Laudo Arbitral

Acarreos Beyjor Ltda.

v.

Bavaria S.A.

Febrero 28 de 1997

Acta 15

En Santafé de Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997) siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), fecha y hora fijadas mediante auto de fecha treinta (30) de enero de mil novecientos venta y siete (1997), se reunieron en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la carrera 9ª 16-21 piso 4º, sede del Tribunal de Arbitramento, los doctores María Cristina Morales de Barrios, quien preside, Carlos Darío Barrera Tapias y José Antonio Lema Villegas, al igual que el secretario, doctor Roberto Aguilar Díaz, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo. Así mismo asistieron los doctores Manuel Felipe Castrillón Ramírez, apoderado de la parte actora, y Hernán Fabio López Blanco, apoderado de la parte demandada.

Abierta la audiencia el presidente autorizó al secretario para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por los árbitros unánimemente.

Laudo arbitral

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre Acarreos Beyjor Ltda. y Bavaria S.A.

A. **Antecedentes**

1. Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato 007218 suscrito entre las partes el día 30 de noviembre de 1988, en cuya cláusula décimo octava se previó:

“Las diferencias que ocurran entre Bavaria y el contratista por el presente convenio o su liquidación y que no puedan arreglarse en forma directa, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento nombrado por las partes de común acuerdo, según las normas legales vigentes. El fallo de (sic) que dicte el tribunal lo será en derecho y los gastos que demande el arbitramento serán pagados por la parte vencida”.

2. El día 1º de abril de 1996 la sociedad Acarreos Beyjor Ltda., por conducto de apoderado judicial, solicitó la convocatoria del presente Tribunal de Arbitramento formulando demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá contra la sociedad Bavaria S.A.

3. El día 8 de abril de 1996 la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria y de ella corrió traslado a Bavaria S.A.

4. Bavaria S.A. dio oportuna contestación a la demanda en escrito presentado el día 21 de mayo de 1996 dirigido a la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones formulando excepciones de mérito.

5. En audiencia que tuvo lugar el día 18 de junio de 1996, las partes de común acuerdo nombraron los árbitros que habrían de dirimir en derecho las controversias planteadas.

6. El día 2 de julio de 1996 y en cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 16 del Decreto 2651 de

1991, prorrogado por la Ley 192 de 1995, las partes acudieron a audiencia de conciliación, la cual estuvo presidida por la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pero se dio por concluida y fracasada ante la no comparecencia de la totalidad de las partes.

7. En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 2651 de 1991, prorrogado por las leyes 192 de 1995 y 278 de 1996, las partes concurrieron a la audiencia de instalación de este tribunal, que tuvo lugar el día 24 de julio de 1996. En dicha audiencia el tribunal designó como presidente a la doctora María Cristina Morales de Barrios, quien aceptó en la misma audiencia, y como secretario al doctor Roberto Aguilar Díaz, quien igualmente aceptó el cargo del cual se posesionó el día 12 de agosto de 1996. En la misma audiencia de instalación el tribunal fijó su sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá y señaló las sumas de honorarios y gastos.

8. Mediante auto de fecha 14 de agosto de 1996 el tribunal señaló como fecha para la primera audiencia de trámite el día 6 de septiembre del mismo año, la cual no pudo verificarse en esa oportunidad porque antes de la audiencia la parte actora presentó un escrito de reforma de la demanda de la cual se corrió traslado a la parte demandada en dicha oportunidad.

9. En tiempo oportuno la parte demandada se pronunció sobre la reforma de la demanda solicitando pruebas adicionales.

10. Mediante oficio 1 del 28 de agosto de 1996 se informó al procurador delegado en lo civil de la Procuraduría General de la Nación la instalación del tribunal.

11. La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 18 de septiembre de 1996, dentro de la cual el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias propuestas por las partes y decretó pruebas.

12. El presente proceso se tramitó en catorce (14) sesiones, en las cuales se instaló el tribunal, se dio trámite a la reforma de la demanda, se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas y las partes presentaron sus alegaciones finales.

