

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**INVERSIONES MEDINA HOPER S.A.****Vs.****INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A.****LAUDO ARBITRAL**

Cali, dieciocho (18) de junio de dos mil diez (2010)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, y el Decreto 1818 de 1998, para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo en el proceso convocado para dirimir las diferencias entre INVERSIONES MEDINA HOPER S.A., parte convocante, e INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A., parte convocada, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES:**1. El pacto arbitral:**

Las controversias que se deciden mediante el presente Laudo se originan en un contrato de suministro (oferta de suministro aceptada), cuya cláusula décima sexta (6ª) contiene el siguiente acuerdo: " *CLAUSULA COMPROMISORIA. Toda diferencia o controversia por más de treinta (30) días calendario, se someterá a la decisión de árbitros de acuerdo con el Decreto 2279 de 1989, Ley 446 de 1998, Decretos 1818 de 1998 y demás disposiciones complementarias, de acuerdo con las siguientes reglas: 1) El tribunal será en derecho; 2) El tribunal estará integrado por tres árbitros, salvo que el asunto a debatir sea de menor cuantía caso en el cual el árbitro será de solo uno; 3) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el arbitraje institucional en el reglamento del centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali; 4) El tribunal funcionará en la ciudad de Cali en el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali; 5) El término de duración del arbitraje será de seis (6) meses contados desde la primera audiencia de trámite; 6) los costos que genere el Arbitramento estarán a cargo de la parte vencida.*"

2. PARTES PROCESALES:**2.1. Parte Convocante: INVERSIONES MEDINA HOPER S.A.**

2.2 Parte Convocada: INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A.

3. RESUMEN DE LAS ETAPAS PROCESALES:

Se inició este proceso con la solicitud de convocatoria presentada en las oficinas del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el día 30 de junio de 2009, la cual fue sustituida el 6 de agosto de 2009. El Tribunal se declaró legalmente instalado, y mediante Auto No.01 del 10 de agosto de 2009, declaró inadmisibles las demandas, señalando los defectos que tenía, procediendo la parte convocante a subsanarlos en la misma audiencia, razón por la cual procedió el Tribunal a admitirlas mediante Auto No. 03 del 14 de agosto de 2009. Una vez notificada la parte convocada, encontrándose dentro del término legal la contestó, presentó excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado a la convocante, la cual en término descorrió el traslado, procediendo el tribunal a fijar fecha para la audiencia de Conciliación mediante Auto No. 06 de fecha 22 de octubre de 2009, la que fue suspendida para buscar las partes un posible arreglo, y por ello, el tribunal señaló nueva fecha para continuar la audiencia, mediante Auto No. 07 de fecha 30 de octubre de 2009, audiencia en la que las partes no pudieron llegar a un arreglo, por lo que el tribunal declaró el fracaso de la misma, por Auto No. 8 de fecha 19 de noviembre de 2009, procediendo, en consecuencia, a fijar honorarios y gastos de administración y de funcionamiento, mediante Auto No. 9 de la misma fecha. Durante el término legal, los honorarios y gastos fijados fueron cancelados en partes iguales tanto por la convocante como por la convocada.

3.1 Primera audiencia de trámite:

Se inició la primera audiencia de trámite, el 15 de diciembre de 2009, según Acta No. 8, dándose lectura a la cláusula compromisoria, que consta en la oferta mercantil, transcrita en el punto primero de estos antecedentes, y por Auto No. 10 el tribunal se declaró competente para decidir en derecho la controversia sometida a su consideración, llegando a esta conclusión después de realizar el estudio de la cláusula compromisoria. Para el mencionado estudio se tuvieron en cuenta los factores *territoriales, objetivo, y subjetivo*. En cuanto a lo *subjetivo*, se verificó la capacidad para transigir que tenían las partes, y su legítima o debida representación en el proceso. En cuanto al factor *territorial* se revisó la formulación de la demanda en el centro designado por las partes. Vista la competencia en lo *objetivo*, se estableció que los asuntos controvertidos eran susceptibles de transacción (art. 2470 Código Civil).

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal examinó cada uno de estos elementos determinantes de la competencia arbitral, sin que hubiera reparo de las partes.

Examinados los aspectos de hecho y legales que anteceden, el tribunal determinó su plena capacidad para asumir el conocimiento y proferir el fallo sobre las diferencias planteadas en la demanda, su contestación, y las excepciones de mérito planteadas, todas las cuales versan sobre materias susceptibles de transacción (art. 2470 C.C.), como quiera que se aduce la celebración de un

contrato denominado oferta mercantil de suministro, con base en el cual se persiguen declaraciones en relación con la existencia del contrato de suministro, el incumplimiento de la convocada, el pago de las notas créditos, intereses de mora sobre el valor total de las notas créditos, y el pago de perjuicios por daño emergente, pues, se trata de un contrato reglado por la ley mercantil, dentro de los parámetros de la autonomía de la voluntad contractual, y sin que su celebración esté en contra de normas de orden público o disposiciones legales, ni resulte contrario a la moral o a las buenas costumbres, así como tampoco existe norma legal especial que lo declare materia no transigible.

La materia controvertida, básicamente el presunto incumplimiento del contrato, y la condena consecuencial en perjuicios, es propia de una controversia de conocimiento, que llega a los árbitros por virtud de la cláusula compromisoria.

En la misma audiencia el tribunal de arbitramento fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, contado a partir del 15 de diciembre de 2009, y se pronunció sobre las pruebas pedidas por las partes, decretando finalmente todas las solicitadas.

4. CONTENIDO DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACION:

4.1 Los hechos en que se sustenta la demanda son:

Que la sociedad Distribuciones Medina Hoper Limitada (Medina Hoper), con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., fue constituida mediante la escritura pública No. 2591 del 23 de septiembre de 1996, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, la cual fue aclarada con la escritura pública No. 3130 del 9 de octubre de 1996, otorgada en la misma Notaría. Mediante la escritura pública No. 4544 del 30 de noviembre de 2005, otorgada en la Notaría 35 de Bogotá, la sociedad cambió su nombre por el de Inversiones Medina Hoper Limitada. Posteriormente, mediante por la escritura pública No. 3180 del 7 de mayo de 2007, otorgada en la Notaría 24 de Bogotá, la sociedad se transformó en anónima con el nombre de Inversiones Medina Hoper S.A.

