

Tribunal de Arbitramento

Unibase Ltda.

v.

Panamco Colombia S.A.

Agosto 1º de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., primero (1º) de agosto de dos mil cinco (2005).

Encontrándose surtidas todas las actuaciones previstas en la ley y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, este tribunal de arbitramento profiere el laudo correspondiente dentro del proceso arbitral integrado para dirimir las controversias existentes entre Unibase Ltda. (en adelante “Unibase”) y Panamco Colombia S.A., (en adelante “Panamco Colombia”), el cual se profiere en derecho y se adopta con el voto unánime de los tres (3) árbitros que lo suscriben.

## **I. Antecedentes**

### **1. El contrato.**

Se trata del contrato originado a partir de la oferta mercantil remitida por Unibase el 12 de junio de 2002 y aceptada por Panamco Colombia mediante orden de compra enviada al oferente el 17 de junio siguiente, cuyo objeto consistía en la transferencia por aquella a esta, a título de compra venta, del derecho de uso, con la correspondiente entrega real y material, de un software denominado Business Objects, compuesto por varios módulos para ser utilizados en los equipos de propiedad de Panamco Colombia y para su uso exclusivo, de acuerdo con los términos y condiciones expresados en un formato adjunto.

### **2. Las partes.**

La parte convocante es Unibase, sociedad comercial constituida mediante la escritura pública 2.369 del 20 de agosto de 1986 de la Notaría 32 del círculo de Bogotá, aclarada por la número 2.546 del 2 de septiembre del mismo año y otorgada en la misma notaría, con domicilio en la ciudad de Bogotá y que se encuentra representada por Antonio José Ortiz Osorio, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 29 y 30 del cdno. ppal.).

La parte convocada es Panamco Colombia, sociedad comercial constituida mediante escritura pública 2.273 del 5 de septiembre de 1940 de la Notaría Primera del círculo de Medellín, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente por Alberto Ramírez Pizarro, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 80 y 85 del cdno. ppal.).

### **3. El pacto arbitral.**

En la solicitud de convocatoria se adujo como tal la cláusula compromisoria contenida en la oferta mercantil del 12 de junio de 2002, cuyo texto es el siguiente:

“Cualquier diferencia que surja entre las partes como consecuencia o con ocasión de la formulación, revocación, interpretación, ejecución, cumplimiento, incumplimiento y terminación de la presente oferta, intentará ser resuelta a través de conciliación o cualquier otro mecanismo de arreglo directo entre las partes. Lo mismo se aplicará respecto de cualquier diferencia o controversia que surgiere como consecuencia o con ocasión de la formación, interpretación, ejecución, cumplimiento, incumplimiento o terminación del negocio jurídico que se formare como consecuencia de la aceptación de la misma mediante la expedición por parte de la destinataria de la orden de compra.

No obstante, si transcurrieren treinta (30) días comunes sin que las mismas llegaren a algún acuerdo, la diferencia será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento, compuesto por tres (3) árbitros elegidos por las partes directamente y de común acuerdo, cuyo fallo será en derecho.

El período de treinta (30) días aquí señalado se contará a partir de la remisión de una comunicación de cualquiera de las partes a la otra donde se exponga la diferencia o conflicto existente y la intención de hacer efectivo lo dispuesto en la presente cláusula.

Si las partes no llegaren a un acuerdo en la elección de los árbitros, estos serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Sin perjuicio de lo anterior, las partes de común acuerdo podrán seleccionar de la lista de árbitros inscritos algunos dentro de los cuales el citado centro podrá hacer la designación.

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

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

#### **4. Trámite del proceso.**

- El día 24 de agosto de 2004 Unibase solicitó la convocatoria de este tribunal de arbitramento formulando demanda contra Panamco Colombia ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Mediante documento radicado el día 10 de septiembre de 2004 los apoderados de las partes informaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la designación de los suscritos como árbitros para conocer del presente proceso.
- El día 24 de septiembre de 2004 tuvo lugar la audiencia de instalación de este tribunal, el cual, mediante auto 1, ordenó subsanar la demanda para que se aclararan las pretensiones segunda principal y segunda subsidiaria.
- En escrito del 30 de septiembre de 2004 Unibase subsanó la demanda en la forma dispuesta por el tribunal.
- Mediante auto 2, proferido en audiencia que tuvo lugar el 6 de octubre de 2004, el tribunal admitió la demanda presentada por la parte convocante y de ella ordenó correr traslado a Panamco Colombia.
- La parte convocada se notificó de la anterior providencia el día 14 de octubre de 2004.
- El 29 de octubre de 2004 Panamco Colombia dio contestación a la demanda, mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló una excepción de mérito.
- El 2 de noviembre de 2004 por secretaría se corrió el traslado de la citada excepción propuesta por Panamco Colombia contra las pretensiones de la demanda.
- La parte convocante descorrió el traslado anterior con escrito del 9 de noviembre de 2004 en el cual se refirió a la excepción propuesta y pidió pruebas adicionales.
- Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, el tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el día 9 de diciembre de 2004. En esa oportunidad el tribunal explicó a las partes el objeto de esta audiencia, su contenido y alcance, y las invitó a conciliar sus diferencias, para lo cual les concedió el uso de la palabra. Las partes hicieron uso de ella y formularon distintas observaciones y puntos de vista sin lograrse acuerdo alguno. Así mismo, el tribunal, en cumplimiento de su deber

legal, planteó algunas alternativas. Después del intercambio de opiniones entre las partes con la mediación del tribunal, se vio clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo, por lo cual, mediante auto 6, se declaró fracasada la citada conciliación.

- Mediante auto 3 del 10 de noviembre de 2004, el tribunal señaló las sumas que debían consignar las partes por concepto de honorarios y gastos, y aquellas efectuaron los respectivos pagos de manera oportuna.
- La primera audiencia de trámite se inició el 9 de diciembre de 2004, oportunidad en la cual, mediante auto 7, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes.
- Con escrito del 14 de diciembre de 2004 Unibase modificó su solicitud de pruebas contenida en la demanda.
- El día 15 de diciembre de 2004 tuvo lugar la continuación de la citada primera audiencia de trámite y en ella, por auto 9, el tribunal decretó pruebas.
- A partir del 14 de enero de 2005 y hasta el 22 de mayo de 2005 se instruyó el proceso con la práctica de las pruebas solicitadas, incluyendo algunas suspensiones del proceso decretadas a solicitud de las partes.
- El 10 de junio de 2005 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión, en la cual los apoderados de las partes expusieron sus argumentos de manera oral y al final presentaron los correspondientes resúmenes escritos.
- El presente proceso se tramitó en dieciséis (16) audiencias, en las cuales el tribunal admitió la solicitud de convocatoria y la demanda presentada por Unibase, integró el contradictorio y surtió el traslado de aquella, asumió competencia, decretó y practicó pruebas, resolvió varias solicitudes de las partes, recibió sus alegaciones finales y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.
- Corresponde entonces al tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite concluyó el 15 de diciembre de 2004, el plazo legal de seis meses para fallar vencía el 15 de junio de 2005. No obstante, por solicitud de las partes el proceso se suspendió entre el 16 de diciembre de 2004 y el 12 de enero de 2005, entre el 22 y el 31 de enero de 2005, entre el 2 y el 22 de febrero de 2005, entre el 24 de febrero y el 8 de marzo de 2005, entre el 4 y el 10 de mayo de 2005, entre el 23 de mayo y el 9 de junio de 2005, y entre el 11 de junio y el 31 de julio de 2005, para un total de 148 días; de manera que dicho plazo se extiende hasta el 10 de noviembre de 2005, de suerte que el pronunciamiento del laudo en este momento es oportuno.

## **5. La demanda y su contestación.**

Se trata de la demanda formulada por Unibase el 24 de agosto de 2004, teniendo en cuenta la forma en que la misma se subsanó con memorial del 30 de septiembre del mismo año, y la contestación oportuna realizada por Panamco Colombia.

### **5.1. Las pretensiones de Unibase según su demanda del 24 de agosto de 2004.**

En su demanda inicial la convocante elevó las siguientes pretensiones:

“Pretensiones principales.

Primera. Que se declare el incumplimiento de la parte demandada de las obligaciones a su cargo surgidas en virtud del contrato que nació de la aceptación expresa, clara y simple de la oferta mercantil que con fecha doce (12) de junio de 2002 presentó la sociedad demandante a la demandada.

Segunda. Que como consecuencia del incumplimiento contractual, se condene a la sociedad demandada a la ejecución forzada del contrato en los términos de las pretensiones siguientes.

Tercera. Que se condene a la sociedad demandada a:

a) A cumplir con lo convenido adquiriendo las licencias que se mencionan en los cuadros señalados a continuación

en el que se indican los valores en dólares de los Estados Unidos de Norte América de la (sic) licencias de uso, incluyendo el descuento pactado y el mantenimiento, pero que deben ser pagados en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado correspondiente al treinta y uno de diciembre de dos mil tres (2003), siendo esta la fecha límite para haber adquirido las licencias de uso de tecnología, conforme lo acordado en el contrato, suma la cual asciende a trescientos cincuenta y tres mil cuatrocientos cuarenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América (US\$ 353.442).

Descripción	Licencias que falta por adquirir	Valor unitario	Valor Total	Valor Total con descuento 55%	Valor mantenimiento	Total US\$
Infoview	365	590	215.350	96.907.5	25.842	122.750
BO Explorer	220	590	129.800	58.410	15.576	73.986
Reportes User Bundle	75	890	66.750	30.037	8.010	38.047
Explorer User Bundle	150	890	133.500	60.075	16.020	76.095
Infoview Mobile	150	145	21.750	9.787.5	2.610	12.397
Auditor	365	145	52.925	23.816	6.351	30.167
<b>Total</b>						<b>353.442</b>

b) A cumplir con lo convenido adquiriendo las licencias que se mencionan en el cuadro contenido en este literal y como consecuencia a pagar la suma de sesenta y cuatro mil ciento treinta dólares de los Estados Unidos de Norte América (US\$ 64.130) liquidados a la tasa representativa de la fecha en que la sociedad demandada debió efectuar a más tardar el pago, es decir el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil dos (2003), correspondientes a lo que no se ha facturado hasta la fecha por concepto del valor de las licencias de uso del software Broad Cast Scheduler y Broad Cast Publisher.

Descripción	De Licencias	Valor Unitario US\$	Valor con Descuento 55% US\$	Licencia 55.56%	Soporte y Mto. 55.56% US\$	Valor Total US\$
BCA Scheduler	1	75.000	33.750	18.752	5.000	23.752
BCA Publisher	1	127.500	57.375	31.878	8.500	40.378
						64.130

Cuarta. Que se condene a la sociedad demandada a pagar por concepto de daño emergente la suma de trescientos cuarenta y un mil cuarenta y un dólares con veinticinco centavos de los Estados Unidos de Norte América (US\$ 341.041.25), como perjuicio mínimo o en su defecto el que determine los peritos, suma la cual debe ser pagada en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado correspondiente al treinta y uno de diciembre de dos mil tres (2003), correspondiente al valor total del descuento del cincuenta y cinco por ciento (55%) sobre el valor de las licencias dejadas de adquirir por la sociedad demandada.

Descripción	Licencias que falta por	Valor unitario	Valor total	Valor total del 55% de
-------------	-------------------------	----------------	-------------	------------------------

	<b>adquirir</b>			<b>descuento</b>
Infoview	365	590	215.350	118.442.5
BO Explorer	220	590	129.800	71.390
Reportes User Bundle	75	890	66.750	36.712.5
Explorer User Bundle	150	890	133.500	73.425
Infoview Mobile	150	145	21.750	11.962.5
Auditor	365	145	52.925	29.108.75
<b>Total</b>				<b>341.041.25</b>

Esta pretensión tiene sustento en el hecho, como base del perjuicio, de que se dio ese descuento en razón al cliente (Comercializan la marca CocaCola de reconocimiento mundial) y en razón a la cuantía del negocio; de no haberse dado este negocio con este cliente y por esta cuantía, la sociedad demandada no hubiese otorgado un descuento de esta magnitud; en todo caso se insiste que la estimación del valor de esta pretensión, se entiende como parte de la indemnización de perjuicios que ha de cancelar la parte demandada, la cual deberá, en todo caso ser fijada por los peritos que para estos efectos solicito se nombren.

Quinta. Que se condene a la sociedad demandada a pagar por concepto de daño emergente, como perjuicio mínimo o el que en su defecto determinen los peritos que para estos efectos nombre el tribunal, la suma de sesenta y un mil ochocientos ochenta dólares de los Estados Unidos de Norte América (US\$ 61.880), suma la cual debe ser pagada en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado correspondiente al treinta y uno (31) de diciembre de dos mil tres (2003), correspondiente al valor total del descuento del cincuenta y cinco por ciento (55%) sobre el valor que aún no se ha facturado respecto de las licencias Broad Cast Publisher y Broad Cast Scheduler.

<b>Descripción</b>	<b>De licencias</b>	<b>Valor unitario US\$</b>	<b>Valor del descuento 55% US\$</b>	<b>55.56% sobre el descuento</b>
BCA Scheduler	1	75.000	41.250	22.919
BCA Publisher	1	127.500	70.125	38.961
				<b>61.880</b>

Esta pretensión tiene sustento en el hecho, como base del perjuicio, de que se dio ese descuento en razón al cliente (Comercializan la marca CocaCola de reconocimiento mundial) y en razón a la cuantía del negocio; de no haberse dado este negocio con este cliente y por esta cuantía, la sociedad demandada no hubiese otorgado un descuento de esta magnitud; en todo caso se insiste que la estimación del valor de esta pretensión, se entiende como parte de la indemnización de perjuicios que ha de cancelar la parte demandada, la cual deberá, en todo caso ser fijada por los peritos que para estos efectos solicito se nombren.

Sexta. Que se condene a la sociedad demandada la indemnización que determinen los peritos por concepto de lucro cesante, la cual estimo que debe ser como mínimo un interés moratorio a la tasa mas alta permitida por la ley a sobre (sic) las sumas que han debido pagar si hubiesen cumplido con lo pactado en la forma solicitada.

Séptima. Que se condene a la sociedad demandada a pagar las costas y agencias en derecho que se causen durante el presente trámite arbitral.

**En el evento de no encontrar probados hechos que den lugar a las pretensiones principales respetuosamente solicito se hagan condenas en la sentencia conforme a las pretensiones subsidiarias que se formulan a continuación:**

Primera. Que se declare el incumplimiento de la parte demandada de las obligaciones a su cargo surgidas en virtud

del contrato que nació de la aceptación expresa, clara y simple de la oferta mercantil que con fecha doce (12) de junio de 2002 presentó la sociedad demandante a la demandada.

Segunda. Que como consecuencia del incumplimiento contractual, se condene a la sociedad demandada a la ejecución forzada del contrato en los términos de las pretensiones siguientes.

Tercera. Que se condene a la sociedad demandada a:

a) A cumplir con lo convenido adquiriendo las licencias que se mencionan en los cuadros señalados a continuación en los que se indican los valores en dólares de los Estados Unidos de Norte América de las licencias, incluyendo el descuento pactado y el mantenimiento, pero que deben ser pagados en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado correspondiente al treinta y uno de diciembre de dos mil tres (2003), siendo esta la fecha límite para haber adquirido las licencias de uso de tecnología, conforme lo acordado en el contrato, suma la cual asciende a trescientos cincuenta y tres mil cuatrocientos cuarenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América (US\$ 353.442).

