

Lauto Arbitral

Comercial de Oriente Ltda.

v.

Alimentos Kraft de Colombia S.A.

Mayo 20 de 2004

En la ciudad de Bogotá, el día veinte (20) de mayo de 2004, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir la demanda presentada por la Sociedad Comercial de Oriente Ltda., en adelante simplemente Comercial de Oriente, contra la sociedad Kraft Foods Colombia S.A. (hoy Alimentos Kraft de Colombia S.A.), en adelante simplemente Kraft, profiere por unanimidad el presente laudo arbitral.

## **I. Antecedentes**

### **1.1. Actuaciones de y ante la Cámara de Comercio de Bogotá.**

1.1.1. El día 27 de mayo de 2003, la sociedad Comercial de Oriente presentó ante el centro de arbitraje y conciliación mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, en adelante simplemente el centro de arbitraje y conciliación, con el lleno de los requisitos formales, una convocatoria para la constitución de un tribunal de arbitramento. La mencionada convocatoria obra en los folios 1 a 12 del cuaderno principal 1 del expediente.

1.1.2. El día 3 de junio de 2003, el centro de arbitraje y conciliación, emitió sendos oficios dirigidos a Comercial de Oriente y Kraft, invitándolos a participar a la audiencia de designación de árbitros, buscando el nombramiento de los mismos de mutuo acuerdo. La audiencia fue fijada para el día 17 de junio de 2003, a las 10:30 a.m., en las oficinas del centro de arbitraje y conciliación, ubicadas en la carrera 9<sup>a</sup> N° 16-21, piso 4 de esta ciudad.

1.1.3. Celebrada la audiencia de designación de árbitros en el lugar, fecha y hora citada, las partes de común acuerdo nombraron como árbitros principales a los doctores: Fernando Escallón Morales, Carlos Darío Barrera Tapias y Gustavo Cuberos Gómez, según consta en el acta nombramiento de árbitros, folio 27 del cuaderno principal 1 del expediente.

1.1.4. El centro de arbitraje y conciliación oficio a los señores árbitros el día 17 de junio de 2003, informándoles sobre su designación y cada uno, dentro del plazo fijado para ello, procedió a aceptar su designación, así: el doctor Carlos Darío Barrera Tapias, mediante carta fechada el día 25 de junio de 2003; el doctor Gustavo Cuberos Gómez, mediante carta fechada el día 24 de junio de 2003; y el doctor Fernando Escallón Morales, mediante carta fechada el día 24 de junio de 2003. Todas las comunicaciones mencionadas, reposan en el cuaderno principal 1 del expediente.

1.1.5. Mediante comunicación fechada el día 21 de julio de 2003, dirigida a los apoderados de las partes y a cada uno de los árbitros, el centro de arbitraje y conciliación, convocó a los mismos a la celebración de la audiencia de instalación del tribunal, para el día 28 de julio de 2003, a las 2:30 p.m., en las oficinas del centro de arbitraje y conciliación ubicadas en la calle 72 N° 7-82, piso 8 de esta ciudad.

### **1.2. Instalación del tribunal.**

El día 28 de julio de 2003, los señores árbitros celebraron, en la sede de la calle 72 N° 7-82, piso 8, del centro de arbitraje y conciliación mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, la audiencia de instalación del tribunal. En dicha audiencia, que consta en el acta 1 del cuaderno principal 1 del expediente, folios 52 a 54, el tribunal adelantó las siguientes actuaciones: designó como presidente al doctor Carlos Darío Barrera Tapias y como secretario al doctor Edwin Cortés Mejía; fijó los honorarios de los árbitros, del secretario, y los gastos de administración, protocolización y otros; y fijó fecha para la celebración de una próxima audiencia para el día 25 de agosto de 2003. El secretario, por su parte, tomó posesión ante el tribunal el día 11 de septiembre de 2003, tal y como consta en el acta 3 de dicha fecha, que está debidamente incorporada al expediente a folio 87 del cuaderno principal 1.

### **1.3. Traslado y contestación de la demanda.**

1.3.1. En la audiencia celebrada el día 25 de agosto de 2003, en la hora y lugar previamente señalados, tal y como consta en el acta 2 que obra en los folios 55 y 56 del cuaderno principal 1 del expediente, por secretaría se corrió traslado personal de la demanda al apoderado de la convocada y se le advirtió sobre el término legal de diez (10) días para proceder a su contestación.

1.3.2. El día 8 de septiembre de 2003, encontrándose dentro del término para ello, la Sociedad Kraft presentó ante la Cámara de Comercio de Bogotá, el escrito de contestación de la demanda correspondiente a la convocatoria adelantada por Comercial de Oriente. El escrito de contestación mencionado, obra en los folios 58 a 80 del cuaderno principal 1 del expediente.

## **II. Demanda**

### **2.1. Hechos de la demanda.**

Los hechos de la demanda son los siguientes:

“Primero. El 27 de enero de 1997, la Sociedad Kraft suscribió con la demandante un contrato que se denominó “contrato de distribución para el suministro, por parte de la primera, y de distribución por parte de la segunda, dentro del territorio de los departamentos del Meta, Casanare, Arauca, Vichada, Vaupés y Guainía, de los productos contenidos en el anexo 2 del contrato.

En efecto, la cláusula primera el mencionado contrato es del siguiente tenor:

“El objeto de este contrato es el suministro de productos (como adelante se definen) por parte de el proveedor a el comprador, para que este adquiriéndolos a título de compraventa los enajene y distribuya entre sus clientes, dentro de la República de Colombia que se indica bajo el anexo uno (1) (que en adelante se denominará “el territorio”) en las condiciones establecidas en este contrato. Del territorio se excluyen las ventas de los productos con destino a misiones diplomáticas y consulares acreditadas en la República de Colombia, las destinadas a cualquier entidad internacional que de conformidad con los tratados y disposiciones legales de la República de Colombia pueda efectuar importaciones libres de impuestos y gravámenes; las importaciones in bond; las destinadas a los puertos libres de San Andrés, Providencia y Leticia, así como las destinadas a aquellos municipios donde el gobierno de Colombia facturado por la Ley 9<sup>a</sup> de 1981 expida regulaciones cambiarias y aduaneras de carácter especial y finalmente las destinadas a las zonas francas turísticas”.

“Segundo. Los productos objeto del contrato de distribución al que se refiere el hecho anterior, de conformidad con el anexo 2, son los siguientes productos alimenticios:

- Tang 300 gramos
- Tang 660 gramos
- Tang  kilo
- Kool – Aid sobre 1 Lt.
- Kool – Aid sobre 4 Lt.
- Kraft mayonesa 445 gr. Light
- Kraft salsa barbecue 611 gr.
- Kraft salsa zesty italiano Kraft
- Kraft salsa italiano
- Kraft macaroni and cheese original

- Kraft macaroni and cheese dinomac
- Kraft queso parmesano 227 gr.
- Kraft queso parmesano 85 gr.
- Kraft crema para café 170 gr.
- Kraft crema para café 454 gr.
- Kraft L. cabin
- Kraft café suisse mocha
- Kraft café amaretto
- Post cereal marshm- alpha bits
- Post cereal raisin bran
- Post cereal toasties corn flakes
- Post cereal cocoa pebbles
- Post cereal fruitv pedd(sic)

Tercero. Como término de duración del contrato en la cláusula vigésima primera se pactó:

“El presente contrato tendrá un plazo de duración de un (1) año después de su firma por ambas partes y se entenderá prorrogado por igual término a no ser que una de las partes manifieste su intención en contrario mediante escrito que dirigirá a la otra parte con una antelación no inferior a sesenta (60) días calendario. No obstante lo anterior, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el presente contrato con una antelación no menor de sesenta (60) días calendario, mediante escrito que dirigirá a la otra parte...”.

“Cuarto. Si bien el contrato denominado “contrato de distribución” del 27 de enero de 1997 fue suscrito por Alimentos Kraft de Colombia S.A. y Comercial de Oriente Ltda., como consta en la documentación que se anexa, las relaciones contractuales derivadas de ese acuerdo se llevaron a cabo entre mi representada y la sociedad Philip Morris Latín America Sales Corporation —sucursal Colombia— que actuaba en lo que se puede considerar una representación aparente de Kraft”.

“Quinto. Durante más de 2 años y medio, las partes ejecutaron el contrato al que se refiere los hechos anteriores, presentándose conductas abusivas por parte de Kraft quien le impuso en varias oportunidades a mi representada los precios que debía ofrecer al público, los descuentos que debía dar, las personas a quienes debía ofrecer los citados descuentos y los productos que debía distribuir, sin tener en cuenta los términos del contrato”.

“Sexto. El contrato al que hemos venido haciendo referencia fue terminado de hecho por la parte demandada, al negarse Philip Morris, su representante, a despachar los pedidos realizados de forma regular por mi representada sin que hubiera dado explicación diferente a que ya no seguiría operando en Colombia, causando graves perjuicios a mi representada en la medida en que, tras la negativa de Philip Morris de despachar los productos objeto del contrato, esta se vio obligada a incumplir sus obligaciones comerciales”.

“Séptimo. Durante el tiempo en que se ejecutó el contrato, la sociedad demandante consiguió posicionarse como uno de los “distribuidores” más importantes de los productos de Kraft en Colombia ya que actuaba como distribuidor exclusivo de los mismos en 7 departamentos, realizando compras a las demandadas por una suma no inferior a \$ 900.000.000, y ventas a terceros durante el mismo período contractual y de dichos productos por una suma no inferior a \$ 1.200.000.000”.

“Octavo. El margen de utilidad bruta, de conformidad con las cifras referidas en el hecho anterior era entonces una

suma promedio mensual de no menos de \$ 300.000.000”.

“Noveno. Al producirse la terminación unilateral y sin justa causa de las relaciones contractuales en cuestión, las sociedades demandadas causaron a mi representada, entonces, un lucro cesante no inferior a \$ 9.375.000 por mes, para cada uno de los 4 meses del período contractual aun en curso para un daño total de \$ 37.500.000 por este concepto, más los reajustes desde la fecha de terminación, para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda”.

“Décimo. A partir de la terminación unilateral y sin justa causa de los contratos, la sociedad que represento dejó de percibir a título de lucro cesante, el mismo margen referido en el hecho anterior para los 5 años siguientes, años en que debía haber continuado la relación contractual, por que ese era el término de amortización calculado para las inversiones necesarias para poner en marcha el proceso, pues sin dicho término la inversión no habría tenido justificación alguna. Esta suma equivale a no menos de \$ 225.000.000”.

## **2.2. Pretensiones de la demanda.**

Las peticiones formuladas por la convocante, son las siguientes:

“Respetuosamente solicito a usted que, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada material, se sirva usted hacer las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Declarar que entre la Sociedad Kraft y la sociedad demandante existió un contrato de suministro para distribución que rigió desde el 27 de enero de 1997 hasta el mes de agosto de 1999, fecha en la cual Kraft de manera unilateral y sin justa causa dio de hecho terminado el contrato violando así los términos del mismo.

Segunda. Declarar que la sociedad Philip Morris Latín America Sales Corporation, actuó como representante de la sociedad demandada en la relación comercial derivada del contrato al que se refiere la pretensión anterior.

Tercera. Declarar que la demandada incumplió el contrato de distribución al darlo por terminado de manera anticipada, unilateral y sin justa causa, sin otorgar el preaviso pactado en la cláusula vigésima primera del mencionado contrato.

Cuarta. Que como consecuencia de la declaración anterior, la demandada debe pagar a la demandante a título de indemnización de perjuicio la suma que se cuantificará mediante la fijación por peritos del monto correspondiente, la cual estimamos en una suma no inferior a \$ 262.500.000 a la época en que las demandadas terminaron unilateralmente y sin justa causa las relaciones contractuales que existían entre ella y la demandante.

Quinta. Ordenar a la sociedad demandada que los pagos que pido se declaren, se hagan efectivamente dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y en términos de valor constante, esto es, reajustando la suma a pagar en la medida necesaria para reflejar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda entre el momento en que se causó el perjuicio y el momento en que efectivamente se realice el pago.

Sexta. Condenar a la sociedad demandada a las costas del proceso”.

## **III. Oposición a la demanda**

### **3.1. A los hechos.**

Al contestar la demanda, Kraft hizo los siguientes pronunciamientos en relación con los hechos presentados por Comercial de Oriente:

3.1.1. Hechos primero a cuarto. Aceptó que eran ciertos, pero se permitió hacer aclaraciones en relación con cada uno de ellos.

3.1.2. Hechos quinto a séptimo. Señaló que no eran ciertos y ofreció una explicación en relación con tal afirmación sobre cada uno de ellos.

3.1.3. Hecho octavo. Indicó que no le constaba y que por tanto debía ser probado por la parte demandante.

3.1.4. Hechos noveno y décimo. Nuevamente señaló que tales hechos no eran ciertos y ofreció una explicación en relación con tal afirmación sobre cada uno de ellos.

### **3.2. Excepciones propuestas.**

Adicionalmente, la convocada propuso las siguientes excepciones, que encuentran sustento en los argumentos jurídicos esgrimidos en el escrito de contestación, que como se ha dicho obra en los folios 58 a 80 del cuaderno principal 1 del expediente:

“(...).

(A) Carencia de acción.

(B) Carencia de causa.

(C) Carencia de derecho.

