebró el 29 de enero de 2013, en la cual, el Tribunal se declaró legalmente instalado y fijó como lugar de funcionamiento del mismo y de su secretaría, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En esta misma providencia se designó como Secretario a **FELIPE ANDRADE PERAFÁN**, quien manifestó la aceptación de la designación y cuya diligencia de posesión se celebró el 1° de febrero de 2013 (Fls. 105 a 107 y 109 C. Ppal. No.1).

3.4.- Igualmente, en la audiencia de instalación el Tribunal, inadmitió la demanda arbitral, para que en el término previsto en la Ley, se subsanaran los defectos indicados en dicha providencia. Mediante escrito presentado el 4 de febrero de 2013, la apoderada de la parte convocante subsanó la demanda de conformidad con lo ordenado por el Tribunal en la providencia del 29 de enero de 2013 (Fls. 110 a 113 C. Ppal. No.1).

3.5.- Mediante providencia del 28 de febrero de 2013 el Tribunal admitió la demanda, ordenó correr traslado de ella por el término de ley a la sociedad convocada y ordenó notificarla de la providencia. La convocada fue notificada personalmente de la admisión de la demanda a través de su apoderado judicial quien se notificó personalmente el 12 de marzo de 2013 (Fls. 114 a 117 C. Ppal. No.1).

3.6.- Dentro del término de traslado de la demanda, específicamente el 12 de abril de 2013, el apoderado del extremo convocado Embotelladora del Huila S.A. – Embohuila S.A., dió oportuna contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones, propuso excepciones de mérito, acompañó documentos, solicitó el decreto y práctica de pruebas y objetó la estimación del valor de los perjuicios reclamados (Fls. 118 a 128 del C. Ppal. No. 1).

3.7.- El 19 de abril de 2013 mediante el sistema de fijación en lista previsto por el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, se corrió traslado a la parte convocante, por el término de cinco (5) días, de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada en la contestación de la demanda, la cual se pronunció respecto de ellas mediante escrito presentado el 26 de abril de 2013, el cual fue incorporado al expediente (Fls. 130 a 135 C. Ppal. No.1).

3.8.- El 29 de mayo de 2013, se celebró la audiencia de conciliación en la cual las partes no llegaron a acuerdo alguno, por lo cual el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos que fueron oportunamente cancelados en su totalidad por el extremo convocado Embotelladora del Huila S.A. – Embohuila S.A. (Fls. 143 a 146 del C. Ppal No.1).

4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales

4.1.- El 25 de junio de 2013 se celebró la primera audiencia de trámite (Fls. 147 a 155 del C. Ppal), en la cual, el Tribunal, luego de analizados el alcance del pacto arbitral en cuanto a la materia y en cuanto a los sujetos de cara a la índole de los asuntos sometidos a arbitraje, se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

A continuación, y durante el trámite de la misma audiencia, el Tribunal dió apertura a la fase probatoria y decretó las pruebas oportunamente pedidas por las partes en la demanda, la contestación y en el escrito de réplica a las excepciones.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA
CONTRA EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.**

4.2.- Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

4.2.1.- En la audiencia de 13 de agosto de 2013 (Fls. 159 a 164 C. Ppl.) el perito **JUAN JOSÉ RONDÓN SÁNCHEZ** tomó posesión del cargo, a quien le fue fijada la suma de SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$750.000,00), por concepto de gastos provisionales de pericia que debieron ser pagados por las partes en proporciones iguales y se le concedió hasta el día 20 de septiembre de 2013 como término para entregar el dictamen.

De igual forma, en la misma audiencia se recibió el testimonio de **MARÍA PAULA CASTELLANOS** cuya declaración fue grabada y posteriormente transcrita para ser incorporada al expediente, luego de haberse surtido los traslados de rigor.

Igualmente, en atención a la solicitud elevada por los apoderados de las partes, el Tribunal fijó como nueva fecha y hora para recibir la declaración de **FAIBER MORENO DÍAZ** y **JOSE LUIS MANCO ARROYAVE** el día 23 de agosto de 2013.

4.2.2.- En audiencia del 14 de agosto de 2013 (Fls. 155 a 158 C. Ppl.) se practicó el interrogatorio de parte a la señora **SILVIA MARGARITA BARRERO VARELA**, quien en su calidad de representante legal de **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.**, absolvió las preguntas que le fueron formuladas por el apoderado del extremo convocante, con observancia de lo dispuesto en los artículos 207 y 208 del Código de Procedimiento Civil.

De igual forma, en la misma audiencia se practicó el interrogatorio de parte al señor **LIBORIO ARIAS BARRERA** en su condición de representante legal de **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LTDA.**, cuya declaración fue grabada y posteriormente transcrita para ser incorporada al expediente, luego de haberse surtido los traslados de rigor.

4.2.3.- En la audiencia de 23 de agosto de 2013 (Fls. 164 a 166 C.Ppl.) se recibió el testimonio de **JOSÉ LUIS MANCO ARROYAVE**, a quién el Tribunal y las partes formularon sus respectivas preguntas, luego de lo cual la declaración fue grabada, transcrita y puesta en conocimiento de las partes para el traslado de rigor. En esta misma audiencia el apoderado de la parte convocante desistió del testimonio de **FAIBER MORENO DÍAZ**, el cual fue aceptado por el Tribunal en auto de la misma fecha.

4.2.4.- En la audiencia de 9 de octubre de 2013 (Fls. 168 a 170 C.Ppl.) se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días del dictamen pericial rendido por el perito **JUAN JOSÉ RONDÓN SÁNCHEZ**, quienes dentro del término de traslado, específicamente el 23 de octubre de 2013 presentaron solicitudes de aclaración y

complementación al dictamen pericial que fueron incorporadas al expediente, las cuales fueron ordenadas mediante providencia proferida el 1° de noviembre de 2013, concediéndole al perito como término para su entrega el día 19 de noviembre de 2013 (Fls. 177 a 179 C.Ppl.)

4.2.5.- En la audiencia del 27 de noviembre de 2013 (Fls. 180 a 182 C. Ppl.) se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días de las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial elaborado por el perito **JUAN JOSÉ RONDÓN SÁNCHEZ**.

4.2.6.- Mediante Auto del 17 de diciembre de 2013 (Fls. 188 a 191 C.Ppl.) atendiendo a las peticiones elevadas por las partes, relativas al cierre del período probatorio y revisadas las actuaciones surtidas en el proceso, el Tribunal encontró que en el trámite arbitral se ha concluido con la instrucción del proceso al haberse practicado todas las pruebas solicitadas por las partes y al ejercer el control de legalidad sobre las actuaciones surtidas, no encontró la existencia de vicios que puedan acarrear nulidades dentro del proceso, se procedió a declarar clausurada la etapa probatoria y señaló como fecha y hora para celebrar la audiencia de alegaciones de que trata el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, el día 13 de febrero de 2014. En dicha audiencia, las partes alegaron de conclusión en forma oral respetando el tiempo previsto en la ley y cada una de ellas entregó una versión escrita de sus alegaciones, las cuales se incorporaron al expediente.