13. Corresponde entonces al tribunal, mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas.

B. **Pretensiones de la demanda y su contestación**

1. En su demanda la parte actora solicita al tribunal realizar los siguientes pronunciamientos y condenas:

“2.1. Que se condene a Bavaria S.A., a pagar a Acarreos Beyjor Limitada, a título de indemnización de daño causado, así:

2.1. La suma de $ 106.563.352.85, como reparación del daño emergente, por la retención definitiva, por parte de Bavaria, de los dineros correspondientes a la diferencia entre los cobros y pagos ocasionados por la facturación indebida del concepto “valor fletes (D. 296/69, art. 3º)”, de una parte, y la suma pagada por Bavaria por concepto del transporte de su (sic) productos, de la planta de producción al territorio del contratista, de la otra, en todas las operaciones comerciales realizadas por Acarreos Beyjor Limitada, en desarrollo del contrato celebrado.

“2.1.2. La suma que corresponda al ajuste monetario a que debe someterse la condena que indemniza al daño emergente, de acuerdo con las particulares condiciones económicas del país.

“2.1.3. Las sumas que correspondan como reparación del lucro cesante, ocasionado por la retención definitiva de las sumas cobradas indebidamente, derivadas de la facturación del concepto “valor fletes (D. 296/69, art. 3º)” en todas las operaciones comerciales realizadas por Acarreos Beyjor Limitada y Bavaria, en desarrollo del contrato celebrado.

“2.2. Que se condene a Bavaria S.A. a pagar a Acarreos Beyjor Limitada, las sumas que correspondan por gastos y costas del proceso arbitral”.

2. Bavaria S.A. dio contestación a la demanda manifestando su oposición a las pretensiones y proponiendo como

excepción perentoria la de "inexistencia de obligación a cargo de Bavaria, pues esta empresa pago al centavo las sumas que adeudaba, de acuerdo a lo estipulado en el contrato, a la sociedad demandante, quien pretende que se le reconozca (sic) derechos sobre las sumas que son de Bavaria y que para nada corresponden al contratista". Igualmente afirma que como las sumas que se demandan se refieren a fletes provenientes de un contrato de transporte presenta la excepción perentoria de "prescripción de la acción, en defecto de que no prospere la primera, por haber transcurrido más de dos años desde cuando se realizó (sic) contrato de transporte".

C. **Fundamentos de la demanda**

La parte actora expuso los hechos en que funda sus pretensiones, que en síntesis fueron los siguientes:

1. El 30 de noviembre de1988 las partes celebraron un contrato de distribución, en virtud del cual Bavaria S.A. se comprometió para con Acarreos Beyjor Ltda. a venderle sus productos a fin de que esta los revendiera, por su cuenta y riesgo, en el territorio que se le asignara.

2. De conformidad con las estipulaciones contractuales Acarreos Beyjor Ltda. adquiriría en propiedad los productos mencionados al precio que Bavaria S.A. le fijaba y los transportaría a su costo, los almacenaría y distribuiría en la zona asignada mediante la venta a los expendedores al precio máximo fijado por la demandada de acuerdo con normas gubernamentales, recibiendo como contraprestación una suma única.

3. No obstante, el contrato se desarrolló así: a) En el momento de la venta del producto Bavaria S.A. le cobraba o cargaba un valor no previsto en el contrato, compuesto por el precio de venta y una suma denominada "valor fletes (D. 294/69, art. 3º), que correspondía al valor de los fletes autorizados por el Gobierno Nacional para la zona asignada, sin que la demandada efectuara ninguna actividad de transportador, lo cual encarecía la actividad del contratista, quien tenía que asumir dos fletes por una sola labor de transporte.

4. En el momento de la venta de los productos Bavaria S.A. le cargaba en cuenta al distribuidor el valor de los envases y canastas que le vendía, luego le abonaba en cuenta el precio convenido realizando la imputación en tres conceptos: a) "pago flete reparto", correspondiente a la labor de distribución; b) "pago flete cerveza" y "pago flete envase", por el transporte del producto de la planta de producción al territorio asignado al contratista, conceptos que no correspondían a la suma que la demandada le había facturado al momento de venderle el producto por el concepto "fletes", por lo que estos conceptos solo alcanzaban a constituir un reembolso parcial del "flete" injustamente cobrado.