Descripción	Licencias que falta por adquirir	Valor unitario	Valor Total	Valor Total con Descuento 55%	Valor mantenimiento	Total US\$
Infoview	365	590	215.350	96.907.5	25.842	122.750
BO Explorer	220	590	129.800	58.410	15.576	73.986
Reportes User Bundle	75	890	66.750	30.037	8.010	38.047
Explorer User Bundle	150	890	133.500	60.075	16.020	76.095
Infoview Mobile	150	145	21.750	9.787.5	2.610	12.397
Auditor	365	145	52.925	23.816	6.351	30.167
Total						353.442

b) A cumplir con lo convenido adquiriendo las licencias que se mencionan en el cuadro contenido en este literal y en consecuencia a pagar a la demandante la suma de sesenta y cuatro mil ciento treinta dólares de los Estados Unidos de Norte América (US\$ 64.130) liquidados a la tasa representativa de la fecha en que la sociedad demandada debió efectuar a más tardar el pago, es decir el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil dos (2003), correspondientes a lo que no se ha facturado hasta la fecha por concepto del valor de las licencias de uso del software Broad Cast Scheduler y Broad Cast Publisher.

Descripción	De licencias	Valor unitario US\$	Valor con descuento 55% US\$	Licencia 55.56%	Soporte y Mto. 55.56% US\$	Valor total US\$
BCA Scheduler	1	75.000	33.750	18.752	5.000	23.752
BCA Publisher	1	127.500	57.375	31.878	8.500	40.378
						64.130

Cuarta. Que se condene a la sociedad demandada a pagar a la sociedad demandante la indemnización que por concepto de perjuicios determinen los peritos, que para estos efectos nombre el tribunal y que estimo como mínimo en la suma de mil cien millones de pesos (\$1.100.000) (sic) como daño emergente y en la tasa mas alta de interés moratorio como lucro cesante.

Quinta. Que se condene a la sociedad demandada a pagar a Unibase Ltda. el valor de las costas y agencias en

derecho que se causen durante el desarrollo del presente trámite arbitral”.

## **5.2. La modificación de las pretensiones de Unibase según el memorial de subsanación de la demanda del 30 de septiembre de 2004.**

Unibase subsanó la demanda aclarando las pretensiones segunda principal y segunda subsidiaria, según se indicó atrás.

La pretensión segunda principal quedó así:

“Que como consecuencia del incumplimiento contractual, se declare que la sociedad demandada debe cumplir con las obligaciones derivadas del contrato que nació de la aceptación de la oferta mercantil ya mencionada e indemnizar los perjuicios”.

La pretensión segunda subsidiaria quedó así:

“Que como consecuencia del incumplimiento contractual, se declare que la sociedad demandada debe cumplir con las obligaciones derivadas del contrato que nació de la aceptación de la oferta mercantil ya mencionada e indemnizar los perjuicios”.

## **5.3. Los hechos de la demanda.**

La demanda planteó varios hechos que pueden resumirse así:

1. En desarrollo de un proyecto denominado “Data Ware House”, el día 2 de abril de 2002 Panamco Colombia invitó a sus proveedores a presentar propuestas respecto de las licencias de programas de software que brindaran soluciones para la generación y visualización de reportes, interfase de análisis, puesta a punto, administración y mantenimiento, integración y evaluación económica, según los requerimientos allí expuestos.
2. Desde ese momento se estableció que el negocio tenía proyecciones hacia otros países en donde operara Panamco.
3. Conforme a las conversaciones sostenidas con anterioridad, el 2 de mayo de 2002 Unibase presentó a Panamco Colombia una propuesta económica, atendiendo al formato de precalificación de proveedores de Panamco Colombia, en el que además de ofrecer la información requerida, se señalaron los puntos de operación en los que la convocante podría prestar los servicios o bienes requeridos.
4. Unibase informó que en todos y cada uno de los puntos de operación en donde Panamco Colombia requería de la prestación de servicios o bienes podría ofrecerlos.
5. Mediante comunicación del 2 de mayo de 2002 Unibase ofreció un descuento del 55% sobre el valor de las licencias, enmarcado dentro de un acuerdo de compra global para toda la región, así como la forma de facturación para los productos Broad Cast Agent Scheduler y Publisher discriminada entre los cinco países vinculados de la siguiente manera:

País	Porcentaje
Colombia	22.22%
Venezuela	22.22%
Brasil	22.22%
México	22.22%
Costa Rica	11.12%

6. Las licencias Business Objects ofrecidas en la comunicación antes señalada fueron las siguientes:

<b>Descripción</b>	<b>De licencias</b>	<b>Valor Unitario o US \$</b>	<b>Subtotal US\$</b>	<b>Soporte y Mantenimiento 15% US\$</b>	<b>Descuento 55% US\$</b>	<b>Valor Total US\$</b>
Infoview	125	590	73.750	11.063	33.188	44.250
Bo Explorer	75	590	44.250	6.638	19.913	26.550
Reportes User Bundle	25	890	22.250	3.338	10.013	13.350
Explorer User Bundle	50	890	44.500	6.675	20.025	26.700
Infoview Mobile Extension	50	145	7.250	1.088	3.263	4.350
Designer	1	2.990	2.990	449	1.346	1.794
Supervisor	1	2.990	2.990	449	1.346	1.794
Auditor	125	145	18.125	2.7156	8.156	10.875
						129.663

<b>Descripción</b>	<b>De licencias</b>	<b>Valor unitario US\$</b>	<b>Descuentos 55% US\$</b>	<b>Soporte y Mto. 15% US\$</b>	<b>Valor Total US\$</b>
BCA Scheduler	1	75.000	33.750	11.250	45.000
BCA Publisher	1	127.500	57.375	19.125	76.500
					121.500

7. En esta propuesta se ofrecía como valor correspondiente al soporte y mantenimiento de las licencias Business Objects y Broad Cast Agent un 15% del subtotal del valor de las licencias antes de efectuar el descuento del 55%.

8. Mediante comunicación del 7 de mayo de 2002 Unibase emitió una nueva propuesta económica, en la cual se resalta que el descuento ofrecido sobre las licencias se concedía teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- Un compromiso corporativo de compra del volumen estimado para la región (licencias para Brasil, México, Venezuela, Costa Rica y Colombia).
- Una orden de compra simultánea en México y Colombia, los cuales contaban con disponibilidad presupuestal inmediata.
- Una orden de compra para el BCA Scheduler generada en Colombia, entregada en México y facturada a Colombia y México proporcionalmente según su disponibilidad, o una orden de compra para el BCA Publisher y BCA Scheduler generada en Colombia, entregada en México y facturada a los diferentes países proporcionalmente según su disponibilidad.

9. Sobre los precios de las licencias se ofreció un nuevo valor de soporte y mantenimiento del 12% del valor de las mismas, antes de descuentos.

10. Luego de varias conversaciones, el 16 de mayo de 2002 Unibase formalizó un nuevo ofrecimiento comercial para la adquisición del Software por parte de Panamco Colombia, así:

- Se mantendría para Colombia el descuento del 55% en los productos ofrecidos independientemente si el segundo país (México) hiciera la solicitud de compra de manera simultánea.
- Si el segundo país (México) a 30 de julio de 2002 no hubiere emitido una orden de compra o carta de intención

de compra, se revaluaría conjuntamente con Panamco el descuento del 55%.

- Si a 30 de septiembre de 2002 Panamco Colombia no hubiere emitido una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país (Méjico), Unibase presentaría una factura a Panamco Colombia por el excedente de los productos BCA Scheduler y Publisher.

11. Mediante comunicación del 20 de mayo de 2002 Panamco Colombia le informó a Unibase lo siguiente:

“Nos permitimos informarle que nuestra compañía Panamco Colombia S.A. ha finalizado la evaluación de proponentes para la selección de las herramientas de visualización y análisis, para el proyecto de Data Warehouse. Efectuados y los análisis correspondientes y teniendo en cuenta los resultados finales, le manifestamos que su solución ha sido elegida para adelantar el proyecto a nivel corporativo”.

12. Simultáneamente el 20 de mayo Unibase formalizó el nuevo ofrecimiento comercial para la adquisición de los productos Business Objects, en los mismos términos señalados en la comunicación del día 16 del mismo mes.

13. El 29 de mayo de 2002 Unibase remitió a Panamco Colombia el cronograma de actividades y la propuesta comercial referente a la capacitación y servicios profesionales en la herramienta Business Objects.

14. El 30 de mayo de 2002 Unibase remitió a Panamco Colombia algunos documentos relacionados con el perfeccionamiento del contrato, para su revisión.

15. Para concretar las tratativas precontractuales el 12 de junio de 2002 Unibase remitió a Panamco Colombia una oferta mercantil contentiva de los términos y condiciones bajo los cuales estaría dispuesta a venderle el derecho de uso del software denominado Business Objects.

16. El objeto de la oferta consistía en transferir a Panamco Colombia a título de compra venta el derecho de uso, haciéndole entrega real y material, de un software denominado Business Objects, compuesto por varios módulos para ser utilizados en los equipos de propiedad de aquella y para su uso exclusivo, de acuerdo con los términos y condiciones expresados en un formato adjunto.

17. Los módulos del software eran los siguientes:

Infoview	125
Bo Explorer	75
Reportes User Bundle	25
Explorer User Bundle	50
Infoview Mobile Extension	50
Designer	1
Supervisor	1
Auditor	125
B.A. Scheduler	1
B.A. Publisher	1

18. Para efectos de la licencia ofrecida se tendrían en cuenta las siguientes consideraciones:

- El software Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher en el licenciamiento ofrecido sería de uso de Panamerican Beverages Inc., y por lo tanto su entrega material e instalación se efectuaría en el país y en el momento que Panamerican Beverages Inc. decidiere.
- Si al 30 de septiembre de 2002 Panamerican Beverages Inc. no hubiere emitido a través de una de sus filiales una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país, Unibase se encontraría facultado para

presentar una factura a Panamco Colombia por el excedente no facturado de los productos Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher.

- Si a 30 de julio de 2002 Panamerican Beverages Inc., no hubiere emitido una segunda orden o carta de intención de compra para un segundo país, se revaloraría conjuntamente el descuento del 55%. Esta orden de compra ni ningún documento similar fue emitido dentro del plazo contractual estipulado.
- A 31 de diciembre de 2003, Panamerican Beverages Inc., debería haber adquirido como mínimo 560 licencias de Infoview, 335 licencias de Explorer, 110 licencias de Reporter User Bundle, 225 licencias Infoview Mobil y 560 licencias de auditor, para todos los países de la región, lo cual no ocurrió.
- La forma de pago para la negociación incluyendo los países de la región sería de 30 días contados a partir de la entrega de los productos y presentación de la factura.

19. La oferta se entendería aceptada por Panamco Colombia mediante la expedición de la orden de compra correspondiente dentro del término de vigencia señalado.

20. La oferta tendría una vigencia de 15 días hábiles contados a partir de la fecha de su remisión, la cual ocurrió el día 12 de junio de 2002.

21. De llegar a ser aceptada la oferta mercantil por parte de Panamco Colombia, esta se obligaría a pagar a Unibase el equivalente en pesos colombianos a US\$ 148.831 más el IVA, suma que resulta de lo siguiente:

Descripción	De licencias	Valor Unitario US\$	Subtotal US\$	Soporte y Mantenimiento 12% US\$	Descuento 55% US\$	Valor Total US\$
Infoview	125	590	73.750	8.850	33.188	42.308
Bo Explorer	75	590	44.250	5.310	19.913	25.223
Reportes User Bundle	25	890	22.250	2.670	10.013	12.683
Explorer User Bundle	50	890	44.500	5.340	20.025	25.365
Infoview Mobile Extension	50	145	7.250	870	3.263	4.133
Designer	1	2.990	2.990	359	1.346	1.705
Supervisor	1	2.990	2.990	359	1.346	1.705
Auditor	125	145	18.125	2.175	8.156	10.331
						123.183

Descripción	De licencias	Valor unitario US\$	Descuentos 55% US\$	Licencia 22.22%	Soporte y Mto. 12% US\$	Soporte y Mto. 22.22% US\$	Valor total US\$
BCA Scheduler	1	75.000	33.750	7.499	9.000	2.000	9.499
BCA Publisher	1	127.500	57.375	12.749	15.300	3.400	16.149
							25.648

22. Con comunicación del 17 de junio de 2002 Panamco Colombia hizo entrega de la orden de compra del software Business Objects y de la oferta mercantil debidamente firmada, con lo cual se perfeccionó el contrato de venta del software.

23. El 24 de junio de 2002 Unibase remitió la factura de venta 02506 por un valor total de \$ 324.956.603

correspondiente al software Business Objects, Broad Cast Scheduler y Broadcast Publisher, en la cual se descontó el 55% del valor del software según lo acordado y a su vez solo se facturó el 22.22% de los productos Broadcast Publisher y Scheduler correspondiente a la licencia colombiana.

24. Durante el año 2002 Unibase emitió las siguientes facturas de venta a cargo de Panamco Colombia:

Fecha de emisión	Concepto	Valor \$
Junio 24 de 2002	Soporte y mantenimiento Business Objects	86.664.579
Junio 25 de 2002	Capacitación Business Objects	5.005.161
Septiembre 23 de 2002	Servicios profesionales de gestión de medios	27.037.992
Diciembre 11 de 2002	Capacitación Business Objects usuario final	5.880.685

25. En ejecución del acuerdo global Panamco México emitió una orden de compra de fecha 7 de agosto de 2002 respecto de las siguientes licencias de software de Business Objects:

Descripción	De licencias
Infoview	70
BO Explorer	40
Reportes User Bundle	10
Explorer User Bundle	25
Infoview Mobile Extension	25
Designer	1
Supervisor	1
Auditor	70
BCA Scheduler	1
BCA Publisher	1

26. Atendiendo al número de licencias adquiridas por Panamco Colombia y Panamco México, a 31 de diciembre de 2003 Panamerican Beverages Inc. incumplió el contrato toda vez que dejó de adquirir el siguiente número de licencias:

Descripción	Obligación a 31 de Diciembre de 2003	Licencias adquiridas en Colombia	Licencias adquiridas en México	Licencias que falta por adquirir
Infoview	560	125	70	365
BO Explorer	335	75	40	220
Reportes User Bundle	110	25	10	75
Explorer User Bundle	225	50	25	150
Infoview Mobile	225	50	25	150

Auditor	560	125	70	365
---------	-----	-----	----	-----

27. El valor de las licencias que dejó de adquirir Panamerican Beverages Inc. al 31 de diciembre de 2003, de donde se deriva el incumplimiento contractual, asciende a la suma de US\$ 353.442, así:

Descripción	Licencias que falta por adquirir	Valor unitario	Valor Total	Valor Total con Descuento 55%	Valor mantenimiento	Total US\$
Infoview	365	590	215.350	96.907.5	25.842	122.750
BO Explorer	220	590	129.800	58.410	15.576	73.986
Reportes User Bundle	75	890	66.750	30.037	8.010	38.047
Explorer User Bundle	150	890	133.500	60.075	16.020	76.095
Infoview Mobile	150	145	21.750	9.787.5	2.610	12.397
Auditor	365	145	52.925	23.816	6.351	30.167
Total						353.442

28. El descuento del 55% ofrecido sobre el valor de las licencias de uso se concedió atendiendo el contrato corporativo liderado y perfeccionado por Panamco Colombia en nombre y representación de Panamerican Beverages Inc.

29. El incumplimiento contractual de Panamco Colombia ha generado grandes perjuicios a Unibase.

30. Con el fin de lograr un arreglo directo durante los primeros meses de 2004 se adelantaron gestiones orientadas a celebrar un contrato de transacción sin lograrse acuerdo alguno, pero existe plena aceptación de las obligaciones a cargo de Panamco Colombia en los correos electrónicos cruzados entre las partes.