Las declaraciones testimoniales, así como las intervenciones de las partes en las audiencias de pruebas, fueron grabadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente las transcribió. Estas transcripciones fueron puestas en conocimiento de las partes en la forma y por el término consagrado en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

5. Término de duración del proceso

El término de duración del presente proceso por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, es de seis meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, término cuyo cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 25 de junio de 2013 (folios 147 a 155 C.Ppl.). Es decir, que inicialmente el término para proferir el laudo finalizaría el 25 de diciembre de 2013. A dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los días durante los cuales el proceso estuvo suspendido y las prorrogas solicitadas por las partes:

Auto que decretó la suspensión y/o prórroga	Duración	Total días
Auto No. 7 del 25 de junio de 2013	26 de junio de 2013 a 12 de agosto de 2013, ambas fechas inclusive.	48 días
Auto No. 10 del 14 de agosto de 2013	15 de agosto de 2013 a 22 de agosto de 2013, ambas fechas inclusive.	8 días
Auto No. 11 del 23 de agosto de 2013	24 de agosto de 2013 a 20 de septiembre de 2013, ambas fechas inclusive.	28 días
Auto No. 15 del 17 de diciembre de 2013	18 de diciembre de 2013 a 12 de febrero de 2014, ambas fechas inclusive.	57 días
Auto No. 16 del 13 de febrero de 2014	14 de febrero de 2014 a 22 de abril de 2014, ambas fechas inclusive.	68 días
	TOTAL DÍAS	209 días

En consecuencia, deben sumarse al término de duración del proceso los días durante los cuales el proceso ha estado suspendido, así como las prórrogas solicitadas por las partes.

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- Las pretensiones de la demanda

Las pretensiones de la parte convocante fueron formuladas en el líbello en los siguientes términos:

***“PRIMERA.** Se declare el incumplimiento del texto contenido contenido en las ofertas OFOPS-0000371 y OFOPS-0000443, por parte de la demanda (sic) SOCIEDAD EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A., al dar por terminadas las relaciones contractuales de manera unilateral sin cumplir lo contenido en el texto contractual, en lo relacionado con la terminación unilateral.*

***SEGUNDA.** Que como consecuencia de lo anterior, se condene a pagar a la demandada*

a. La suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS (\$87.260.907,00) por concepto de daño emergente por la mencionada terminación unilateral del contrato, orden OFOPS-0000337 y sus adicionales, realizada por EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A. el 26 de Enero de 2012.

b. La suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$52.374.833,00), por concepto de daño emergente por la terminación unilateral del contrato, orden OFOPS-0000443, realizado por la Sociedad EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A., el 26 de enero de 2012.

TERCERA. Se condene a pagar a la demandada los intereses corrientes desde la fecha de terminación de los contratos de manera unilateral, es decir, desde el 26 de enero de 2012, hasta que efectivamente se surta el pago. (Conforme al artículo 884 del Código de Comercio)

CUARTA. Se indexen las sumas objeto de condena desde el 26 de enero de 2012 hasta el día del pago efectivo.

QUINTA. Se condene en costas y agencias a la demandada.”

2. Los hechos de la demanda

Los hechos de la demanda que sustentan las pretensiones anteriormente transcritas son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- Entre **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LTDA. – SEINPRO & CO LTDA.**, como oferentes y **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.**, como destinataria, existen relaciones contractuales en virtud de las ofertas mercantiles para la prestación de servicios que la primera presenta a la segunda, de acuerdo con sus requerimientos y necesidades.

2.2.- Afirma la convocante que en ejecución de las relaciones contractuales en segundo semestre del año 2010 se generó un desequilibrio económico entre los valores y cantidades contenidas en las ofertas aceptadas por la convocada y los rendimientos esperados, por lo que, para el 31 de diciembre de 2010 el desequilibrio financiero afectó a la convocante en \$105.471.676, como consecuencia de, entre otras, las siguientes circunstancias:

- El invierno afectó la consecución de los volúmenes proyectados con una caída del -28% en promedio de la productividad.
- No fue posible bajar la plantilla de personal en la misma proporción de la caída del volumen, para garantizar el servicio, porque éstas en la mayoría de los procesos son fijas.

- La situación fue informada al cliente presentando una propuesta para disminuir los costos, sin embargo fue insuficiente dado el impacto de los costos financieros.
- En el primer pago generado en septiembre de 2010 se hace un descuento de \$30.452.351 por un ajuste que correspondía a una relación contractual diferente a los contratos en ejecución que no fueron descontados en su momento.

2.3.- Dicha situación fue puesta en conocimiento de la parte convocada el 7 de enero de 2011, razón por la cual se realizó un ajuste a las tarifas según los acuerdos logrados entre las partes.

Manifiesta la parte convocante que no obstante lo acordado por las partes, al elaborar los nuevos contratos se desconocieron por la convocada los parámetros pactados para el equilibrio de las relaciones contractuales vigentes para la fecha.

2.4.- Debido a los bajos volúmenes, los errores en los cálculos de las tarifas y los cobros no presupuestados, se ocasionó un problema de ingresos y rentabilidad en la prestación del servicio, generando iliquidez para cumplir a cabalidad con todas las obligaciones financieras derivadas del contrato, por lo que, las partes decidieron pagar una auditoría externa que determinara el desequilibrio y para ello se contrató a la firma consultora FUNDES la cual tasó el desequilibrio en más o menos 200 millones.

2.5.- Afirma la parte convocante que los contratos se siguieron ejecutando, toda vez que éstos tenían vigencia hasta marzo y abril, ésta nunca fue requerida por incumplimiento alguno. Pese a ello, el 26 de enero de 2012 la sociedad convocada dio por terminadas las relaciones contractuales vigentes de manera unilateral, y a partir del 27 de enero de 2012 no se permitió el ingreso de ningún trabajador de SEINPRO a las instalaciones de la sociedad convocada, situación con la que se incumplió el contrato, teniendo en cuenta que en la cláusula de "Terminación Anticipada", se estableció que deberá avisarse con una antelación no menor de 10 días calendario, circunstancia que no se presentó y, adicional a ello, en los apartes finales del texto de las cartas de terminación se indicó que no se tomaría en cuenta el preaviso, entregando unos dineros a la parte convocante a título de "multa".

2.6.- Así las cosas, lo que se alega por parte del extremo convocante es que la convocada, terminó de manera unilateral los contratos violando el contenido de las cláusulas contractuales, habida cuenta que no aplicó lo allí estipulado literalmente sino interpretó a su acomodo el texto, desconociendo que en la parte final de la cláusula se indica textualmente que "(...)La terminación aquí prevista no dará lugar a indemnización de ninguna clase de perjuicios a cargo de LA DESTINATARIA,

obligándose exclusivamente a pagar al OFERENTE las sumas causadas hasta la fecha de terminación de los servicios...”.