(D) Inexistencia de la obligación.

(E) Prescripción y caducidad.

(F) Innominada.

(G) Excepción de contrato no cumplido por la parte actora.

(H) Petición antes de tiempo”.

### **IV. Denuncia del pleito**

4.1. En la misma fecha de contestación de la demanda, es decir el 8 de septiembre de 2003, la convocada radicó un escrito denominado “denuncia del pleito dentro y/o llamamiento en garantía del arbitramento de Comercial de Oriente Ltda. v. Kraft Foods Colombia S.A. para Philip Morris Latin America Sales Corporation sucursal Colombia en liquidación”.

4.2. El día 11 de septiembre de 2003, se dio inicio a la primera audiencia de trámite del tribunal, tal y como consta en los folios 89 a 96 del cuaderno principal 1 del expediente. En la primera parte de la audiencia y según detalle que se presentará más adelante, el tribunal se declaró competente para resolver las diferencias planteadas. Sin embargo, teniendo en cuenta la solicitud del apoderado de la convocada correspondiente al punto inmediatamente anterior, se decretó la suspensión de la audiencia.

4.3. En efecto, la solicitud mencionada en el numeral 4.1. fue aceptada por el tribunal en audiencia celebrada el día 11 de septiembre de 2003, según consta en el acta 4, auto 3, resolución segunda, que consta en los folios 89 a 96 del cuaderno principal 1 del expediente, decisión que fue notificada personalmente por secretaría al representante legal de Philip Morris Latin America Sales Corp. sucursal colombiana en liquidación, en adelante simplemente Philip Morris, el 18 de septiembre de 2003.

4.4. El día 19 de septiembre de 2003, el apoderado de Kraft radicó personalmente con destino al tribunal, un escrito denominado “desistimiento a llamamiento en garantía dentro del arbitramento de Comercial de Oriente Ltda. v. Kraft Foods Colombia S.A. para Philip Morris Latin America Sales Corporation sucursal Colombia en liquidación”.

4.5. El mencionado desistimiento fue aceptado por el tribunal en audiencia celebrada el día 28 de octubre de 2003, según consta en la resolución primera, del acta 5, auto 4, que consta en el expediente, folios 112 a 123 del cuaderno principal 1, fecha en la cual se reanudó y concluyó la primera audiencia de trámite.

### **V. Pruebas decretadas**

## **5.1. Pruebas decretadas el 28 de octubre de 2003.**

Según consta en el acta 5 que reposa en el cuaderno principal 1 del expediente, el día 28 de octubre de 2003, al dar continuación y concluir con la primera audiencia de trámite, el tribunal decretó la práctica de las siguientes pruebas:

5.1.1. Pruebas aportadas y pedidas por la convocante, Comercial de Oriente.

### **5.1.1.1. Documentales.**

Se tendrán como pruebas las aportadas por la convocante al momento de presentación de la demanda, así:

1.1.1. Original de contrato de distribución suscrito entre Alimentos Kraft de Colombia S.A. y Comercial de Oriente Ltda. el 15 de enero de 1997.

1.1.2. Comunicación enviada por Philip Morris a Comercial de Oriente el 12 de abril de 1999.

1.1.3. Comunicación enviada por Philip Morris a Comercial de Oriente el 4 de marzo de 1999.

1.1.4. Copia de la comunicación enviada por Philip Morris a Comercial de Oriente el 9 de enero de 1999(sic).

### **5.1.1.2. Interrogatorio de parte.**

Se decretó el interrogatorio de parte del señor Gustavo Adolfo Franco Agudelo, representante legal de la sociedad Kraft Foods Colombia S.A., antes Alimentos Kraft de Colombia S.A.

### **5.1.1.3. Testimonios.**

Se decretaron los testimonios de los señores Diego F. Mora y Nacer López.

## **5.1.2. Pruebas aportadas y pedidas por la convocada, Kraft.**

### **5.1.2.1. Documentales.**

Se tendrán como pruebas las aportadas por la convocada al momento de presentación de la demanda, así:

2.1.1. Comunicación de Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación a Comercial de Oriente Ltda. de fecha 17 de enero de 1997.

2.1.2. Comunicación de Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación a Comercial de Oriente Ltda. de fecha 2 de junio de 1999.

2.1.3. Comunicación de Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación a Comercial de Oriente Ltda. de fecha 20 de octubre de 1999.

2.1.4. Copia simple del contrato de agencia comercial celebrado entre Kraft Foods Colombiana S.A. y Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana junto con sus modificaciones.

2.1.5. Estado de cartera vencida y liquidación de intereses de mora de Comercial de Oriente Ltda. con Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación. Incluye cartera vencida en virtud del contrato de distribución con Kraft Foods Colombia S.A. como con Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación por su relación directa.

2.1.6. Fotocopia simple del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá en donde aparece registrado el contrato de agencia comercial.

2.1.7. Certificado de existencia y representación legal de Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación.

### **5.1.2.2. Oficios.**

Se ordenó oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que enviara con destino al expediente certificación en donde conste que el contrato de agencia comercial celebrado entre Kraft Foods Colombia S.A. y Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana S.A. fue registrado en esa cámara.

### **5.1.2.3. Interrogatorio de parte.**

Se decretó el interrogatorio de parte del señor Jorge Enrique Salazar Bernal, representante legal de la sociedad Comercial de Oriente Ltda.

### **5.1.3. Pruebas decretadas de oficio por el tribunal.**

#### **5.1.3.1. Dictamen pericial.**

El tribunal decretó la práctica de un dictamen pericial sobre la contabilidad de Kraft Foods Colombia S.A. y/o de Comercial de Oriente Ltda., según correspondiera, para que un perito contable se pronunciara sobre el cuestionario incorporado en el acta 5 del 28 de octubre de 2003, que consta en los folios 112 a 123 del cuaderno principal 1 del expediente, para lo cual designó como perito a la señora Ana Matilde Cepeda. La señora Cepeda, una vez notificada de su designación, aceptó la misma en el término fijado por el tribunal para ello.

5.1.3.2. Inspección judicial con exhibición sobre los libros, documentos y correspondencia de Kraft Foods Colombia S.A., que contengan las operaciones comerciales de distribución relacionadas con el contrato materia del proceso.

5.1.3.3. Inspección judicial con exhibición, por parte de Philip Morris Latin América Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación sobre todas las comunicaciones y documentos que tuvieran que ver con la controversia materia del proceso.

5.1.3.4. Exhibición del contrato de transacción suscrito entre Philip Morris Latin America Sales Corporation sucursal colombiana en liquidación y Kraft Foods de Colombia S.A., cuyo objeto fue dar por terminado el contrato de agencia comercial que entre ellos hubiera existido.

### **5.2. Pruebas decretadas el 21 de noviembre de 2003.**

Según consta en el acta 10 que reposa en el cuaderno principal 1 del expediente, el día 21 de noviembre de 2003, el tribunal decretó de oficio la práctica de las siguientes pruebas:

#### **5.2.1. Testimonios.**

5.2.1.1. Andrés Velasco López.

5.2.1.2. Nicolás Fernando Montoya Correa.

5.2.1.3. Héctor Ordoñez.

5.2.1.4. Martha Castro.

5.2.1.5. Carmen Rosa Castro.

5.2.2. Complementación del dictamen pericial, para que la perito atendiera un cuestionario de preguntas adicionales contenido en el acta 10 antes referida.

5.2.3. Incorporación al expediente de una comunicación de Philip Morris a Comercial de Oriente Ltda., fechada el cuatro (4) de julio de 1997, firmada por el señor Raúl Chaves.

## **VI. Práctica de las pruebas**

### **6.1. Pruebas decretadas el 28 de octubre de 2003.**

6.1.1. El interrogatorio de parte del representante legal de Kraft se adelantó en relación con el señor José Fernando Arias Pimienta, en su calidad de segundo suplente del gerente, el día 29 de enero de 2004.

6.1.2. El testimonio del señor Diego Fernando Mora Arango se adelantó el día 13 de noviembre de 2003.

6.1.3. El testimonio del señor Nacer Alonso López Marín se adelantó el día 13 de noviembre de 2003.

6.1.4. El 26 de marzo de 2004, la Cámara de Comercio de Bogotá atendió el oficio emitido por el tribunal y envió con destino al expediente copia textual de la inscripción 14687 del libro 12. Este documento reposa en el cuaderno de pruebas 1.

6.1.5. Interrogatorio de parte del señor Jorge Enrique Salazar Bernal, representante legal de la sociedad Comercial de Oriente Ltda., se llevó a cabo el día 29 de enero de 2004.

6.1.6. El día 27 de enero de 2004, encontrándose dentro del término fijado por el tribunal, la señora Ana Matilde Cepeda rindió dictamen pericial en el que tuvo en cuenta, tanto el cuestionario original, como la complementación decretada también de oficio por el tribunal. Como consecuencia de las solicitudes y decretos correspondientes a aclaraciones, adiciones y complementaciones al dictamen pericial, la señora perito, encontrándose en término para ello, radicó ante el tribunal el escrito correspondiente, el día 20 de febrero de 2004.

6.1.7. La inspección judicial con exhibición sobre los libros, documentos y correspondencia de Kraft, se adelantó el día 13 de noviembre de 2003. Durante la diligencia y por decisión de oficio del tribunal, se recibió además el testimonio del señor Nelson Peña Salazar, funcionario de Kraft.

6.1.8. La inspección judicial con exhibición por parte de Philip Morris, se adelantó los días 9 de diciembre de 2003 y 27 de enero de 2004. En la diligencia del 9 de diciembre de 2003, por decisión de oficio del tribunal se recibió además el testimonio del señor Germán Darío Herrera Triana, funcionario de Philip Morris.

6.1.9. La exhibición del contrato de transacción suscrito entre Philip Morris y Kraft, cuyo objeto habría sido dar terminación al contrato de agencia comercial que entre ellos hubiera existido, se llevó a cabo el día 13 de noviembre de 2003.

## **6.2. Pruebas decretadas el 21 de noviembre de 2003.**

6.2.1. El testimonio del señor Andrés Velasco López se recibió el día 9 de diciembre de 2003.

6.2.2. El testimonio del señor Nicolás Fernando Montoya Correa, fue recibido el día 9 de diciembre de 2003.

6.2.3. El testimonio del señor Héctor Enrique Ordoñez Núñez, fue recibido el día 9 de diciembre de 2003.

6.2.4. El testimonio de la señora Martha Ovidia Castro Mahecha se produjo el día 27 de enero de 2004.

6.2.5. El testimonio de la señora Carmen Rosa Castro Mahecha no se llevó a cabo ya que, previa solicitud y explicación de las causas para ello por las partes del proceso, el tribunal decidió prescindir del mismo mediante auto del 9 de diciembre de 2003, tal y como consta en el acta 11, auto 14, resolución quinta, que consta en el folio 190 del cuaderno principal 1.

## **VII. Audiencia de conciliación**

La audiencia de conciliación se instaló el día 4 de noviembre de 2003, con asistencia de los representantes legales de las partes y, teniendo en cuenta que mostraron interés y exploraron fórmulas de arreglo, el tribunal decretó una suspensión de la audiencia, la cual se reanudó el 11 de noviembre de 2003. Las partes, sin embargo, manifestaron la imposibilidad de llegar a un acuerdo, por lo que el tribunal declaró surtida la audiencia de conciliación correspondiente al trámite arbitral, la cual resultó fallida.

## **VIII. Alegatos de conclusión**

En audiencia del tribunal celebrada el día 20 de abril de 2004, tal y como consta en el acta 18 que reposa a folios

230 y 231 del cuaderno principal 1 del expediente, los apoderados de las partes solicitaron de consumo al tribunal que se prescindiera de la exposición de los alegatos de conclusión y que se tuvieran por tales los resúmenes escritos que a la fecha presentó cada una de ellas. El tribunal por su parte, aceptó la renuncia de las partes a presentar oralmente sus alegatos y ordenó que se tuvieran por incorporados al expediente los escritos radicados por los apoderados.

## **IX. Intervención de la Procuraduría General de la Nación**

Mediante oficio expedido por la secretaría del tribunal el 8 de septiembre de 2003, radicado ante la Procuraduría General de la Nación el día 10 de septiembre con el 160700, se informó a dicha entidad sobre la instalación del proceso arbitral, la naturaleza del mismo, las partes involucradas y la fecha de realización de la próxima audiencia. El Ministerio Público, por su parte, se hizo presente a través de la Procuradora Judicial II de la procuraduría delegada para asuntos civiles, doctora Patricia Murcia Páez, en la audiencia del 11 de septiembre de 2003.