Que con fecha treinta (30) de octubre de 2004, se celebró contrato mercantil de Suministro, entre Industria Andina de Absorbentes S.A. (IAASA) e Inversiones Medina Hoper S.A., el cual tenía por objeto que IAASA le suministrara pañales a Medina Hoper con la marca RIKEZA, de manera mensual, según el siguiente detalle:

#	Presentación	Tamaño	Bolsas	Paquete	Total Bolsas
1	Pañal sin barrera tipo plástico	Mediano	8 Paquetes	30 Pañales	1000
2	Pañal sin barrera tipo plástico	Grande	8 Paquetes	30 Pañales	1000
3	Pañal con barrera tipo plástico	Pequeño	8 Paquetes	30 Pañales	1000
4	Pañal con barrera tipo plástico	Mediano	8 Paquetes	30 Pañales	2000
5	Pañal con barrera tipo plástico	Grande	8 Paquetes	30 Pañales	1000

Dichos pañales serían entregados a Medina Hoper o directamente a los clientes que él determinara, en las principales ciudades de los departamentos de Caldas, Cauca, Cundinamarca, Quindío, Risaralda, Tolima, y Valle.

Que para el mes de enero de 2005, mediante un correo electrónico, Medina Hoper le propuso a IAASA, que le diera un precio único para vender los pañales en todo el territorio nacional, a lo cual IAASA le respondió negativamente porque consideró que eso implicaría incrementar los precios. No obstante lo anterior, IAASA le propuso a Medina Hoper dos fórmulas de arreglo en las cuales se le trasladaba el cargo del flete y el seguro a Medina Hoper.

Que mediante correo electrónico enviado el *veintiocho (28)* de mayo de 2005, Medina Hoper presentó a IAASA las cantidades requeridas de pacas de pañales para el trimestre de junio a agosto de 2005. De igual manera le señaló a IAASA que las cantidades pedidas se mantendrían de acuerdo con el comportamiento de los precios de la competencia, ya que tienden a la baja, con los descuentos y promociones que ofrecen, por lo cual le solicitó a IAASA que revisara los precios de la competencia.

El día ocho (8) de agosto de 2005, Medina Hoper le informó a IAASA que el alza de precios en los pañales, le había impedido ser competitivos en el mercado, y le solicitó manejar los precios que tenían anteriormente.

Que el día doce (12) de agosto de 2005, IAASA entregó a Inversiones Medina Hoper Limitada un documento denominado Otrosí Oferta Mercantil de Suministro que contenía cláusulas que pretendían modificar el contrato de suministro celebrado el treinta (30) de octubre de 2004, documento que nunca fue suscrito por Inversiones Medina Hoper Limitada porque esto implicaba un rompimiento del equilibrio contractual y una modificación sustancial a las condiciones originales del contrato.

4.2 Pretensiones de la parte Convocante:

- 1). Que se declare que entre Industria Andina de Absorbentes S.A. «IAASA» e Inversiones Medina Hoper S.A. existió un contrato de suministro, el cual al momento de su terminación, se regía por el contenido de la Oferta Mercantil de Suministro fechada el treinta (30) de octubre de 2004, firmada por el señor Jorge E. Hernández H., representante legal de Industria Andina de Absorbentes S.A., como oferente y el señor Rodrigo Medina, representante legal de Distribuidora Medina Hoper Limitada, como Comprador.
- 2). Que se declare que Industria Andina de Absorbentes S.A. «IAASA» de manera injusta y unilateral dio por terminada la relación contractual existente con Inversiones Medina Hoper S.A. iniciada desde el treinta (30) de octubre de 2004.
- 3). Que se condene a Industria Andina de Absorbentes S.A. «IAASA» al pago de las notas crédito por un valor total de *quinientos cuarenta y cuatro millones doscientos cincuenta y nueve mil trescientos cuarenta y dos pesos moneda corriente (\$544.259.342)*.

# Fact	Producto	Nota crédito pendiente \$	Deuda desde
8844	GEN M CB X30	\$ 15.900.336,24	7 de Diciembre de 2006
9040	GEN SMALL	\$ 10.419.249,64	23 de Febrero de 2006
9040	GEN M CB x 30	\$ 10.297.983,75	23 de Febrero de 2006
9040	GEN L CB x 30	\$ 11.262.258,42	23 de Febrero de 2006
9180	IAASA P CB x30	\$ 43.966.055,91	23 de Febrero de 2006
9180	IAASA G CB x30	\$ 44.458.027,07	23 de Febrero de 2006
9199	IAASA M CB x30	\$ -	24 de Marzo de 2006
9199	IAASA G CB x30	\$ -	24 de Marzo de 2006
9144	IAASA P CB x30	\$ 25.818.965,75	13 de Marzo de 2006
9144	IAASA M CB x30	\$ 25.638.021,09	13 de Marzo de 2006
9144	IAASA G CB x30	\$ 27.884.372,14	13 de Marzo de 2006
9144	IAASA M CB x30	\$ 25.537.681,23	13 de Marzo de 2006
9297	IAASA M CB x30	\$ -	23 de Abril de 2006
9297	IAASA G CB x30	\$ -	23 de Abril de 2006
9318	IAASA M CB x30	\$ 25.561.036,37	28 de Abril de 2006
9318	IAASA P CB x30	\$ 25.819.028,34	28 de Abril de 2006
9318	IAASA G CB x30	\$ 27.884.400,75	28 de Abril de 2006
9318	IAASA M CB x30	\$ -	28 de Abril de 2006
9753	IAASA M CB x30	\$ 53.819.902,56	13 de Agosto de 2006
9753	IAASA G CB x30	\$ 32.649.270,66	13 de Agosto de 2006
9773	IAASA P CB x30	\$ 26.251.959,48	15 de Agosto de 2006
5942	IAASA M CB x30	\$ 45.306.493,59	30 de Septiembre de 2006
5952	IAASA M CB x30	\$ 2.345.599,11	30 de Septiembre de 2006
5952	IAASA G	\$	30 de

	CB x30	-	Septiembre de 2006
5955	IAASA CB x30	P \$ 18.132.206,28	30 de Septiembre de 2006
5955	IAASA CB x30	M \$ 45.306.493,88	30 de Septiembre de 2006
		\$ 544.259.342,28	