#### **5.4. Oposición a las pretensiones.**

Panamco Colombia se opuso expresamente a todas las pretensiones y formuló la excepción de mérito que denominó “Panamco Colombia no ha incumplido ninguna obligación contraída con Unibase” y adicionalmente solicitó al tribunal declarar cualquier excepción que resultara probada durante el presente proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

#### **5.5. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda.**

Panamco Colombia dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, aceptando unos, negando otros, pero realizando en múltiples ocasiones precisiones y aclaraciones. Aceptó la existencia de la oferta, de la orden de compra y de los demás documentos contractuales y de las comunicaciones mencionadas en la demanda pero les atribuyó una interpretación y un efecto distinto. Adicionalmente, de su respuesta se desprende lo siguiente:

1. El negocio que podía celebrar Panamco Colombia solo versaría sobre las licencias delimitadas en la oferta de 12 de junio de 2002 presentada por Unibase y en la orden de compra que emitió aquella, es decir, sobre licencias que serían de uso exclusivo de la convocada, las cuales efectivamente fueron adquiridas y por las cuales se pagó la totalidad del precio convenido.

2. La razón de la inclusión del capítulo sobre la referencia de proveedores recomendados que implementaran soluciones con la herramienta en los países donde operara Panamco, obedeció a la necesidad de verificar la funcionalidad del producto ofrecido y la experiencia del proponente, pero nunca podrá afirmarse que aquella inclusión guardaba relación con el hecho de que Panamco Colombia requiriera la prestación de servicios en otros países.

3. No es cierto que Unibase señalado en su oferta los puntos en los que ella podría prestar los servicios o bienes requeridos porque la intención de Panamco Colombia jamás fue adquirir licencias para países distintos de Colombia. Cosa distinta es que la negociación realizada en Colombia se haya desarrollado en el marco de un posible acuerdo global, asunto que se tuvo en cuenta para negociar la adquisición de las licencias ofrecidas.

4. Panamco Colombia jamás solicitó la prestación de servicios ni requirió bienes para otros puntos de operación distintos al de Colombia.

5. En la comunicación de 2 de mayo de 2002 se advierte claramente la forma de facturación para los productos Broadcast Agent Scheduler y Publisher. La sociedad respectiva en cada país debía sufragar el porcentaje correspondiente al uso que haría de esos productos, pero no se puede derivar de allí que Panamco Colombia pagaría el valor correspondiente a la utilización de esos productos en todos los países mencionados.

6. En cuanto a las licencias Business Objects, tampoco se mencionó que el valor correspondiente a su utilización por sociedades distintas de Panamco Colombia debiera ser pagado por ella ni tampoco se ofrecieron a Panamco Colombia licencias de ese tipo, ni del tipo Broadcast Agent, para ser utilizadas por sociedades distintas de ella o en países distintos de Colombia.

7. Todas las licencias ofrecidas por Unibase y finalmente adquiridas y pagadas por Panamco Colombia se utilizarían exclusivamente por la convocada y únicamente en Colombia.

8. Del texto de la comunicación de 7 de mayo de 2002 se deriva sin lugar a dudas que la propuesta relativa a la adquisición de licencias se formulaba exclusivamente para Colombia, al indicarse: “De acuerdo con nuestra conversación, presentamos nuestra propuesta comercial **definitiva para Colombia** (...)" (negrillas fuera de texto).

9. Como puede observarse en las comunicaciones mencionadas hasta el momento, siempre se actuó con fundamento en el hecho de que la propuesta a formular, por parte de Unibase, a Panamco Colombia, tenía por objeto el uso de licencias por parte de esta última sociedad. Jamás se pensó en que Panamco Colombia aceptaría ofrecimientos relativos a licencias que serían utilizadas por sociedades distintas de ella.

10. Es cierto que el 16 de mayo de 2002 le fue formulado un nuevo ofrecimiento comercial a Panamco Colombia, que, como siempre, versaba sobre licencias que debían ser usadas por dicha sociedad en forma exclusiva. Según Unibase, de no existir una orden de compra emitida por un segundo país, distinto de Colombia, ella revaluaría con Panamco Colombia el descuento del 55%. Sin embargo, en la comunicación se lee: “Si el segundo país (Méjico) a 30 de julio del presente año no ha emitido una orden de compra o carta de intención de compra, **Business Objects revaluará conjuntamente con Panamco (Méjico) el descuento del 55%** ..." (negrillas fuera de texto). Es evidente que allí no se hizo referencia a que el descuento lo revaluarían Panamco Colombia y Unibase, como lo afirma la convocante.

11. Tampoco es cierto que en la citada comunicación se hubiere mencionado que de no existir a 30 de septiembre de 2002 la emisión de una orden de compra para el segundo país (Méjico) por parte de Panamco Colombia, Unibase presentaría a esta una factura por el excedente de los productos BCA Scheduler y Publisher. Quien debía emitir la orden de compra, era Panamco (Méjico), no Panamco Colombia, como se afirma.

12. Panamco Colombia jamás ha comprometido a personas jurídicas distintas de ella, ni ha pretendido comprometerlas, en la adquisición de las licencias a Unibase.

13. El objeto de la oferta era el conjunto de licencias allí identificadas, las cuales serían de uso exclusivo de Panamco Colombia y respecto de las cuales se emitió una orden de compra y se pagó su valor.

14. La facturación correspondiente a los productos Broadcast Publisher y Broadcast Scheduler se hizo en consideración al uso que de los mismos haría Panamco Colombia. En otras palabras, el 22.22% a que se hace referencia en la demanda, corresponde al valor total del producto que utilizaría Panamco Colombia. Jamás puede entenderse que a Panamco Colombia correspondía sufragar el valor total de ese producto. El valor correspondiente a ese porcentaje se calculó teniendo en cuenta el uso que ella haría del mismo.

15. El acuerdo global que se plantea no se perfeccionó, como pareciere darlo a entender Unibase, como consecuencia de las manifestaciones de voluntad de Unibase y Panamco Colombia. Panamco Colombia no pretendió obligar a sociedades filiales de Panamerican Beverages Inc. en países distintos de Colombia, así como tampoco pretendió obligarse a adquirir licencias para ser utilizadas por dichas sociedades en otros países. Así las cosas, Panamco Méjico no actuó como consecuencia de la manifestación de voluntad de Panamco Colombia de lo cual se dejó constancia en la mencionada orden de compra de 17 de junio de 2002.

16. Panamerican Beverages Inc. no ha incumplido ningún contrato como consecuencia de los acontecimientos relatados en la demanda, ni dejó de adquirir las mencionadas licencias, pues nunca se comprometió a hacerlo, circunstancias que para el presente proceso son totalmente irrelevantes.

17. Panamco Colombia no suscribió un acuerdo en nombre y representación de Panamerican Beverages Inc., así como tampoco celebró acuerdo de ningún tipo en nombre y representación de otras sociedades filiales de Panamerican Beverages Inc.

18. No ha habido incumplimiento contractual de ningún tipo por parte de Panamco Colombia y, por ello, no puede hablarse de la generación de perjuicios a Unibase como consecuencia del supuesto incumplimiento.

19. No es cierto que se hubiere intentado celebrar un contrato de transacción para extinguir obligaciones a cargo de Panamco Colombia y a favor de Unibase, ni ha existido ni existirá aceptación por parte de Panamco Colombia de obligación de ningún tipo a cargo suyo y a favor de Unibase.

## **6. Presupuestos procesales.**

Los presupuestos procesales están dados. En efecto, como se analizó con motivo de la primera audiencia de trámite, las partes son plenamente capaces, están debidamente representadas y tienen capacidad para transigir. De conformidad con las certificaciones que obran en el expediente, Unibase y Panamco Colombia son sociedades comerciales, legalmente constituidas y con domicilio en Bogotá; los representantes legales de las partes son mayores de edad como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes; igualmente, ambas partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Como se indicó en la primera audiencia de trámite, el tribunal fue debidamente integrado e instalado.

El pacto arbitral convenido por las partes se ajusta a la ley y en particular a los artículos 13 de la Ley 270 de 1996, y 115, 116 y 118 de la Ley 446 de 1998. En efecto, el pacto arbitral adoptado en la forma de cláusula compromisoria fue celebrado por dos personas jurídicas a través de sus representantes legales, quienes a nombre de ellas podían disponer de los derechos objeto del contrato; el pacto arbitral se encuentra incluido en el texto mismo de contrato; no se ha invocado ni acreditado ningún vicio en el consentimiento; la cláusula compromisoria no contiene disposiciones contrarias a las normas que regulan el arbitraje. Igualmente, de conformidad con tal pacto las partes agotaron la etapa previa de arreglo directo allí prevista.

Las controversias planteadas son susceptibles de transacción y se encuentran incluidas en el campo de aplicación del pacto arbitral.

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

## **7. Pruebas practicadas.**

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones, las partes aportaron varios documentos.

A solicitud de Panamco Colombia el tribunal practicó una exhibición de documentos por parte de Unibase.

Igualmente a petición de las partes se recibieron los interrogatorios de los representantes legales y la declaración de varios testigos.

A solicitud de la sociedad convocante se decretó y practicó un dictamen pericial, el cual fue objetado por Panamco Colombia.

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

## **II. Consideraciones del tribunal**

### **1. La interpretación de los contratos.**

Como ocurre en el presente caso, a menudo las partes en un contrato no se expresan con suficiente claridad, por lo cual es necesario determinar cuál es el sentido de las cláusulas en que ellas han plasmado su declaración de voluntad.

Como quiera que finalmente es la voluntad que se expresa la que da lugar a la formación del contrato puede haber discrepancias entre la voluntad y la declaración. Por lo demás, cuando se trata de actos jurídicos bilaterales que surgen de una voluntad común, como ocurre con el contrato, lo que se convierte en determinante es dicho acuerdo de voluntades. Sin embargo, una cosa es la voluntad que se declara y otra es la expresión de dicha declaración y el significado que a ella se le atribuye.

Ahora bien, frente a la prevalencia que debe darse a la voluntad de las partes en relación con la declaración o expresión de la misma, tradicionalmente se ha señalado que existen dos sistemas opuestos: el que da primacía a la voluntad y el que hace prevalecer la declaración. El primero de ellos, se afirma, es el adoptado por el Código Civil Francés, en tanto que el segundo es el que seguiría el Código Civil Alemán<sup>(1)</sup>.

Sin embargo, la oposición entre los dos sistemas no es tan radical como parece, pues en el derecho civil francés, y en el colombiano que lo sigue, juega un papel fundamental lo que las partes hayan acordado claramente, en tanto que en el sistema alemán no se desconoce la importancia de la real voluntad de las partes, sin perjuicio de que se acuda a la aplicación de los principios generales, como la buena fe. Incluso la doctrina advierte que la alternativa entre los dos sistemas está mal planteada, pues la sola intención no vale sin la declaración y la declaración no puede prescindir totalmente de la intención<sup>(2)</sup>.

Ahora bien, el principio fundamental que establece el artículo 1618 del Código Civil colombiano consiste en que “[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”<sup>(3)</sup>. Respecto de dicha disposición debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en esta materia cuando la voluntad de las partes queda reflejada en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que dichas estipulaciones son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellas. En este sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de julio de 1983 (M.P. Humberto Murcia Ballén)<sup>(4)</sup> expresó:

“Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de los contratantes quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales”.

De esta manera, cuando de hermenéutica contractual se trata a lo primero que debe acudirse es al texto mismo del contrato, para determinar si las partes expresaron claramente su voluntad, porque si ello es así no es necesario un nuevo esfuerzo de interpretación. En ese sentido obra el adagio “*in claris no fit interpretatio*”. Adicionalmente señala la doctrina que la regla no debe entenderse como exclusión de la interpretación en los casos de claridad, sino como presunción en favor del sentido literal<sup>(5)</sup>.

En todo caso, la máxima antes mencionada no debe entenderse en el sentido de que basta que el texto sea claro, sino que, además, su contenido no debe ser desmentido por elementos extratextuales<sup>(6)</sup>. Si ello ocurre, la claridad del texto puede ser apenas aparente y, por tanto, puede no reflejar la intención común de los contratantes. Al

respecto se ha señalado en un reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), referido al tema de la interpretación contractual y, en particular, al principio medular que la inspira, lo siguiente:

“2. Ahora bien, el criterio basilar en esta materia —más no el único, útil es memorarlo— es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’, en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán ‘por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra’.

Esa búsqueda —o rastreo *ex post* — de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, *prima facie* , claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, *in radice* , en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera *voluntas* de los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, “la letra mata, y el espíritu vivifica”<sup>(7)</sup>.

Es por ello que la doctrina contemporánea<sup>(8)</sup> expresa que la ambigüedad de un texto contractual puede ser intrínseca o extrínseca. La ambigüedad intrínseca resulta de la pluralidad de sentidos que puede tener una palabra o una expresión incluida en el acto o negocio jurídico. La ambigüedad extrínseca puede resultar de diferentes circunstancias, como, por ejemplo, del hecho de que una cláusula en sí misma clara y precisa, no lo sea frente a las demás estipulaciones de las partes incorporadas en el mismo contrato. Igualmente, puede resultar de la confrontación de actos materialmente distintos pero que concurren al mismo objeto (la aceptación que dio lugar al contrato y el texto escrito del mismo elaborado posteriormente) o de la confrontación del texto con la realidad en el cual las partes se encuentran colocadas al momento de ejecutar sus obligaciones<sup>(9)</sup>.

En tales circunstancias, cuando la manifestación de voluntad no sea clara, por adolecer de ambigüedad, bien intrínseca, bien extrínseca, debe recurrirse a la intención de las partes. Dicha intención es, en principio, la que existía al tiempo del contrato<sup>(10)</sup>. Ahora bien, como quiera que en principio el contrato es obra de ambas partes, es claro que en su interpretación no debe dársele prelación a la intención de una de ellas, sino que es menester establecer cuál es realmente la voluntad común.

Para interpretar el contrato el legislador establece ordinariamente una serie de criterios, cuyo carácter obligatorio ha sido discutido en los diversos países en los que se han adoptado. Así, por ejemplo, mientras en Francia la jurisprudencia<sup>(11)</sup> considera que dichos criterios no son obligatorios, en Italia ha sostenido que si lo son<sup>(12)</sup> . En Colombia una sentencia del 18 de mayo de 1943<sup>(13)</sup> señaló que las disposiciones establecidas en el Código Civil en materia de interpretación contractual son “una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos. No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, de forma que su violación pudiera llegar a ser la base de un cargo en casación...”<sup>(14)</sup> .

Frente a este asunto en particular considera el tribunal que los preceptos contenidos en el Código Civil en materia de interpretación constituyen verdaderas normas jurídicas que deben ser seguidas por el juez, tanto por razón de su objeto como de su texto. En efecto, por una parte, las normas sobre interpretación en el fondo regulan la actividad judicial de interpretación de la ley y en esta medida son preceptos que imponen un deber de conducta. Por otra parte, el mismo texto de las disposiciones reitera su carácter vinculante. Así por ejemplo, el artículo 1624 del Código Civil dispone que “[n]o pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”, lo cual muestra claramente el deber del juez de seguir los preceptos sobre interpretación y adicionalmente establece una jerarquía entre ellos.

Entre los criterios que establece la ley existen algunos cuyo contenido es claramente subjetivo, en la medida en que lo que persiguen es establecer la intención de las partes. En tanto que existen otros que la doctrina califica de objetivos, por cuanto ellos no tienen por propósito simplemente establecer la voluntad de las partes, sino determinar el contenido del contrato a través de otras reglas<sup>(15)</sup>.