En criterio de la parte convocante, la exclusión de indemnización prevista en la mencionada cláusula se daría si se hubiese dado cumplimiento al texto contractual pero no fue así y, en consecuencia, ésta adquiere el derecho de solicitar la indemnización de perjuicios.

3. La Contestación de la demanda

La parte convocada dio oportuna contestación a la demanda, objetando la estimación del valor de las pretensiones de la demanda, oponiéndose a las pretensiones con consideraciones fácticas y jurídicas en torno a su procedencia, y negando algunos hechos y aceptando otros de forma parcial.

Según se expone por el apoderado de la parte convocada EMBOHUILA los contratos a los que se viene haciendo referencia, podían darse por terminados de manera unilateral con diez (10) días de anticipación. En el evento en que se llegaran a terminar los contratos de manera unilateral, sin que mediara dicho preaviso de diez días, debía procederse al pago de los perjuicios correspondientes.

En el presente caso, debía procederse solamente al pago de la utilidad a percibir durante los diez días correspondientes a los términos de los preavisos. Sin embargo, EMBOHUILA procedió a pagar el valor de los ingresos brutos a percibir por parte de SEINPRO, durante los diez días mencionados, que es un valor superior al lucro cesante que pudo haber sufrido la convocante.

Aclaró que, aunque en las cartas de terminación se le da el título de multa a las sumas de dinero pagadas por la convocada, lo cierto es que tienen la naturaleza de indemnización de perjuicios, como lo reconoce la convocante en su demanda.

Así mismo, EMBOHUILA pagó a SEINPRO el valor de la liquidación de los empleados de ésta, quienes trabajaban para la ejecución de los contratos celebrados entre las partes, así como los costos legales en que se incurrió para efectos de lograr las negociaciones correspondientes.

Con base en tal versión de los hechos, se formuló de su parte la excepción denominada, *“EMBOHUILA pagó a SEINPRO, a título de indemnización, un valor superior al que estaba obligado a pagar y en adición a ello, SEINPRO estuvo de acuerdo en el valor pagado”.*

4.- Objeto del presente litigio

Vistas así en síntesis las posiciones de las partes, se puede concluir que el objeto de la presente controversia gira alrededor de determinar si, de conformidad con el texto del contrato pactado, con los comportamientos relevantes y la ejecución práctica que las partes hicieron del mismo, existió o no un incumplimiento de la parte convocada al terminar el contrato unilateralmente sin mediar el previo aviso.

Es decir, en el presente trámite la controversia gira en torno al incumplimiento del contrato suscrito entre las partes, como consecuencia de la terminación unilateral de los contratos sin el previo aviso.

CAPÍTULO TERCERO CONSIDERACIONES

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

- I. Los presupuestos procesales.
- II. Las ofertas y/o contratos objeto de la presente controversia y la causa de su terminación.
- III. La terminación unilateral del contrato y el incumplimiento alegado por la convocante.
- IV. Costas.

I.- LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

En el caso que nos ocupa están dadas las condiciones procedimentales necesarias para que el Tribunal se pronuncie de fondo sobre el asunto que es objeto de la presente controversia y, en consecuencia, profiera decisión de fondo o de mérito.

Lo anterior quiere decir que el Tribunal no ha encontrado ninguna causal de nulidad de la actuación y, además, ha encontrado que las partes en litigio tienen plena capacidad para ser parte del proceso, con lo cual, se verifica el cumplimiento del presupuesto procesal llamado capacidad para comparecer al proceso. Aunado a lo anterior, se encuentra que la demanda arbitral cumple cabalmente con los requisitos exigidos por la ley para este tipo de demandas, asunto que, dicho sea de paso, quedó definido cuando este Tribunal se pronunció sobre su admisibilidad.

Finalmente, en lo concerniente a la competencia del Tribunal para conocer el presente asunto, que es el último de los prenombrados presupuestos procesales, este Tribunal se pronunció sobre el particular en la primera audiencia de trámite declarándose competente para conocer las controversias surgidas entre las partes.

Dicha manifestación no encontró objeción alguna en ninguno de los extremos del litigio y, en consecuencia, quedó en firme sin más consideraciones que las inicialmente planteadas por el Tribunal.

Resulta pertinente señalar acá, que en la revisión de estos presupuestos procesales advirtió el Tribunal que la Doctora Diana Ortiz Tovar, quien asumió la representación del extremo convocante en las audiencias de práctica de pruebas y de alegatos de conclusión, renunciando luego al poder, fungió como conciliadora en la audiencia que por solicitud de ese extremo procesal se llevó a cabo en forma previa a la convocatoria del presente Tribunal. Comoquiera que el artículo 17 de la Ley 640 de 2001 señala que existe una inhabilidad permanente para el abogado que actuó como conciliador, que le impide hacerse cargo del asunto materia de conciliación en cualquier tiempo, el Tribunal revisó si tal situación podría afectar de alguna forma la legalidad del trámite, arribando a la conclusión de que la misma no tiene incidencia sobre la legalidad ni constituye un vicio que pueda enervar el devenir del trámite. En efecto, no configura causal de nulidad alguna y la actuación de la profesional del derecho no fue reprochada por ninguno de los extremos de la Litis. Así las cosas, la única eventual consecuencia adversa de la situación que se refiere, recaería en la persona de la Doctora Diana Ortiz Tovar, quien podría haber infringido la normatividad concerniente a la inhabilidad especial en la conciliación, con las consecuencias que de ahí se desprendan, situación que ha de ser puesta en conocimiento del Centro de Conciliación al que se encuentra adscrita la apoderada. En consecuencia, el Tribunal en la parte resolutive de esta providencia ordenará lo que en derecho corresponde.

Efectuado el anterior análisis, este Tribunal encuentra que no existe obstáculo procedimental alguno que le impida adentrarse en el fondo del asunto, a lo cual procederá en el acápite siguiente.

II.- LAS OFERTAS Y/O CONTRATOS OBJETO DE LA PRESENTE CONTROVERSIA Y LA CAUSA DE SU TERMINACIÓN

A continuación el Tribunal analizará lo concerniente a la causa de terminación de las ofertas mercantiles que una vez aceptadas dieron vida a la relación negocial en la que se origina la controversia y frente a las cuales el Tribunal declaró su competencia en la primera audiencia de trámite. Dicha ofertas mercantiles, que vincularon a las partes luego de su presentación y aceptación, son las siguientes:

- OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS – 0000371 del 15 de marzo de 2011
- OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000443 del 1° de septiembre de 2011

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

En el presente proceso ha quedado demostrado que la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS – 0000371 del 15 de marzo de 2011 y la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000443 del 1° de septiembre de 2011, fueron terminadas de forma unilateral y anticipada por parte de la sociedad convocada, para lo cual ésta envió a la convocante sendas cartas de fecha 26 de enero de 2012 en las que informó su decisión de terminar unilateralmente el contrato de forma inmediata y anunció que como consecuencia de tal decisión, pagaría una compensación equivalente al término del preaviso que estaba convenido.