D. **Contestación de la demanda**

La parte demandada en su contestación a la demanda se pronunció sobre los hechos expuestos en el libelo inicial negando algunos, aceptando otros, total o parcialmente, y realizando, las más de las veces, aclaraciones a ellos.

E. **Pruebas practicadas**

1. Como prueba de los hechos que sirven de base a sus pretensiones la parte actora aportó con la demanda varios documentos y solicitó la aportación de sendas certificaciones sobre intereses y sobre el comportamiento del índice nacional de precios al consumidor; igualmente, la parte demandada en su contestación a la demanda y a su reforma, allegó otros documentos, todos los cuales obran en el expediente y fueron aportados con las formalidades legales en los términos de las solicitudes de las partes.

2. Igualmente se recibieron varios testimonios a solicitud de las partes, unos en audiencia, y otros como prueba trasladada.

3. En igual forma se recibieron los interrogatorios de las partes de conformidad con la petición mutua que ellas elevaron.

4. A solicitud de la parte demandada se decretó la exhibición de los libros y papeles de la parte actora relacionados con el contrato objeto de litigio.

5. Finalmente, a solicitud de la parte demandada, se practicaron dos dictámenes sobre las contabilidades de las

partes, por parte de peritos nombrados de común acuerdo.

6. En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

F. **Presupuestos procesales**

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permita proferir decisión de fondo.

En efecto, tanto Acarreos Beyjor Ltda. como Bavaria S.A. son personas jurídicas, legalmente reconocidas, acreditaron su existencia y representación legal, y actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante auto proferido en la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el día 18 de septiembre de 1996, el tribunal encontró que las partes eran plenamente capaces y que estaban debidamente representadas; que el tribunal había sido integrado y se encontraba instalado; que las partes habían consignado oportunamente tanto la parte de los gastos como los honorarios que les correspondía; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir. Igualmente el tribunal calificó la demanda y su reforma, las cuales encontró ajustadas a las previsiones legales.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

G. **Alegaciones de las partes**

El apoderado de la parte demandada presentó su alegación en la audiencia respectiva que tuvo lugar el día 30 de enero de 1997 y al final de su intervención presentó un resumen escrito de lo alegado. El apoderado de la parte actora compareció en el curso de la audiencia y presentó al tribunal el resumen escrito de su alegato. En esta oportunidad la parte actora reiteró sus pretensiones iniciales y la parte demandada fundamentó los motivos por los cuales considera que aquellas no son procedentes, remitiéndose ambas a las pruebas practicadas dentro del proceso y exponiendo los fundamentos jurídicos de sus posiciones.

H. **Consideraciones**

Antes de decidir, este tribunal toma en cuenta las siguientes consideraciones.

1. **La jurisdicción de este tribunal**

Está delimitada por el pacto arbitral que le dio origen. Sin duda alguna este se encuentra expresamente convenido en la cláusula decimoctava del contrato suscrito por las partes el 30 de noviembre de 1988. Dadas las características especiales de la jurisdicción arbitral, cuales son entre otras, las de transitoriedad en la función de administrar justicia, restricción de los efectos del laudo a las partes que pactaron el arbitramento y especificidad en la materia sobre la cual recae la decisión, debe analizarse el ámbito de la función de este tribunal.

1.1. **Transitoriedad**

Con base en las normas que regulan la materia, puesto que las partes. en la cláusula que se analiza no acordaron término diferente, este tribunal debe proferir su decisión válidamente, dentro de los seis meses siguientes contados a partir de la primera audiencia de trámite, con adición de los días en que se suspendió el proceso por voluntad de las partes; lo anterior en cumplimiento del artículo 19 de la Ley 23 de 1991. En efecto, el 18 de septiembre de 1996, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite; por solicitud conjunta de los señores apoderados el proceso fue suspendido a partir del 19 de diciembre de 1996 hasta el 29 de enero de 1997, razón por la cual el laudo se dicta dentro del término que la ley ha señalado a este tribunal para ejercer temporalmente la función pública de administrar justicia.