## **X. Presupuestos procesales**

### **10.1. Competencia del tribunal.**

Tal y como fue analizado por el tribunal de arbitramento en la primera parte de la audiencia de trámite que se adelantó el 11 de septiembre de 2003 y que concluyó el 28 de octubre de 2003, tal y como consta en las actas 4 y 5 del cuaderno principal 1 del expediente, respectivamente, no hay lugar a dudas en relación con su competencia para resolver la controversia sometida a su consideración. Al respecto, no está de más citar nuevamente la cláusula décima octava del contrato de distribución celebrado entre Comercial de Oriente y Kraft, el día 15 de enero de 1997, que estipula:

“Décima octava. Las diferencias que surjan entre las partes con ocasión de la ejecución de este contrato, serán dirimidas por un tribunal de arbitramento compuesto por tres (3) árbitros quienes fallarán en derecho, designados de común acuerdo y sesionarán en la ciudad de Santafé de Bogotá, de acuerdo con las normas del centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

### **10.2. Capacidad para ser parte.**

Al respecto, el análisis del tribunal corresponde a verificar que tanto la convocante como la convocada son personas jurídicas debidamente constituidas, tal y como consta en los respectivos certificados de existencia y representación legal de Comercial de Oriente y Kraft, aportados por la convocante desde el momento de presentación de su demanda. Estos certificados obran en los folios 14 a 16, en el caso de Comercial de Oriente, y 17 a 21, en el caso de Kraft, ambos del cuaderno principal 1 del expediente. Así las cosas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, convocante y convocada cuentan con capacidad para ser parte en un proceso, por lo que el segundo presupuesto procesal ha sido satisfecho.

### **10.3. Capacidad para comparecer al proceso.**

El tercer presupuesto procesal ha sido cumplido, ya que las personas jurídicas parte del proceso, son sociedades comerciales que han comparecido a través de sus representantes legales. Dicha circunstancia ha sido acreditada oportunamente mediante los documentos idóneos, es decir los certificados de existencia y representación legal expedidos por las cámaras de comercio del domicilio de cada una de ellas que han sido aportados en diferentes oportunidades y constan tanto en el cuaderno principal 1, como en el cuaderno de pruebas 1 del expediente.

### **10.4. Demanda en forma.**

Teniendo en cuenta que la convocatoria presentada por Comercial de Oriente satisface los requisitos formales de los artículos 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil, se concluye que la demanda reúne los requisitos legales para ser una demanda en forma y se da cumplimiento así al cuarto requisito procesal.

Cumplidos como están los requisitos procesales, el tribunal puede resolver, como en efecto resuelve a continuación, la controversia existente entre las partes.

## **XI. Consideraciones**

### **11.1. De la naturaleza del contrato.**

Es motivo de análisis por parte del tribunal la consideración sobre el contrato que rigió las relaciones entre las partes involucradas en el conflicto, solo porque en la primera pretensión la convocante solicita la declaración sobre la existencia de un contrato determinado, sino porque cada contrato genera obligaciones específicas y dispone en una forma u otra las relaciones entre los contratantes, más aun cuando existen contratos típicos en que la ley regula imperativa o supletivamente las relaciones que de ellos se deriven.

#### **11.1.1. Marco conceptual.**

El artículo 968 del Código de Comercio define el suministro como “el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

La definición del Código de Comercio colombiano es tomada del Código de Comercio italiano de 1942, que en su artículo 1559 lo define como “contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio, a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas”. Otros códigos como los de Honduras y Bolivia han tomado la misma definición. La noción del código colombiano complementa la del código italiano incluyendo las prestaciones de servicios, con lo cual en la misma definición quedan contenidas las dos modalidades de suministro: de cosas y de servicios.

El empleo de la expresión “contraprestación” amplía las posibilidades de cumplimiento de los contratantes de pagar por medio de bienes, de servicios o por medio de un precio en dinero. En la comisión redactora del proyecto de 1958, se habló de un precio en dinero, como obligación del consumidor, no obstante lo cual, la redacción final empleó el vocablo “contraprestación”.

#### **11.1.2. Partes.**

11.1.2.1. Proveedor o suministrante. Parte que se obliga a cambio de una contraprestación a ejecutar, a favor del suministrado, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios, en forma independiente. Generalmente está constituido como empresa<sup>(1)</sup>.

11.1.2.2. Suministrado, beneficiario o consumidor. Parte que recibe la prestación periódica o continua del proveedor, a cambio de una contraprestación<sup>(2)</sup>.

#### **11.1.3. Función económica.**

El tráfico económico moderno muestra la necesidad del surgimiento de producciones y distribuciones masivas, que permitan una mayor disposición de bienes y servicios para satisfacer de una forma rápida, segura y económica las necesidades de la realidad mercantil. Su carácter práctico y económico radica en que por medio de la integración continuada de productores y comercializadores se logra una estabilidad y permanencia en su relación, y se prescinde de pluralidad de acuerdos.

El contrato de suministro es un instrumento que facilita la colaboración económica empresarial mediante la posibilidad que tienen las partes de cooperar entre sí, sin perder su independencia. Permite al proveedor asegurarse la colocación de una cantidad determinada de productos, lo que disminuye sus costos administrativos y la cantidad de personal que necesita; el suministrado, por su parte, puede satisfacer sus necesidades para continuar la producción en forma segura y rápida al evitar celebrar contratos de compraventa sucesivos y distintos.

#### **11.1.4. Naturaleza jurídica.**

La doctrina difiere en lo que se refiere a la naturaleza del contrato de suministro. Para algunos autores, este contrato pertenece a los llamados contratos mixtos o combinados, ya que el, proveedor no solo se obliga a entregar las cosas prometidas sino que también debe realizar todos los actos tendientes a poner a disposición del suministrado las cosas o los servicios prometidos<sup>(3)</sup>. Mientras tanto, otro sector de la doctrina ha sostenido que es

un contrato autónomo, por lo que requiere una regulación específica. Esta última teoría es la que recoge el Código de Comercio colombiano.

Para establecer la naturaleza jurídica se analiza si se trata de una modalidad del contrato de compraventa, debido a que una parte se obliga a entregar cosas o a prestar servicios a otra y debe abonar el precio convenido, o si el contrato de suministro es una locación, cuando él se refiere al uso y goce de una cosa.

Por su parte, nuestra legislación le ha dado regulación en el derecho positivo, convirtiéndolo en un contrato típico, con un tratamiento especial e independiente contenido en los artículos 968 a 980 del Código de Comercio.

El contrato de suministro es una institución de las codificaciones mercantiles modernas, las cuales han separado esta figura de otras figuras afines. En legislaciones como la mexicana y la española esto no ha ocurrido. La ley española por ejemplo, lo ha considerado como una modalidad especial de venta de bienes muebles, lo cual en nuestra legislación no es aplicable, en cuanto la prestación a cargo del beneficiario puede ser, no solo en dinero, sino también en cosas o servicios.

La obligación del proveedor de entregar la cosa está revestida de características de continuidad o periodicidad que hacen que la ejecución del contrato se dé mediante el cumplimiento de varias prestaciones autónomas e independientes.

Efectuadas las anteriores disquisiciones cabe preguntarnos qué tipo de contrato es el celebrado entre convocante y convocada el 15 de enero de 1997, cuyas firmas fueron autenticadas por las partes los días 27 de enero del mismo año, en el caso de Comercial de Oriente, y el 23 de septiembre de 1997, en el caso de Kraft.

Sea lo primero afirmar que los contratos no son de una especie u otra porque las partes así lo afirmen o los bauticen, sino por el contenido regulatorio material que convengan o que de ellos se desprenda.

Si analizamos entonces el dispositivo del artículo 968 del Código de Comercio y el acuerdo analizado, concluimos que el objeto del contrato es el suministro de ciertos productos mediante operaciones de compraventa para que el distribuidor los enajene y distribuya entre sus clientes, tal y como se expresa en la cláusula primera del contrato que obra a folio 1 del cuaderno de pruebas 1 del expediente.

Se presenta entonces la interposición en el cambio, típica del derecho y de la actividad mercantil, actividad subsumida en la genérica noción de suministro de la mencionada ley comercial.

Las obligaciones pactadas a lo largo del contrato y las estipulaciones particulares que regulan la conducta contractual, como las contenidas en las cláusulas segunda a séptima prevén, aun con grado de detalle, la regulación que las partes acordaron para el ejercicio de su actividad mercantil.

Concluimos entonces que, por su objeto, por las obligaciones que genera, por las características implícitas y por los efectos que se derivan, el contrato denominado de distribución celebrado entre las partes en disputa, tiene las características de un contrato de suministro de los previstos en el artículo 968 y siguientes del Código de Comercio y así se declarará en la parte resolutiva del presente laudo.

Vale la pena reiterar que la naturaleza del contrato no varía por denominación expresa de las partes. La naturaleza de este, es la que determina frente a qué tipo de contrato se encuentran las partes. El error que haya podido presentarse en la denominación que dieron estas a la relación jurídica celebrada, no puede generar una equivocación en el régimen jurídico aplicable a dicha relación; por el contrario, la realidad fáctica y los elementos que ha presentando esta relación son determinantes para encuadrarla en la forma contractual de contrato de suministro.

Consecuentemente, el régimen jurídico aplicable será el establecido por el Código de Comercio en sus artículos 968 a 980, ya que fue la intención del legislador tipificar esta figura, con el propósito que se le diera tratamiento especial y no se confundiese con otros tipos contractuales.

En este aparte deberá prosperar —así sea parcialmente— la primera pretensión del convocante, que solicita,

documentado en el hecho primero de la demanda, que se declare la existencia de tal contrato de suministro, lo cual fue aceptado por la convocada, al dar respuesta a la demanda instaurada. El tribunal no entra a analizar la validez ni la eficacia del contrato celebrado, por cuanto tales circunstancias no fueron impugnadas ni alegadas por las partes.

Respecto de la fecha de terminación y si tal terminación fue unilateral, con o sin justa causa, con o sin violación del contrato, ello será objeto de análisis ulterior y de consideraciones especiales. Sin embargo, vale la pena mencionar que la unilateralidad de la terminación cuya declaratoria se requiere es un hecho probado en el proceso y aceptado por confesión por la convocada.

### **11.2. La representación de Kraft Foods Colombia S.A. por parte de Philip Morris Latin America Sales Corporation - sucursal colombiana.**

El objeto primigenio del contrato de agencia incluía un claro mandato con representación a favor de Philip Morris Latin America Sales Corporation - sucursal colombiana por parte de Kraft Foods Colombia S.A., tal como se desprende de su cláusula primera, que es del siguiente tenor:

“El objeto del presente contrato es la promoción y venta en el territorio de la República de Colombia (el “territorio”) de los productos (en adelante los “productos”) que se indican en el anexo “A” de este contrato. En consecuencia, EL EMPRESARIO designa como su representante no exclusivo de ventas para el territorio a EL AGENTE, quien asume en forma independiente, estable y no exclusiva la ejecución de dicho encargo”.

Esa designación como representante de ventas reviste alguna ambigüedad, pues bien podría tener la connotación jurídica de una representación o bien tratarse de una simple representación comercial, como es usual en el mundo de los negocios. Sin embargo, más adelante el contrato mismo disipa la ambivalencia de si se trata o no de un mandato representativo, cuando el parágrafo tercero de la cláusula tercera y el literal (b) de la cláusula octava del contrato, en su orden establecen:

“EL AGENTE tendrá a cargo la elaboración de las facturas y el manejo de la cartera que se derive de la ejecución de este contrato, para lo cual utilizará sus propios formatos y **obrará en nombre y representación de EL EMPRESARIO**. EL AGENTE deberá depositar las sumas recibidas en una cuenta bancaria que le indicará EL EMPRESARIO, en los plazos y condiciones que acuerden las partes, previo descuento de las comisiones, impuestos, retenciones y demás gastos a que hubiere lugar” (negrillas del texto tribunal).

“Facultades del AGENTE. (...) b) Utilizar sus mejores esfuerzos para ofrecer y vender al público los productos, **para lo cual EL EMPRESARIO le otorga representación, restringida únicamente a las actividades estrictamente necesarias para la ejecución de este contrato** y siempre dentro de los términos y condiciones del mismo y aquellos que fije EL EMPRESARIO” (negrillas del tribunal).

Posteriormente a la celebración del contrato de suministro, el 2 de marzo de 1998, mediante documento escrito que obra a folio 35, cuaderno de pruebas 1, las partes modificaron varios aspectos del negocio entre los cuales se encuentra la representación del agente en los siguientes términos:

“ART. 1º—A la cláusula primera se le añadirá la siguiente frase, antes del parágrafo:

“En desarrollo del objeto aquí enunciado, **el agente obrará** por cuenta y orden del empresario pero a nombre propio, esto es, **sin representación** en los términos del artículo 1262 del Código de Comercio” (negrillas del tribunal).

ART. 2º—La cláusula tercera quedará así:

(...).

“PAR. 3º—El agente tendrá a su cargo la elaboración de facturas y el manejo de cartera del empresario que se derive o genere de la ejecución de este contrato, para lo cual utilizará sus propios formatos, **considerando que obrará por cuenta y orden del empresario pero a nombre propio, esto es, sin representación** en los términos

del artículo 29 del Decreto 3050 de 1997”” (negrillas del tribunal).

Finalmente y como es usual en las modificaciones contractuales, las partes dejaron constancia que “todas las demás cláusula del contrato de agencia comercial permanecen vigentes y no serán modificadas sino por acuerdo escrito y expreso de las partes”.

Empero, obran en el expediente diversas facturas expedidas por Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana— a cargo de Comercial de Oriente Ltda., **con fecha posterior al mencionado modificadorio** , en las que se indica lo siguiente<sup>(4)</sup> :

**“Esta venta se efectúa por cuenta y en nombre de Alimentos Kraft de Colombia S.A. NIT 890.320.129-3 gran contribuyente IVA e ICA - régimen común - autorretenedor. Resolución 6844 de noviembre 14 de 1996”** (negrillas del tribunal).