En primer lugar, las partes pueden señalar cuál es el sentido genuino de su manifestación de voluntad contractual, realizando así una interpretación auténtica que en tanto tal será vinculante para el juez. Igualmente, dicha interpretación auténtica puede resultar de la ejecución misma del contrato. A tal propósito el artículo 1622 del Código Civil prevé la posibilidad de acudir a la aplicación práctica que hayan hecho de las cláusulas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte. Una regla análoga consagra la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería.

Adicionalmente, y aun cuando el Código Civil no hace referencia expresamente a ello, en la interpretación del contrato deberán tenerse en cuenta las manifestaciones de voluntad que hayan existido en la etapa previa a la celebración del contrato o durante su ejecución, en la medida en que ellas puedan revelar la intención común de las partes. Así lo establece la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías cuando señala que “[p]ara determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes” (art. 8º, num. 3º, en concordancia con el art. 4.3). Como lo señala la doctrina, para determinar el significado de un contrato el intérprete debe valorar la situación jurídica, económica o social en la que las partes se encontraban al contratar —antecedentes—, la manera como el contrato fue elaborado —trabajos preparatorios— y la conducta de las partes en la ejecución del contrato. Los antecedentes permiten saber lo que las partes buscaban conseguir y los propósitos que las guiaron<sup>(16)</sup>. Sin embargo, los antecedentes del contrato deben examinarse cuidadosamente como elementos indicativos de la voluntad contractual, pues precisamente un proceso de negociación puede conducir a que las partes, en pos del acuerdo, abandonen posiciones previamente definidas.

Igualmente, el Código Civil establece en el artículo 1620 que el sentido en que una cláusula produzca efectos debe preferirse a aquel en que no produzca consecuencia alguna. Se trata igualmente de aplicar un criterio subjetivo de interpretación, **en la medida en que debe presumirse que las partes al redactar un contrato no incluyen cláusulas inútiles**. Ahora bien, en este punto la doctrina señala que una cosa es determinar el sentido de una cláusula, según que la misma produzca o no efectos, de conformidad con la interpretación que se adopte, y, otra bien distinta, es determinar cuáles deben ser los efectos que produce. Para determinar si son unos u otros, mínimos o máximos, habrá que acudir a otros criterios de interpretación<sup>(17)</sup>.

Estrechamente vinculado con el anterior es el criterio establecido en el artículo 1622 del Código Civil que impone interpretar las cláusulas de un contrato unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. En esta medida es fundamental determinar el propósito perseguido por las partes al contratar, el cual debe articular el conjunto del contrato. Señala la doctrina<sup>(18)</sup> que para conocer el sentido de un contrato es preciso averiguar el sustrato económico sobre el que se funda el contrato, el juego de intereses que subyace en él y el intento práctico de la regulación que las partes han tratado de dar a estos intereses.

Por otra parte, y con un criterio más objetivo, el artículo 1621 del mismo código dispone que cuando no exista voluntad en contrario deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española la naturaleza es la esencia y propiedad característica de cada ser. Igualmente, el Diccionario la define como “[e]specie, género o clase”. Desde este punto de vista la naturaleza de un contrato hace referencia a la esencia o característica propia del mismo, o a la especie, género o clase a la que pertenece. Lo anterior implica que las estipulaciones contractuales deben interpretarse teniendo en cuenta la esencia del contrato que se interpreta y en particular el género al cual pertenece. Igualmente se señala que ello implica no solo tener en cuenta la función económica del contrato, sino también el resultado que las partes se propusieron<sup>(19)</sup>.

Así mismo y teniendo en cuenta que el artículo 1501 del Código Civil distingue entre los elementos que son de la esencia, los que son de la naturaleza y los que son puramente accidentales en un contrato y a tal efecto dispone que “son de la naturaleza de un contrato las [cosas] que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”, cuando se interpreta una cláusula contractual confusa en principio debe preferirse el sentido que corresponda a dichos elementos naturales del contrato. Este es el criterio que al respecto tenía Pothier<sup>(20)</sup>, quien señalaba, por ejemplo, que si en un contrato de arrendamiento simplemente se hacía

referencia a las reparaciones como objeto de una de las obligaciones del arrendatario, debía entenderse que se hacía referencia a las reparaciones locativas, que son las que por naturaleza corresponden a dicha parte en el citado contrato.

A lo anterior vale la pena agregar que de conformidad con el artículo 1603 del Código Civil “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

En un sentido análogo el artículo 871 del Código de Comercio dispone que “[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

De esta manera, en la interpretación y determinación de los efectos de los contratos debe tenerse en cuenta la buena fe y particularmente las consecuencias que de ella se derivan, en concordancia con la costumbre y la equidad natural.

En este sentido vale la pena destacar que la doctrina<sup>(21)</sup> ha señalado que la aplicación de la buena fe en materia de interpretación implica que los contratos han de ser interpretados teniendo en cuenta: a) una lealtad y una corrección en su elaboración, es decir, que las partes quisieron expresarse como personas honestas y no buscando confusiones u oscuridades; b) que el sentido que se le atribuya sea el más conforme a un desenvolvimiento leal de la relación, y c) los conceptos de confianza y autoresponsabilidad, por lo cual si una parte generó en la otra una confianza con su declaración, en el sentido objetivamente atribuible a esa declaración, no puede después impugnar este sentido y atribuir otro. Las declaraciones deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que haya podido suscitar. No sobra destacar que este principio inspira la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías cuando ella señala en su artículo 8º que “las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”, pero que cuando tal criterio no fuera aplicable “las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte”.

En relación con la equidad podría decirse que en caso de que se puedan interpretar determinadas cláusulas de un contrato en diversos sentidos, debería prevalecer aquella interpretación que corresponda a una relación de equilibrio e igualdad de trato entre las partes involucradas en la respectiva relación contractual<sup>(22)</sup>.

El artículo 1624 del Código Civil dispone que no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Esta regla parte de la idea de que la situación normal de una persona es no estar obligada, y por ello debe acreditarse fehacientemente la existencia de la obligación, por lo cual a falta de prueba la interpretación debe inclinarse en el sentido de que no hay obligación.

Finalmente, agrega el Código Civil que las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por dicha parte. El fundamento de esta regla consiste en que quien redacta una cláusula debe ser claro y si no cumple la carga, la ley le asigna las consecuencias desfavorables de tal circunstancia<sup>(23)</sup>.

Teniendo en cuenta las reglas mencionadas, con el alcance que se ha señalado, procede entonces el tribunal a determinar el sentido y alcance de los acuerdos de las partes.

## **2. El contrato objeto de interpretación.**

En el presente caso el contrato celebrado por las partes resulta de la conjunción de la oferta mercantil del 12 de junio de 2002, que obra a folios 1 y siguientes del cuaderno de pruebas 1, y la aceptación de dicha oferta, realizada a través de la orden de compra remitida al oferente mediante comunicación del día 17 de junio de 2002, que obra a folios 11 y siguientes, del cuaderno de pruebas 1.

Para efectos del análisis que más adelante se hará, considera procedente el tribunal reproducir la parte pertinente

del texto de dichos documentos contractuales.

En la oferta mercantil del 12 de junio de 2002, la sociedad Unibase Ltda., sociedad comercial constituida en Colombia mediante la escritura pública 2369 del 20 de agosto de 1986, otorgada en la Notaría 32 del círculo de Bogotá, expresa lo siguiente (fls. 1 y ss. del cdno. de pbas. 1):

“A través de la presente oferta mercantil, y en desarrollo de los acercamientos que hemos tenido sobre el particular, nos permitimos someter a su consideración los términos y condiciones bajo los cuales Unibase Ltda. estaría dispuesta a vender a Panamco Colombia S.A. un software denominado Business Objects”.

Posteriormente se dispone:

“Destinataria de la oferta:

La oferta está destinada a las (sic) siguiente sociedad quien en lo sucesivo se denominará genéricamente la destinataria.

Panamco Colombia S.A., sociedad constituida por escritura pública 2273 de la Notaria 1 de Medellín del 05 de septiembre de 1940”.

En el objeto de la oferta se expresó:

“Objeto de la presente oferta

Mediante la presente oferta, el oferente ofrece a la destinataria transferirle a título de compra venta el derecho de uso, haciéndole entrega real y material de un software denominado Business Objects, que para los efectos de la presente oferta se denominará “el software”, compuesto por los módulos que se mencionan a continuación, para ser utilizado en los equipos de propiedad de la destinataria, y para su uso exclusivo, de acuerdo a los términos y condiciones expresados en el formato términos y condiciones de licencia de uso del producto B.O., el cual se adjunta y hace parte integral de la presente oferta.

“Módulos de software

125 licencias de Infoview.

75 licencias de Business Objects Explorer.

25 licencias de Reporter User Bundle.

50 licencias de Explorer User Bundle.

50 licencias de Infoview Mobile Extensión.

1 licencia de Designer.

1 licencia de Supervisor.

125 licencias de Auditor.

1 licencia de Broadcast Agent Scheduler.

1 licencia de Broadcast Agent Publisher.

Como contraprestación, la destinataria pagaría al oferente la suma mencionada más adelante.

(...).

No obstante lo anterior, para efectos de la licencia ofrecida se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:

PAR. 1º—El software Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher en el licenciamiento ofrecido es de uso de Panamerican Beverages INC., y por lo tanto su entrega material e instalación se hará en el país y en el momento que Panamerican Beverages INC., decida.

PAR. 2º—Si al 30 de septiembre de 2002 Panamerican Beverages INC., no ha emitido a través de una de sus filiales una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país, el oferente presentará una factura a la destinataria por el excedente no facturado de los productos Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher según los términos de la cláusula octava: precio y forma de pago.

PAR. 3º—Si a 30 de julio Panamerican Beverages Inc., no ha emitido una segunda orden o carta de intención de compra para un segundo país, se revaluará conjuntamente el descuento del 55%.

PAR. 4º—Panamerican Beverages Inc., a 31 de diciembre de 2003 debe haber adquirido como mínimo 560 licencias de Infoview, 335 licencias de Explorer, 110 licencias de Reporter User Bundle, 225 licencias Explorer User Bundle, 225 licencias de Infoview Mobile y 560 licencias de Auditor, para todos los países de la región.

PAR. 5º—La forma de pago para esta negociación incluyendo los países de la región es de treinta (30) días contados a partir, de la entrega de los productos y presentación de la factura”.

(...)".

Por su parte, en el acápite de valor y forma de pago se dijo:

“En el evento de aceptación de la presente oferta por parte de la destinataria, esta se obliga a pagarle a el oferente, el equivalente en pesos colombianos a US\$ ciento cuarenta y ocho mil ochocientos treinta y un dólares americanos (US\$ 148.831), más el IVA de ley correspondiente, suma que resulta de lo siguiente:

Descripción	Nº de licencias	Valor unitario US\$	Subtotal US\$	Soporte y mantenimiento 12% US\$	Descuento 55% US\$	Valor total US\$
Infoview	125	590	73.750	8.850	33.188	42.038
Business Objects Explorer	75	590	44.250	5.310	19.913	25.223
Reporter User Bundle	25	890	22.250	2.670	10.013	12.683
Explorer User Bundle	50	890	44.500	5.340	20.025	25.365
Infoview Mobile Extensión	50	145	7.250	870	3263	4.133
Designer	1	2.990	2.990	359	1.346	1.705
Supervisor	1	2.990	2.990	359	1.346	1.705
Auditor	125	145	18.125	2.175	8.156	10.331
						123.183

Descripción	No de Licencias	Valor Unitario US\$	Descuento 55% US\$	Licencia 22.22%	Soporte y Mto 12% US\$	Soporte y Mto 22.22% US\$	Valor total US\$
BCA Scheduler	1	75.000	33.750	7.499	9.000	2.000	9.499
BCA Publisher	1	127.500	57.375	12.749	15.300	3.400	16.149

						25.648
--	--	--	--	--	--	--------

(...)".

En los párrafos 1º y 3º de esta cláusula se dispone:

“PAR. 1º—Estos precios tienen incluido un descuento del 55% en el valor de las licencias. Si el segundo país a 30 de julio de 2002 no ha emitido una orden de compra o carta de intención de compra, business objects revaluará conjuntamente con Panamerican Beverages Inc., el descuento del 55% del valor de las licencias”.

(...).

PAR. 3º—El software Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher en el licenciamiento ofrecido es de uso corporativo de Panamerican Beverages Inc. Por lo tanto el precio mencionado en esta oferta solo corresponde al porcentaje en el uso del software por parte de la destinataria, que se determina en un 22.22% del costo total de estos módulos”.

Como arriba se indicó, la oferta formulada en los términos que atrás se han reseñado, fue aceptada por la orden de compra remitida por Panamco Colombia a Unibase mediante comunicación del 17 de junio de 2002, en la cual se señaló (fl. 11 del cdno. de pbas. 1):

“En señal de aceptación de la oferta mercantil presentada por Unibase Ltda. contenida en la comunicación de fecha 12 de junio de 2002, Panamco Colombia S.A. manifiesta que acepta los términos allí contenidos mediante la expedición de la presente orden de compra.

Para efectos de la presente orden, en adelante Panamco Colombia S.A. se denominará “la destinataria” y Unibase Ltda. se denominará “el oferente”.

#### Objeto

El objeto de la presente orden de compra consiste en que el oferente transferirá a la destinataria a título de compra venta el derecho de uso, haciéndole entrega real y material, de un software denominado Business Objects, que para los efectos de la presente orden se denominará “el software”, compuesto por los módulos que se mencionan a continuación, para ser utilizado en los equipos de propiedad de la destinataria, y para su uso exclusivo, de acuerdo con los términos y condiciones expresados en el formato términos y condiciones de licencia de uso del producto B.O., el cual hace parte integral de la oferta que se anexa a la presente orden, oferta que a su vez hace parte integral de esta orden.

#### Módulos del software

125 licencias de Infoview.

75 licencias de Business Objects Explorer.

25 licencias de Reporter User Bundle.

50 licencias de Explorer User Bundle.

50 licencias de Infoview Mobile Extensión.

1 licencia de Designer.

1 licencia de Supervisor.

125 licencias de Auditor.

1 licencia de Broadcast Agent Scheduler.

1 licencia de Broadcast Agent Publisher.

Como contraprestación, la destinataria pagará al oferente la suma mencionada a continuación.

#### Precio y forma de pago

La destinataria pagará al oferente por el software objeto de esta orden, el equivalente en pesos colombianos a US \$ ciento cuarenta y ocho mil ochocientos treinta y un dólares americanos (US\$ 148.831), más el IVA de ley correspondiente”.

(...).

#### Duración

La duración de la presente orden es de 30 días contados a partir de la fecha de emisión de la presente orden, término en el cual el oferente deberá haber entregado a la destinataria el software objeto de esta orden.

(...).

El anexo señalado con x hace parte integral de esta orden:

1. oferta del oferente \_\_\_\_\_X\_\_\_\_\_. ”.

Las partes del presente proceso no discuten la celebración del contrato a que se ha hecho referencia. De los documentos allegados por aquellas y de sus respectivas manifestaciones a lo largo del proceso se puede concluir que por la unión de la oferta presentada el día 12 de junio de 2002 por Unibase y la orden de compra emitida por Panamco Colombia el día 17 de junio siguiente, se perfeccionó entre dichas sociedades un contrato cuyo objeto principal fue la transferencia del software denominado Business Objects a cambio de una remuneración.