1.2. **Partes afectadas con el laudo arbitral**

En el presente caso no existe discusión alguna sobre el que hay identidad de partes en la relación sustancial y en la relación procesal. Bavaria S.A. y Acarreos Beyjor Ltda., se encuentran materialmente vinculadas por el contrato existente entre ellas desde el 30 de noviembre de 1988. A su vez, por razón de su cláusula décimo octava, en la cual las partes se obligaron a acudir a la jurisdicción arbitral para decidir las controversias generadas en su relación contractual, es sobre las mencionadas personas jurídicas que recaerán los efectos del laudo arbitral que dicte este tribunal.

1.3. **Especificidad en la materia a decidir**

El contrato existente entre Bavaria S.A. y Acarreos Beyjor Ltda. desde el 30 de noviembre de 1988 hasta el 7 de septiembre de 1992, contenía una serie de derechos y obligaciones para las partes, tales como:

— Bavaria S.A. se obligó a vender cerveza y otros productos a Acarreos Beyjor Ltda. y esta a comprarlos y pagarlos. Bavaria S.A. se reservó el derecho de designar el territorio donde Acarreos Beyjor Ltda. podía revenderlos y esta se obligó a hacerlo por su cuenta en el territorio previamente señalado, sin obrar en representación de Bavaria. Esta se obligó a entregar los productos en la cervecería del litoral en Bogotá y a su vez, Acarreos Beyjor Ltda. se obligó a cargarlos y a descargarlos por su cuenta. Así, además de varias prestaciones acordadas en el contrato, las partes regularon su relación durante todo el termino de duración del mismo, llevando a cabo otras actividades que sin encontrarse determinadas en las cláusulas escritas, se desarrollaron de manera continua, sin generar protesta o discusión alguna durante los años de vigencia de la relación jurídico material; por tanto, para el tribunal tanto estas como aquellas hacen parte del ámbito del contrato, por responder a la denominada, por el apoderado de la entidad demandada, realidad contractual, la cual es de libre determinación de las partes.

En la cláusula décimo octava del contrato las partes acordaron que “Las diferencias que ocurran entre Bavaria y el contratista por el presente convenio o su liquidación y que no puedan arreglarse en forma directa, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento …”.

Es decir, ellas, en ejercicio del derecho legal de derogar la jurisdicción estatal para someterse a la arbitral, pactaron la cláusula mencionada y allí previeron esta jurisdicción especial para solucionar los conflictos suscitados en su relación contractual desarrollada a partir de noviembre 30 de 1988. Es por tanto la ejecución real del contrato la materia sobre la cual se confirió jurisdicción a este Tribunal de Arbitramento.

1.4. **Competencia del Tribunal de Arbitramento**

En desarrollo del principio de la congruencia, la competencia del tribunal se encuentra circunscrita a las pretensiones formuladas en la demanda, y a las excepciones propuestas por Bavaria S.A., además de aquellas que aparezcan probadas durante el proceso (CPC, art. 306), siempre y cuando encajen en el campo de la relación contractual sobre la cual fue conferida la jurisdicción arbitral, como se vio.

Durante la primera audiencia de trámite, el tribunal asumió competencia para conocer de las pretensiones de la demanda, por manifestarse en la petición su relación con el contrato y por su carácter transigible. Corresponde al tribunal en esta oportunidad examinar la viabilidad de las mismas, desde el punto de vista jurídico de la petición y de la prueba, lo mismo que del examen de las excepciones de mérito propuestas por Bavaria S.A.

2. **El contrato celebrado y las obligaciones resultantes del mismo**

En primer término aborda el tribunal este análisis para lo cual se impone *ab initio* examinar las cláusulas del escrito en el que se encuentra vertido, y las declaraciones que las partes hicieron al respecto al rendir sus interrogatorios.

En punto de las obligaciones surgidas en el documento que obra a folios 1 a 3 del cuaderno de pruebas 1, se lee lo siguiente:

“Cláusula primera. El objeto del presente contrato es la venta por parte de Bavaria al contratista de los productos fabricados por aquella con el fin de que el contratista por su cuenta y riesgo los revenda dentro del territorio que Bavaria le indique mediante comunicación escrita que hará parte de este contrato”.