Tal circunstancia, esto es la forma en que la parte convocada interpretó y dio cumplimiento a la convención que regía la relación negocial como consecuencia de la aceptación de las ofertas y su ejecución, concretamente en lo referente a la terminación unilateral de los contratos formados a partir de la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS – 0000371 del 15 de marzo de 2011 y la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000443 del 1° de septiembre de 2011, se encuentra demostrada en las dos comunicaciones de fecha 26 de enero de 2012 dirigida a SEINPRO & CO LTDA suscrita por el Representante Legal de Embotelladora del Huila S.A., obrantes a folios 83 y 101 del Cuaderno No. 1 de Pruebas. En efecto, en las referidas comunicaciones se informa que se da por terminada unilateralmente la oferta OFOPS-0000371 y OFOPS-0000443. Así que está probado que se procedió a terminar de forma anticipada la relación negocial. Adicionalmente, tal hecho no ha sido desconocido por el extremo convocado, motivo por el cual el Tribunal tiene por probado que la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS – 0000371 del 15 de marzo de 2011 y la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000443 del 1° de septiembre de 2011 fueron objeto de terminación unilateral y anticipada por parte de la convocada a este trámite arbitral.

Antes de analizar si la forma en que el extremo convocante interpretó e hizo uso en forma adecuada de la potestad de terminar en forma unilateral y anticipada la relación negocial y aún cuando no es un tema objeto de reclamo en la demanda, considera el Tribunal necesario señalar que acordar este tipo de cláusulas, esto es, aquellas que otorgan a uno de los contratantes la facultad de dar por terminada por su propia y única decisión la relación negocial, son usuales en las convenciones entre particulares, expresión de la autonomía de la voluntad que rige la actividad mercantil y han sido reconocidas como válidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que avala y otorga plena validez a las condiciones resolutorias potestativas en el ámbito del derecho privado¹. Así las cosas, tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido la legalidad de estas estipulaciones; la voz autorizada del profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía señala sobre el particular que

¹ Sentencia del 22 de noviembre de 1945, GJ tomo LIX, página 795

*"De esta manera, la facultad de terminar un contrato porque el mismo no es conveniente para el contratante, no constituye hoy en día una facultad exorbitante frente al derecho privado. Lo anterior obviamente deberá acompañarse con los principios del no abuso de los derechos y de protección a la buena fe, que impone límites a dicha facultad de terminación."*²

De modo que, haber fijado esa prerrogativa en la oferta confeccionada por el ahora convocante, no trasgredía ninguna norma y era una posibilidad válida conforme las normas que rigen este tipo de negocios entre particulares.

Analizada brevemente la legalidad de la convención cuya aplicación entre las partes ha suscitado la controversia que se ha pedido resolver al Tribunal, en el siguiente acápite procederemos a analizar todo lo concerniente a la terminación unilateral de las mentadas ofertas, con el fin de determinar si tal situación conllevó o no a un incumplimiento contractual o si por el contrario consistió en una interpretación consentida por los dos extremos de la relación negocial, que modificó la convención escrita y que debe producir plenos efectos.

III.- LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO Y EL INCUMPLIMIENTO ALEGADO POR LA CONVOCANTE

La controversia que ha sido puesta en conocimiento del Tribunal se circunscribe al supuesto incumplimiento de la convocada generado como consecuencia de lo que el extremo convocante ha calificado como una indebida terminación unilateral de los contratos u ofertas mercantiles aceptadas. En efecto, las pretensiones de la demanda son claras al sostener que se busca que *"Se declare el incumplimiento del texto contenido en las ofertas (...) por parte de la demandada SOCIEDAD EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A., al dar por terminadas las relaciones contractuales de manera unilateral sin cumplir lo contenido en el texto contractual, en lo relacionado con la terminación unilateral"*. Como consecuencia de tal declaración, solicita la convocante que se condene a pagar los daños y perjuicios que a su juicio le irrogó tal decisión.

Si bien es cierto en los hechos de la demanda al narrar los antecedentes de los vínculos contractuales entre las partes se hace una referencia tangencial a un supuesto desequilibrio económico, tal circunstancia, además de no encontrarse acreditada en el proceso y, por el contrario, obrar pruebas que desvirtúan por completo su ocurrencia, no hace parte del petitorio de la demanda ni se erigió como uno de los aspectos objeto de la presente controversia, motivo por el cual, el Tribunal no encuentra mérito alguno para ahondar en dicha materia y mucho menos para pronunciarse en la decisión sobre un tema no incorporado en las pretensiones.

² Cardenas Mejía Juan Pablo. La Evolución del Arbitraje en Materia Estatal. Universidad del Rosario, Bogotá 2007.

Dicho lo anterior, pasará el Tribunal a estudiar lo referente al supuesto incumplimiento contractual derivado de la terminación unilateral y anticipada de los vínculos contractuales formados a partir de las ofertas denominadas OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS – 0000371 del 15 de marzo de 2011 y la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000443 del 1° de septiembre de 2011, así:

1.- La cláusula de terminación unilateral pactada por las partes

1.1.- Tanto en la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS – 0000371 del 15 de marzo de 2011 (en adelante la Oferta 371) como en la OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OFOPS-0000443 del 1° de septiembre de 2011 (en adelante la Oferta 443), se pactó una cláusula de terminación anticipada y unilateral que reza de la siguiente manera:

*“Aceptada la presente oferta, **LA DESTINATARIA** podrá dar por terminada la prestación de los servicios, total o parcialmente, en cualquier momento y por cualquier motivo, mediante aviso escrito dirigido al **OFERENTE** con una anticipación no menor a diez (10) días calendario, especificando la parte de los servicios que se da por terminada, en caso de terminación parcial, así como la fecha efectiva de tal terminación. Así mismo, en el evento en que haya mala o fe o dolo por parte de **EL OFERENTE** en la ejecución de los servicios, **LA DESTINATARIA** podrá dar por terminada la prestación de los mismos en cualquier momento, mediante aviso escrito dirigido al **OFERENTE** con una anticipación no menor de cinco (5) días calendario, especificando la parte de los servicios que se da por terminada, en caso de terminación parcial, así como la fecha efectiva de tal terminación. La terminación aquí prevista no dará lugar a indemnización de ninguna clase de perjuicios a cargo de **LA DESTINATARIA**, obligándose exclusivamente a pagar al **OFERENTE** las sumas causadas hasta la fecha de terminación de los servicios.*

*Quando **LA DESTINATARIA** de por terminada la prestación de los servicios por incumplimiento del **OFERENTE** con cualquiera de las obligaciones a su cargo, la terminación será de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial ni preaviso, y **LA DESTINATARIA** podrá hacer efectiva la pena mediante deducción de las sumas adeudadas al **OFERENTE**, si a ellos hubiere lugar, y sin perjuicio de la posibilidad de solicitar el resarcimiento integral de los perjuicios causados.*

NOTA: *En el evento en que **EL OFERENTE** incumpla las obligaciones que se deriven de la aceptación de la presente oferta, **LA DESTINATARIA** podrá dar por terminados otros servicios que **EL OFERENTE** se encuentre prestando a*

LA DESTINATARIA al momento del mencionado incumplimiento, se encuentren relacionados o no, con el objeto de la presente oferta”.