El tribunal observa entonces una contradicción fáctica y jurídica en torno al tema de la representación de Kraft Foods Colombia S.A. por parte de Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana—, pues por un lado se tiene un modificadorio del contrato mediante el cual se suprime las tantas veces mencionada facultad y por el otro, existen facturas posteriores al mismo en las que se indica que la venta se efectúa “por cuenta y en nombre de” la convocada. En relación con este último punto, el tribunal trae a colación los testimonios de los señores Martha Ovidia Castro Mahecha, quien se desempeñó como gerente administrativa y de ventas de Philip Morris Latin America —sucursal colombiana—, de Héctor Enrique Ordóñez Núñez, ex contador de Kraft Foods Colombia S.A. durante los años de 1997 a 1999 y, de Andrés Velasco López, gerente financiero de aquella sucursal, quienes sobre el particular manifiestan lo siguiente:

Dr. Cuberos: “¿Pregunta 10. La facturación que hacía Philip Morris a Comercial de Oriente, era en formatos de factura de Philip Morris o de Kraft?”

Sra. Castro: “En formato Philip Morris y la factura tenía una leyenda en el detalle que esa venga (sic) **se hacía por cuenta y orden de alimentos Kraft de Colombia**” (negrillas del tribunal).

Dr. Ríos: “Pregunta 21. Como gerente administrativo y financiero, nos puede explicar ¿cómo funcionaba la facturación de Philip Morris a Comercial de Oriente en virtud de la representación de Kraft?”

Sr. Velasco: “Sí. Philip Morris tomaba los pedidos de sus clientes, validaba la existencia o disponibilidad de inventarios por parte de Alimentos Kraft y una vez se coordinaban los detalles logísticos de esa empresa, de ese inventario, el pedido entraba a la ruta administrativa que podíamos llamar, que básicamente consistía en validar cómo ese pedido se comparaba con el estado de cartera de ese cliente particular, si la cartera estaba completamente al día y el estatus era normal el pedido seguía su curso y se le distribuía al almacén o a la bodega de Alimentos Kraft para que despachara el producto al cliente respectivo y a su vez Philip Morris efectuaba o facturaba ese producto, colocándole factura membreteada y con un orden numérico o con un secuencial numérico asignado por la DIAN a Philip Morris, pero colocando la salvedad o la anotación de que esa factura se efectuaba por cuenta y orden de Alimentos Kraft” (negrillas del tribunal).

Dr. Cuberos: “Pregunta 3. Sírvase relatar al tribunal ¿cómo era el manejo de la facturación, se ha hablado por orden y por cuenta, el rótulo de la facturación de quién era, a nombre de quién se hacían los pagos, cómo se cobraba, ese proceso contable que estaba en cabeza suya?”

Sr. Ordoñez: “... cuando llega una factura de alimentos llega la información, **venta hecha por cuenta y orden de Alimentos Kraft de Colombia, son grandes contribuyentes, son IVA régimen común, el NIT, toda la información de Alimentos Kraft** se hace para la base de alimentos...” (negrillas del tribunal).

Expuestas así las cosas, estima el tribunal de pertinente aplicación al presente caso el artículo 1618 del Código de Civil, según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

En relación entonces con la prevalencia de la voluntad real sobre la declarada ha sostenido la Corte Suprema de

Justicia en reiterada jurisprudencia, lo siguiente:

“... entre los contratantes debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada, para que así ocurra, la parte que lo pretenda debe demostrar la primera. Por estas circunstancias, **la Corte tiene declarado que el ordenamiento no impide a las partes o a sus sucesores probar contra lo expresado por ellas en el instrumento** , pues de ahí la acción resolutoria de un contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes, a pesar de haberse dicho en la escritura o instrumento que las prestaciones de ella estaban satisfechas”<sup>(5)</sup> (negrillas del tribunal).

Para que el juez pueda desentrañar la “voluntad real” de los contratantes puede valerse de varios criterios entre los cuales se encuentra la aplicación práctica que los mismos hayan dado al contrato o lo que es lo mismo, **la forma como realmente las partes ejecutaron el negocio jurídico**. En efecto, la conducta desplegada por estas durante la ejecución del contrato, constituye una de las herramientas más valiosas que tiene el intérprete para evaluar el contenido de aquellas estipulaciones contractuales que aunque claras en su redacción, resultan contradictorias con el comportamiento de los contratantes. Este criterio hermenéutico se encuentra en el artículo 1622 del Código Civil el cual prescribe que “las cláusulas de un contrato se interpretarán (...) por la aplicación práctica que haya hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

Siguiendo ese orden de ideas, son objeto de la hermenéutica contractual tanto la declaración como el comportamiento de las partes, pudiendo este último conducir a conferir al contrato un significado distinto del tenor literal de las expresiones que en él figuren, como acontece justamente en el caso que ocupa a este tribunal.

Aplicando las anteriores premisas al caso *sub judice*, el tribunal considera que la prestación fundamental del denominado contrato de distribución suscrito por las partes cual era el envío y entrega de mercaderías con la consiguiente expedición de la factura era ejecutada por Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana— por cuenta de la convocada, en nombre y representación de esta. Esto es confirmado por el mismo apoderado de la convocada, con facultades para confesar según el artículo 197 del estatuto procesal, quien en su contestación de demanda, específicamente al pronunciarse sobre la pretensión segunda, sostiene textualmente: “**No me opongo a que se declare que la sociedad Philip Morris America Sales Corporation sucursal colombiana (en adelante, “PM”) actuó como representante de mi poderdante en relación comercial derivada del contrato de suministro, aclarando que la representación de PM era como agente**, agenciamiento que se evidencia en contrato suscrito por las partes que se registró en la Cámara de Comercio de Bogotá y, por tanto, PM estaba en capacidad, derecho y obligación de cumplir con todas las obligaciones propias del contrato y ejercer todos los derechos dentro del mismo, de acuerdo con su clausulado” (negrillas del tribunal).

En efecto, a pesar de que el modificadorio número uno indicaba que la agencia era sin representación y que los testigos citados manifestaron que la facturación a Comercial de Oriente Ltda. se expedía “por cuenta y orden de Kraft Foods Colombia S.A.” las partes, haciendo caso omiso a las respectivas estipulaciones del otrosí, se comportaron y condujeron el contrato como si se tratara de un negocio con representación, lo que resulta evidente de la lectura de los textos de las facturas expedidas después del modificadorio las cuales establecen claramente que la venta (prestación fundamental del suministro) se efectúa por cuenta y **en nombre de** Kraft Foods Colombia S.A.

Lo anterior significa que los efectos de las transacciones efectuadas por Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana— se radicaban directamente en cabeza de Kraft Foods Colombia S.A.

Resulta de todo interés para el tribunal aclarar las implicaciones del artículo 29 del Decreto 3050 de 1997, citado en el parágrafo tercero de la cláusula tercera del contrato, tal como quedó modificado el 2 de marzo de 1998, norma que prescribe en su quinto inciso que “cuando el mandato sea representativo e implique la percepción de ingresos, la facturación deberá ser emitida por el mandante. Cuando el mandato no sea representativo la facturación deberá ser emitida por el mandatario”.

El tribunal observa que aunque la facturación fue expedida por el mandatario, es decir por Philip Morris Latin America sucursal colombiana, aspecto que a la luz del citado precepto daría a entender que se trató de un mandato sin representación, las consideraciones del tribunal aquí expuestas permanecen incólumes, pues este insiste una vez más que para la ejecución de la prestación fundamental del suministro, lo que implicó necesariamente frente a Comercial de Oriente Ltda. que en la expedición de facturas, Philip Morris Latin America Sales Corporation

—sucursal colombiana— actuaba por cuenta y **en nombre de la convocada**, no existiendo prueba en el proceso de inconformidad alguna por parte de esta sobre dicho tema, sin contar además que el apoderado de la convocada con facultades para confesar (CPC, art. 197), admitió sin vacilación alguna en la contestación a la demanda, la facultad de representación en cabeza de Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana— para con su poderdante.

Vistas así las cosas, el tribunal considera que aunque expresamente se pactó que no habría representación por parte de Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana—, esta se produjo con la plena aquiescencia tácita de la convocada al no objetar en momento alguno durante la ejecución del contrato la aludida facultad desplegada por su agente, tipificándose entonces en los términos del artículo 842 del Código de Comercio, la representación aparente.

Por lo tanto, el tribunal acogerá la pretensión segunda de la demanda, en el sentido de declarar que Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana— actuó como representante de Kraft Foods Colombia S.A. durante toda la vigencia del contrato de suministro con distribución.

### **11.3. Sobre la terminación del contrato de suministro.**

Tema vertebral de la controversia objeto del litigio lo constituye la terminación del contrato de suministro invocado como soporte de la relación comercial que vinculó a las partes del proceso, como quiera que en la demanda se pide:

- i) Declarar que Kraft Foods Colombia S.A. “... de manera unilateral y sin justa causa dio de hecho terminado (sic) el contrato violando así los términos del mismo” (pretensión primera).
- ii) Declarar “... que la demandada incumplió el contrato de distribución al darlo por terminado de manera anticipada, unilateral y sin justa causa, sin otorgar el preaviso pactado, en la cláusula vigésima primera...” (pretensión tercera).
- iii) Condenar en perjuicios a la convocada, como consecuencia de la declaración anterior (pretensión cuarta).

A su turno la convocada ha planteado en su defensa excepciones consistentes en:

- i) Las disposiciones contractuales que la autorizarían a dar por terminado el contrato previa notificación con un aviso de sesenta (60) días de antelación.
- ii) La facultad contractual que tendría para aceptar o no las órdenes de compra emitidas por la actora durante la vigencia del negocio.
- iv) La imposibilidad de seguir agenciendo los productos objeto del contrato de distribución por parte de Philip Morris Latin America Sales Corporation —sucursal colombiana—.
- v) La mora de la convocada en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que no estaría legitimada para pedir por su parte incumplimiento alguno, máxime cuando la Kraft Foods Colombia S.A. no ha sido constituida en mora para poder sustentar un incumplimiento.

Los anteriores planteamientos así condensados llevan al tribunal a desarrollar brevemente la temática involucrada en las apreciaciones de las dos partes al respecto, así:

#### **11.3.1. La duración del contrato.**

Obra en el proceso el documento denominado “contrato de distribución” fechado el 15 de enero de 1997 que ha sido ya analizado en el numeral 11.1. precedente. La cláusula vigésima primera del mismo establece:

“... Vigésima primera. El presente contrato tendrá un plazo de un (1) **año después de su firma por ambas partes** y se entenderá **prorrogado por igual término** a no ser que una de las partes manifieste su intención en contrario mediante escrito que dirigirá a la otra parte con una antelación no inferior a sesenta (60) días calendario. No

obstante lo anterior, **cualquiera de las partes podrá dar por terminado el presente contrato con una antelación no menor de sesenta (60) días calendario, mediante escrito que dirigirá a la otra**” (negrillas del tribunal).

Las firmas de las partes aparecen autenticadas notarialmente así: La del representante legal de Comercial de Oriente (reconocimiento) el 27 de enero de 1997 y la del representante legal de “Alimentos Kraft de Colombia S.A.” (Kraft), el 23 de septiembre de 1997.

Es pertinente entonces hacer aquí una breve consideración respecto a la iniciación del plazo: La cláusula vigésima primera transcrita señala que el plazo será de un año “después de su firma por ambas partes”. De la autenticación y reconocimiento aludidos resulta claro que la última de las partes en suscribir el contrato, el representante legal de Kraft, solo lo firmó el 23 de septiembre de 1997 (fecha cierta de autenticación), por lo que la vigencia contractual solo debería haberse iniciado en este momento, esto es, con la firma de las dos partes.

No obstante lo anterior, los apoderados de las partes, con facultades para confesar según el artículo 197 del estatuto procesal, han dado por cierta la iniciación de la relación comercial desde el 27 de enero de 1997<sup>(6)</sup>, fecha de firma del mismo por Comercial de Oriente, por lo cual el tribunal no ahondará en esta cuestión formal, máxime cuando otros elementos probatorios acreditan que ciertamente, de hecho, la relación mercantil se inició desde la mencionada fecha<sup>(7)</sup>.

Al haberse previsto prórrogas sucesivas por idéntico período, es obvio que estas debieron iniciarse del 27 de enero de 1998 la primera y así sucesivamente, en los años 1999, 2000 y subsiguientes. No obstante, es nítido también procesalmente que el contrato terminó en una fecha intermedia, al parecer a comienzos del segundo semestre de 1999 (agosto de 1999) según la pretensión primera y el hecho quinto de la demanda y según también las manifestaciones de la propia demandada al referirse a la pretensión primera y al responder al hecho sexto y como consta también en otras piezas probatorias.

Es indiscutible entonces que el contrato no se terminó de manera natural a su vencimiento o a la de alguna de sus prórrogas, sino de manera extraordinaria, como habrá de analizarse en los acápite subsiguientes.

### **11.3.2. El preaviso pactado para la terminación.**

La segunda cuestión a considerar es la del preaviso de sesenta (60) días a cargo de cualquiera de las partes, el cual por su lado tiene también dos variables, según el texto de la cláusula vigésima primera antes transcrita, así:

- Una comunicación cursada por una parte a la otra con sesenta (60) días de antelación al vencimiento del término contractual o al de cualquiera de sus prórrogas.
- Una notificación de terminación en cualquier tiempo de alguna de las partes cursada a la otra por escrito con antelación de sesenta (60) días.