“Cláusula décimo segunda. Precio. El precio de venta de Bavaria al contratista será fijado (sic) aquella teniendo en cuenta las normas legales pertinentes y la ubicación de la zona asignada al contratista por normas internas de la empresa ...”.

Por su parte, el tribunal destaca que los señores representantes legales de las partes, al rendir sus respectivos interrogatorios expresaron lo siguiente:

Interrogatorio de parte del representante legal de Acarreos Beyjor Ltda., señor Joaquín Rozo Sandoval:

“... yo compraba la cerveza a Bavaria aquí en una de las fábricas en Bogotá porque hay dos, la llevaba hasta Cachipay, la trasladaba allá, la ubicaba en mis bodegas, luego la reposaba porque la cerveza aquí en Bogotá la entregan muy caliente, entonces yo no la repartía el mismo día sino que almacenaba y rotaba esa cerveza; a continuación como el contrato era la distribución esencialmente, la distribuía yo en los camiones, zorras, caballos ...” (fl. 128 del cdno. pbas. 6).

Interrogatorio de parte del representante legal de Bavaria S.A,, señor Carlos Eduardo Quintero Rocaniz:

Al comienzo del mismo manifestó: “Es un contrato de distribución de los productos nuestros para la zona de Cachipay, contrato mediante el cual al distribuidor se le reconocía un monto económico, para nosotros flete de distribución o de reparto, para la distribución de nuestros productos en la zona geográfica delimitada en el contrato Cachipay” (fl. 2075 de cdno. pbas. 4)

... teniendo en cuenta la aplicación práctica que las partes hicieron del mismo durante todo el término de su vigencia.

3. **Los elementos del contrato**

Como es bien sabido, los elementos del contrato de suministro, al igual que los de la venta, son los bienes materia del mismo y el precio:

3.1. **Los bienes suministrados**

En el caso *sub lite* se trató de productos fabricados por Bavaria S.A., concretamente de cerveza y pony malta, bien en botella, bien en lata (cláusula primera y duodécima del contrato). Este punto se encuentra también corroborado en la declaración de parte rendida por el señor representante legal de Acarreos Beyjor Ltda. y en la que a su vez rindiera el de Bavaria S.A.

3.2. **El precio**

Siendo este el caso de un suministro para distribución, como se anotó antes, las partes acordaron que el precio sería determinable en cada una de las adquisiciones que le hiciera el contratista a Bavaria S.A., y que esta le fijaría a aquel el precio al cual podría revenderlo en Cachipay, zona fijada por Bavaria S.A. para la distribución.

Respecto del primero, en la cláusula duodécima del contrato, se estableció que sería fijado por Bavaria S.A., “teniendo en cuenta las normas legales pertinentes y la ubicación de la zona asignada por normas internas de la empresa”.

Dichas normas legales para la época de ejecución del contrato eran las resoluciones 280 del 13 de septiembre de 1971 del consejo directivo de la Superintendencia Nacional de Precios, 70 del 15 de noviembre de 1974 del consejo directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios y 023 del 30 de enero de 1987 del Ministerio de Desarrollo Económico, las cuales disponían un precio básico fijo para la cerveza y la posibilidad de adicionarlo, con el valor de fletes desde el lugar de la producción y hasta el del consumo.

Respecto del precio de venta por parte del contratista a sus clientes minoristas, es clara la estipulación contenida en la cláusula duodécima del documento mencionado cuando establece que "El precio de venta por parte del contratista de los productos a los que se refiere el presente contrato no podrá ser superior a los precios de venta fijados por Bavaria para el territorio asignado al contratista ...". Así se desarrolló el contrato como lo reconoció el representante legal de Acarreos Beyjor Ltda.; en efecto, cuando el tribunal le preguntó: "¿Usted le cobraba al minorista al que usted le vendía, el flete que Bavaria le cobra a usted por flete de transporte?", contestó: "Si ... la empresa nos autorizaba y prácticamente nos obligaba, porque la cerveza que yo compraba en $ 3 mil aquí en Bogotá pagándole el flete tenía que vendérsela allá al cliente en los mismos $ 3 mil de manera que eso no ganaba yo nada, compraba aquí en $ 3 mil y allá vendía en $ 3 mil" (se resalta).