4). Que se condene a Industria Andina de Absorbentes S.A. «IAASA» al pago de los intereses de mora sobre el valor total de las notas crédito mencionadas en la pretensión anterior, estimadas en la suma de *trescientos cuatro millones ciento treinta y cinco mil seiscientos cuarenta y seis pesos moneda corriente. (\$304.135.646).*

5). Que se condene a Industria Andina de Absorbentes S.A. «IAASA» al pago de los perjuicios causados a Inversiones Medina Hoper S.A. al terminar de manera injusta y unilateral la Oferta Mercantil, por daño emergente representado en el valor por pérdida de posicionamiento de la marca y lucro cesante por los valores dejados de percibir por la ruptura de la relación contractual, reflejado en el promedio de ventas, todo lo cual se estima en la suma de *seiscientos cincuenta y un millones seiscientos cinco mil pesos moneda corriente (\$651.605.012).*

6). Que se condene a la convocada al pago de costas del proceso y agencias en derecho.

Frente a las pretensiones, la parte convocada, a través de su apoderada, se opuso a todas y cada una de ellas.

Asimismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes, pero se opuso a las pretensiones del libelo introductorio.

5. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA "INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A.":

a). CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DE INVERSIONES MEDINA HOPER S.A.

La parte convocante incumplió a la cláusula tercera de la oferta mercantil de suministro, pues, esta oferta imponía a las partes obligaciones de cumplimiento escalonado, y dentro de las obligaciones de la convocante estaba la de entregar el presupuesto de compra dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes a IAASA, con un horizonte de seis meses. Igualmente IAASA fabricó y entregó a MEDINA HOPER los bienes ordenados en los presupuestos de compra que debidamente hubiere presentado.

INVERSIONES MEDINA HOPER S.A. incumplió la oferta mercantil de suministro porque:

NO ENVIO LOS PRESUPUESTOS DE COMPRA CONFORME SE PACTO EN LA OFERTA MERCANTIL.

Para analizar este incumplimiento tuvo en cuenta:

Que MEDINA HOPER debía enviarle a IAASA el presupuesto de compra los cinco (5) primeros días de cada mes, con un horizonte de seis meses. MEDINA HOPER no cumplió o los presentaba tardíamente.

Que los dos (2) primeros meses de cada presupuesto se consideran orden de compra en firme, los cuatro meses restantes pueden ser modificados y así sucesivamente, siempre quedando los primeros dos meses de cada presupuesto como orden de compra en firme.

b). MORA EN EL PAGO DE LAS FACTURAS DEBIDAMENTE EXPEDIDAS POR MERCANCIA FABRICADA CONFORME A LA OFERTA MERCANTIL DE SUMINISTRO:

Incumplimiento en el pago de las facturas por parte de MEDINA HOPER, por lo que, IAASA a su vez, incumplió con las obligaciones para con terceros, pues, se vio afectada en su flujo de caja, y después de varios requerimientos efectuados a MEDINA HOPER, debió endosar el título valor contentivo de la obligación a cargo de MEDINA HOPER a la sociedad PAPELES NACIONALES S.A., teniendo en cuenta que IAASA se encuentra bajo la Ley 550.

c). RENUENCIA A SUPRIMIR LAS CLAUSULAS ILEGALES CONTENIDAS EN LA OFERTA MERCANTIL.

El no permitir MEDINA HOPER la eliminación voluntaria de las cláusulas restrictivas e ilegales que en forma oportuna le comunicó IAASA, indica un aprovechamiento que además de ser abusivo y perjudicial para los intereses de IAASA, MEDINA HOPER lo utiliza para su propio beneficio, pretendiendo hoy incrementar su patrimonio con el cobro de unos supuestos perjuicios fincados en cláusulas ilegales, tantas veces mencionadas, (Segundo aparte del numeral 6 de la Clausula Segunda y el Parágrafo Segundo la Clausula Quinta de la Oferta Mercantil de Suministro).

d). LA EXCEPCIÓN DE QUE A NADIE LE ESTÁ DADO ALEGAR SU PROPIA CULPA.

Que la convocante debió cumplir a cabalidad con todas sus obligaciones, y precisamente por los incumplimientos constantes tanto en el envío a tiempo del presupuesto de compra, con un horizonte de seis meses, la no adquisición de la cantidad de productos mensuales convenidos en la oferta, el no pago de las facturas expedidas, como el no recibir las mercancías despachadas, sin causa contractual o legal, originó la causal para que IAASA comunicara la terminación de la oferta mercantil de suministro.

e). INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD Y BUENA FE DE LA SOCIEDAD INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A.

Que IAASA cumplió la oferta mercantil y durante la ejecución del contrato actuó desplegando conductas de buena fe y lealtad contractual.

IAASA siempre dio cabal cumplimiento a la Oferta Mercantil de Suministro, no solamente fabricando lo convenido, sino vendiendo los productos del pañal Genérico y Pañal IAASA, hasta en un 50.23%, 40.48%, 36.33%, 35.80% y 27.59%, del precio pactado en la Oferta Mercantil, es decir, siempre por encima del parámetro ilegalmente convenido del 11%, situación que afectó ostensiblemente el mercado de estos productos, pues, hubo decremento en los volúmenes de venta y pérdidas en la operación de la compañía, sumado al descontento de los clientes directos de IAASA.

f). COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ALEGADA POR LA PARTE ACTIVA Y A CARGO DE MI MANDANTE:

La condena al pago de perjuicios sólo puede ser consecuencia de la declaratoria de que el demandado ha incumplido un contrato o de que es civilmente responsable por determinado daño.

En cuanto a la responsabilidad contractual, esta se configura cuando el daño proviene de la inejecución del contrato u obligación. Por esto, es claro que esta clase de responsabilidad no le puede ser imputada a IAASA, toda vez que, como se indicó antes, CUMPLIO CON LAS OBLIGACIONES DE LA OFERTA MERCANTIL DE SUMINISTRO, es decir fabricó y suministró los productos objeto de la oferta.

g). INEXISTENCIA DE PERJUICIOS A CARGO DE INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A. Y A FAVOR DE INVERSIONES MEDINA HOPER S.A.