Ya se vio que el contrato no finalizó en razón de la expiración del término previsto para su duración, por lo cual no tiene sentido que el tribunal se refiera nuevamente a la primera hipótesis.

Es válido en cambio ocuparse de la segunda, como quiera que en su pretensión tercera la propia convocante echa de menos el preaviso referido, e imputa a esa omisión la ruptura anticipada, unilateral e injustificada del contrato por parte de Kraft, quien aduce haber dado el aviso previo pactado, relacionado con su imposibilidad de continuar proveyendo de productos a la convocante.

Son bien dicientes los extremos del litigio en las propias palabras de los contendientes, por lo cual estas se citan de manera textual.

Pide la convocante en su pretensión tercera:

“... Tercera. Declarar que la demandada incumplió el contrato de distribución al darlo por terminado de manera anticipada, unilateral y sin justa causa, **sin otorgar el preaviso pactado en la cláusula vigésima primera del mencionado contrato...**” (negrilla del tribunal).

Se pronuncia la convocada al respecto manifestando sobre dicha pretensión:

“... Tercera. Me opongo a la pretensión, pues **mi representada en estricto sentido jamás dio por terminado el contrato de manera anticipada, unilateral y sin justa causa** o sin dar cumplimiento a los procedimientos establecidos para la terminación anticipada del contrato por cualquier causa, que se encuentran contenidos de la cláusula vigésima primera del contrato. **Quien sí lo hizo fue su agente y quien utilizó como base de sus (sic) determinación los derechos contractuales de poner fin al contrato con previo aviso e indicando de buena fe su imposibilidad de continuar proveyendo los productos materia de la distribución...**” (negrilla del tribunal).

Adicionalmente, al contestar el hecho sexto de la demanda el señor apoderado de Kraft señala que (Philip Morris) “... dio a CO (Comercial de Oriente Ltda.) el preaviso de la terminación unilateral a la esta (sic) facultada como distribuidora en los contratos, bien directamente o por agencia y que se establece la (sic) cláusula vigésima primera del contrato que nos ocupa”(8) .

Más adelante, al plantear sus excepciones, la convocada reitera que “... el agente o representante de Kraft (PM), utilizando la cláusula vigésima primera del contrato, notificó por escrito a CO su decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato de distribución con preaviso de sesenta (60) días. El ejercicio legítimo de un derecho conferido a una de las parte (sic) por un contrato no puede ser fuente de perjuicios que deban ser indemnizados ni de lucro cesante ...”(9) .

Ratifica lo anterior la convocada en la excepción denominada carencia de derecho, al señalar que su mandante “... procedió a notificar su determinación de poner fin al contrato con sesenta (60) días de antelación...”(10) .

Conviene traer a colación en este punto los interrogatorios de parte de los señores Jorge Enrique Salazar y José Fernando Arias Pimienta, representante legal de Comercial de Oriente y representante legal suplente de Kraft, respectivamente. El primero afirma en su respuesta a la pregunta 2 haber recibido el “... 29 de junio tal vez, del año 99...” una comunicación de “... Philip Morris Latín America Sales Corporation...” en la que se le informó que su actividad comercial en Colombia iba a terminar, por lo que daría también por terminadas sus relaciones comerciales con Comercial de Oriente. En la parte final de la respuesta a la pregunta 14 de este interrogatorio, el Sr. Salazar afirma que “Philip Morris” le envió a Comercial de Oriente una carta donde “... le remite un contrato de terminación...”.

El segundo de los nombrados frente a la pregunta número ocho contestó lo siguiente:

Dr. Ríos: “Con base en esta cláusula, sírvase decirle al tribunal ¿si Alimentos Kraft de Colombia S.A., en cumplimiento de lo acordado en el contrato suscrito con Comercial de Oriente Ltda. dio aviso a esta última en algún momento, sobre una posible terminación del contrato y si fue así, de qué manera lo hizo?”

Sr. Arias: “No hemos encontrado un aviso escrito por parte de Kraft cancelando el contrato”.

Dr. Ríos: “No me ha respondido la pregunta. ¿Dio o no aviso con 60 días de anterioridad a Comercial de Oriente y si lo dio de qué forma lo hizo?”

Sr. Arias: “**El aviso escrito** fue enviado por cuenta de Philip Morris a nombre de Philip Morris, **no incluía a Alimentos Kraft, no hemos encontrado una carta que incluyera a Alimentos Kraft** sin embargo no tengo tampoco datos de que haya recibido pedidos después de ese aviso; lo que podemos sospechar que Comercial de Oriente entendió que esa ruptura por parte de Philip Morris, también incluía a Alimentos Kraft... por cuenta de ellos” (negrilla del tribunal).

Por su parte, el señor Nelson Peña Salazar, quien se desempeña como coordinador de impuestos de Kraft, en su testimonio rendido dentro de la inspección judicial con exhibición de documentos, efectuada el 13 de noviembre de 2003, frente a la pregunta del apoderado de la convocante sobre si “... consta en los archivos de Kraft alguna carta por medio de la cual esa compañía haya dado por terminado el contrato con Comercial de Oriente...” sostuvo lo siguiente:

Sr. Peña: “No la ubicamos, no podría asegurar en este momento si la carta existió. Dentro del barido del archivo

que hicimos no reposa”.

Los anteriores interrogatorios y testimonio reflejan la falta de certeza absoluta de las partes sobre la existencia de las tantas veces mencionada carta de terminación anticipada. Mal haría entonces el tribunal en deducir la existencia de la comunicación de terminación anticipada del contrato con base en tan frágiles menciones, más cuando el contrato en la citada cláusula vigésima primera estipuló de manera precisa la forma como Kraft Foods Colombia S.A. podía finiquitarlo, exigiendo para tal efecto el cumplimiento de dos requisitos: uno cualitativo (constancia por escrito) y otro temporal (60 días de anticipación), ambos indispensables, cuyas pruebas no obran en el expediente ni fueron aportadas por ninguna de las partes, todo lo cual llevará al tribunal a concluir que el preaviso no se produjo, al menos en la forma contractualmente pactada.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la convocada en su alegato de conclusión según los cuales la terminación legítima del contrato se encuentra probada “...por la inicial propuesta de terminación de mutuo acuerdo que el representante legal de CO confesó haber recibido en su respuesta a la pregunta 6...” y “...por la comunicación de PM, consecuencia de la negativa de CO a suscribir un contrato de transacción para la terminación del contrato (...) en la que PM manifestó que por no haber voluntad de terminación por mutuo acuerdo, entonces **se debería entender la comunicación como un anuncio formal del inicio del término de sesenta (60) días para la terminación del contrato ...**” (negrillas del tribunal)(11) .

En relación con estos dos argumentos del apoderado de la convocada, el tribunal estima que ambos parten de una premisa a todas luces equivocada y que no resiste el menor análisis. En efecto, la pregunta 6 del interrogatorio de parte aludido tiene como supuesto de hecho y columna vertebral, el contrato de distribución de tabaco que Comercial de Oriente había celebrado con Philip Morris, negocio por completo ajeno al presente proceso, circunscribiéndose por tanto la respuesta del representante legal de Comercial de Oriente solamente a ese negocio. La comunicación a que se hace referencia en los mencionados alegatos, alude exclusivamente a dicho contrato de distribución de tabaco. Para comprobarlo basta solo dar una simple lectura al primer y tercer párrafo de esa comunicación, los cuales en su orden, rezan:

“Hacemos referencia a su comunicación del día 27 de septiembre, en la cual expone sus motivos para no proceder con la firma de modelo de acuerdo de terminación y transacción sobre el contrato de distribución suscrito por entre las partes **el día 21 de noviembre de 1996**, conforme fuera enviado por nosotros” (negrillas del tribunal).

Anotó en líneas atrás el tribunal que a pesar de la firma del contrato por las partes en fechas diferentes y sucesivas, ellas mismas confesaron en sus respectivos libelos que ese negocio jurídico inició el 27 de enero de 1999, lo que evidencia que en la comunicación invocada por el apoderado de Kraft, se refiere a un contrato diferente.

Por lo demás, la comunicación señala:

“Teniendo en cuenta **que la distribución de cigarrillos Marlboro es precisamente el objeto del contrato**, PMLASC Colombia se vio en la necesidad de proponer la terminación amigable de su relación contractual con Comercial de Oriente S.A. ...” (negrillas del tribunal).

El extracto trascrito releva al tribunal de efectuar más análisis y disquisiciones para tratar de determinar lo que una vez más salta a la vista en este debate: que la comunicación presentada por el apoderado de la convocada tendiente a demostrar la terminación conforme a derecho del contrato de suministro, tema central de este proceso, nada tiene que ver con este.

Por otro lado, el texto de la pretensión tercera arriba trascrito libera también al tribunal de hacer ejercicios retóricos adicionales sobre la validez de la estipulación contenida en la cláusula vigésima primera según la cual un simple preaviso con sesenta (60) días de anticipación bastaría para dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, pues es claro que la convocante no está censurando para ningún efecto la existencia o el alcance de la referida causal de terminación del contrato, sino simplemente que el preaviso aludido no se hubiera producido, lo cual ciertamente habrá de reconocer el tribunal con sus efectos, al tenor de lo contenido en la pretensión cuarta, que es consecuencial de la anterior.

Por tanto, el tribunal desechará la excepción denominada “carencia de acción” (A) por basarse esta en la

notificación por escrito que Kraft Foods Colombia S.A. habría efectuado a Comercial de Oriente Ltda. sobre la terminación del contrato con sesenta días de anticipación, la cual no se encuentra probada en el proceso.

### **11.3.3. La discrecionalidad de Kraft en la aceptación de los pedidos.**

Ha pretendido también la convocada justificar la ruptura contractual que se le imputa aduciendo que “... el contrato de distribución confería al proveedor la facultad de aceptar o no el pedido u orden de compra, de tal suerte que la existencia del contrato por sí misma no creaba un derecho en CO de recibir el producto de Kraft o de su agente” (respuesta al hecho primero), señalando más adelante que “... El proveedor (Kraft) o su agente dentro de los sesenta (60) días del preaviso tenía entera libertad de aceptar y despachar o no aceptar órdenes del distribuidor (CO), dado que ese era un derecho contractual al cual no había renunciado y no desaparecía por la simple circunstancia de haber notificado su intención de poner fin de forma anticipada al contrato. No se violó el término del preaviso porque no se hubieren realizado o aceptado órdenes (sic) de compra de CO por parte de Kraft dentro del término del preaviso, pues esta era una prerrogativa reservada al proveedor en el mismo contrato y dentro del término de su vigencia...” (respuesta al hecho tercero). Finalmente indica que “... el contrato es pues una (sic) contrato “sombrilla” o “marco” que debía cubrir cada una de las órdenes de compra independientemente, pero que no constituye una obligación irrestricta de suministrar para Kraft o comprar para CO, por lo que no se establecieron cantidades mínimas de producto a suministrar, obligación de mantener inventarios, plazos para aceptar las órdenes, valor del contrato” y que “... las partes entendieron y negociaron que el proceso requeriría de un procedimiento y cumplimiento de condicionamientos para su ejecución, de forma tal que el solo contrato no es un compromiso irrestricto ni para el suministro por parte de Kraft ni para la colocación de órdenes (sic) de compra por parte de CO...” (respuesta al hecho sexto).

No comparte el tribunal la amplitud interpretativa del señor apoderado de la convocada al considerar que el efectuar o no el suministro era de la plena discrecionalidad de su mandante, pues ese no es el contenido ni el sentido del clausulado contractual, el cual dista bastante de contener una condición meramente potestativa que por expresa disposición legal es nula (C.C., art. 1535), sino que la obligación sustancial de suministro, estipulada y desarrollada en las cláusulas tercera y cuarta del denominado contrato de distribución, es de las que la ley denomina condicional potestativa mixta, es decir, cuyo cumplimiento “... en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso” (C.C., art. 1534).

En efecto quedó establecido por el tribunal que el contrato de suministro, implica por definición legal que “una parte se obliga” al cumplimiento de prestaciones periódicas. Por su parte, el contrato materia de la litis estipula en sus cláusulas tercera y cuarta, lo siguiente:

— “... Para los efectos de cada despacho, se realizará el siguiente procedimiento: 1. EL COMPRADOR expedirá una orden de compra en la que se especificarán las marcas, volúmenes, precio y términos de pago acordados de los productos que van a adquirir. 2. **EL PROVEEDOR una vez aceptado el pedido de acuerdo con sus inventarios**, procederá a la entrega de los productos en la bodega...” (negrillas del tribunal) (parágrafo de la cláusula tercera).

— “... Recibida la orden de compra, **EL PROVEEDOR entregará los productos solicitados en función de sus existencias**. Si la entrega fuera parcial la aceptación es parcial y la parte no entregada se entiende temporalmente no aceptada hasta por un término de treinta (30) días siguientes a la fecha de la orden de compra. Transcurrido el anterior plazo sin que la orden se pudiera entregar en su totalidad, se entenderá que la misma fue aceptada únicamente para la parte entregada...” (negrillas del tribunal) (cláusula cuarta).