3.3. **Las obligaciones de las partes**

En el sentir del tribunal, las obligaciones que asumieron las partes fueron las siguientes:

Acarreos Beyjor Ltda., se comprometió a hacer compras continuadas de algunos de los productos de Bavaria S.A., para luego a distribuirlos al revenderlos en la zona de Cachipay, (cláusula primera del documento) y al precio que esta le indicara.

Por su parte Bavaria S.A. se comprometió a suministrar los productos (cláusula primera y tercera) y a reconocer una suma de dinero al distribuidor por cada "caja de cerveza o pony malta vendida" y otra por cada "lata de clausen y/o pony malta vendida (cláusula duodécima)".

3.4. **Los costos del transporte**

En el documento escrito en el que se hizo constar originalmente el contrato, se pactó que dicho costo sería por cuenta del contratista, pero durante el curso del mismo Bavaria S.A. reconoció a aquel y le acreditó una suma por tal concepto en la cuenta que reflejaba el estado de las obligaciones de las partes. Así se encuentra demostrado en los extractos de cuenta corriente que obran a folios 225 a 273 del cuaderno de pruebas 1 y 1 a 57 del cuaderno de pruebas 5.

Así las cosas, para el tribunal es claro que durante todo el curso de ejecución del contrato, las partes no dieron aplicación a su cláusula sexta en lo referente a que el contratista asumiera los costos del transporte sino que Bavaria S.A. le reconoció una suma de dinero por el transporte de sus productos desde Bogotá a Cahipay y viceversa en lo que hace referencia al envase vacío.

Esta retribución fue fijada por Bavaria S.A., y aceptada sin cuestionamiento alguno por Acarreos Beyjor Ltda. durante toda la vigencia del contrato. Así lo reconoció su representante legal quien a la pregunta 10 del interrogatorio de parte, formulada en los siguientes términos: "Sírvase indicar, si dentro de la correspondencia que su empresa recibía de Bavaria, Bavaria no le comunicaba con periodicidad no solamente lo que le iba a pagar por valor de flete de reparto, sino también lo que le iba a pagar por la labor de flete de transporte, es decir por llevar la cerveza de Bogotá a Cachipay y traer el envase vacío a la fábrica?", contestó: "... le digo cómo se desarrollaba la cuestión. El día que variaba de precio la cerveza, en esa semana siguiente me llegaba un supervisor allá con estas comunicaciones de que fue variado el precio de la cerveza y el precio de la tarifa de distribución y venta, varias veces les pregunté a los supervisores que qué me correspondía por lo demás y me decían: No sé más. Entonces me tocaba esperar que llegaran estos listados y miraba cuánto hacía yo por flete de transporte y por flete de cerveza, entonces yo tenía el tonelaje que había hecho, dividía esa plata por el tonelaje y establecía cuánto me correspondía por tonelada, esa era la forma de enterarme yo del precio del tonelaje ...".

3.5. **El cumplimiento de las obligaciones de las partes**

Para el tribunal es claro que las partes no disienten en relación con las obligaciones de Bavaria S.A. de suministrar la cerveza y de pagar la suma a que aquella se obligó por cada caja o lata vendida.

El punto en donde ellas disienten es el relacionado con el precio al que Bavaria S.A. efectuaba el suministro, dentro del cual, y en adición al fijado por el Gobierno Nacional, la empresa incluía un rubro de fletes que no era real en el sentir del contratista, en la medida de que Bavaria no efectuaba el transporte de la fábrica al sitio de

distribución, sino que este era por cuenta y riesgo del contratista que lo llevaba a cabo por sus propios medios y asumiendo los respectivos costos.

A este respecto el tribunal encuentra que a primera vista parecería que en el contrato se hubiera dado a Bavaria S.A. la posibilidad de fijar arbitrariamente el precio al cual vendería la cerveza al contratista, independientemente de sus costos reales de producción y de una justa utilidad adicional.