Ahora bien, como se ha expuesto, el objeto del presente proceso se centra en definir el alcance de algunas de las estipulaciones contenidas en los documentos en los que se plasmó la voluntad de las partes contratantes, con el propósito de determinar si Panamco Colombia cumplió cabalmente con las obligaciones que para ella surgieron del contrato celebrado en la forma arriba referida. Para ello resulta indispensable definir, en primer término, cuál fue el contexto en el que se realizó la operación y, en segundo lugar, determinar cuál debe ser el alcance de los párrafos contenidos en la cláusula atinente al objeto de la oferta, bajo el entendido, se repite, de que esta fue aceptada integralmente por el destinatario de la misma.

Para estos efectos, considera necesario el tribunal examinar los antecedentes de la negociación cuyos resultados finalmente se reflejaron en dichas oferta y aceptación.

### **3. Los antecedentes del contrato.**

A tal efecto debe observarse que en el inicio del proceso de contratación existe un documento elaborado por Panamco Colombia para el desarrollo del Proyecto Data Warehouse, denominado “Evaluación de herramientas de visualización y análisis - Requerimiento para los Proveedores”, fechado el 2 de abril de 2002, en el cual se señala lo siguiente (fl. 17 del cdno. de pbas. 1):

“Proveedores.

#### 1. Antecedentes

En este punto se deberá entregar una referencia de proveedores recomendados que implementen soluciones con la herramienta en los países donde opera Panamco (...”).

De esta manera, la capacidad de implementar la misma herramienta en otros países donde operara Panamco Colombia se tomaba en cuenta y específicamente se le asignaba un peso en la puntuación que se otorgaba a las ofertas.

Ahora bien, en comunicación UBB-0231-2002 del jueves 2 de mayo de 2002, enviada por Clara Rocío Mantilla, ejecutiva de cuenta de Unibase, al ingeniero Álvaro Moncada, gerente nacional de sistemas de Panamco Colombia, se expresa (fl. 31):

“De acuerdo con nuestra conversación del día de ayer y atendiendo las observaciones realizadas por usted, **presentamos nuestra propuesta comercial para Colombia.**

Es importante resaltar que **el descuento ofrecido para esta propuesta es del 55%** sobre el valor de las licencias, **enmarcado dentro de un acuerdo de compra global para toda la región.** Además la forma de facturación para los productos Broadcast Agent Scheduler y Publisher será discriminada entre los cinco países así:

País	Porcentaje
Colombia	22.22%
Venezuela	22.22%
Brasil	22.22%
México	22.22%
Costa Rica	11.12%

(...)" (se subraya).

A continuación, en hoja anexa y con descripción detallada de los términos económicos correspondientes, se hace una relación de las licencias objeto de la negociación, que son las siguientes:

125 de Infoview

75 de BO Explorer

25 de Reporter User Bundle

50 de Explorer User Bundle

50 de Infoview Mobile Extensión

1 de Designer

1 de Supervisor

125 de Auditor

1 de BCA Scheduler

1 de BCA Publisher

Posteriormente, en comunicación UBB-244-2002 del 7 de mayo de 2002 enviada por la señora Clara Rocío Mantilla, ejecutiva de cuenta de Unibase, al ingeniero Álvaro Moncada, gerente nacional de sistemas de Panamco Colombia, que obra a folio 25 del cuaderno de pruebas 1, se expresa:

“De acuerdo con nuestra conversación, presentamos nuestra propuesta comercial definitiva para Colombia.

Es importante resaltar que el descuento ofrecido para esta propuesta es del 55% sobre las licencias, enmarcado dentro de las siguientes consideraciones:

- Un compromiso corporativo de compra del volumen estimado para la región (licencias para Brasil, México, Venezuela, Costa Rica y Colombia).

- Una orden de compra simultánea en México y Colombia (países con disponibilidad presupuestal inmediata).
- Una orden de compra para el BCA Scheduler generada en Colombia, entregada en México y facturada a Colombia y México proporcionalmente según disponibilidad o, una orden de compra para el BCA Scheduler y BCA Publisher generada en Colombia, entregada en México y facturada a los diferentes países proporcionalmente según su disponibilidad” (se resalta).

(...”).

En esta comunicación se indica a continuación el número de licencias que se ofrecían y que eran básicamente las mismas indicadas en la comunicación del 2 de mayo en cantidad y precio, salvo por una modificación en el valor del rubro relativo al soporte y al mantenimiento.

Seguidamente, en comunicación UBB-0272-2002 del 16 de mayo de 2002 (fl. 28 del cdno. de pbas. 1) enviada por la señora Clara Rocío Mantilla, ejecutiva de cuenta de Unibase, al ingeniero Álvaro Fernando Moncada Niño, de Panamco Colombia, se expresó (fl. 28):

**“De acuerdo con nuestra conversación del día de hoy, estoy formalizando el nuevo ofrecimiento comercial para la adquisición de los productos Business Objects así:**

1. Se mantendrá para Colombia el descuento del 55% en los productos ofertados independientemente si (sic) el segundo país (México) hace la solicitud de compra de manera simultanea. Esto se debe formalizar con una carta de intención de compra antes de finalizar esta semana.
2. Si el segundo país (México) a 30 de julio del presente año no ha emitido una orden de compra o carta de intención de compra, Bussiness Objects revaluará conjuntamente con Panamco (México) el descuento del 55%.
3. Si a 30 de septiembre del presente año, Panamco no ha emitido una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país (México), Unibase presentará una factura a Panamco Colombia por el excedente de los productos BCA Scheduler y Publisher.
4. La forma de pago para esta negociación es cancelar el 100% a 30 días contados a partir de la entrega de los productos y presentación de la factura” (se resalta).

En comunicación UBB-282-2002 fechada el 20 de mayo de 2002, y enviada por la señora Clara Rocío Mantilla al ingeniero Álvaro Fernando Moncada Niño (fl. 30), se expresó:

**“De acuerdo con nuestra conversación del día de hoy, estoy formalizando el nuevo ofrecimiento comercial para la adquisición de los productos Business Objects así:**

1. Se mantendrá para Panamco el descuento del 55% en los productos ofertados independientemente si (sic) el segundo país hace la solicitud de compra de manera simultanea. Esto se debe formalizar con una carta de intención de compra antes de finalizar el día de hoy.
2. Si el segundo país a 30 de julio del presente año no ha emitido una orden de compra o carta de intención de compra, Bussiness Objects revaluará conjuntamente con Panamco el descuento del 55%.
3. Si a 30 de septiembre del presente año, Panamco no ha emitido una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país, Unibase presentará una factura a Panamco Colombia por el excedente de los productos BCA Scheduler y Publisher.
4. La forma de pago para esta negociación es cancelar el 100% a 30 días contados a partir, de la entrega de los productos y presentación de la factura” (se resalta).

Como culminación de este proceso de negociación, en comunicación del 20 de mayo de 2002, enviada por el ingeniero Álvaro Moncada, director de información y gestión de Panamco Colombia, a Unibase, se expresa (fl. 29):

“Nos permitimos informarle que nuestra compañía Panamco Colombia S.A. ha finalizado la evaluación de proponentes para la selección de las herramientas de visualización y análisis, para el proyecto de data Warehouse. Efectuados los análisis correspondientes y teniendo en cuenta los resultados finales, **le manifestamos que su solución ha sido elegida para adelantar este proyecto a nivel corporativo**” (se resalta).

Finalmente se remitió la oferta que fue aceptada en los términos ya mencionados.

Ahora bien, para mayor claridad en el análisis que se está realizando, considera procedente el tribunal separar la negociación de los programas Bussines Objects de la de los programas BCA Scheduler y BCA Publisher.

### **3.1. Los programas Business Objects.**

En relación con estos programas, en primer lugar debe destacar el tribunal que, inicialmente, en comunicaciones del 2 y 7 de mayo de 2002, Unibase presentó propuestas a Panamco Colombia ofreciendo un descuento del 55% sobre el valor de las licencias que adquiriría esta sociedad. Dicho descuento estaba enmarcado dentro de un “**acuerdo de compra global para toda la región**” o un “**compromiso corporativo de compra del volumen estimado para la región**”, según las expresiones que allí mismo se utilizan. A tales propuestas le agregó la comunicación del 7 de mayo que el descuento requeriría adicionalmente una orden de compra simultánea en México y Colombia. Con fundamento en el texto de tales comunicaciones, para el tribunal resulta claro que los ofrecimientos que realizaba Unibase en ese momento tenían en cuenta la realización de un acuerdo con la sociedad Panamco Colombia, dentro de un contexto regional.

Ahora bien, en la comunicación del 16 de mayo ya no se hizo referencia a un compromiso de compra corporativo o global, sino que se expresó que se mantendría el descuento del 55%, aun cuando el segundo país (Méjico) no hiciera la solicitud de compra simultánea, y se señaló que si al 30 de julio no se había emitido una orden de compra o carta de intención de compra por ese segundo país, se reevaluaría conjuntamente el descuento con Panamco México. Lo anterior indica que, para ese momento, las negociaciones seguían teniendo en cuenta un contexto regional, aun cuando ello no se señalara expresamente, y que dentro de dicho marco simplemente se mantendría el descuento a Panamco Colombia, así no se emitiera una segunda orden de compra.

Finalmente, en la comunicación del 20 de mayo de 2002 se mantienen las mismas condiciones descritas y simplemente se elimina la referencia a México como segundo país.

Como se puede observar de todo lo anteriormente relatado, en el curso de la negociación desapareció la referencia explícita a una compra corporativa o global. Sin embargo, en la oferta, particularmente en el parágrafo 4º de la cláusula relativa al objeto de la propuesta, aparece una referencia a dicha compra global, pues el número de licencias Business Objects que allí se menciona excede las que se comprarían para la sociedad Panamco Colombia.

### **3.2. Los programas BCA Scheduler y BCA Publisher.**

En cuanto a estos programas se observa que en la comunicación del 2 de mayo de 2002, simplemente se contempló que el descuento se daría por una compra global y que estos programas se facturarían proporcionalmente a cada uno de los países. Luego, en la comunicación del 7 de mayo se señaló que se otorgaría el descuento del 55% con base en las consideraciones anteriormente mencionadas para los programas Bussines Objects, y, en particular, respecto de los programas que aquí se examinan se exigió que se expediera una orden de compra para el BCA Scheduler generada en Colombia, entregada en México y facturada a Colombia y México proporcionalmente según disponibilidad o, una orden de compra para el BCA Scheduler y el BCA Publisher generada en Colombia, entregada en México y facturada a los diferentes países proporcionalmente según disponibilidad.

Seguidamente, en la comunicación del 16 de mayo de 2002 no se hizo referencia a una compra corporativa o global, y se previó que si a 30 de septiembre del mismo año, Panamco no había emitido una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país (Méjico), Unibase presentaría una factura a Panamco Colombia por el excedente de los productos BCA Scheduler y Publisher. Esta misma fórmula se mantiene en la comunicación del 20 de mayo de 2002, pero eliminando la referencia a que el segundo país debería ser México.

Finalmente, en la oferta se contempla el parágrafo 2º de la cláusula relativa al objeto de la propuesta, que hace

referencia a que si no se emitía una orden de compra por un segundo país a más tardar el 30 de septiembre de 2002, Unibase presentaría a Panamco Colombia una factura por el excedente no facturado de los productos Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher.

#### **4. El sentido y alcance de los párrafos 2º y 4º del objeto de la oferta.**

Partiendo de lo anterior es entonces procedente analizar cuál es el alcance de los párrafos 2º y 4º de la cláusula relativa al objeto de la oferta, en los cuales funda la demandante sus pretensiones. Por consideraciones de orden en el estudio del tema, el tribunal analizará primero el párrafo 4º y luego el párrafo 2º.

##### **4.1. El sentido y alcance del párrafo 4º del objeto de la oferta.**

Como ya se dijo el párrafo 4º del objeto de la oferta dispone lo siguiente:

“PAR. 4º—Panamerican Beverages Inc., a 31 de diciembre de 2003 debe haber adquirido como mínimo 560 licencias de Infoview, 335 licencias de Explorer, 110 licencias de Reporter User Bundle, 225 licencias Explorer User Bundle, 225 licencias de Infoview Mobile y 560 licencias de Auditor, para todos los países de la región”.

Este párrafo puede interpretarse en diversos sentidos. En primer lugar, podría plantearse que en virtud de dicha estipulación Panamco Colombia se obligó a adquirir las licencias a las que allí se hace referencia. Una segunda alternativa consistiría en considerar que por dicho párrafo Panamerican Beverages Inc. se obligó adquirir tales licencias. La tercera opción consistiría en afirmar que Panamco Colombia prometió a Unibase que Panamerican Beverages Inc. adquiriría las licencias allí mencionadas. Finalmente, y como cuarta alternativa, podría considerarse que la adquisición de tales licencias por parte de Panamerican Beverages Inc. era una razón de las condiciones pactadas y particularmente del descuento otorgado por Unibase a Panamco Colombia.

Si se examina cada una de las diversas alternativas a las que se ha hecho referencia se encuentra lo siguiente:

1. Para el tribunal es claro que en el presente caso no puede afirmarse que Panamco Colombia se haya obligado a adquirir las licencias a las que hace referencia el párrafo 4º. En efecto, ello se desprende del texto mismo de la oferta, de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre las diversas estipulaciones de un contrato, de los antecedentes de la negociación y de la ejecución práctica del convenio por las partes.

Lo primero que debe tener en cuenta el tribunal es que la oferta de las licencias fue redactada por ambas partes y revisada por los abogados de Panamco Colombia, tal y como resulta del interrogatorio de parte absuelto por el doctor Juan Carlos Domínguez<sup>(24)</sup> y de la declaración del Ingeniero Álvaro Mocada<sup>(25)</sup>. Por consiguiente, el contenido de lo que allí se expresa fue dispuesto por personas que claramente conocían el alcance que podría darse a lo que se estipulaba. No es posible aceptar que existió allí una ligereza por parte de quienes elaboraron la documentación correspondiente.

Los redactores de la oferta fueron particularmente cuidadosos en definir a Panamco Colombia como “la destinataria”. Así mismo, dentro del texto de la oferta precisaron cuál era el objeto de la oferta a “la destinataria”, que consistió en transferir un software compuesto por los distintos módulos que allí se listan. Dichos módulos son distintos de aquellos a los que se refiere el párrafo 4º. Adicionalmente, al regular el valor y la forma de pago de lo que debía cancelar “la destinataria” claramente se determina el precio a pagar por las licencias a que se refiere el objeto de la oferta y no el de aquellas a las que alude el párrafo 4º. Desde este punto de vista el texto mismo de la oferta no contenía el precio de las licencias a las que se refiere este párrafo, lo que indicaría que la adquisición de ellas no era parte del objeto mismo de la propuesta.

Por otro lado, el párrafo 4º del objeto de la oferta se refiere a Panamerican Beverages Inc., al indicar que debe adquirir las licencias que allí se señalan, y en tal caso no puede entenderse que se trata de Panamco Colombia, pues las partes claramente habían precisado que en este último caso se trataba de “la destinataria”. Además, no se aprecia ninguna circunstancia que permita afirmar que en el párrafo 4º se incurrió en un error de cita en el nombre del sujeto que se menciona, sobre todo si se tiene en cuenta que las licencias que se relacionan en dicho párrafo claramente no son las que habría de usar Panamco Colombia, sino las que habrían correspondido a las diferentes empresas filiales de Panamerican Beverages Inc. en una posible operación de alcance regional.

Así mismo, la orden de compra que constituye la aceptación de la oferta, precisa que el objeto de ella son los módulos de software que se enumeran seguidamente, que son los mismos contenidos en el objeto de la oferta, y que son distintos de aquellos a los que hace referencia el parágrafo 4º.