— “... Igualmente, **EL PROVEEDOR podrá abstenerse de continuar despachando productos en caso de mora en el pago por parte de EL PROVEEDOR...**” (negrillas del tribunal) (cláusula octava).

Por consiguiente, desde la perspectiva contractual, no se trata de que el proveedor pudiera a su arbitrio atender los pedidos formulados por el distribuidor, o dejar de hacerlo, **sino que al contrario, el atenderlos o no dependía, por una parte, de que tuviera o no inventarios o existencias para satisfacerlos según lo previsto en las estipulaciones tercera y cuarta, mencionadas**, en tanto que el abstenerse de continuar despachando productos era consecuencia apenas natural del incumplimiento de su cocontratante, consistente en la mora en el pago de sus

compromisos, según los términos de la cláusula octava. En el primer evento, por cuanto nadie puede estar obligado a lo imposible y en el segundo, porque es principio de derecho, recogido por el contrato en los términos descritos, que un contratista no está obligado a cumplir en tanto el otro contratante no cumpla o no se allane a cumplir las prestaciones a su cargo en la forma y tiempos debidos, en los términos del artículo 1609 del Código Civil.

Bajo este razonamiento el tribunal habrá de desechar las excepciones de la convocada denominadas “Carencia de causa” (B), “Carencia de derecho (C), y “Excepción de petición antes de tiempo” (H), como quiera que su argumentación se soporta, en mayor o menor medida, en dicha facultad discrecional de cumplimiento de la obligación de suministro, la cual no se encuentra estipulada en el contrato y que si en gracia de discusión lo estuviere, estaría viciada de nulidad, negándole el tribunal cualquier efecto.

#### **11.3.4. La mora de Comercial de Oriente.**

La parte convocada ha invocado como excepción dentro del proceso arbitral la de “Contrato no cumplido por la parte actora” (G) aduciendo reiteradas moras de Comercial de Oriente en el pago de las facturas a su cargo, señalando que dicho incumplimiento impide al contratante moroso incoar una acción como la que es objeto del presente proceso.

Plantea al respecto el señor apoderado de Kraft, entre otras cosas:

— “... La verdad es que mientras Kraft le suministró producto a CO en virtud del contrato y, mientras CO cumplió con sus obligaciones de pago, CO no solo recibió el trato adecuado y justo de cualquier relación comercial, sino que por el contrario aun estando en mora en repetidas ocasiones recibió un trato preferencial de parte de Kraft quien en un principio no hizo uso de la facultad y derecho de aplicar la condición resolutoria del artículo 1546 del Código Civil, pero que se esgrimirá en el acápite de excepciones de este libelo...” (respuesta al hecho quinto, página 6).

— “... Como será probado con la documentación que se recolectará en virtud de las pruebas solicitadas, desde tiempo atrás y de forma recurrente, a la fecha en que PM se abstuvo de despachar pedidos que le hiciera CO, esta última se encontraba en mora del cumplimiento de su obligación de pago de las facturas debidamente aceptadas que eran consecuencia de la compra efectiva que se dio en diferentes oportunidades por la aceptación de Kraft de las órdenes de compra...” (respuesta al hecho sexto, página 9).

— “...Efectivamente, tal como se evidencian los estados de cuenta de CO con Kraft que se están presentando como pruebas y que el tribunal tendrá la ocasión de verificar junto con los peritos correspondientes en la prueba de inspección judicial de Kraft, que hemos solicitado las dos partes, así como en otras pruebas, para el día (2) de junio CO tenía una cartera vencida de veinticinco (25) días por lo que PM le mandó una comunicación de fecha dos (2) de junio de 1999 en la que le hace saber de la mora y le requiere el pago. Igualmente para el mes de agosto, fecha en que CO suspendió las órdenes a Kraft y que ahora quiere argumentar como una terminación unilateral del contrato, CO se encontraba igualmente en mora...” (respuesta al hecho sexto, página 9).

De la misma manera el debate probatorio se ha centrado de manera extensa en el tema de la mora de Comercial de Oriente y a él se refirieron diversos testimonios, e incluso las partes en sus interrogatorios, entre otros en los siguientes apartes:

Testimonio del señor Andrés Velasco López:

Dr. Barrera: Pregunta 3. “¿Cómo era la cartera con Comercial de Oriente, usted la calificaría como buena, mala, cómo se comportaba?”

Sr. Velasco: “Yo no lo calificaría como mala pero sí era un cliente que presentaba atrasos y que había que, entre comillas voy a utilizar un término popular, empujarlo bastante y con frecuencia había que tomar cierto tipo de acciones como restringirle despachos, congelarle pedidos hasta que su nivel de cartera se normalizaran”.

Dr. Barrera: “¿Eso ocurrió varias veces?”

Sr. Velasco: "Sí"

Dr. Cuberos: Pregunta 34. "¿Recuerda si a Comercial de Oriente se le retuvieron pedidos?"

Sr. Velasco: "Sí, eso si lo recuerdo".

Testimonio de la señora Martha Ovidia Castro Mahecha.

Dr. Barrera: Pregunta 7 "Usted recuerda ¿cómo era básicamente el historial de pagos de Comercial de Oriente para cumplir informes?"

Sra. Castro: "Siempre cancelaban fuera los plazos establecidas (sic) por lo general, pero con frecuencia estaban atrasados, porque siempre teníamos nosotros que llamar porque los pedidos quedaban retenidos, porque no procedía con la política de crédito y la política de crédito decía muy claro que si el cliente en ese momento se encontraba en mora, pues había que hacer el trámite de este cobro, primero".

Interrogatorio de parte del señor Jorge Enrique Salazar Donado.

Dr. González: Pregunta 4 "¿Diga como es cierto sí o no, que dentro de las relaciones contractuales en virtud del contrato de distribución con Alimentos Kraft de Colombia, usted incurrió en moras en el pago de las facturas de Comercial de Oriente con ellos?"

Sr. Salazar: "Me la pone difícil, pero que sí es cierto, pero pues es la mora que lleva al término estricto de la elaboración de la factura y eso se planteó y muchas veces se comunicó por escrito, la elaboración de la factura la hacían en un día y el despacho era posterior y lo podemos demostrar. Y se pactó el pago se hacía a partir del ingreso de la mercancía en nuestras bodegas, entonces la pregunta es cierta de si incurrimos en alguna mora en la parte contable, porque igual la factura la podemos pagar en 8 días posteriores, pero aparecía en mora en el sistema".

Como prueba documental de la mora por parte de Comercial de Oriente Ltda., obra en el expediente a folio 15, cuaderno principal, una comunicación de fecha junio 2 de 1999, suscrita por el señor Andrés Velasco López, en calidad de gerente de finanzas y administración de Philip Morris Latin American Sales Corporation sucursal colombiana, dirigida a la sociedad convocante, en la que aquel manifiesta "con gran preocupación" que "... la cartera a su cargo por valor de 79 millones de pesos se encuentra vencida desde los meses de abril y mayo de los corrientes, habiendo sido imposible el recaudo de la misma, de acuerdo con la información suministrada por nuestros representantes de ventas".

La aludida comunicación termina anotando "dado que la cartera con Comercial de Oriente Ltda. presenta más de 40 días de vencida, en el caso de tabaco, y más de 25 días vencida, en el caso de alimentos, muy cordialmente le solicitamos proceder a la cancelación de tales facturas en el curso de la presente semana".

En el mismo sentido, el dictamen pericial se ocupó también sobre el tema de la mora, al dar respuesta a la pregunta acerca de cuál fue el comportamiento de pago de las facturas emitidas por la representante de la convocada a Comercial de Oriente Ltda., durante la ejecución de la relación contractual y reseña los días de diferencia entre las fechas de vencimiento y pago, lo cual lleva a concluir al tribunal, con base en una simple lectura que Comercial de Oriente Ltda. estuvo en estado de mora en más de un centenar de oportunidades durante la vida del contrato, la cual iba desde 2 a 59 días<sup>(12)</sup> .

Por su parte el apoderado de la convocada acepta en su alegato de conclusión que su poderdante estuvo en mora, la cual en su criterio fue subsanada "a satisfacción y dentro del plazo razonable otorgado por PMLASC..."<sup>(13)</sup> .

Vistas así las cosas y a pesar de los intentos de justificar o minimizar la mora por parte del representante legal de Comercial de Oriente Ltda. y de su apoderado, para el tribunal no existe duda alguna de que a lo largo de la ejecución contractual se presentaron reiteradas moras de Comercial de Oriente Ltda. en el pago de las facturas a su cargo, lo cual sin embargo(sic) se constituyó en una causa eficiente para que la hoy convocada rompiera el contrato, ni para que incoara una acción resolutoria derivada de tales incumplimientos. Por lo demás, en este

tribunal tampoco se estaba ventilando una acción resolutoria instaurada por Comercial de Oriente Ltda. en contra de Kraft Foods Colombia S.A., por cuanto ninguna de las pretensiones apunta en tal sentido. Mal podía tratarse de una petición resolutoria cuando el contrato ya había sido terminado por la otra parte y lo que se pretende es una indemnización por la ruptura. Ha quedado en cambio claro a lo largo del debate probatorio que las moras o retrasos que se produjeron en diversas épocas de la ejecución del contrato, nunca fueron invocadas por Kraft Foods Colombia S.A. como causa para dar por terminado el mismo o para pedir judicialmente su resolución; por el contrario, Kraft Foods Colombia S.A. solo utilizó remedios de estirpe comercial para superar los retrasos, como en efecto lo fueron en su debido momento requerimientos, como la citada carta junio 2 de 1999, o la suspensión de los despachos, a la cual se acudió en diversas épocas, tal como dan cuenta varios de los testimonios<sup>(14)</sup>. Por consiguiente, en ningún momento se constituyeron dichos retrasos en causa eficiente para la terminación del contrato, por lo que la excepción invocada al respecto no pasa de ser una justificación extemporánea del proceder de la convocada.

Siguiendo ese orden de ideas, el tribunal califica esa justificación extemporánea como una mora consentida por parte de la convocada, es decir, que si bien se trató de un retraso culpable imputable a Comercial de Oriente Ltda., él no surtió uno de sus efectos contractuales principales por voluntad tolerante de Kraft Foods Colombia S.A., quien no acudió a la terminación inmediata del contrato ante el incumplimiento de aquella de pagar oportunamente el precio de las prestaciones constitutivas del suministro. En efecto, vale la pena indicar que según el literal b) de la cláusula décima séptima del contrato, Kraft Foods Colombia S.A. podía darlo por terminado en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones ahí contenidas, para lo cual preveía que “EL PROVEEDOR indicará por escrito a EL COMPRADOR y le fijará un término razonable para subsanar el incumplimiento, vencido el cual sin que hubiere sido subsanado por EL COMPRADOR, EL PROVEEDOR podrá dar por terminado en forma inmediata el presente contrato”.

La citada cláusula limitaba la facultad de terminación inmediata del contrato en cabeza de Kraft Foods Colombia S.A. ante cualquier incumplimiento o mora de Comercial de Oriente Ltda., pues aquella debía seguir el procedimiento previo arriba indicado, dentro de un término razonable, una vez ocurrida la mora o el incumplimiento. Por lo tanto, la citada cláusula imponía a Kraft la carga de “requerir” a Comercial de Oriente Ltda. ante un eventual incumplimiento. La pasividad de Kraft ante tales y reiterados incumplimientos significó para Comercial de Oriente Ltda. una tolerancia tácita de Kraft Foods Colombia S.A. con la mora, compensable a través de intereses y sancionable con la suspensión temporal de los despachos de mercancía, pero nunca con la terminación del contrato. Cabe reiterar en este punto que este consentimiento sobre la mora es reconocido por el propio apoderado de la convocada al dar respuesta al hecho quinto, cuando afirma que Comercial de Oriente Ltda. “aun estando en mora en repetidas ocasiones recibió un trato preferencial de parte de Kraft quien en un principio no hizo uso de la facultad y derecho de aplicar la condición resolutoria del artículo 1546 del Código Civil, pero que se esgrimirá en el acápite de excepciones de este líbelo...”.

Observa el tribunal con nitidez que hubo por parte de Kraft Foods Colombia S.A. una relativa aquiescencia o permisividad frente a los inveterados incumplimientos de Comercial de Oriente Ltda. en el pago de la mercancía suministrada, pues ante 107 situaciones de incumplimiento en el pago de las facturas, cuyas moras iban desde 2 hasta 59 días, evidenciados durante los dos años y medio de la ejecución contractual, Kraft Foods Colombia S.A. no ejerció conforme a lo dispuesto por el literal b) de la cláusula décima séptima del contrato su derecho a terminarlo, ni mucho menos mostró intenciones de hacerlo. Así las cosas, le resulta vedado a Kraft Foods Colombia S.A., invocar en sede arbitral como causal de terminación del contrato las mencionadas moras. Afirnar lo contrario implicaría beneficiar a la convocada con una conducta totalmente contradictoria con su tolerancia anterior a los incumplimientos de su cocontratante.

Para que no quede duda alguna sobre la improcedencia de invocar la mora como justificación para dar por terminado el contrato, el tribunal considera también que a pesar de que Comercial de Oriente Ltda. incurrió en más de centenar de veces en ella, finalmente honró, aunque tardíamente, las respectivas obligaciones, lo cual tiene como efecto que las moras fueron purgadas.