Esta excepción está encaminada a pedir al juzgador que exonere a la convocada del pago de perjuicios puesto que éstos deben surgir con ocasión de un incumplimiento de contrato, en el cual no ha incurrido IAASA.

h). NULIDAD ABSOLUTA DE LO PACTADO EN LA CLAUSULA SEGUNDA, SEGUNDO APARTE DEL NUMERAL 6, DE LA OFERTA MERCANTIL DE SUMINISTRO EN LO QUE SE RELACIONA CON LA CONDICION DE PRECIO OFERTADO A OTRO CLIENTE DE MARCA PRIVADA, EL CUAL DEBE SER MAYOR O IGUAL A UN 5% POR ENCIMA DE LA LISTA DE PRECIOS DEL ANEXO 3, Y, NULIDAD ABSOLUTA DE LO PACTADO EN EL PARAGRAFO SEGUNDO DE LA CLAUSULA QUINTA POR TRATARSE DE ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA (DECRETO 2153 DE 1.992)

Se considera como nulo un acto que se otorga o se suscribe sin el lleno de las condiciones de validez anteriormente enunciadas, o simplemente por el quebrantamiento de alguna de ellas. Y naturalmente, se deduce que todo acto posterior desprendido de la celebración de un contrato que nació con vicios de nulidad será a su vez nulo igualmente.

El párrafo 2 de la Cláusula Quinta y la restricción pactada en el segundo aparte del numeral 6 de la Cláusula Segunda de la Oferta Mercantil de Suministro, aquí debatida, imponen conductas a cargo de IAASA que afectan la libre competencia de los mercados, y el Código Civil las considera de objeto ilícito, por lo tanto, el tribunal deberá acceder a declarar probada esta excepción y declarar la nulidad absoluta de las mencionadas cláusulas que contienen acuerdos restrictivos de la competencia,

pues, no se necesitan mayores estudios, ni análisis complejos, para concluir que dichas cláusulas constituyen una práctica comercial restrictiva y que su pacto afectó ostensiblemente los intereses de IAASA.

Es nulo de nulidad absoluta, por ilicitud de objeto, *la totalidad del párrafo segundo de la cláusula 5a.*, contenida en la oferta mercantil, y el *segundo aparte del numeral 6 de la Cláusula Segunda* de la misma oferta, por ser violatorios de la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1.992 (hoy modificado por la Ley 1349 de 2.009) y también de los artículos 15, 16, 1502, 1519, y 1523 del C. C. y artículo 899 y concordantes del C. de Co. Igualmente la acción del convocante no tiene asidero legal, pues, es ella quien debe resarcir a la convocada los perjuicios que ésta ha padecido por el constreñimiento a que ha sido sometida al no poder ejercer actividades comerciales, manteniendo las restricciones contenidas en las cláusulas ya mencionadas.

IAASA, siempre obró de buena fe en la ejecución de la Oferta Mercantil, pues, procuró a todas luces, respetar un forzoso acuerdo, que al contratar creyeron era legal en su contenido y apariencia, no obstante una vez, tener conocimiento IAASA de la ilegalidad de dichas cláusulas se lo hizo conocer a MEDINA HOPER, a tiempo, pero MEDINA HOPER como beneficiaria de dicha disposición leonina e ilegal, aprovechándose de esta circunstancia, demanda hoy a INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.SA., por un aparente incumplimiento de la Oferta Mercantil de Suministro.

i). LA IMNOMINADA:

Cualquier hecho que constituya una excepción la cual deberá ser reconocida y declarada de oficio por el juez de conocimiento en la sentencia.

Las demás excepciones que se desprendan de la contestación de los hechos de la demanda y de lo que se pruebe en el curso de este proceso.

6. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS:

El Tribunal de Arbitramento practicó todas las pruebas solicitadas tanto por la convocante como por la convocada, de la siguiente forma:

6.1. Por la parte convocante:

Documentales: Aportados con la demanda folios 005 al 187, cuaderno 1, Demanda.

a). Testimonial: Se ordenó la recepción de los siguientes testigos: 1.- Frans Alexis Fuentes Rojas, testimonio que se recibió el día 28 de enero de 2010. 2.- Jorge Henríque Hernández Hernández, testimonio que se recibió el día 1 de febrero de 2010.

b). Interrogatorio de parte: Se ordenó comparecer al representante legal de Industria Andina de Absorbentes S.A., señor Pedro Enrique Cardona López, diligencia que se llevó a cabo el día 19 de enero de 2010.

c). Inspección Judicial con exhibición de documentos: Prueba que se decretó como prueba conjunta y se llevó a cabo el día 14 de enero de 2010, contenida en el acta número 9.

d). Dictamen pericial: El dictamen fue rendido dentro del término legal y fue objeto de aclaración y complementación por solicitud de ambas partes, siendo igualmente objetado por error grave por las partes, de conformidad con lo obrante en el Cuaderno No. 9, Dictamen Pericial.

6.2 Por la parte convocada:

a). Documentales: Aportados con la contestación de la demanda, folios 030 a 092 005 al 187, del cuaderno 2.

b). Interrogatorio de parte: Se ordenó comparecer al representante legal de Medina Hoper, señor Rodrigo Medina Hoper, diligencia que se llevó a cabo el día 22 de enero de 2010.

c). Inspección Judicial con exhibición de documentos: Se decretó como prueba conjunta y se llevó a cabo el día 14 de enero de 2010, contenida en el Acta No. 9.

d). Testimonial: Se ordenó la recepción de los siguientes testigos: 1.- Wilson Guerrero, testimonio que se recibió el día 28 de enero de 2010. 2.- Luis Alberro Rico Joya, testimonio que se recibió el día 19 de enero de 2010. 3.- Carlos Felipe Pedroza, testimonio que se fijo por segunda vez, para el día 01 de febrero de 2010, siendo desistido, el mismo día por la apoderada de la convocada.

En la misma audiencia el Tribunal de Arbitramento fijó el término de duración del proceso arbitral, en seis (6) meses, a partir del 15 de diciembre de 2009.

7. AUDIENCIA DE ALEGACIONES FINALES:

En audiencia que tuvo lugar el día 27 de abril de 2010, los apoderados de las partes presentaron verbalmente sus alegaciones finales, y entregaron un resumen escrito de las mismas para ser agregado al expediente.