1.2.- De conformidad con lo indicado en las comunicaciones de fecha 26 de enero de 2012 dirigida a SEINPRO & CO LTDA suscritas por el Representante Legal de Embotelladora del Huila S.A., la parte convocada hizo uso de la facultad consagrada en la cita cláusula de las ofertas, obviando dar el preaviso de los diez (10) señalado en la estipulación, pero reconociéndolo en términos dinerarios, es decir, pagando a favor de la convocante el valor correspondiente a los diez (10) días, esto con el fin de que la terminación operara de manera inmediata.

1.3.- Corresponderá al Tribunal determinar si en efecto, lo acontecido en el presente caso, en donde se terminó de manera anticipada y unilateral una relación contractual sin haberse dado el preaviso de diez (10) días previsto en el respectivo contrato pero habiéndose pagado en dinero el valor que la convocante habría de recibir durante los mismos diez (10) días de preaviso convenido, a título de gasto, indemnización o multa, se configuró como un incumplimiento o si, por el contrario, se trató de una conducta avalada por las partes que conllevó a la interpretación útil del contrato o si se quiere la modificación de la cláusula aplicada.

2.- Consideraciones sobre el incumplimiento del contrato y la interpretación de la cláusula de terminación anticipada

2.1.- Considera el extremo convocante que los contratos formados a partir de la Oferta 371 y la Oferta 443 fueron incumplidos por la sociedad convocada, toda vez que, la misma procedió a dar por terminado de manera unilateral, anticipada e inmediata las relaciones contractuales, sin apego estricto al texto de los contratos, específicamente, desconociendo la previsión contenida en la cláusula denominada “Terminación Anticipada” según la cual se debía remitir un preaviso escrito con diez (10) días de anticipación, actuación que no fue desplegada por la convocada.

Así las cosas, la convocante, SEINPRO, realiza una interpretación exegética de la cláusula de terminación anticipada y concluye que al no haberse seguido al pie de la letra los requisitos establecidos en la cláusula para la terminación anticipada, concretamente, al haberse terminado los contratos de manera inmediata sin mediar el preaviso de los diez (10) días, se configuró un incumplimiento contractual por parte de la convocada, EMBOHUILA.

2.2.- Por su parte, el extremo convocado argumenta que, si bien es cierto la terminación anticipada no estuvo precedida del preaviso de diez (10) días, se procedió a reconocer a favor de la convocante un valor por concepto de indemnización, bastante mayor al que realmente le correspondería recibir durante los diez (10) días del término del preaviso, con lo cual se respetó y garantizó la

remuneración y/o indemnización que le corresponde a la convocante por el término de los diez (10) días de preaviso convenido. La parte convocada sustenta la legalidad de su proceder en la conducta desplegada por SEINPRO y su aquiescencia al momento de emitir la correspondiente factura por concepto del pago por la terminación del contrato y por el hecho incontrovertible y acreditado en el expediente de haber recibido el mentado pago a satisfacción, sin haber efectuado salvedad o manifestado reparo alguno con el proceder y con la forma en que la convocada interpretó y se sirvió de la estipulación que la facultaba para dar por terminado el negocio jurídico.

En consecuencia, el extremo convocado, EMBOHUILA, soporta su proceder en una interpretación útil de las estipulaciones contractuales, asignándole un alcance acorde con el comportamiento de las partes y, en especial, con el consentimiento expreso de la convocante SEINPRO a la forma en que se dio aplicación a la estipulación contractual, ahora objeto de reproche.

2.3.- El Tribunal considera necesario abordar el presente asunto desde la óptica de la interpretación de las estipulaciones contractuales, para lo cual se plantea el siguiente problema jurídico: ¿La cláusula de terminación anticipada permite realizar una terminación inmediata del contrato cuando se reconozcan los valor correspondientes a la contraprestación que se tendría derecho a percibir durante el término de diez (10) días? En otras palabras, ¿puede sustituirse el preaviso de diez (10) días por un reconocimiento dinerario que comprenda el valor de la remuneración que se percibiría en caso de contar con el preaviso? ¿podían las partes con su conducta interpretar y modificar la convención escrita? ¿produce efectos jurídicos tal interpretación o modificación?

2.4.- En el presente caso nos encontramos ante un vacío que surge de la regulación de la relación contractual que vincula a las partes, en especial de la cláusula de terminación anticipada; ello por cuanto dicha cláusula no recoge ni regula de manera expresa que ocurriría en el evento en que la terminación anticipada se haga obviando el preaviso pero reconociendo el valor de la remuneración que se percibiría dentro del término de diez (10) días convenidos y cuya concesión a la convocante constituía un requisito necesario para que pudiera darse aplicación a la cláusula de terminación unilateral y anticipada.

En este sentido, la teoría general de los contratos nos indica que aquellos vacíos están llamados a ser colmados, en primer lugar, de conformidad con un criterio de interpretación auténtica³, es decir, teniendo como base lo que las propias partes han

³ El artículo 25 del Código Civil lo consagra para efectos de la interpretación de la ley, al decir: "[L]a interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de manera general, sólo corresponde al legislador"; en relación con los contratos, la interpretación auténtica se encuentra consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, como un desarrollo de la autonomía contractual,

dispuesto contractualmente sobre el asunto en particular, o por el comportamiento de las partes en el cual debe estar presente la bilateralidad y el consentimiento de las mismas en torno a un determinado proceder.

Sobre este particular el artículo 1618 del Código Civil indica que *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”* y uno de los criterios principales que recoge y concreta ese principio de interpretación contractual es el artículo 1622 del Código Civil, el cual hecha mano de la conducta contractual o comportamiento de las partes en el desenvolvimiento de su relación, como criterio interpretativo auténtico. Dicho artículo dispone que, las cláusulas de un contrato *“podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”*.