Ahora bien, si se revisan los antecedentes de la negociación se aprecia que en ningún momento se contempló que Panamco Colombia hubiera de adquirir la totalidad de las licencias a las que se refiere el parágrafo 4º. En efecto, en las primeras comunicaciones de 2 y 7 de mayo claramente se precisa que se trata de una propuesta que se hace para Colombia y que la misma versa sobre el número de licencias a las cuales se refiere el objeto de la oferta, a las que se ha hecho referencia, solo que el descuento se enmarca dentro de un acuerdo global o un compromiso corporativo de compra. En las comunicaciones posteriores no se hace referencia a este acuerdo global, pero se contempla, para efectos del descuento, la compra por un segundo país, que no era Colombia, lo cual acredita que durante la negociación no se previó que Panamco Colombia adquiriera licencias adicionales a aquellas a las que se refiere el objeto de la oferta, sino que se contemplaron una serie de condiciones que podían afectar el precio.

Finalmente, si se examina la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato se encuentra que Panamco Colombia adquirió las licencias a las que se refería el objeto de la oferta, y que Panamco México adquirió otras licencias. Así mismo, el proyecto de contrato de transacción que se discutió, y cuya existencia como proyecto ha quedado demostrada a través del documento que obra a folios 180 y siguientes del cuaderno de pruebas 1 y de las declaraciones de Roberto Umaña, Adrian Waldman y Juan Carlos Domínguez, no involucraba solamente a Panamco Colombia sino también a otras sociedades, lo cual indica que para las partes era claro que no se trataba simplemente de una obligación de la sociedad colombiana.

Por todo lo anterior, el tribunal debe concluir que no existe la obligación para Panamco Colombia de adquirir las licencias a las que se refiere el parágrafo 4º del objeto de la oferta.

2. Como quiera que el parágrafo 4º del objeto de la oferta claramente establece que a 31 de diciembre de 2003 Panamerican Beverages Inc. debería haber adquirido las licencias que se mencionan en el mismo, cabe preguntarse si respecto de dicha estipulación puede concluirse que quien quedó obligado en virtud del citado parágrafo fue Panamerican Beverages Inc. y no Panamco Colombia. Lo anterior implicaría entonces que Panamco Colombia habría actuado como representante de Panamerican Beverages Inc., pues es claro que quien aparece como destinataria de la oferta y emisora de la orden de compra es la sociedad colombiana y, por tanto, la vinculación de Panamerican Beverages Inc. se habría dado en virtud del fenómeno de la representación. Para determinar si realmente ello ocurrió es entonces necesario examinar si existió tal representación.

De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil (art. 1505) y el Código de Comercio (art. 832), la representación consiste en que una persona actúa a nombre de otra, estando facultada por esta última o por la ley para hacerlo, y como consecuencia de ello los efectos jurídicos del acto que se realice vinculan directamente a aquella persona en cuyo nombre actúa el representante. Así las cosas, la representación supone (i) que el representante manifieste su voluntad para formar un acto jurídico; (ii) que el representante manifieste actuar a nombre de otro; (iii) que legalmente el acto pueda ser realizado por medio de representante, y (iv) que el representante disponga de un poder para obrar en la forma como lo hace o que la ley reconozca la existencia de tal facultad.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos enunciados, es evidente que para que haya representación, la voluntad del representante debe expresarse para formar el acto jurídico, pues si quien obra simplemente transmite una voluntad ajena se tratará de lo que la doctrina tradicionalmente conoce como un nuncio, es decir, un simple mensajero. En el caso del nuncio no hay representación y simplemente el acto se forma con la declaración de voluntad que se transmite. En el presente caso, es claro que existió una expresión de voluntad propia de Panamco Colombia. No existió una simple transmisión de una voluntad ajena, la de Panamerican Beverages Inc., que la hubiera vinculado directamente.

El segundo requisito consiste en que el representante manifieste actuar a nombre del representado. Esto es lo que se denomina la *contemplatio domini*. Tal requisito se deriva de la definición misma de representación que implica obrar a nombre de otro. Si bien, en principio, dicha manifestación debe ser expresa, el propio Código Civil, en la regulación original del contrato de sociedad, admitía que ella podía ocurrir cuando “las circunstancias lo

manifiesten de un modo inequívoco" (art. 2120), y el Código de Comercio lo admite también para el factor cuando el acto corresponda al giro ordinario y sea notoria la calidad de factor de quien actúa (art. 1337). De lo anterior se concluye que el requisito que se comenta también puede derivarse de las circunstancias, siempre y cuando, como lo exige la ley, sea inequívoco.

Ahora bien, en el presente caso, de la estipulación contenida en el parágrafo 4º tantas veces mencionado y de las pruebas aducidas al proceso, no se desprende que Panamco Colombia haya querido manifestar su voluntad a nombre de Panamerican Beverages Inc. para que esta quedara obligada a adquirir las licencias que allí se mencionan. En efecto, lo que allí se dice es que en una fecha determinada Panamerican Beverages Inc. debería haber adquirido unas licencias, pero Panamco Colombia no manifiesta obrar a nombre de Panamerican Beverages Inc. La expresión incluida en la oferta, en el sentido de que a 31 de diciembre de 2003 Panamerican Beverages Inc. "debe haber adquirido" un determinado número de licencias de software, simplemente podría reflejar la existencia de una obligación a cargo de ella, la cual podría haber surgido de otro acto jurídico, o podría ser simplemente una afirmación de las partes sobre un hecho que ellas creen que existía o que debería existir como requisito o causa de las condiciones económicas acordadas, como podría ocurrir con los descuentos del precio. Por consiguiente, del texto del parágrafo o de las restantes pruebas que obran en el expediente, no se deduce que Panamco Colombia haya manifestado obrar a nombre de Panamerican Beverages Inc. obligándola a adquirir las licencias restantes.

Por lo demás tampoco es posible afirmar que en el presente caso, pueda deducirse de las circunstancias que Panamco Colombia obraba a nombre de Panamerican Beverages Inc. En efecto, si bien varios de los testigos citados a declarar en el presente proceso manifestaron que entendían que Panamco Colombia y Panamerican Beverages Inc. eran una misma entidad u organización, la verdad es que al examinar con cuidado las circunstancias que rodearon la negociación, no considera razonable el tribunal aceptar dicha conclusión.

Esto es así, pues, por una parte, en las comunicaciones del 2 y 7 de mayo de 2002 que antecedieron a la oferta, simplemente se hace referencia a una propuesta para Colombia y que para efectos del descuento tal propuesta está enmarcada dentro de un acuerdo global o un compromiso corporativo, pero de ello no se desprende que sea la propia Panamco Colombia la que celebra dicho acuerdo global o corporativo a nombre de Panamerican Beverages Inc. Adicionalmente, del propio texto de la oferta se desprende claramente que Unibase era consciente que en la operación había varias personas jurídicas involucradas, pues hace referencia, por una parte, a Panamerican Beverages Inc., por otra, a Panamco Colombia, y, finalmente, identifica de una manera distinta a las otras filiales de aquella compañía.

Por otra parte, los propios testigos que concluyen sobre la unidad entre Panamco Colombia y Panamerican Beverages Inc. la derivan del hecho de que se presentaron reuniones en la ciudad de Miami con funcionarios de Panamerican Beverages Inc., reuniones cuyo sentido es controvertido por los diferentes testigos que aluden a ellas<sup>(26)</sup>. Ahora bien, tal circunstancia, incluso si allí se hubieran realizado negociaciones, no acredita que Panamco Colombia hubiera estado actuando a nombre de Panamerican Beverages Inc. En efecto, lo que ello demuestra es que el acuerdo entre Unibase y Panamco Colombia se celebró en el marco de una negociación regional, que influyó determinantemente en la fijación del precio convenido para esta operación, la cual después se concretó localmente<sup>(27)</sup>. Dicha negociación regional resulta evidenciada de las diferentes declaraciones de los representantes de las partes<sup>(28)</sup> y las de los testigos que, por ejemplo, hacen referencia a reuniones en Miami, a la participación de Panamerican Beverages Inc., a presentaciones a funcionarios de empresas de distintos países, como se señala en la declaración de William Cadena, y a los documentos (por ejemplo los que obran a fls. 274 y 275) en que se presentaban diversas estrategias de implementación en que se contemplaban distintos países.

Pero una cosa es la existencia de dicho contexto global o regional y otra que al aceptar la oferta enviada por Unibase, Panamco Colombia haya aceptado a nombre de Panamerican Beverages Inc. las obligaciones derivadas del parágrafo 4º del objeto de la oferta, siendo que dentro del proceso no se ha acreditado en manera alguna la existencia de la prueba de tal representación. Por lo demás era claro que cada una de las filiales emitiría las órdenes de compra correspondientes a cada una de ellas.

En lo que concierne al tercer requisito de la representación, esto es, que el acto pueda ser realizado por medio de un representante, es pertinente recordar que como consecuencia de la autonomía privada la regla general en

derecho privado consiste en que todos los actos jurídicos pueden ser realizados por medio de un representante. Solo en casos excepcionales ello no es posible. Así ocurre con el testamento (C.C., art. 1060) o con la designación del beneficiario en un seguro de personas (C.Co., art. 1146). Es claro que la celebración de un contrato de licencia puede ser realizada por medio de un representante.

En cuarto lugar, para que haya representación es menester que el apoderado disponga de facultad para actuar en tal sentido. Tal facultad puede surgir de la ley o de un acto del representado (C.C., art. 1505) y se concreta en un poder (C.Co., art. 832). En el presente caso no se ha acreditado la existencia de tal poder. Sin embargo, el ordenamiento para proteger la buena fe, admite que la representación pueda existir sin que exista poder, en aquellos casos en que se haya creado una apariencia de representación.

Como es bien conocido, desde el derecho romano el ordenamiento acepta que en ciertos casos sea posible reconocer efectos a una situación aparente a pesar de que la misma no corresponda a la realidad jurídica. Como lo señala Demogue, ello ocurre cuando se considera necesario proteger la seguridad dinámica —esto es proteger a quien actúa— frente a la seguridad estática. Ahora bien, por regla general la teoría de la apariencia, que ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia del 20 de mayo de 1936<sup>(29)</sup>, se expresa en el aforismo *error communis facit jus*. Al analizar esta teoría la doctrina ha señalado que la aplicación de la misma supone dos elementos fundamentales: uno objetivo y uno subjetivo. El elemento objetivo consiste en la existencia de una situación aparente capaz de inducir en error, y el elemento subjetivo en la ignorancia del tercero sobre la realidad, esto es, su buena fe. En cuanto al primer elemento, la teoría de la apariencia exige que la situación de hecho que se crea tenga tales condiciones que den lugar a un error común o un error invencible<sup>(30)</sup>. En realidad, como lo señala Gorphe, citado por la Corte en 1936, el error común no sirve sino para hacer presumir que fue invencible el error invocado. Lo que importa es que el error sea invencible, esto es que por más que una persona haya actuado de manera diligente y prudente no haya podido evitar el error. Por otra parte, se requiere la buena fe. Esto es, que el tercero no conozca la realidad. A menudo se señala que esta buena fe debe ser calificada, porque debe ser exenta de culpa, pero en el fondo, esta última calificación está estrechamente vinculada al primer requisito.

Ahora bien, la doctrina señala que si bien tradicionalmente se ha exigido un error común, en ciertos casos se exige simplemente un error legítimo<sup>(31)</sup>. Estas hipótesis se refieren, señala la doctrina, al mandato aparente y más precisamente a la representación aparente. Ello es así porque en estos casos es necesario proteger de manera más enérgica la seguridad de quien actúa y, por tanto, no se exige que el error sea colectivo e imposible de evitar, pues el interesado pudo, a través de investigaciones, haber establecido la verdad, pero estas investigaciones sobrepasan la diligencia normalmente exigida en el tráfico jurídico. Basta entonces un error legítimo<sup>(32)</sup>. Adicionalmente se requerirá la buena fe, esto es la ignorancia de la realidad.

En particular, el Código de Comercio colombiano desarrolla la teoría de la apariencia en materia de representación en los artículos 640, que la regula para los títulos valores, y 842, que la establece para los demás casos. Este último artículo dispone lo siguiente:

“Quién dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”.

Si se examina este último artículo se encuentra que para que exista representación aparente en el derecho colombiano, se requiere, en primer lugar, que en la creación de la situación aparente haya participado el aparente representado. Por consiguiente, no cabe aplicar esta teoría en aquellos eventos en que una persona crea una apariencia al margen del representado, como sería el caso del falsificador o de aquel que suplanta a otro. En segundo lugar, dicha situación aparente debe ser creada por culpa del aparente representado, lo cual supone que este haya actuado con negligencia al no aclarar una situación que daba lugar a que se pensara que otra persona podía actuar en su nombre, o debe surgir de las costumbres comerciales que permitan pensar que dicha persona podía actuar en tal calidad. A lo anterior se agrega que el tercero debe haber obrado de buena fe, es decir no debe haber conocido la realidad, pero además debe haber actuado sin culpa, esto es, que con la diligencia y cuidado que correspondía emplear en dicho caso no hubiera podido descubrir la verdad.

En el presente caso, si bien está acreditado que existieron reuniones con funcionarios de Panamerican Beverages Inc., no está acreditado que los mismos hayan permitido que se creara una apariencia en el sentido de que Panamco Colombia estaba facultada para comprometer a Panamerican Beverages Inc. La participación de los funcionarios de Panamerican Beverages Inc. en la negociación puede tener diversas interpretaciones: pudo obedecer al hecho de que se celebró un acuerdo global o regional entre Panamerican Beverages Inc. y Business Objects, pero en tal caso, Panamco Colombia no estaría obrando a nombre de Panamerican Beverages Inc. en la aceptación de la oferta de Unibase. Igualmente, se puede explicar como una manifestación de la ingerencia que una matriz tiene en los negocios de sus filiales para asegurar la adopción de una solución informática que fuera compatible entre ellas.

En todo caso, ni en los antecedentes del negocio ni en las pruebas que se practicaron en el proceso, aparece acreditado que se hubiera llevado a Unibase a creer que Panamco Colombia actuaba a nombre de Panamerican Beverages Inc. y que tenía facultades para ello. Aquella nunca manifestó actuar a nombre de esta y esta última, por consiguiente, no realizó tampoco actos que pudieran dar lugar a que se creyera que Panamco Colombia la representaba. Pues tales actos deben ser inequívocos y no pueden por consiguiente consistir en que la filial haya puesto en contacto al proveedor con su matriz, que después de las conversaciones entre el proveedor y la matriz se llegara a un acuerdo con la empresa local y que en este se hiciera referencia a lo acordado, si es que ello existió, entre la matriz y el proveedor<sup>(33)</sup>.

3. Cabe preguntarse, a continuación, si Panamco Colombia prometió entonces el hecho de Panamerican Beverages Inc. Se trataría entonces de una promesa o estipulación por otro regida por el artículo 1507 del Código Civil. Una primera lectura del párrafo aisladamente considerado podría llevar a dicha conclusión. Sin embargo, interpretado dicho párrafo dentro del conjunto de la oferta y los antecedentes de la misma, no puede el tribunal acoger tal interpretación.

En efecto, los párrafos del acápite relativo al objeto de la oferta se encuentran precedidos de la siguiente frase: “No obstante lo anterior, para efectos de la licencia ofrecida se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones” (se subraya). Como se puede apreciar, lo que se incluye en el párrafo son consideraciones que se tomaron en cuenta para determinar la oferta, pero allí no se pactaron obligaciones a cargo de Panamco Colombia. Por otra parte, al examinar las negociaciones previas no encuentra el tribunal que en ninguna de ellas se haya querido establecer a cargo de Panamco Colombia la obligación de obtener el consentimiento de Panamerican Beverages Inc. para adquirir las licencias.