Empero, las circunstancias de estar bajo control legal el precio de la cerveza en aquella época y la remisión que a estas normas se hizo en la cláusula duodécima del contrato, llevan a la conclusión de que para cumplir el contrato, Bavaria S.A. tenía que vender sus productos al contratista al precio fijado por el gobierno, el cual a su vez ya había tenido en cuenta para señalarlo, los estudios que se le presentaban sobre costos de producción y la utilidad que los productores de cerveza debían percibir.

En estas condiciones, considera el tribunal que si Bavaria S.A. no efectuaba directamente el transporte, no debía aprovechar la circunstancia de que las normas autorizaran un sobreprecio por este concepto para incrementar el precio al que lo suministraba al contratista distribuidor.

Por tal razón el tribunal encuentra que Bavaria S.A. abusó de los derechos que le confería la ley cuando la autorizaba a adicionar al precio fijado por el gobierno, el costo del transporte y de también el que le confería el contrato en el sentido de señalar el precio del suministro al contratista. Dicho abuso consistió, precisamente, en venderle a este último a un precio que incluía el costo de un transporte que no efectuaba.

4. **El daño como elemento de la responsabilidad**

La doctrina y la jurisprudencia han identificado en forma permanente como elementos estructurales de la responsabilidad, un acto ilícito, un daño y un nexo causal entre el acto y el daño.

En cuanto al elemento daño o perjuicio, el tratadista Ospina Fernández se expresa en los siguientes términos:

“Necesidad del perjuicio

“La necesidad de este elemento para que se le permita imponer al deudor la obligación indemnizatoria como subsidiaria de la principal, es evidente. Es principio general del derecho el que toda acción presupone un interés jurídico que con ella se tutela: sin interés no hay acción. Por lo tanto si el acreedor no sufre daño por el incumplimiento del deudor carece de legitimación para demandar judicialmente una reparación.

“La prueba del perjuicio

Siendo este uno de los elementos axiológicos de la acción indemnizatoria, la carga de su prueba y de su cuantía incumbe al acreedor insatisfecho según la máxima general *actori incumbit probatio* . Por lo tanto en principio debe acreditar plenamente los perjuicios que alegue haber sufrido y la cuantía de ellos”[(2)] .

Por su parte la Corte Suprema de Justicia sobre este mismo aspecto se ha pronunciado de igual manera en múltiples sentencias, tal como aquella cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

“Ahora bien, como la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual, en su caso, síguese que al demandante no le basta con acreditar la existencia de ese abuso con la calidad de culposo, sino que es menester que demuestre el daño que haya padecido y la relación de causalidad entre este y la culpa alegada. El abuso del derecho, pues, como especie de responsabilidad civil, solo puede ser fuente de indemnización cuando se prueba que existen los tres elementos clásicos de ella: culpa, daño y relación de causa a efecto entre aquella y este”[(3)] .

En el caso que nos ocupa, la parte actora pretende la indemnización del supuesto daño sufrido por no haber recibido el reembolso de aquellas sumas cobradas por la demandada bajo el rubro de fletes en las correspondientes facturas de venta.

Del análisis de las pruebas aportadas (testimonios, peritazgo y, sobre todo, de la confesión contenida en el

interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandante) se deduce claramente que el precio pagado por Acarreos Beyjor Limitada a Bavaria S.A. era recuperado totalmente por la primera, en la operación de reventa a sus clientes y, por lo tanto, no es posible establecer la existencia de un perjuicio indemnizable por tal concepto.

Así lo reconoce el representante legal de la parte actora cuando al contestarle al tribunal si "... ese flete ... lo recuperaba al vender la cerveza?" contestó: "Si ... yo tengo aquí precisamente un cuadrito que saqué de la venta del mes de junio/92, vendí 16.978 cajas de cerveza, 75 bandejas por $ 52.652.857.47, pagué fletes por $ 7.456.971.72 y el total del valor fueron $ 60.109.839.19, esa plata la saqué, pagué todo eso volví y la recogí porque Bavaria me autorizó cobrarle ese flete a los clientes no a mí, sino a los clientes ese sobreprecio del valor de la llevada y la traída de los elementos Suesca (sic) y Cachipay, entonces yo pagué $ 60 millones y recogí $ 60 millones, recuperé mi plata ...".