7.1. De la parte convocante:

El apoderado de la sociedad convocante principió por analizar el contrato de suministro, señalando sus características y requisitos generales y, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 973 del Código de Comercio, concluyó reafirmando el cargo que formula en la demanda, consistente en que la firma convocada al momento de dar por terminado unilateralmente el contrato de suministro,

alegando incumplimiento por parte del convocante, se equivocó al no acudir a la vía judicial, como jurisprudencial y doctrinariamente se ha sostenido.

Frente a los hechos de la demanda, pone de manifiesto que IAASA, de manera injusta y unilateral, dio por terminada la relación contractual existente con INVERSIONES MEDINA HOPER S.A. , razón por la cual, "con base en la prueba documental aportada al proceso por la convocante y el hecho de que no haya podido la parte convocada desvirtuar esa prueba", debe accederse a la condena de las notas crédito por un valor total de quinientos cuarenta y cuatro millones doscientos cincuenta y nueve mil trescientos cuarenta y dos pesos (\$ 544.259.342.00).

Con respecto a la prueba pericial destacó los que, en su opinión, son graves errores en que incurrió el auxiliar de la justicia, y solicitó al Tribunal "basarse en los motivos de objeción presentados por la parte convocante, atendiendo los valores declarados y solicitados en las pretensiones, tomando como base que ordenó al perito pronunciarse sobre la tasación de los perjuicios", debiendo "calcular el valor correspondiente a las notas crédito por incrementos en los precios tomando para ello la cifra que arrojen las ventas de IAASA durante el mes inmediatamente anterior".

Después de analizar la prueba testimonial recepcionada oportunamente y de referirse a "temas puntuales" como la presentación de los presupuestos de compras, el otrosí propuesto a IAASA para modificar las condiciones contractuales, la libre competencia, la legalidad de las condiciones contractuales, el incumplimiento de IAASA traducido en los retrasos en las entregas de mercancía, en las fallas presentadas en su elaboración, en el cambio unilateral en las condiciones contractuales, en el desconocimiento de los diferenciales en los precios y la no expedición de notas crédito y en haber incursionado en el medio comercial de Medina Hoper, termina pidiendo al Tribunal, "ante la falta de pruebas por parte de la convocada para demostrar lo contrario frente a su posición", despachar favorablemente "las pretensiones propuestas en el escrito de solicitud de convocatoria".

7.2. De la parte convocada:

El alegato de conclusión presentado por la apoderada de Industria Andina de Absorbentes S. A. (IAASA), se resume como sigue:

Comienza por resaltar que el problema jurídico origen de esta controversia radica en precisar si fue injusta la terminación unilateral del contrato de suministro comunicada a la convocante mediante escrito de 30 de octubre de 2004.

Fundada en la disposición que contiene el artículo 973 del Código de Comercio y en lo estipulado en la cláusula décima primera (11ª) de la oferta mercantil de suministro, dedujo que "no fue una terminación injusta, arbitraria o de reproche", puesto que quedó plenamente demostrada en el proceso "la gravedad de los incumplimientos imputados a la sociedad demandante en el desarrollo y ejecución del contrato", traducidos en: "1) Incumplimiento en el envío del presupuesto del mes de mayo de 2006 con el horizonte de seis meses. 2) No recibir la mercancía facturada el 31 de mayo de 2006 (4.518 pacas). 3) Incumplimiento en el envío del

presupuesto del mes de julio de 2006, con horizonte de seis meses. 4) Recibir parcialmente la mercancía facturada en junio 27 de 2006. 5) Incumplimiento en el envío del presupuesto de julio de 2006 con horizonte de seis meses. 5) (sic) Bodegaje de mercancía del mes de mayo y junio de 2006, no recibida por Medina Hoper que implicó gastos y perjuicios para IAASA. 6)... Falta de cumplimiento en el pago de las facturas de venta de mercancías expedidas en vigencia del contrato de suministro y que finalmente fueron objeto de proceso ejecutivo en contra de Medina Hoper que el mismo convocante describe en su demanda”.

Por el contrario, sostuvo que la prueba recogida demuestra que “IAASA a pesar de los incumplimientos reiterados por parte de Medina Hoper, dio cabal cumplimiento a lo convenido en la oferta mercantil, fabricando, suministrando, despachando y transportando los productos convenidos en dicha oferta y vendió siempre su producto “genérico IAASA” por encima del precio pactado con Medina Hoper para el pañal de marca Rikeza.

Se refirió luego a las cláusulas segunda y quinta, párrafo segundo de la oferta de suministro, considerándolas violatorias de normas imperativas de carácter constitucional y legal, razón por la cual pidió al tribunal declarar su nulidad, pues su constatación no requiere de elementos externos al texto contractual mismo, sino que para establecerla basta la confrontación de dicho texto con las normas violadas; a la inexistencia de convenio de exclusividad de clientes que el convocante pretende invocar en el transcurso del proceso; a la posición dominante que describe el convocante en cabeza de IAASA, sin fundamento alguno; y, por último, a las tachas por sospecha de dos de los testigos, y por error grave en el dictamen pericial, rematando su exposición con la petición de que el laudo que se produzca sea desestimatorio de la totalidad de las pretensiones, y por ello que se declaren probadas las excepciones de fondo invocadas, además de la condena en costas y perjuicios a la parte actora.

8. Término para decidir.

Las partes señalaron el término para la duración del proceso arbitral, en seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se adicionan los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso. Es decir que el término cuenta a partir del día 15 de diciembre de 2009, se le suman 50 días de suspensiones solicitadas por las partes y decretadas mediante auto No. 12 de fecha 15 de diciembre de 2009 y auto No. 28 de fecha 27 de abril de 2010, encontrándose en término para dictar el presente laudo, pues, su vencimiento hipotético sería el día 27 de agosto de 2010

9. Audiencia para proferir laudo.

El Tribunal, mediante auto número 28 proferido el 27 de abril de 2010, señaló el día 18 de junio de 2010 a las 9:00 a.m., para llevar a cabo la audiencia de fallo.