Los anteriores artículo se encuentran en plena concordancia con lo establecido por el artículo 1500 del Código Civil que indica que un contrato *“es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”*, y el artículo 824 del Código de Comercio que dispone que *“los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco”*, con lo cual acentúa el criterio según el cual el comportamiento o la conducta de las partes constituye una fuente para generar obligaciones y derechos para los contratantes y, como tal, permite servir de fuente interpretativa para clarificar las zonas grises o los vacíos respecto de asuntos que no se hayan previsto de manera expresa y detallada en el texto escrito del contrato.

En la controversia que ha de resolver el Tribunal, el comportamiento de las partes se configura como una herramienta valiosa para efectos de dilucidar los vacíos y el alcance de las estipulaciones contractuales, en particular la concerniente a la terminación unilateral y anticipada, así como la forma en que la parte que se sirvió de ella la aplicó.

2.5.- En efecto, en el presente caso, respecto al comportamiento de las partes y la aplicación práctica que las mismas le dieron a las estipulaciones contractuales que habían fijado como derrotero de su negocio, concretamente de aquella que facultó a la convocada a terminar unilateral y anticipadamente el contrato, se encuentran acreditados los siguientes hechos de mayor relevancia:

A.- Planteamiento por EMBOHUILA de su decisión de terminar anticipadamente el contrato sin avisar con diez (10) días de anticipación. Comunicaciones de fecha 26 de enero de 2012 dirigida a SEINPRO & CO LTDA suscritas por el Representante

puesto que si el legislador concede la facultad a las partes de configurar el contenido de un contrato y de modificarlo, pues más aún la concede para interpretar su sentido.

Legal de Embotelladora del Huila S.A., obrante a folio 83 y 101 del Cuaderno No. 1 de Pruebas.

B.- Ofrecimiento por parte de EMBOHUILA de un pago que cubriría e incluso superaría el valor de la remuneración o utilidad que recibiría la convocante SEINPRO durante los diez (10) días de preaviso. El valor ofrecido y facturado por SEINPRO corresponde a diez y nueve (19) días de remuneración conforme los términos contractuales. Comunicaciones de fecha 26 de enero de 2012 dirigida a SEINPRO & CO LTDA suscritas por el Representante Legal de Embotelladora del Huila S.A., obrante a folio 83 y 101 del Cuaderno No. 1 de Pruebas.

C.- Emisión por parte de SEINPRO, de forma libre y voluntaria de la factura de venta No. 415 del 6 de febrero de 2012 por parte de SEINPRO y a cargo de EMBOHUILA por concepto de "GASTOS TERMINACIÓN ANTICIPADA CONTRATO", por un valor de \$ 86.977.684. Copia de Factura de Venta No. 415 obrante a folio 166 del Cuaderno de Pruebas No. 2, documento que no fue tachado ni objetado por la convocante.

D.- Desglose de los conceptos que cubrió el pago de la Factura de Venta No. 414 del 6 de febrero de 2012, en donde se incluyó el valor de los ingresos que percibiría SEINPRO por el término de diez (10) días. Tal circunstancia fue reconocida por el Representante Legal de SEINPRO en curso de su interrogatorio al contestar las preguntas formuladas por el Tribunal, prueba obrante a folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Igualmente el desglose de la factura y la indicación de los rubros cubiertos por esta se encuentran en el dictamen pericial obrante a folio 111 del Cuaderno de Pruebas No. 1, experticia que no mereció reproche alguno de las partes.

E.- Acreditación del pago por parte de EMBOHUILA del valor de la mentada factura sin que esté acreditado que contra el pago recibido se haya formulado alguna objeción encaminada advertir que la terminación anticipada se realizó de forma indebida. En efecto la emisión y pago de la factura fueron reconocidos por el Representante Legal de SEINPRO en curso de su interrogatorio al contestar las preguntas 1 y 2, prueba obrante a folio 5 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Igualmente en el dictamen pericial indicó que revisados los registros contables se evidencia el pago de la factura a favor de SEINPRO, prueba obrante a folio 225 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

F.- Consentimiento y aceptación libre, sin salvedad alguna por parte de SEINPRO, del procedimiento que propuso su contratante en la comunicación referida en la letra A para terminar unilateralmente el contrato y al pago efectuado luego de su facturación. No se encuentra acreditado en el expediente que SEINPRO haya

objetado y manifestado el supuesto incumplimiento alegado, relacionado con la terminación anticipada.

2.6.- De conformidad con lo establecido por el artículo 1622 del Código Civil, inciso tercero, el comportamiento de las partes constituye una hipótesis de interpretación auténtica, e incluso, de tal circunstancia se puede derivar una modificación al pacto inicialmente convenido, cuando el comportamiento de las partes conlleve a un acuerdo de voluntades en torno a la forma como se ha de ejecutar las prestaciones o al alcance de los pactos vertidos en el contrato. En el presente caso, el comportamiento de las partes relacionado con la terminación anticipada del contrato, reconociendo un pago correspondiente al valor que se percibiría dentro del término del preaviso y, la aceptación de dicho pago, conlleva a que se haya formado un acuerdo de voluntades en torno a la terminación anticipada sin preaviso, lo cual nutre y/o modifica el alcance inicialmente vertido en el texto del contrato.

El contrato como acuerdo de voluntades que es, puede ser modificado consensualmente, mediante el consentimiento expresado con en el comportamiento congruente y conforme de las partes, porque el contrato es en sí consensual, aun cuando se haya instrumentado por escrito. Sobre la consensualidad, como principio básico en los contratos, se refiere el artículo 1501 del Código Civil, cuando desde la perspectiva de las exigencias para su perfeccionamiento, clasifica los contratos en tres modalidades: real, solemne y consensual⁴. Así, en el derecho civil, desde antes del movimiento codificador decimonónico, y como fundamento del mismo, las obras de Domat⁵ y Pothier⁶ establecieron el principio de la consensualidad (solus consensus obligat), de suerte que la condición de real o formal de un contrato debe estar expresamente establecida en la ley, por cuanto de no ser así el contrato será consensual para todos los efectos⁷.

Por su parte, el derecho comercial colombiano, incluye lo propio en el artículo 824, al sostener que *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal*

⁴ “Artículo 1500.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

⁵ M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*. (tome premier), Paris 1771, p. 26: el autor señala que todas las convenciones, sea que tengan nombre propio o no, siempre tienen su efecto, y obligan a aquello que se ha convenido;

⁶ R.J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, t.1. trad. S.M.S., Madrid-Barcelona [s.d.], p 5-8 y 16: “3. Un contrato es una especie de convención. [...] *“Una convención o pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente o para modificarlo: Duorum vel plurium in ide placitum consensus. La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato”*

⁷ H. SALAMANCA, *Derecho Civil Curso cuarto Contratos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, *“Se llama contrato consensual el que se perfecciona por el solo consentimiento. Este es el tipo general de contrato pues el solemne y el real son la excepción.”*

exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad.” Tal disposición devela que la regla general es la de la consensualidad, motivo por el cual, basta para la formación del contrato que exista un acuerdo de voluntades con independencia del modo en que se exprese, lo cual implica que, incluso, el comportamiento concordante de las partes es un vehículo apto para vincularlas en un determinado negocio jurídico. Ahora bien, así como el comportamiento de las partes puede constituirse como un modo inequívoco para expresar su voluntad contratar u obligarse, igualmente puede configurarse como la vía a través de la cual se modifiquen las estipulaciones inicialmente pactadas.