En efecto, como ya se dijo, en las comunicaciones del 2 y 7 de mayo de 2002, se hace una oferta para Colombia, y se señala que el descuento que se otorga se enmarca dentro de un acuerdo global o una compra corporativa. De allí no se puede deducir que Panamco Colombia se obligó a que se hiciera por Panamerican Beverages Inc. la compra de las licencias previstas a nivel global o corporativo, pues lo que allí se estableció fue una circunstancia a la cual se vinculaba el descuento. Obsérvese además que en la propuesta del 7 de mayo se señaló que el descuento se otorgaba en consideración tanto a una compra corporativa como a la emisión de una segunda orden de compra por otro país. Ahora bien, en el párrafo 3º de la oferta se estableció que si no se emitía una segunda orden antes del 30 de julio, se reevaluaría el descuento, es decir que no se contempló que Panamco Colombia hubiera prometido el hecho de un segundo país. Si tal fue el tratamiento que se otorgó a la orden de compra de un segundo país, parece razonable que el mismo tratamiento corresponda a la operación global o regional de compra que finalmente se reflejó en el párrafo 4º. Por lo demás, si se acepta el dicho de algunos testigos<sup>(34)</sup>, lo que existió fue una negociación regional que se celebró entre Business Objects y Panamerican Beverages, lo cual claramente es distinto al hecho de que al aceptar la oferta Panamco Colombia hubiera prometido el hecho de un tercero.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el evento que fuera posible aceptar la interpretación de que el contenido del párrafo 4º era el de una estipulación por otro, resultaría que las pretensiones de la demanda serían imprósperas por cuanto estarían mal planteadas ya que si el tercero no cumplió con el hecho prometido por parte de Panamco Colombia, a lo que tendría derecho Unibase sería a reclamar los perjuicios derivados del incumplimiento del hecho prometido, lo que no se hizo en la demanda que dio lugar al presente proceso ni ha sido solicitado por la parte actora.

**4. En esta medida y luego de todo lo anteriormente expresado, considera el tribunal que el párrafo 4º**

**debe interpretarse como una consideración en razón de la cual las partes convinieron las condiciones del negocio.**

En efecto, es ello lo que se desprende de la frase que antecede los mencionados párrafos en la cual, como ya se dijo, se expresa lo siguiente: “No obstante lo anterior, para efectos de la licencia ofrecida se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones” (se subraya). El alcance de esta expresión se ve aclarado por las comunicaciones que antecedieron la oferta. En la comunicación del 2 de mayo de 2002 se expresó: “el descuento ofrecido para esta propuesta es del 55% sobre el valor de las licencias, enmarcado dentro de un acuerdo de compra global para toda la región” (el resaltado no es del texto original). En la comunicación del 7 del mismo mes y año se dijo: “[e]s importante resaltar que el descuento ofrecido para esta propuesta es del 55% sobre las licencias, enmarcado dentro de las siguientes consideraciones: (...). Un compromiso corporativo de compra (...).” (se resalta, nuevamente). De esta manera, en dichas negociaciones, que se refieren a una compra corporativa o global, el citado compromiso de compra es una consideración del descuento.

Así mismo, cuando se examinan los otros párrafos que implican compromisos de compra adicionales se encuentra que los mismos siempre se refieren al descuento otorgado y por ello contemplan que en el caso en que no se presenten las ordenes de compra adicionales, se presentará una factura por la parte no cobrada (par. 2º) o se reevaluará el descuento concedido (par. 3º). De esta manera es razonable considerar que en este párrafo 4º, las partes también estaban refiriéndose a una circunstancia que determinaba el alcance del descuento, sobre todo si, como ya se vio, no se puede interpretar en el sentido de que Panamco Colombia se hubiera obligado a adquirir tales licencias, así como tampoco que hubiera actuado a nombre de Panamerican Beverages Inc. o prometido el hecho de esta última.

Ahora bien, para el apoderado de Panamco Colombia, el párrafo 4º reitera lo contemplado en los párrafos anteriores. A lo cual se opone el apoderado de Unibase.

Al respecto debe observar el tribunal que inicialmente en las comunicaciones del 2 y 7 de mayo de 2002 las partes contemplaron un compromiso de compra global o corporativo para efectos del descuento que se otorgaba. Si bien posteriormente durante el curso de la negociación, las partes no incluyeron nuevamente la referencia a la compra global o corporativa de licencias y se limitaron a hacer referencia a la compra en un segundo país, lo cierto es que la redacción de la oferta no se limitó a consagrar lo señalado en estas últimas propuestas remitidas por Unibase, sino que se volvió a hacer referencia a una compra global o corporativa. Lo anterior pudo obedecer a una de dos consideraciones: al hecho de que para las partes dicha circunstancia siempre estuvo presente como razón del descuento, así no se mencionara posteriormente (lo cual además se confirmaría por el hecho de que, por ejemplo, otros elementos de las primeras comunicaciones, como el porcentaje del valor de las licencias BCA, fueran incluidos en la oferta a pesar de no que se volviera a hacer referencia a ellos en otras comunicaciones); o al hecho de que en el curso de las últimas negociaciones se estimó conveniente incluir nuevamente dicho elemento.

Cualquiera que sea la razón es lo cierto que ello se incluyó en el párrafo 4º y que tiene un alcance totalmente distinto a lo previsto en los párrafos 2º y 3º, a tal punto que las dos condiciones coexistían en la propuesta del 7 de mayo de 2002. Si el acuerdo se limitara a lo dicho en tales párrafos, hubiera bastado reproducir lo dicho en la comunicación de Unibase del 20 de mayo de 2002. No es razonable concluir que se incluya una estipulación de tal contenido, diferente a las anteriores, y que ella no tenga algún efecto. Por lo demás, habiendo sido revisada la oferta por el personal jurídico de Panamco Colombia no es razonable considerar que allí hubo una inadvertencia o un error, que en todo caso debió haberse probado, lo que no ocurrió.

De esta manera, para el tribunal el párrafo 4º del objeto de la oferta debe interpretarse en el sentido que lo que allí se dispuso condicionaba el descuento que se otorgaba. Lo anterior es además conforme al principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por ello obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino también a todo aquello que se deriva de ellos de acuerdo con su naturaleza y con la equidad.

El razonamiento expuesto lleva a concluir lo siguiente respecto de lo dispuesto en los párrafos que tienen que ver con las licencias Business Objects:

— La primera fecha prevista en los párrafos es la del 30 de julio de 2002 y a tal efecto se advierte en el párrafo 3º que “[s]i a 30 de julio Panamerican Beverages INC no ha emitido una segunda orden o carta de

intención de compra un segundo país, se revaluará conjuntamente el descuento del 55%”. De esta manera, si no se había emitido una segunda orden de compra o carta de intención en esta fecha se abriría un proceso de negociación sobre el porcentaje del descuento que ya se había otorgado en consideración a las otras compras que harían compañías vinculadas a Panamerican Beverages Inc. Una regla análoga se encuentra prevista en la forma de pago.

— Posteriormente, el parágrafo 4º dispone que al 31 de diciembre de 2003 se deben haber adquirido las licencias que allí se enuncian, por parte de Panamerican Beverages Inc. Como ya se dijo, en la medida en que se trata de una consideración en razón de la cual se había otorgado un descuento, la consecuencia de no presentarse el hecho convenido sería la pérdida del descuento o, por lo menos, su reducción. Así por lo demás lo reconoció el testigo Adrian Waldman<sup>(35)</sup>.

Por consiguiente frente a estas licencias existen dos etapas: una primera, en la cual, si no se compra por un segundo país se revalúa el descuento, lo cual significa que se puede mantener el descuento, dar un descuento menor o eliminarlo, y una segunda etapa en la cual si no se compran las licencias mencionadas, desaparece la condición bajo la cual se otorgó el descuento en el porcentaje originalmente acordado. Tal esquema no es extraño, pues coincide con el que se contempló en la comunicación del 7 de mayo de 2002 de Unibase.

Todo lo anterior lleva al tribunal a concluir que la negociación que culminó en el contrato celebrado entre Unibase y Panamco Colombia estuvo enmarcada dentro de un posible acuerdo regional y no se trató de una simple operación aislada entre dos sociedades locales. En cuanto al alcance del parágrafo 4º del objeto de la oferta, la conclusión del tribunal es la de que dicha estipulación constituye una “consideración”, en el sentido de motivación, causa o fundamento, para el otorgamiento de un descuento en el precio de las licencias adquiridas por Panamco Colombia a Unibase. En este sentido, si al 31 de diciembre de 2003, Panamerican Beverages Inc. no adquiría la cantidad de licencias allí previstas, ello habría facultado a Unibase para solicitar el reconocimiento y pago de la totalidad o de una parte del descuento que en su momento le concedió a Panamco Colombia por la compra de las licencias Bussines Objects. Cosa diferente es la situación que se haya podido configurar entre Bussines Objects y Panamerican Beverages Inc. en cuanto a las tratativas que tuvieron y al eventual compromiso que esta última haya podido asumir para la realización de una operación de mayor alcance, en un contexto “global” o “regional”, de lo cual no existe prueba en el expediente y es un asunto que excede la competencia de este tribunal.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál descuento se ve afectado, esto es, si simplemente Panamco Colombia debería pagar la diferencia entre el descuento que le fue otorgado y el que normalmente hubiera recibido, o si por el contrario, en la medida en que es el descuento en sí mismo el que no podía operar, debería perderse la totalidad del descuento.

Sobre el particular el tribunal considera que el volumen de las licencias adquiridas por Panamco Colombia era, por sí mismo, suficientemente importante para Unibase como para promover el perfeccionamiento del contrato y para conceder algún tipo de descuento. Ello es confirmado, incluso, por los representantes de Unibase y de la sociedad Business Objects<sup>(36)</sup>, quienes en relación con este tema manifestaron que la magnitud de la operación celebrada con Panamco Colombia habría conducido a un descuento para esta sociedad de 35%, aproximadamente.

#### **4.2.(sic) El sentido y alcance del parágrafo 2º del objeto de la oferta.**

El parágrafo 2º del objeto de la oferta dispone lo siguiente:

“Si al 30 de septiembre de 2002 Panamerican Beverages Inc., no ha emitido a través de sus filiales una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país. el oferente presentará una factura a la destinataria por el excedente no facturado de los productos Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher según los términos de la cláusula octava: precio y forma de pago”.

En este caso la redacción del parágrafo es clara: en el evento en que la filial de Panamerican Beverages Inc. de un segundo país no emita una orden de compra o carta de intención, corresponde a Panamco Colombia pagar el excedente no facturado de estos productos.

Vale la pena señalar que en la oferta se expresó, en el acápite relativo al valor y forma de pago, lo siguiente:

“PAR. 3º—El software Broadcast Scheduler y Broadcast Publisher en el licenciamiento ofrecido es de uso corporativo de Panamerican Beverages Inc. Por lo tanto el precio mencionado en esta oferta solo corresponde al porcentaje en el uso del software por parte de la destinataria, que se determina en un 22.22% del costo total de estos módulos”.

Por consiguiente, si no se emitía una segunda orden de compra o carta de intención se debería pagar la diferencia.

Ahora bien, está acreditado en el expediente que se emitió una segunda orden de compra por parte de Panamco México<sup>(37)</sup>, por lo cual no puede operar el parágrafo 2º.

Cabe preguntarse entonces, si debe operar respecto de estas licencias el parágrafo 4º y, por ello, si a pesar de haberse emitido una segunda orden de compra, debe perderse el descuento obtenido para ellas si no se verifica la compra de las licencias señaladas en el parágrafo 4º.

A este respecto considera el tribunal, a la luz del texto mismo de la oferta y el conjunto de sus estipulaciones, así como de los antecedentes de la negociación, que lo dispuesto en el parágrafo 4º también afecta la adquisición de las licencias BCA Scheduler y BCA Publisher.

En efecto, en primer lugar, la consideración contenida en dicho parágrafo no se refiere a ninguna de las licencias en particular y por consiguiente debe cobijar el conjunto de las licencias contenidas en el objeto de oferta.

En segundo lugar, si se examinan las comunicaciones del 2 y 7 de mayo de 2002, de ellas se deduce que el descuento que se otorga para todas las licencias, incluyendo las BCA Scheduler y BCA Publisher, se hace en consideración a la compra global o corporativa a la que allí se hace referencia. Es decir que la falta de una compra corporativa afecta igualmente el precio de estas licencias.

Vale la pena aclarar que el hecho de que el parágrafo 4º se refiera al deber de adquirir licencias distintas a BCA Scheduler y BCA Publisher, no significa que tal circunstancia no condicione el descuento de estas últimas, pues precisamente el precio de venta de estas pudo haber sido determinado por la compra de aquellas.

Ahora bien, vale la pena recordar que Panamco Colombia pagó el 22.22% de las licencias BCA Scheduler y BCA Publisher y la misma recibió un descuento del 55%. Entonces cabe preguntarse qué debería pagar Panamco ante la falta de consolidación de la condición establecida en el parágrafo 4º: la totalidad del valor de las licencias o solo el descuento que le fue otorgado en la parte que a ella correspondía. El tribunal considera que Panamco Colombia solo debería verse expuesta a perder la totalidad o parte del porcentaje de descuento que le fue otorgado en la parte por ella adquirida de las licencias BCA Scheduler y BCA Publisher, teniendo en cuenta, en todo caso, que los testigos manifestaron que la operación con Panamco Colombia habría generado, por ella misma, un descuento aproximado del 35% sobre el valor de todas las licencias ofrecidas y no solo sobre el valor de las licencias Business Objects.

## **5. Análisis del contenido de las pretensiones.**

Así las cosas, procede el tribunal a pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones planteadas por la parte convocante en la demanda y en la subsanación de la misma, en los siguientes términos:

5.1. Pretende el demandante en la primera pretensión principal, que se condene a la demandada por “el incumplimiento (...) de las obligaciones a su cargo surgidas en virtud del contrato que nació de la aceptación (...”).

Aun cuando en el texto de la pretensión no se indica expresamente en qué consiste el incumplimiento que se endilga o cuáles son las obligaciones incumplidas, en aras de interpretar su contenido, el tribunal tendrá en cuenta los hechos de la demanda y las propias pretensiones consecuenciales, de manera que se entiende que las obligaciones que se dicen incumplidas resultan ser la de comprar la totalidad de las licencias a que hace mención el parágrafo 4º del objeto de la oferta y pagar la parte no facturada del software BCA Scheduler y BCA Publisher, como consecuencia de que Panamerican Beverages Inc. no compró la totalidad de las licencias para el 31 de diciembre de 2003.

Así se deduce de los literales a) y b) de la pretensión tercera principal y de lo expuesto, especialmente, en los hechos vigésimo quinto y vigésimo sexto de la demanda.

Definida así la *causa petendi* de la demanda, concluye el tribunal que no existe el incumplimiento alegado, por cuanto, conforme al amplio análisis hecho con anterioridad, de acuerdo con el contenido de la oferta aceptada por Panamco Colombia, la demandada no se comprometió ni se obligó a comprar ninguna cantidad adicional de licencias, distintas a las indicadas en la parte inicial del objeto de la oferta, siendo que la adquisición de las licencias a que se refiere el parágrafo 4º, eran una “consideración” que las partes hicieron para determinar el precio de venta, el cual fue pagado oportunamente por parte de la demandada.

Siendo ello así, no se puede predicar el incumplimiento de una obligación que no estaba pactada en el contrato a cargo de la demandada.

5.2. La pretensión segunda principal, consecuencial de la primera, busca que se declare que la demandada debe cumplir con las obligaciones derivadas del contrato celebrado con la parte aquí convocante. A este respecto simplemente se observa que al ser consecuencial de la primera y aquella no prosperar, por no existir el incumplimiento alegado, esta tampoco puede resultar exitosa.