Restaría entonces al tribunal verificar si el reembolso reclamado por la actora de los fletes facturados por la demandada, constituía un factor de remuneración por sus servicios como distribuidor, caso en el cual estaríamos frente a un pago incompleto de tal remuneración con el consiguiente perjuicio para dicho distribuidor indemnizable en la cuantía de lo dejado de pagar. Esta hipótesis debe ser descartada sin reserva alguna por este tribunal ya que en el contrato suscrito entre las partes existe suficiente claridad en cuanto la forma y cuantía de establecer la remuneración del distribuidor, o sea mediante el pago de sumas fijas por cada caja o bandeja de los productos vendidos.

Otra cosa es que dentro del desarrollo o ejecución real del contrato, como ya se vio, Bavaria S.A. haya reconocido a Acarreos Beyjor Ltda. unas sumas adicionales no pactadas en el texto escrito y aun contrarias a lo establecido en la cláusula sexta del mismo, por concepto de gastos de transporte (fletes de cerveza y de envase) entre su fábrica y el centro de distribución.

En el sentir del tribunal estas sumas no tienen ninguna vinculación causal con el factor del precio facturado por Bavaria S.A. por concepto de fletes.

En efecto, fuera de la afirmación del apoderado de la parte actora en el sentido de que su representada tenía derecho al reembolso total de las sumas facturadas por Bavaria bajo el rubro de "fletes" y de que esta solo le reintegró parte de esas sumas, no existe prueba alguna dentro del proceso que permita establecer la obligación a cargo de la demandada de efectuar dicho reembolso total o parcialmente. Por lo tanto es forzoso concluir que al no haberse comprobado la existencia de un daño sufrido por la parte demandante no hay lugar a establecer una responsabilidad indemnizable de parte de la demandada.

5. El tema a decidir

Analizada como está la jurisdicción y competencia del tribunal, la naturaleza de la relación contractual que origina este litigio, las obligaciones de las partes y su cumplimiento, más la ausencia de un perjuicio en el patrimonio de Acarreos Beyjor Ltda. según los hechos demostrados, debe el tribunal referirse a las peticiones de las partes, dado que esta decisión deberá estar en consonancia con ellas, según las normas relativas a la congruencia de la sentencia.

Por todo lo dicho no podrá accederse a las peticiones indemnizatorias de la demanda y con relación a las excepciones interpuestas por la parte demandada, es claro que la alegada "inexistencia de la obligación a cargo de Bavaria" prosperará con base en la parte motiva de esta providencia.

En estas condiciones el tribunal encuentra que no hay lugar a pronunciarse sobre la otra excepción formulada por la parte demandada.

I. **Costas**

Al no haber prosperado las pretensiones de la parte demandante, como se declarará en la parte resolutiva, el tribunal la condenará al pago de las costas del proceso (CPC, art. 392, num. 1º), las cuales son:

Honorarios árbitros	$ 36.000.000
Honorarios secretario	$ 6.000.000
Gastos de funcionamiento	$ 1.856.000
Gastos de protocolización	$ 2.400.000
	$ 46.256.000
Al haber cancelado Acarreos Beyjor Ltda. al inicio del proceso la mitad de esta suma, le corresponde cancelarle a Bavaria S.A. por estos conceptos:	$ 23.128.000
Honorarios acreditados de los peritos (fls. 160, 177, 186 y 187 cdno. ppal. 1)	$ 2.100.000
Gastos de pericia acreditados (fls. 117 y 151 cdno. ppal. 1)	$ 750.000
Agencias en derecho	$ 6.000.000
Liquidación total (Nº 2 art. 393 CPC)	$ 31.978.000

Fallo arbitral

En mérito de lo expuesto este tribunal de arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar probada la excepción formulada por Bavaria S.A. denominada “inexistencia de obligación a cargo de Bavaria”.

2. Negar todas las pretensiones de la demanda.

3. Condenar a Acarreos Beyjor Ltda., a pagar a Bavaria S.A., la suma de treinta y un millones novecientos setenta y ocho mil pesos ($ 31.978.000) moneda corriente por concepto de costas según liquidación efectuada.

4. Ordenar la protocolización del expediente.

5. Expedir por secretaría copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a cada una de las partes.

Notifíquese.

_____