En este punto, vale la pena traer a colación la doctrina nacional que analiza el alcance del principio de consensualidad, incluso frente aquellos eventos en que las partes han estipulado una determinada formalidad para efectos de concretar sus acuerdos de voluntades. Frente al particular el tratadista Ospina Fernández sostiene que *“(...) los actos jurídicos consensuales pueden quedar elevados a la categoría de actos solemnes, porque los agentes resuelvan someter el perfeccionamiento de ellos a la observancia de ciertos requisitos de forma v. gr., el otorgamiento de una escritura pública o privada, con la intención clara de que no produzcan efectos mientras tales requisitos no sean cumplidos. El Código Civil reconoce expresamente estos actos voluntariamente formales al disponer en sus arts. 1858 y 1979 que si los contratantes estipularen que la compraventa o el arrendamiento no se reputen perfectos hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, cualquier de aquellos podrá retractarse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa vendida o arrendada, respectivamente. Mas la precitada regla es de aplicación general en todo el campo de los actos jurídicos y no solamente en los contratos de compraventa y arrendamiento, porque la ley autoriza a los particulares para subordinar los efectos de sus manifestaciones de voluntad a cualesquiera condiciones lícitas y posibles, caracteres que reúne la condición que consiste en el otorgamiento de una escritura o en el cumplimiento de otra formalidad semejante. Sin embargo, es claro que en presencia de una estipulación de esta clase se hace indispensable determinar si realmente se trata de una verdadera condición suspensiva de la eficacia del acto respectivo, porque también puede suceder que los agentes solamente hayan querido procurarse una prueba de su celebración o alcanzar otra finalidad indiferente a la existencia misma del acto. Entonces, la sola formación del consentimiento bastará para dar vida jurídica a dicho acto.” (Subrayado fuera de texto)⁸*

⁸ G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Temis, (3ª Edición), Bogotá, 1987, p. 240 – 241

No está de más referir, incluso, los principios de Unidroit (1994), que dicen: *“Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular). Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos”.*

Así las cosas, en el presente caso los contratos que vinculan a las partes en disputa se rigen por el principio de consensualidad, con independencia de las previsiones particulares que las partes hayan fijado para efectos de probar el acuerdo de voluntades, entre las que encontramos la necesidad de elevar a escrito cualquier modificación que se realice del contrato. Así las cosas, el comportamiento de las partes en torno a la posibilidad de dar por terminado anticipadamente el contrato sin mediar el preaviso de diez (10) días, pero reconociendo el valor que se percibiría en ese lapso de tiempo, configura un vehículo idóneo o un modo inequívoco mediante el cual se concreta un acuerdo de voluntades encaminado a modificar una estipulación contractual.

2.7.- Descendiendo al caso materia de estudio, podemos sostener que para el Tribunal es claro que la aceptación de los términos de la comunicación de fecha 26 de enero de 2012 remitida por EMBOHUILA, que se concretó en la emisión de la factura No. 415, presentada por el propio SEINPRO a EMBOHUILA, y el recibo a satisfacción de la suma de dinero que en ella se fijó, todo ello como consecuencia de la terminación unilateral y anticipada de las relaciones contractuales, se configuró como un comportamiento relevante a efectos de interpretar la cláusula de terminación anticipada, fijar su alcance, e incluso, modificarla para ajustarla a la situación de hecho consentida por las partes, máxime cuando dicha factura incluye, por una parte, los valores por la remuneración que habría percibido la convocante, SEINPRO en ejecución de los contratos terminados de manera anticipada durante el término de los diez (10) días del preaviso que ahora se alega como incumplido y, por otra parte, se incluye una suma dirigida a compensar los gastos y/o costos laborales que se asumirían con los empleados que se encontraban asignados a la ejecución del contrato con EMBOHUILA, como consecuencia de la terminación. Los conceptos y rubros que se incorporaron en la factura fueron corroborados por el perito contador Juan José Rondón quien al desglosar el valor de la factura determinó a qué rubros o valores correspondió el pago.

2.8.- En este punto es necesario indagar sobre la voluntad y la motivación que llevó a las partes a pactar el requisito del preaviso de diez (10) días para el evento de la terminación anticipada del contrato. Tal voluntad consistió en establecer un término mínimo razonable a favor del contratante afectado por la terminación, que le permitiera adoptar las medidas necesarias frente al hecho y le garantizara un ingreso por el tiempo restante del contrato, es decir, por el término del preaviso de diez (10) días para poder implementar las decisiones empresariales a que hubiera lugar.

En otras palabras, la cláusula de terminación anticipada al prever la necesidad de tener que informar de manera previa al contratante sobre la terminación, con una antelación no inferior a diez (10) días, pretendió conferirle al contratante afectado por la terminación un margen de tiempo razonable que pudiera ser utilizarlo a su favor para preparar y afrontar la terminación del contrato, garantizando que en dicho

término se percibirían los ingresos o remuneración pactada al mantener vigente la relación contractual. Dichos efectos prácticos y útiles de la previsión contractual en comento, se verificaron y mantuvieron al momento de realizarse la terminación anticipada e inmediata de la Oferta 371 y la Oferta 443, pues no obstante haberse obviado el preaviso, la parte convocada, EMBOHUILA, ofreció el pago a título de compensación por los diez (10) días y procedió a pagar unos rubros, facturados libremente por la convocante, que permitieron desmotar la operación y percibir la remuneración, incluso en mayor valor, por el tiempo correspondiente a los diez (10) días, todo lo cual, se insiste, fue aceptado por la convocante, SEINPRO, al punto que emitió la respectiva factura de venta en donde se incluyeron tales conceptos y recibió el correspondiente pago sin salvedad de ninguna naturaleza. En efecto, otro sería el análisis de este asunto si SEINPRO, recibida la comunicación de fecha 26 de enero de 2012, en lugar de proceder a emitir la factura y recibir el correspondiente pago, hubiera demandando de su contratante el cumplimiento del preaviso que ahora, desconociendo sus propios actos, echa de menos. Igual, otro sería el análisis si la factura se hubiera expedido con alguna salvedad o refiriendo en el concepto que se trataba de un abono a las sumas adeudadas por concepto de la terminación anticipada o que una vez recibió el pago se hubiera dejado constancia o manifestación en el sentido de que el pago no cubría los perjuicios por el no cumplimiento del preaviso. Esta situación, es decir el consentimiento libre de SEINPRO a la interpretación y aplicación que de la cláusula de terminación anticipada y unilateral hiciera EMBOHUILA, dando lugar a la modificación de la convención escrita, que luego con la formulación de la demanda pretende desconocer, hace forzoso que el Tribunal se ocupe en seguida de la vulneración de la cláusula de buen fe incorporada en todos los contratos y de la transgresión por parte de la convocante de la prohibición de venir en contra de sus propios actos.