En razón a lo antes expuesto, el tribunal de arbitramento hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

I). LA COMPETENCIA DE LOS ARBITROS:

1). El pacto arbitral y sus elementos esenciales:

Dada la naturaleza del asunto el presente arbitraje tiene carácter voluntario y contractual (art. 117, Decreto 1818 de 1998). Lo primero, porque deviene de la autonomía de la voluntad de las partes ahora en conflicto, quedando derogada la jurisdicción ordinaria en sentido particular. Lo segundo, porque el arbitraje está planteado para dirimir una controversia que nace de un contrato celebrado entre convocante y convocada. Dicho pacto, por la oportunidad en que las partes lo celebraron adopta la modalidad de *cláusula compromisoria* (art. 117 ibídem), cuyo efecto consiste en determinar un modo específico de solución de controversias respecto de una situación eventual, que trae aparejadas dos consecuencias de orden primordial: excluir del conocimiento de la justicia estatal el conflicto que vincula a las partes, y establecer una relación jurídica obligacional y vinculante entre quienes lo acuerdan.

La cláusula compromisoria, como forma particular del pacto arbitral, para que adquiera validez jurídica debe reunir los elementos esenciales que son comunes a todo contrato, y los que su propia naturaleza impone. A tales requisitos o elementos de la esencia de la institución arbitral se contrae el tribunal para evaluar y concluir acerca de su competencia para decidir el fondo de la demanda y su contestación, con mérito de cosa juzgada formal y material. Son ellos:

1.a). La supremacía del orden público:

Ello es así porque, como es bien conocido en la doctrina arbitral, la cláusula compromisoria, nacida de la autonomía de la voluntad de las partes sustanciales, tiene como límite el orden público, porque, en tal caso, el interés particular desborda la barrera del interés general. En esencia, es lícito pactar el arbitraje como un recorte a la facultad soberana del Estado para administrar justicia, en un caso particular y concreto, mientras tal facultad no salga comprometida por vía de generalidad. El primer deber, pues, del tribunal a este respecto es indagar si la celebración del negocio jurídico arbitral viola el derecho público o el interés público. Tal interés, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra consagrado en normas de igual carácter que prescriben ciertos actos como contrarios al derecho público o al interés público (artículo 1521 C.C.), o cuando las referidas actuaciones resultan contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Hecho el análisis pertinente, el tribunal estima que el acto jurídico que dio origen al convenio de la cláusula compromisoria (contrato de suministro), se encuentra prohijado y reglado por la legislación mercantil, y como tal, puede ser objeto de declaración de voluntad con alcance jurídico. No existe disposición legal alguna que prohíba a los particulares celebrar contrato de suministro, ni que establezca que celebrarlo conlleva violación al derecho público o al interés público, como tampoco existe norma legal que niegue a las personas jurídicas de derecho privado, la posibilidad

de celebrar el pacto arbitral. Bajo esta perspectiva, tanto el contrato "fuente" como la cláusula compromisoria no vulneran el interés público (Ver, artículos 968 a 980 del Código de Comercio).

1.b). La declaración de voluntad de las partes:

Examinada la declaración de voluntad de las partes en cuanto a la cláusula compromisoria, concluye el tribunal que ella está revestida de licitud, a la luz de la doctrina civil (art 1495) o comercial (art 864), para lo cual basta ver que la cláusula compromisoria, a más de conformarse con el orden público, ha sido celebrada por dos personas jurídicas de derecho privado (sociedades comerciales) que, dentro de los límites precisos de su objeto social, podían convenirla. De otro lado, ninguna de las partes de la cláusula compromisoria cuestionó en el proceso la capacidad negocial y el consentimiento real y libre de vicios de la otra parte, ni cuestionó el objeto o la causa lícitos de la referida estipulación arbitral y, antes bien, hoy como antes, se acogieron a ella para resolver sus desavenencias.

1.c). La capacidad dispositiva:

Por disposición legal las partes vinculadas a la cláusula compromisoria deben tener capacidad dispositiva respecto a la materia que vinculan a la jurisdicción arbitral. En estricto rigor, en el presente caso, la controversia se suscita alrededor de un contrato de suministro, legalmente reglado, y concretamente a las circunstancias atinentes a su cumplimiento, y a la discusión de los perjuicios reclamados. El carácter patrimonial de la controversia planteada sobre la vida jurídica del mencionado contrato, pone de presente que el interés jurídico que se predica del pacto arbitral es enteramente *privado*, la discusión sólo afecta al patrimonio de las sociedades convocante y convocada, y la no existencia de disposición legal o de medida judicial que le quite su condición de "disponibilidad". Así las cosas, la cláusula aludida gira en la esfera de los derechos patrimoniales privados que, por no encontrarse "afectado" por la ley o la autoridad judicial, bien podía ser objeto específico de declaración de voluntad: someter a la jurisdicción transitoria y excepcional de los árbitros la controversia sobre dicho interés patrimonial (artículo 116 C.N.). En consecuencia, el contenido de la cláusula compromisoria se encuentra singularizado, no se extiende a otros conflictos por vía general, y ello le proporciona eficacia a la decisión arbitral.

1.d). La transigibilidad del conflicto:

La ley dispone que la materia del conflicto debe ser transigible, porque de no tener ese carácter no habría posibilidad jurídica de pactar el arbitraje. Tal cosa implica que en la situación *subjudice* deben los árbitros detenerse en el examen de la naturaleza jurídica del asunto que da origen al presente arbitraje. Tres son las cuestiones atinentes al punto: La primera indagación que el tribunal hace sobre este particular está referida a la capacidad de las partes para ejercer derechos por sí mismas, sin el ministerio ni la autorización de otra, que es lo que caracteriza la capacidad de ejercicio. En orden a resolver este primer interrogante el tribunal

encuentra probado que las dos personas colectivas de derecho privado vinculadas al arbitraje, gozan de plena capacidad jurídica negocial, porque obraron en el ámbito material del objeto social de cada una, al celebrar un contrato de suministro expresamente reglado por la legislación mercantil, y estuvieron representadas en tal acto jurídico por quienes ejercían su representación legal. El segundo presupuesto que detiene la atención de los árbitros es la capacidad de los contratantes para disponer de su derecho, lo que quiere decir que ellos tengan legalmente la posibilidad de transferir sin impedimento normativo ni judicial sus derechos a terceros. El tribunal, examinada la naturaleza de la controversia, no encuentra evidencia que impida a los contratantes transferir su derecho a terceros. Tampoco una de las partes desconoció procesalmente la disponibilidad del derecho de la otra parte. Finalmente, el tercero y último punto para acreditar la *transigibilidad* del asunto, es la inexistencia de norma legal que excluya expresamente a la materia de posibilidad de ser definida por árbitros. No cabe duda que estamos en presencia de pretensiones presuntamente insatisfechas, de tipo declarativo, lo que implica que luego de dictado el laudo no se requiere otro trámite adicional, y de condena, para que el derecho sustancial nazca, según el planteamiento de las pretensiones.