5.3. En la pretensión tercera principal se solicita que se obligue a la demandada a cumplir con las obligaciones que, según la convocante, no fueron cumplidas por la parte pasiva.

Al respecto, en relación con la petición contenida en el literal a) de esta pretensión, considera el tribunal que la misma no puede prosperar, por cuanto, como ya se dijo, Panamco Colombia no estaba obligada a comprar las licencias a que se refiere el parágrafo 4º, pues tal estipulación fue una “consideración” para la determinación del precio y, en el mejor de los casos, se refiere a una obligación que, de ser cierta, estaría en cabeza de Panamerican Beverages Inc. y no de la aquí demandada, por lo que si lo pretendido es deducir tal responsabilidad, ello procedería en otro foro y con otro demandado.

En cuanto al literal b) de esta pretensión, tampoco puede prosperar, pues lo que allí se solicita es el pago del saldo del precio del uso del software BCA Scheduler y BCA Publisher, que no le fue facturado a Panamco Colombia y que correspondería a la parte del precio que asumirían los otros países de la región. Como ya se analizó, de conformidad con el parágrafo 2º de la oferta, para que Panamco Colombia quedara obligada a pagar el excedente no facturado de las licencias mencionadas, era necesario que al 30 de septiembre de 2002 Panamerican Beverages Inc. no hubiera emitido a través de una de sus filiales una orden de compra o carta de intención de compra para el segundo país. Ahora bien, como se estableció en el proceso, la filial de México emitió una segunda orden de compra, por lo cual no se cumplió el supuesto previsto en este parágrafo. Por lo que se refiere al parágrafo 4º, como ya se dijo, del mismo no se desprende una obligación para Panamco Colombia de adquirir las licencias que allí se mencionan, sino que se trata de una causa o consideración del descuento otorgado. De manera que a lo que hubiera podido tener derecho la demandante era a que se le pagara por parte de Panamco Colombia la parte del descuento que se le concedió en razón a la “consideración” de ser una compra corporativa, siempre que para el 31 de diciembre de 2003 Panamerican Beverages Inc. no hubiera adquirido las licencias restantes para los otros países. Panamco Colombia nunca se obligó a través del parágrafo 4º a que en el evento en que las filiales de Panamerican Beverages Inc. de alguno de los otros países no compraran las licencias establecidas, correspondería a la demandada pagar la diferencia del precio de venta.

5.4. Respecto de la pretensión cuarta principal por la cual se reclama el pago del daño emergente “correspondiente al valor total del descuento del cincuenta y cinco por ciento (55%) sobre el valor de las **licencias dejadas de adquirir por parte de la sociedad demandada**”, es evidente que tampoco puede prosperar, no solo por ser consecuencial de la primera, sino porque, reiterando lo ya expuesto a lo largo de la providencia, el hecho de que Panamerican Beverages Inc. no hubiere adquirido la totalidad de las licencias indicadas en el parágrafo 4º, hasta el 31 de diciembre de 2003, lo que implicaba era que Panamco Colombia perdiera parte o el total del descuento que se le había otorgado respecto de las licencias objeto de la oferta, y no que esta tuviera que pagar el descuento del precio del software que correspondía adquirir a las sociedades de los otros países vinculadas a Panamerican Beverages Inc. El mismo análisis se puede realizar respecto de la pretensión quinta principal, en la que se plantea como daño emergente el descuento sobre el valor no facturado de las licencias BCA Scheduler y BCA Publisher,

por lo cual también se declarará su improsperidad.

5.5. En cuanto a la pretensión sexta principal, en la que se solicita que se condene al pago de un lucro cesante, entendido como el interés moratorio sobre las sumas que han debido pagarse, por sustracción de materia dado que no prospera el reconocimiento de ninguna de las sumas mencionadas, tampoco puede reconocerse intereses sobre las mismas.

5.6. Como consecuencia, tampoco puede prosperar la condena en costas y agencias en derecho.

5.7. En cuanto a las pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias, tampoco pueden prosperar por las mismas razones por las que se desestiman las principales.

5.8. En cuanto a la pretensión cuarta subsidiaria, en la que se solicita el pago de perjuicios en una suma fija por daño emergente y los intereses sobre dicha suma a título de lucro cesante, no solo no se probó la existencia de los mismos sino que no existiendo el incumplimiento reclamado, no puede haber perjuicio derivado de un incumplimiento inexistente.

5.9. Finalmente, tampoco puede prosperar la condena en costas y agencias en derecho por no prosperar las pretensiones subsidiarias.

## **6. Excepciones.**

En la medida en que las pretensiones no están llamadas a prosperar, no hay lugar a pronunciarse sobre las excepciones formuladas.

## **7. Objeción por error grave.**

Mediante escrito presentado por la parte convocada con fecha 13 de mayo de 2005, objetó por error grave el dictamen pericial rendido por el doctor Eduardo Jiménez Ramírez, con fecha marzo 7 de 2005 y ampliado mediante escrito presentado el día 27 de abril del mismo año.

Fundamenta la objeción la parte convocada sosteniendo que el perito al absolver las preguntas formuladas, en algunos casos hizo consideraciones de tipo jurídico que solo corresponden al juez de la causa, y que en otros casos, no tuvo en cuenta los registros contables de las partes del proceso, con base en los cuales se hubiera podido establecer que no tiene sustento ninguna de las conclusiones a las que llegó en su experticio.

Al respecto manifiesta el objetante, en algunos apartes de su escrito, que:

“(...).

Como se verá a continuación , la totalidad de las conclusiones del dictamen pericial elaborado por el doctor Eduardo Jiménez, están fundadas en interpretaciones hechas por el señor perito, en relación con el texto de la oferta mercantil de 12 de junio de 2002 emitida por la sociedad convocante y con el texto de la orden de compra emitida por Panamco Colombia, y no en la evaluación o valoración científica o técnica de la contabilidad de las empresas que se encuentran involucradas en presente proceso, que era lo que correspondía hacer, precisamente en consideración a que fue su conocimiento científico-técnico como contador el que motivó su nombramiento como perito.

(...).

En cualquier caso es obvio que la conclusión del perito, no encuentra fundamento en un análisis contable de la situación, que de haberse realizado, habría generado una conclusión totalmente diferente, asunto para el cual no se requiere de especiales conocimientos en contaduría.

(...).

El error del dictamen pericial se encuentra fundamentalmente en el hecho de que en el mismo se hacen

afirmaciones relativas a que Panamco Colombia S.A. se obligó a adquirir todas las licencias que se mencionaron en la oferta mercantil de 12 de junio de 2002, y que la misma obligación recayó en la sociedad Panamerican Beverages; afirmaciones que se constituyen como meros conceptos jurídicos que se escapan a la especialidad del señor perito y que se hicieron sin hacer un análisis de tipo contable de la situación”.

Para resolver la objeción, vale la pena mencionar lo expuesto en el laudo arbitral dictado dentro del proceso de DAIP contra Petro Civil, siendo árbitro único el Dr. Jorge Suescún Melo, donde para ilustración del concepto de “error grave” se expuso lo siguiente:

“El artículo 238 del Código del Procedimiento Civil establece en su numeral 4º: “De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, **por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se hubiere originado en estas**” (resaltado fuera del texto).

Para el tribunal, entonces, para la procedencia de la objeción por error grave han de reunirse necesariamente dos elementos: el primero, la **existencia de un error, entendido como la discrepancia entre la realidad ostensible y la percepción de la misma por parte los peritos, y no la eventual discrepancia de una de las partes en cuanto a la metodología utilizada o los conceptos de los peritos, pues tal análisis es del resorte exclusivo del tribunal, y el segundo, que el error sea grave**, es decir, grande, de mucha importancia, a lo cual se ha de añadir que el error grave ha de referirse a situaciones fácticas, pues por no ser este medio de prueba apto para establecer cuestiones de derecho, el error en que se basa la objeción no puede tampoco, responder a una apreciación de carácter jurídico, pues estas cuestiones atañen exclusivamente al juzgador.

Sobre los aspectos mencionados, señaló la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

Lo que caracteriza pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que puedan presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tienen; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven. **De esto se deduce que las objeciones por error grave (...) no pueden hacerse consistir en apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones que los expertos saquen**, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. **Cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal**, y por lo mismo es inadmisible para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”.

“También se ha pronunciado la Corte sobre las distintas clases de dictámenes periciales que se pueden presentar, dependiendo de si la labor del perito es fundamentalmente de comprobación de hechos relativos a una ciencia, en cuyo caso obra como instrumento de percepción, o si la labor esencialmente encomendada es la de aplicar reglas técnicas a unos hechos determinados previamente, en cuyo caso obra como instrumento de deducción, clasificación esta que sirve para determinar el alcance que pueden tener las objeciones por error grave”.

“Sobre el particular la Corte señaló:

(...) la prueba por peritos en el proceso civil muestra una doble fase que aquí importa subrayar y que, además, ha permitido clasificar en dos grandes categorías los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o el de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda su orientación característica es distinta; en esta, mediante el dictamen, se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquiera otro de los medios de prueba de recibo, contribuyendo así a formar la certeza del juez e ilustrándolo para que comprenda mejor ese supuesto y pueda

deducir con exactitud las causas, las calidades, las consecuencias y los valores que se investigan, cosa que precisamente acontece, valga señalarlo, cuando la colaboración pericial se hace indispensable para verificar la existencia o fijar la cuantía de perjuicios patrimoniales ya ocasionados o que en el futuro se produzcan, en razón de circunstancias acreditadas de antemano y del modo debido en el curso de la misma actuación.

En estos casos de la segunda clase, entonces, los peritos, más que instrumentos de percepción, lo son de deducción y su tarea fundamental es por lo tanto la de proporcionar sus luces, su ilustración, su pericia práctica y, en general, su auxilio cognoscitivo al órgano judicial en relación con datos que son materia de controversia, lo que no permite descartar en manera alguna que peritajes de esta naturaleza puedan utilizarlos dichos órganos para consulta técnica complementaria y así cerciorarse, para beneficio de la administración de justicia naturalmente, de la exactitud del entendimiento que personalmente tengan acerca de aquellas reglas o máximas especializadas que no están obligados a dominar pero que, sin embargo, tampoco le son del todo desconocidas y las juzgan necesarias para tomar la correspondiente decisión” (resaltado fuera del texto).

Analizando el caso concreto y las apreciaciones en que se funda la objeción, encuentra el tribunal que el trabajo realizado por el perito se fundamentó en el texto del cuestionario que se le hizo, dentro del cual, de manera exclusiva se le solicitó contestar unas preguntas con base en el texto de la oferta del 12 de junio de 2002 y la aceptación a la misma, desde la perspectiva del demandante, sin que se le hubiera solicitado que para respaldar sus respuestas tuviera en cuenta o revisara previamente la contabilidad de las empresas.

Cosa diferente es que el contenido de la respuesta pueda o no concordar con el contenido de la contabilidad de las partes, lo que no hace que la respuesta en sí misma esté equivocada o que exista error grave en la conclusión, pues tal circunstancia no establece la existencia del error sino una disparidad de informaciones que perfectamente son válidas en la medida en que una cosa es lo que se deduce del texto de la oferta y otra la que cada parte haya entendido respecto de la misma y haya registrado como hecho económico en su propia contabilidad. Que no aparezca registrado en la contabilidad de Panamco Colombia la existencia de una deuda a favor de Unibase, no implica que por eso no pueda existir la obligación a su cargo.

No obstante lo anterior, al responder la solicitud de aclaraciones y complementaciones, el perito manifestó que evidentemente no había tenido en cuenta la contabilidad de ninguna de las empresas y que su respuesta se fundamentó expresamente en el contenido del texto de la oferta y su aceptación.

Tampoco entiende el tribunal que pueda constituir error grave la respuesta a una pregunta formulada por una de las partes, así la formulación de la misma pueda ser equivocada o parcializada, pues una cosa es que se responda tal cuestionamiento dentro de los parámetros que se le indiquen al perito, y otra cosa bien diferente es que el perito al contestar, dentro de los parámetros que se le hayan fijado, cambie el objeto examinado o sus calidades o llegue a conclusiones que no correspondan a las mismas, lo que si constituiría error grave.

Como en el caso que nos ocupa, es claro que una es la respuesta de cuánto pueden valer las licencias que el demandante supone se deberían haber comprado por la parte demandada, y que podrían constituir el incumplimiento reclamado, y otra cosa bien diferente es que la valoración hecha por el perito carezca de eficacia para ser declarada por cuanto la pretensión no prospera. La conclusión del perito a una pregunta formulada en determinada forma, no constituye en sí misma un error grave, sino cuando del análisis del supuesto del hecho en que se fundamenta llega a una conclusión totalmente diferente y contraria a la del propio análisis que hace para arribar a la conclusión.

En cuanto al aspecto relacionado con las apreciaciones jurídicas que dice el objetante fueron hechas por el perito, siendo que tales corresponden al juez, tampoco encuentra el tribunal que allí exista el error reclamado.

En efecto; lo que hizo el perito para responder las preguntas formuladas, fue interpretar para sí el alcance del texto de la oferta y su aceptación y con base en ello contestar el cuestionario. Si bien la comprensión del alcance del contenido de la oferta no compete resolverlo al perito sino al tribunal, la inteligencia que del texto hizo el perito tampoco constituye error grave, pues como se indica en la sentencia antes mencionada, tal manifestación no constituye un error sino, en el mejor de los casos, una intromisión en las funciones del tribunal, quien finalmente es el competente para resolver la cuestión en conflicto, como en efecto se hace en este laudo. Que el perito

interprete el texto de la oferta no demuestra que haya un desacuerdo entre el fundamento de su opinión y el contenido de la conclusión al que haya llegado, caso en el cual existiría el error grave que se pretende.

Así las cosas, se debe concluir que no existen los presupuestos para que se declare que existe error grave en el dictamen objetado.

## 8. Costas.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no prosperan, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil se condenará en costas a la parte demandante.

De conformidad con lo anterior el valor de las costas que deberá pagar el demandante al demandado es el siguiente:

1. El 50% de los gastos y honorarios señalados por el tribunal:	\$ 38.537.500
2. El 100% de los honorarios del perito:	\$ 10.000.000
3. Agencias en Derecho:	\$ 18.000.000
Total	\$ 66.537.500

## III. Parte resolutiva

En mérito de todo lo anterior, este tribunal de arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre Unibase Ltda. y Panamco Colombia S.A., administrando justicia por delegación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. DENEGAR la totalidad de las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, de la demanda presentada por Unibase Ltda. contra Panamco Colombia S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. DECLARAR que no prospera la objeción por error grave formulada por la parte demandada contra el dictamen pericial rendido en el presente proceso.

Tercero. En cuanto a la excepción propuesta por Panamco Colombia S.A., abstenerse de efectuar pronunciamiento alguno en la medida en que no prosperaron las pretensiones.

Cuarto. CONDENAR a Unibase Ltda., a pagar a Panamco Colombia S.A., dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoría de este laudo, la suma de sesenta y seis millones quinientos treinta y siete mil quinientos pesos (\$ 66.537.500) moneda corriente, por concepto de costas.

Quinto. Por secretaría expídanse copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

Sexto. En la oportunidad de ley, protocolícese este expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá y ríndase por el presidente cuenta a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización, y restitúyaseles lo que corresponda.

Esta providencia queda notificada en estrados.

*Juan Pablo Cárdenas Mejía, presidente—Luis Hernando Gallo Medina, árbitro—Arturo Solarte Rodríguez, árbitro.*

*Roberto Aguilar Díaz, Secretario.*

---