Finalmente resulta de interés para el tribunal aclarar que para la época en que las partes manifiestan que se dio por terminado el contrato de suministro por ellas celebrado, esto es para agosto de 1999, Comercial de Oriente Ltda. se

encontraba en mora, según lo indica el dictamen pericial en la respuesta a la pregunta número tres correspondiente a la solicitud (acta 10)(15) . Empero, esta mora también reviste el carácter de “mora consentida”, la cual tampoco fue invocada por Kraft Foods Colombia Ltda. como causa eficiente y específica para dar por terminado el contrato, siendo la justificación de su terminación, el cese de actividades en Colombia de Philip Morris Latin America Sales Corporation sucursal colombiana, tal como lo ha manifestado el tribunal en acápite anteriores de este laudo y lo explicará más adelante.

El tribunal rechazará entonces la denominada ‘‘Excepción de contrato no cumplido por la parte actora’’ (G) en razón a que el sustento jurídico de esta defensa de la convocada es la mora de la convocante, la cual aunque existió durante la vigencia del contrato de suministro celebrado entre estas fue consentida por la parte actora sin contar además con que las respectivas obligaciones fueron finalmente extinguidas, dando lugar a su purga.

#### **11.3.5. La terminación de negocios en Colombia por parte de Philip Morris.**

Como antes se reseñó, ha quedado debidamente probado en el proceso que Philip Morris Latin America Sales Corporation sucursal colombiana actuaba como representante de Kraft Foods de Colombia S.A. con respecto al contrato cuya controversia ocupa hoy la atención del tribunal y así habrá este de declararlo, como se señaló en el punto 11.2. precedente, acogiendo así la pretensión segunda de la demanda de Comercial de Oriente. Por tanto, las acciones u omisiones de aquella estaban llamadas a surtir efectos jurídicos con respecto a Kraft en su relación mercantil con Comercial de Oriente. Bajo esa premisa deben analizarse y evaluarse las diversas piezas procesales, dentro de las cuales merecen destacarse:

— Cuando en la pretensión primera la parte convocante solicita la declaración de existencia del contrato de suministro, que habría sido terminado por Kraft “de manera unilateral y sin justa causa”, el señor apoderado de la parte convocada al contestarla, manifiesta: “...Me opongo parcialmente porque si bien el mencionado contrato si se inició en la fecha antes mencionada y aunque **el mismo fue terminado unilateralmente por el agente de mi representada**, este lo hizo ejerciendo atribuciones contractuales y **como resultado de su imposibilidad económica y jurídica de seguir con el contrato...**” (negrilla del tribunal).

Mientras en la pretensión tercera la parte convocante pide que se declare “que la demandada incumplió el contrato de distribución al darlo por terminado de manera anticipada, unilateral y sin justa causa, sin otorgar el preaviso pactado en la cláusula vigésima primera del mencionado contrato...”, el apoderado de la convocada se pronuncia al respecto señalando: “... Me opongo a la pretensión, pues **mi representada en estricto sentido jamás dio por terminado el contrato de manera anticipada, unilateral y sin fusta causa(...)** Quien sí lo hizo fue su agente y quien utilizó como base de sus determinación (sic) los derechos contractuales de poner fin al contrato con previo aviso e **indicando de buena fe su imposibilidad de continuar proveyendo los productos materia de la distribución ...**” (negrillas del tribunal).

En el hecho sexto de la demanda, la sociedad convocante manifiesta que el contrato “... fue terminado de hecho por la parte demandada, al negarse Philip Morris, su representante, a despachar los pedidos realizados de forma regular por mi representada sin que hubiera dado explicación diferente a **que ya no seguiría operando en Colombia...**, a lo cual la convocada responde que “... Efectivamente PM como agente representante de Kraft, debidamente registrado en la cámara de comercio, **decidió suspender sus actividades en Colombia.**En la más clara buena fe PM hizo saber a CO su intención así como su decisión de dar por terminados los contratos de distribución que los unía directamente con ella y de forma obvia con su agenciada, para lo cual propusieron una terminación de mutuo acuerdo documentada en un contrato de transacción, del cual propusieron un texto que fue rechazado por CO. PM, dejando abierta la opción anterior, dio a CO el preaviso de terminación unilateral a la (sic) está facultada como distribuidora en los contratos...” (negrilla del tribunal).

Como si lo anterior no bastare, al plantear sus excepciones la parte convocada invoca la de “Carencia de derecho” (C) en donde señala:

“Lo que he demostrado al contestar la demanda y ratificaré a lo largo del trámite procesal, es que simplemente el agente de mi mandante (PM), **después de haber intentado de buena fe terminar por mutuo acuerdo el contrato de distribución con CO dado que terminaba negocios en Colombia y en consecuencia, le era**

**imposible seguir agenciando los productos objeto del contrato de distribución, procedió a notificar su determinación de poner fin al contrato con sesenta (60) días de antelación.** Simplemente no continuó haciendo despachos o atendiendo presuntas o hipotéticas órdenes de pedidos porque estaba en la capacidad de hacerlo y además porque se había reservado ese legítimo derecho en el contrato..." (negrillas del tribunal).

Es claro y expreso el estatuto procesal cuando en el artículo 197, tal como quedó modificado por el Decreto Especial 2282 de 1989, dispone:

"Confesión por apoderado judicial. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101".

Son variadas y nutridas las pruebas que obran en el proceso según las cuales la verdadera causa eficiente de la terminación del contrato antes del vencimiento o de la de una de sus prórrogas fue la determinación adoptada por el agente de la convocada, actuando con representación de esta, de cesar sus actividades en el país por causas cuya evaluación no es materia de este proceso. Esa decisión, que fue verdaderamente determinante, consta entre otras piezas procesales en los testimonios de los señores Diego Fernando Mora (subgerente de Comercial de Oriente)[\(16\)](#) , Héctor Enrique Ordóñez (contador general de Kraft)[\(17\)](#) , Andrés Velasco López (gerente financiero de Philip Morris)[\(18\)](#) y en el interrogatorio de parte del señor José Fernando Arias Pimienta.

Sin embargo, el tribunal se considera liberado de analizar una a una las referidas pruebas, pues las manifestaciones de las dos partes arriba transcritas como ejemplo son coincidentes en este punto crucial del debate, por lo cual el tribunal habrá de concluir que la verdadera razón que desencadenó la terminación del contrato fue la decisión unilateral de Philip Morris de cesar sus negocios en Colombia y por ende la imposibilidad que tenía de seguir atendiendo el contrato en nombre y representación de Kraft, lo cual comunicó por diversos medios a Comercial de Oriente buscando una transacción al respecto. Ante la imposibilidad de la misma estructuró otros argumentos justificativos como el de la mora, la discrecionalidad en los despachos, la posibilidad de terminar en cualquier momento el contrato notificando con 60 días de anticipación, etc., los cuales no tenían finalidad distinta que justificar *ex post facto* la abrupta ruptura de la relación comercial. Así las cosas, lo que se concluye llevará al tribunal a declarar próspera la pretensión tercera de la demanda, esto es, que fue Kraft, quien incumplió el contrato de distribución al darlo por terminado de manera anticipada, unilateral y sin justa causa sin otorgar el preaviso pactado en la cláusula vigésima primera del mismo.

#### **11.4. Los perjuicios.**

En la pretensión cuarta de la demanda, solicita la convocante que, como consecuencia de la prosperidad de sus pretensiones declarativas, se condene a la demandada a la indemnización y pago de los perjuicios que se le irrogaron como consecuencia del incumplimiento. Al respecto el tribunal abordará el tema de la siguiente manera:

- La teoría general del perjuicio.
- Los perjuicios en el caso concreto y su prueba.

##### **11.4.1. La teoría general del perjuicio.**

Se ha dicho de vieja data que el perjuicio es una especie del daño, entendido este último como la aminoración o alteración de una situación favorable[\(19\)](#) y que trasciende al ámbito jurídico cuando se concreta en una pérdida patrimonial o en el daño moral. Este último no será objeto de estudio en el presente laudo, por no haber sido objeto de controversia entre las partes.

Pues bien, en torno de los perjuicios materiales tienen por establecido la doctrina y la jurisprudencia que estos deben ser directos y ciertos.

El perjuicio se dice directo cuando está ligado de esa manera (directamente) con el hecho dañoso, es decir, cuando la relación causal entre uno y otro es directa. De la misma manera se ha dicho en nuestro derecho que este tipo de perjuicio es el único que se indemniza, porque nuestro ordenamiento jurídico veda de manera absoluta esta

posibilidad cuando se trata del daño indirecto.

Al respecto dispone el artículo 1616 del Código Civil que

“Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento...”.

Es decir que ni aun en el caso de dolo permite nuestro derecho la indemnización del perjuicio indirecto. De idéntica manera y como corolario del mismo principio también se veda la indemnización del perjuicio eventual, entendido como aquel que puede suceder o no.

En cambio sí resulta claro que debe indemnizarse el daño futuro con tal de que reúna las características de inmediatez y certidumbre que se han reseñado antes.

En relación con la prueba del perjuicio, hay que anotar que salvo excepciones como la de los intereses y la cláusula penal, en este punto se sigue casi a rajatabla el principio procesal “*onus probandi incumbit actoris*”, de manera que quien alega haber sufrido un daño tiene la carga de probar ante el juez su existencia y su cuantía.

#### **11.4.2. Los perjuicios en el caso presente.**

Tal y como se ha dicho antes, en el presente caso la parte convocante ha hecho una petición genérica de indemnización de perjuicios en el *petitum* de la demanda, sin especificar en ella su concepto ni su cuantía exacta. Más bien prefirió deferir el tema a la prueba pericial y para el efecto solicitó al experto pronunciamiento acerca del volumen de las compras que durante la vigencia del contrato le hizo a la convocada, en relación con los productos objeto del contrato, del volumen de las ventas llevadas a cabo por Comercial de Oriente y de las utilidades bruta y neta que el negocio le generó.

A través de este mecanismo se trató de cuantificar el perjuicio futuro o lucro cesante generado por la terminación intempestiva del contrato.

De la misma manera y ya dentro del concepto del perjuicio actual, se solicitó al experto evaluar las inversiones que tuvo que hacer la convocante para desarrollar el negocio y que a la postre resultaron imposibles de amortizar en razón del incumplimiento de Kraft (daño emergente).

##### **11.4.2.1. El lucro cesante.**

Para el tribunal, habiendo llegado a la conclusión de que Kraft incumplió el contrato al darlo por terminado de la manera como lo hizo, no le queda ninguna duda en torno de que Comercial de Oriente dejó de percibir utilidades netas que de otra manera hubiera materializado y de que este perjuicio fue cierto y directo en relación con el hecho dañoso, es decir el incumplimiento.

El problema aquí es entonces dilucidar la extensión del daño para lo cual habrá que analizar a partir de qué momento comenzó este a generarse y hasta cuándo se prolongó.

En relación con el primer punto, el tribunal encuentra que la terminación unilateral del contrato tuvo lugar en el mes de agosto de 1999, fecha en la cual la convocada, a través de su representante, Philip Morris, envió a la convocante el proyecto de terminación de común acuerdo que este finalmente rechazó. Así lo entendió Comercial de Oriente, quien a partir de ese momento dejó de hacer pedidos al suministrador.

En relación con la extensión en el tiempo del perjuicio, el tribunal encuentra que habiendo Kraft manifestado su intención de terminar el contrato en esa fecha, debe darse aplicación a la cláusula vigésima primera del contrato y en consecuencia tener esa fecha como la del preaviso de dos meses que debía emplear para ponerle fin al mismo. En esas condiciones, el tribunal encuentra que las utilidades que Comercial de Oriente dejó de percibir durante ese tiempo, constituyen el perjuicio cierto y directo que experimentó como consecuencia de la terminación del contrato.

El tribunal entiende que si se ha hecho un pacto de esta índole, es porque las partes han convenido que ese es el lapso dentro del cual el suministrado desmonta las inversiones y percibe las utilidades necesarias para poder salir con bien de la relación contractual. Por lo anterior, el tribunal no comparte la apreciación del señor apoderado de la convocante, en el sentido de que la percepción hipotética de las utilidades debe llevarse hasta el término de 5 años a que hace referencia el artículo 91 de la Ley 223 de 1995.

El tribunal considera que esta es una norma que establece un término de carácter contable y tributario, pero que de ninguna manera puede aportar el carácter de certidumbre requerido por la ley para que un perjuicio se considere indemnizable. De aplicarse este criterio, resultaría inexplicable el pacto contenido en la citada cláusula vigésima primera del contrato, que facultaba a cualquiera de las partes para dar por terminado el contrato avisando a la otra con sesenta (60) días de antelación.

En esas condiciones el tribunal, acogiendo el dictamen de la señora perito, aceptará que las utilidades netas percibidas por Comercial de Oriente a lo largo de todo el contrato, ascendieron a la cantidad de ciento noventa millones novecientos noventa y tres mil ciento doce pesos (\$ 190.933.112) m/cte.[\(20\)](#) y que en ese orden de ideas, habiendo tenido este una duración de 930 días (31 meses) la utilidad mensual que percibió el suministrado ascendía a la cantidad de seis millones ciento sesenta y un mil sesenta y ocho pesos (\$ 6.161.068) m/cte. mensuales y que por ende la indemnización por el lucro cesante, de acuerdo al principio expuesto antes, debe ascender a la cantidad de doce millones trescientos veintidós mil ciento treinta y seis pesos (\$ 12.322.136) m/cte. A esta suma condenará entonces el tribunal por concepto de lucro cesante.