1.e). La patrimonialidad del conflicto:

El conflicto que por esta vía se decide es eminentemente patrimonial, en su origen y en sus efectos, luego tiene carácter transigible. Basta recabar que a la solicitud de existencia del contrato de suministro y de su incumplimiento, se busca la indemnización de perjuicios que trae aparejada su infracción [Ver en este sentido Roberto VALDES S, (*La transacción*, pág. 156, 2ª edición, Legis Editores, Bogotá, 1998) y la Corte Constitucional, *Sentencias C-226 de 17 de junio de 1993 y C-242 de 17 de 20 de mayo de 1997*].

1.f). La forma solemne:

A este punto el tribunal considera que el pacto arbitral, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, cumple con el requisito de la solemnidad, como lo prevén los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, y conforme a la doctrina sobre el particular, sentada por el H. Consejo de Estado [Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de junio de 1996, radicación 838]. En efecto, el documento contentivo de la oferta mercantil de suministro, que debidamente aceptada constituye el contrato de suministro (folios 043 a 051, Cdno 1, Demanda), literal e), inequívocamente contiene la cláusula compromisoria (Ver, cláusula décima sexta (16ª) del mismo escrito). Es evidente, por consiguiente, que las partes contratantes han expresado su voluntad de acogerse a ella, y en tal virtud concurren al proceso arbitral.

1.g). La fijación del alcance de la cláusula compromisoria:

Como se tiene sabido, la fijación del alcance de esta cláusula es determinante para que los árbitros puedan fijar su competencia, y si ésta es plena o parcial, lo que, a

su vez, llevaría a considerar si la derogatoria de la jurisdicción ordinaria es total o parcial. Bajo este entendimiento, el tribunal encuentra, hecha la constatación pertinente, que el asunto que motiva el arbitraje perfectamente encaja dentro del ámbito material de contenido de la estipulación arbitral, como quiera que se refiere al contrato de suministro ya citado, donde está prevista, sin exceder su esfera, y que se centra en el debate procesal de si la situación fáctica controvertida finalmente puede llegar a constituir violación del mismo, y a generar eventualmente el derecho a la indemnización de perjuicios.

2). El término de duración del proceso arbitral:

El término de duración del presente proceso por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991 es de seis (6) meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, y su cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 16 de diciembre 2009 [Fl. 033 a 043 del Cdno 2, Actas], pero, a partir de dicho día fue decretada la suspensión del proceso hasta el 13 de enero de 2010 inclusive (16 días hábiles), según Auto No. 12 del 15 de diciembre de 2009, así como fue decretada la suspensión del proceso del 28 de abril al 17 de junio de 2010, por 34 días hábiles. A dicho término (de 6 meses), por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes, como se dijo, así:

Auto que la decretó	Fechas que comprende la suspensión	Días háb/suspens.
Auto No. 2 Dbre 15/09	16 de Dbre/09 a 13 de enero/ 2010	16 días hábiles
Auto No. 28 Abril 27/10	28 abril/10 a 17 de junio/2010	34 días hábiles
TOTAL		50 días hábiles

En consecuencia, al sumarle cincuenta (50) días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término se extiende hasta el veintisiete (27) de agosto de 2010. Por lo anterior, y bajo esta específica consideración de tiempo, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

Por todo lo anterior el tribunal considera que es *competente* para decidir la presente controversia por la jurisdicción temporal y excepcional de los árbitros.

**II). LA NATURALEZA Y CARÁCTER DEL CONTRATO
MERCANTIL DE SUMINISTRO DEBATIDO:**

El hecho de ser coincidentes las partes vinculadas al proceso arbitral, en cuanto a la naturaleza y clase del contrato entre ellas celebrado, releva al tribunal de hacer análisis suplementario de doctrina y jurisprudencia en orden a establecer su

naturaleza y tipología, pues, basta dar por cierto y reconocido mutua y recíprocamente, como se deduce de la aceptación recíproca del HECHO quinto (5º) del escrito de convocatoria y del HECHO tercero (3º) y quinto (5º) de la contestación del libelo introductorio, que se trata de un contrato legalmente reglado, desarrollado por los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio, bajo el epígrafe de "contrato de suministro", cuya finalidad consiste en la prestación periódica o continua de cosas o servicios, de modo independiente, a cambio de una contraprestación. De ello se deduce que se trata de un acto jurídico bilateral, consensual, oneroso, de ejecución escalonada, y nominado, de las características anotadas.

El contrato que ocupa al tribunal, surgido de la aceptación de la oferta mercantil de suministro, [visible a folios 043 a 051 del Cdno 1, Demanda], reúne los requisitos esenciales comunes a todo acto o contrato, señalados por el artículo 1502 del Código Civil, y los particulares citados por el artículo 968 del ordenamiento comercial, como son:

a). La capacidad (de ejercicio o negocial de las partes), que concurrieron a su formulación y aceptación dentro de los precisos límites del "objeto" social y del "giro ordinario de los negocios" de cada una de ellas, a través de sus legítimos representantes;

b). El consentimiento de suministrador y suministrado, que adquiere relevancia procesal en la medida en que, en el debate litigioso se observa que la declaración de voluntad de cada parte contratante ha sido espontánea, real y libre de vicios. Es claro que en el proceso no se discutió la existencia de vicios del consentimiento; y

c). El objeto y la causa lícitos. El objeto del contrato de suministro como tal, según ya se dijo, prohijado por la ley mercantil como una actividad lícita del mundo de los negocios en ejercicio de la libre empresa, y el ánimo especulativo y de ganancia que le sirve de razón eficiente (causa), son razones que se bastan para concluir que la voluntad coincidente de las partes oferente y ofrecida, en torno al suministro, tenía vocación para crear vínculos jurídicos obligacionales entre sí. Cosa distinta es que en la *litis* se haya discutido acerca de la invalidez (nulidad) de *algunas* estipulaciones del contrato, de lo cual se ocupará el laudo más adelante.