2.9.- En relación con el principio de Buena Fe es preciso afirmar que, tratándose de contratos mercantiles, el juez o el árbitro no puede limitar su análisis a las precisas reglas hermenéuticas consagradas en la legislación civil, pues deben, igualmente, atender los principios que de manera especial consagra el estatuto mercantil, como el consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio, conforme al cual, *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

La consagración del legal del principio de la buena fe tiene un efecto práctico concreto de cara al comportamiento contractual de las partes, como lo es la prohibición de ir contra los actos propios, es decir, genera unos parámetros de conducta en virtud de los cuales no le es dable a las partes violentar las expectativas legítimas que han construido y mucho menos desconocer sus propios actos.

En el presente caso, la parte convocante consintió en el devenir contractual sobre la forma como se realizaría la terminación inmediata y anticipada del contrato reconociendo el valor del preaviso diez (10) días, frente a lo cual, procedió a emitir la correspondiente factura y a recibir el respectivo pago. En consecuencia, a la luz del principio de la buena fe contractual, no le es dable a la convocante desconocer tal situación y pretender catalogar la forma como se terminó el contrato como un incumplimiento, pues su conducta estuvo orientada a consentir la terminación en las condiciones que se produjo, proceder que es diametralmente distinto a la postura que posteriormente se planteó en la demanda que origina esta controversia. Así las cosas, la conducta desplegada por la convocante SEINPRO, de desconocer la conducta que desplegó durante la ejecución contractual y al finiquito del negocio jurídico, evidencian una violación del principio de la buena fe y del postulado que del mismo se desprende consistente en que "venire contra factum proprio no valet".

2.10.- De lo anterior se colige que en el presente caso no se configuró incumplimiento alguno por parte de la convocada, EMBOHUILA, de las estipulaciones referentes a la terminación anticipada del contrato, pues no obstante que la terminación no estuvo precedida del preaviso enviado con diez (10) días de anticipación que se había consignado en el texto de la referida cláusula, las partes consintieron en darle un alcance práctico y útil a la misma, para el evento en que la terminación se produjera de manera inmediata, caso en el cual se debería salvaguardar los derechos y la remuneración que como mínimo le asiste al contratante sometido a los efectos de la terminación unilateral y anticipada, teniendo como referente el término de diez (10) días del preaviso. Dicho de otra forma las partes interpretaron la cláusula y le dieron un efecto útil a la razón por la cual se había fijado como obligatorio el preaviso. De tal suerte, que con esa interpretación, las partes modificaron la convención escrita y se estuvieron a lo que con su conducta convinieron de cara a la terminación unilateral y anticipada del negocio jurídico.

3.- Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito

3.1.- Para el Tribunal no existió incumplimiento por parte de la convocada al momento de realizar la terminación anticipada del contrato, pues las partes interpretaron y modificaron la estipulación que la consagraba, motivo por el cual las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, debiendo ser denegadas en su totalidad.

3.2.- Del estudio de los medio exceptivos formulados en la contestación de demanda, el Tribunal considera que resulta prospera la excepción de mérito denominada "*EMBOHUILA pagó a SEINPRO, a título de indemnización, un valor superior al que estaba obligado a pagar y en adición a ello, SEINPRO estuvo de acuerdo en el valor pagado*".

IV. COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no prosperaron, el Tribunal, con apoyo en lo previsto por el numeral 1° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, norma según la cual "*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", procederá a condenar en costas a la sociedad convocante **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA** y en favor del extremo convocado **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.**

En consecuencia, para efectuar la liquidación se debe tener en cuenta que las costas están integradas tanto por los gastos en que se ha incurrido para la tramitación del proceso, es decir, por las expensas, como por las agencias en derecho, las cuales, como se sabe, son un reconocimiento que se le hace a la parte vencedora por los gastos legales en que ha incurrido para la defensa de sus intereses.

Revisado el expediente, se advierte que la convocada **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.** en principio pagó por concepto de honorarios y gastos del Tribunal la suma de \$11.372.461,00, que corresponde al 100% del valor bruto de dichos rubros, sin embargo, se encuentra acreditado que la sociedad convocante **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA** restituyó el 50% de dichas sumas, tal y como le correspondía hacerlo. En consecuencia, el Tribunal ordenará que el convocante **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA** asuma a título de costas en su componente de expensas o dineros que la convocada tuvo que asumir para el trámite del proceso arbitral, el saldo del 50% de los honorarios y gastos del Tribunal que ascienden a la suma de \$5.686.230,5.

Igualmente se observa que la parte convocada **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.** pagó por concepto de honorarios del perito contador, la suma equivalente a \$ 2.800.000,00, los cuales deberán ser asumidos por la convocante **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA** debiendo restituirlo a título de costas en su componente de expensas o dineros que la convocada tuvo que asumir para el trámite del proceso arbitral.

Por considerarlo ajustado a derecho y proporcional con la duración de este arbitraje, así como con la cuantía, la dificultad de los asuntos objeto de discusión y las actuaciones adelantadas, se fijará por concepto de agencias en derecho a favor de la convocada la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 2.500.000,00), suma que se encuentra, además, dentro de los rangos establecidos al efecto por el Consejo Superior de la Judicatura (artículo 393, numeral 3°, del Código de Procedimiento Civil).

En consecuencia, el valor total de las costas que **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA** tendrá que restituir a favor de **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.** es de \$10.986.230,50

CAPÍTULO CUARTO
PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Negar la prosperidad de las pretensiones primera a quinta de la demanda arbitral promovida por la sociedad **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA** contra **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.**, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Declarar la prosperidad de la excepción propuesta por **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.** denominada “*EMBOHUILA pagó a SEINPRO, a título de indemnización, un valor superior al que estaba obligado a pagar y en adición a ello, SEINPRO estuvo de acuerdo en el valor pagado*” por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Condenar en costas a la parte convocante **ESPECIALISTAS EN SERVICIOS EMPRESARIALES LIMITADA** y a favor de la parte convocada **EMBOTELLADORA DEL HUILA S.A.**, en la suma de DIEZ MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$10.986.230,50) de conformidad con las consideraciones que se expusieron en la parte motiva de este laudo arbitral.

CUARTO: En firme este laudo, hágase entrega al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá del presente trámite arbitral, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

QUINTO: Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

SEXTO: Se ordena remitir copia del presente laudo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva, de conformidad con las consideraciones que se expusieron en la parte motiva de este laudo arbitral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ
Árbitro Único



FELIPE ANDRADE PERAFÁN
Secretario