#### **11.4.2.2. El daño emergente.**

Como se dijo antes, este se ha hecho consistir en los gastos e inversiones que la convocante tuvo que hacer para atender y desarrollar el contrato y los costos en los que incurrió por este concepto.

Sin embargo, el tribunal no ha podido encontrar prueba alguna que le permita inferir, y mucho menos, calcular la cuantía del alegado perjuicio.

La señora perito, al responder la pregunta que se le hiciera al respecto (pregunta 3)[\(21\)](#) encuentra que “No se advierte cifra alguna registrada en la contabilidad como inversión directa realizada por la sociedad Comercial de Oriente Ltda.”. Más adelante, al responder la pregunta 4, encuentra que las participaciones de los productos indagados en relación con los ingresos del contrato que aquí se debate fueron del 5.5%, 5.9% y 0.8% en los años de 1997, 1998 y 1999 respectivamente, complementándose así la circunstancia demostrada a todo lo largo del proceso en el sentido de que Comercial de Oriente desarrollaba otros negocios, cuantitativamente más importantes, en los que empleaba la misma estructura de bienes y de personal que utilizó para desarrollar el presente contrato”[\(22\)](#) .

Finalmente, al responder la pregunta 5, la señora perito manifiesta no haber encontrado “elementos base para responder si las inversiones se encuentran amortizadas contable y comercialmente y en qué están representadas”[\(23\)](#) .

Así las cosas, se repite, no encuentra el tribunal prueba alguna en la cual pueda basarse para el cálculo de los perjuicios por el concepto aludido, y por tanto no hará condenas por ese concepto.

#### **11.4.3. La indexación pretendida.**

Sobre la actualización de las sumas de condena, solicitada por la convocante, el tribunal la declarará y ordenará que se liquide con fundamento en el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), mes a mes, entre el 31 de agosto de 1999 hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

### **XII. Sobre las excepciones propuestas**

Como se indicó anteriormente, en el numeral 11.2.2., al estudiar las circunstancias en lo que tiene que ver con la excepción identificada por la convocada como (A) carencia de acción, el tribunal no encuentra fundamento para

declararla probada.

De igual forma, tal y como puede observarse en el numeral 11.2.3. del presente laudo, y con base en las consideraciones planteadas con ocasión de su análisis, el tribunal no encuentra probadas las excepciones (B) Carencia de causa, (C) Carencia de derecho y (H) Petición antes de tiempo.

En lo que tiene que ver con (D) Inexistencia de la obligación, el tribunal ha sido claro en desestimar la terminación del contrato como el resultado del ejercicio de derechos de la convocada o facultades contractuales de la misma. En efecto, de acuerdo con el escrito de contestación, el apoderado fundamenta su excepción exponiendo que: “El ejercicio legítimo de los derechos originados igualmente de manera legítima dentro de un contrato no puede ser fuente de perjuicios que conlleven la obligación correlativa de tenerlos que indemnizar”. Pues bien, tal y como se ha explicado en el numeral 11.2, pero especialmente en los numerales 11.2.4 y 11.2.5 de este laudo, el tribunal no halla la razón a la convocada en sus alegaciones respecto a que la terminación del contrato fue el resultado del ejercicio de derechos legales o contractuales, sino que por el contrario, ha encontrado que dicha terminación fue efectivamente unilateral e injustificada, con lo cual hay argumentos suficientes para declarar como improbadla la aludida excepción (D) y proceder, como en efecto procederá, a reconocer perjuicios a favor de la convocante.

Por su parte, en el numeral 11.2.4, se exponen las consideraciones tenidas en cuenta por el tribunal al analizar la excepción identificada como (G) Excepción de contrato no cumplido por la parte actora, los cuales, tal y como se indicó, han dado lugar a que el tribunal no tenga por probada la mencionada excepción. Por lo anterior, el tribunal procederá a negar dicha excepción en la parte resolutiva.

En lo que tiene que ver con las excepciones (E) Prescripción y caducidad y (F) Innominada, el tribunal considera: Respecto a la denominada excepción (E), la convocada la explica como “todo hecho que resulte probado que implique transcurso del tiempo y que las leyes le otorguen el efecto de hacer prescribir obligaciones a cargo de mi mandante o derecho a favor de la sociedad convocante del juicio arbitral. Igualmente, si se presenta el fenómeno de la caducidad de acciones o derechos por el mismo fenómeno del simple transcurso del tiempo sin haber la parte demandante ejercido esos derechos de cualquier naturaleza, causa y origen”.

La convocada alega la mencionada causal de forma genérica, sin apuntar a hechos concretos que den lugar a la misma o invocar la prescripción o caducidad de los derechos y acciones que de tales situaciones concretas resultarían. Aun cuando esto podría dar lugar, cuando menos, a una discusión en relación con la efectividad de la causal invocada, este tribunal, por no encontrarse frente a situaciones que lo obliguen a ello, simplemente señalará que no encontró oficiosamente a lo largo de su ejercicio, ni recibió alegaciones correspondientes a circunstancias que puedan dar lugar a prescripciones o caducidades. Por lo anterior, el tribunal desestimará la excepción (E) del escrito de contestación, nominada como prescripción y caducidad.

Finalmente, la convocada alega también la existencia de una causal identificada como “(F) La innominada” la cual de acuerdo con el escrito de contestación consiste en “todo hecho que resulte probado a lo largo del proceso en virtud del cual las leyes declaran la inexistencia de un derecho o lo declaran en alguna forma extinguido si es que en alguna forma o alguna vez existió”. Nuevamente, estaría el tribunal frente a una excepción formulada de forma genérica y que no apunta a situaciones concretas a ser valoradas. Sin embargo y tal y como ocurrió con la excepción (E), el tribunal no ahondará en su formulación y efectos, ya que simplemente señalará que a lo largo del trámite, no encontró oficiosamente, ni recibió alegaciones que correspondan a hechos como los enunciados de forma genérica por la convocada. En consecuencia, el tribunal desestimará la excepción (F) de la convocada.

### **XIII. Costas del proceso**

El tribunal, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y con base en lo estipulado por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, procederá a continuación a liquidar las costas del proceso. Los árbitros aclaran que, teniendo en cuenta que el tribunal pierde competencia para cualesquiera actuaciones posteriores, no hay lugar a la liquidación de costas después de ejecutoriada la providencia, como lo dispone el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, sino que debe hacerlo en esta oportunidad, como en efecto lo hace.

El acta 1, correspondiente a la audiencia de instalación del tribunal, celebrada el 28 de julio de 2003 y que consta

en los folios 52 a 54 del cuaderno principal 1 del expediente, permite establecer la cuantía de las costas correspondientes a honorarios de los árbitros, honorarios del secretario, gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y conciliación sin IVA, protocolización y otros. Por su parte, los gastos decretados para la pericia, así como los honorarios de la perito, fueron fijados en las audiencias celebradas los días 4 de noviembre de 2003 (acta 6) y 23 de marzo de 2004 (acta 17), respectivamente, sumas todas que, según consta en el expediente, han sido canceladas por las partes en proporciones iguales.

De acuerdo con las consideraciones hasta ahora planteadas, Comercial de Oriente resultaría vencedora en relación con las pretensiones declarativas planteadas en la demanda. Sin embargo, hay que señalar que en cuanto a las declaraciones de condena, la convocante solicitó en la pretensión cuarta tantas veces transcrita, que “como consecuencia de la declaración anterior, la demandada debe pagar a la demandante a título de indemnización de perjuicio la suma que se cuantificará mediante la fijación por peritos del monto correspondiente, **la cual estimamos en una suma no inferior a \$ 262.500.000 a la época en que las demandadas terminaron unilateralmente y sin justa causa las relaciones contractuales que existían entre ella y la demandante**” (negrilla del tribunal).

Así las cosas, el reconocimiento que el tribunal hará en relación con la pretensión de condena de la convocante, basado en las premisas del proceso, no guarda relación con la suma originalmente pretendida por la convocante. Además, es fundamental señalar que de acuerdo con la reglamentación arbitral, los costos y gastos del tribunal se tasen en proporción directa a las pretensiones de la demanda, por lo que una pretensión exorbitante conducirá a unos costos procesales exagerados. De esta manera y para el caso concreto, aunque estén llamadas a prosperar todas las pretensiones sustanciales de Comercial de Oriente, no puede condenarse a Kraft a la totalidad de las costas, pues estos resultaron exagerados por culpa de aquella.

Por las razones expuestas, el tribunal considera que las partes se deben hacer cargo, cada una, del cincuenta por ciento (50%) de las costas del proceso arbitral.

En cuanto a las agencias en derecho, las cuales son parte integral de las costas procesales, este tribunal actuará en consecuencia con la consideración anterior, y se abstendrá de condenar a ninguna de las partes al pago de las mismas.

Ahora bien, en caso de que efectuadas las diligencias de protocolización y registro, y en general de las cuentas finales del proceso, resulten sumas de la aplicación de la respectiva partida, estas serán restituidas por el presidente del tribunal a favor de las dos partes en proporciones iguales.

#### **XIV. Parte resolutiva**

Con fundamento en las consideraciones planteadas y teniendo en cuenta que se lo ha convocado para dirimir las diferencias entre las sociedades Comercial de Oriente Ltda. y Kraft Foods Colombia S.A. (hoy Alimentos Kraft de Colombia S.A.), el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

Primero. Declarar no probadas las excepciones (A) Carencia de acción; (B) Carencia de causa; (C) Carencia de derecho; (D) Inexistencia de la obligación; (E) Prescripción y caducidad; (F) Innominada; (G) Excepción de contrato no cumplido por la parte actora; y, (H) Petición antes de tiempo, contenidas todas en el escrito de contestación de la demanda.

Segundo. Declarar que entre la sociedad Alimentos Kraft de Colombia S.A. y Comercial de Oriente Ltda., existió un contrato de suministro que rigió desde el 27 de enero de 1997 hasta el mes de agosto de 1999, fecha en la cual fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por Alimentos Kraft de Colombia S.A., incumpliendo así los términos del contrato. De esta forma, el tribunal encuentra que prospera la primera pretensión de la demanda.

Tercero. Declarar que Philip Morris Latin America Sales Corporation sucursal colombiana, sucursal de la sociedad Philip Morris Latin America Sales Corporation, actuó como representante de Alimentos Kraft de Colombia S.A.,

en la relación comercial derivada del contrato de suministro. De esta forma, el tribunal encuentra que prospera la segunda pretensión de la demanda.

Cuarto. Declarar que Alimentos Kraft de Colombia S.A., incumplió el contrato de suministro al darlo por terminado de manera anticipada, unilateral y sin justa causa, sin otorgar el preaviso pactado en la cláusula vigésima primera del mismo. De esta forma, el tribunal encuentra que prospera la tercera pretensión de la demanda.

Quinto. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el tribunal condena a la convocada, Alimentos Kraft de Colombia S.A., a pagar a la convocante, Comercial de Oriente Ltda., a título de indemnización de perjuicios calculados con base en el dictamen pericial rendido en el proceso, la suma de doce millones trescientos veintidós mil ciento treinta y seis pesos (\$ 12.322.136) m/cte. De esta forma, el tribunal encuentra que prospera, en la forma indicada, la cuarta pretensión de la demanda.

Sexto. Ordenar que la aludida suma a pagar sea actualizada mediante la aplicación del índice de precios del consumidor (IPC), certificada mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), entre el día 31 de agosto de 1999 y la fecha que se ordenará para el pago. En caso de que el pago se produzca después de dicha fecha, se causarán intereses moratorios a favor de la convocante, a la tasa máxima legal permitida. De esta forma, prospera la solicitud de actualización correspondiente a la pretensión quinta de la demanda.

Séptimo. Ordenar que el pago de la suma fijada y actualizada como condena por indemnización de perjuicios sea cancelada por la convocada, Alimentos Kraft de Colombia S.A., a favor de la convocante, Comercial de Oriente Ltda., en un término máximo de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria del presente laudo. En estos términos, prospera la solicitud correspondiente a término de pago contenida en la pretensión quinta de la demanda.

Octavo. Ordenar que cada parte se haga cargo del cincuenta por ciento (50%) de las costas del proceso, por lo que cada una correrá con los costos y gastos decretados a lo largo del mismo, absteniéndose además de condenar a parte alguna al pago de agencias en derecho. En consecuencia prospera parcialmente la pretensión sexta de la demanda.

Noveno. Ordenar por secretaría la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes, una vez ejecutoriado el presente laudo.

Décimo. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías de la ciudad de Bogotá, una vez ejecutoriado el presente laudo.

Undécimo. Ordenar la devolución en proporciones iguales para cada una de las partes, de las sumas que resulten como saldo de la ejecución de la partida de protocolización, registro y otros, una vez se hayan adelantado los trámites correspondientes y se haya presentado la relación final de cuentas.

Esta providencia queda notificada a las partes en estrados.

Árbitros: *Carlos Darío Barrera Tapias*, Presidente—*Gustavo Cuberos Gómez*—*Fernando Escallón Morales*.

*Edwin Cortés Mejía*, Secretario.

---