Ahora bien, en el contrato de suministro bajo examen litigioso, encuentra el tribunal igualmente presentes los elementos "*particulares*" de su esencia, a saber: La concreción de las "prestaciones" periódicas y continuas de cada parte, en orden a hacer viable el suministro, debidamente desarrolladas en las cláusulas acordadas por los contratantes [Ver, cláusulas segunda (2ª), tercera (3ª), séptima (7ª), décima (10ª), décima tercera (13ª), décima cuarta (14ª), décima quinta (15ª), entre otras del citado contrato, folios 043 a 051, Cdno 1, Demanda], y el precio estipulado en contraprestación del suministro de las mercaderías (pañales), [Ver, cláusula quinta (5ª) del aludido contrato].

Cabe anotar que, al contrato de suministro se llega por la "oferta" mercantil discutida entre Inversiones Medina Hoper S.A. e Industria Andina de Absorbentes

S.A., [Ver, HECHO 3 de la Dda, y 3 de su contestación], que luego de ser aceptada por ambas partes en tiempo legal oportuno, se convirtió en una relación contractual firme [Ver, HECHO 5 de la Dda, Cdo 1, Principal, y HECHO 5 de la Contestación a la Dda, igual Cdo]. Deja advertido el tribunal que ninguna de las partes en el proceso objetó la validez de la "oferta", por lo que dándole efecto a la declaración recíproca de las voluntades de oferente y ofrecido (u ofertado), al ser acordado el negocio mercantil sobre el cual versaba su objeto, se convirtió en contrato de suministro, el 30 de octubre de 2004, cuya fecha de inicio está determinada en la cláusula décima séptima (17ª) [Ver, Cláusula 17, contrato de suministro, folio 051, Cdo 1, Demanda].

Si bien es cierto se hicieron por las partes intentos de modificar algunas de las cláusulas del contrato de suministro, no obra en el expediente documento suscrito por la convocante/ofrecida y la convocada/oferente que así lo acredite.

III). POSIBILIDAD JURIDICA DE TERMINAR POR INCUMPLIMIENTO EL CONTRATO DE SUMINISTRO:

a). La conducta contractual y procesal de las partes:

Ha quedado expuesta en la parte introductoria del laudo, la formulación de los hechos que la sociedad demandante Inversiones Medina Hoper S.A., aduce como violatorios del contrato por parte de la convocada Industria Andina de Absorbentes S.A. (IAASA), su reclamación al pago de la indemnización de perjuicios derivada de tal comportamiento contractual, las pruebas en que se apoya para la demostración de la situación fáctica, y la forma ilegal en que la convocada procedió a la terminación unilateral del mismo.

Concordante con esa posición ha solicitado al tribunal el reconocimiento de la existencia del contrato, la declaratoria de terminación injusta y unilateral del mismo, el pago de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, la condena al pago de varias notas crédito (relacionadas en la Pretensión 3) y sus correspondientes intereses moratorios, así como a las costas y agencias en derecho. A su turno, la sociedad convocada Industria Andina de Absorbentes S.A. (IAASA), en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, que son propios de su condición procesal, negó los hechos de la demanda atinentes al presunto incumplimiento, y, antes bien, imputó el incumplimiento del contrato de suministro a la demandante Inversiones Medina Hoper S.A., por las razones de hecho que expuso en la contestación de la demanda y en las excepciones formuladas, estima la decisión unilateral como justa de terminación del contrato, y se opuso explícitamente a las condenas económicas solicitadas.

b). El carácter bilateral del contrato y el efecto que frente a sí trae el incumplimiento:

La doctrina que inspira al derecho mercantil acerca de la existencia de la condición resolutoria tácita de los contratos bilaterales, por causa de incumplimiento culposo o moroso (art. 870 C.Co.), es en esencia la misma que rige los actos jurídicos

bilaterales en la legislación civil, en el entendido del mismo supuesto. Ambas codificaciones admiten que sobre la *ejecución* de los contratos bilaterales existe la posibilidad (incierto y eventual, condición) que una de las partes que lo celebra lo incumpla injustificadamente. Tal comportamiento anti-jurídico, visto ahora desde la preceptiva de la legislación mercantil, da derecho a la parte cumplida o que se allana a cumplirlo, a pedir su terminación (como efecto del incumplimiento), y al resarcimiento de perjuicios provenientes del daño emergente y del lucro cesante.

En el caso particular del contrato de suministro, cuyo carácter es bilateral, - como quiera que ambas partes se obligan a cumplir ciertas prestaciones durante su vigencia,- el artículo 973 del Código de Comercio consagra el derecho de la parte cumplida a la terminación del contrato por causa del incumplimiento culpable de la otra, y a la indemnización de perjuicios a justa tasación. No otro es el sentido de la norma contenida en dicho artículo, cuando dice: *"El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos. En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente. Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación"* (Hasta aquí la transcripción literal). Por consiguiente, para que el contratante cumplido pueda dar por terminado el suministro debe haber sufrido un perjuicio grave, o bien *padecer un grado de afectación considerable en la confianza contractual de la otra parte*, que no hace viable o verosímil la continuidad del contrato ni el cumplimiento de las prestaciones de esta parte.

IV). LA TACHA DE LOS TESTIMONIOS DE FRANS ALEXIS FUENTES ROJAS Y LUIS ALBERTO RICO JOYA:

1). Contenido:

Siguiendo la directriz del artículo antes transcrito, el tribunal debe dedicarse a examinar la situación discutida y controvertida sobre el cumplimiento del contrato, y concluir si efectivamente fue incumplido, y cuál de las partes fue la infractora. Consecuencialmente se ocuparía en el segundo evento de la indemnización de perjuicios. Ello supone que al examinar cada HECHO de la demanda y del escrito de contestación, y las excepciones y su respuesta, el tribunal estudie los medios de prueba recabados en el proceso, para poder concluir si pueden ser tenidos en cuenta procesalmente, y si tienen o adolecen de validez, porque tal cosa es presupuesto indispensable para concluir acerca de su eficacia probatoria, y a establecer la veracidad no simplemente formal de los hechos.

2). Las tachas de sospecha propuestas sobre testigos:

Por ello, como quiera que dentro de los citados medios de prueba están las declaraciones rendidas por los testigos Frans Alexis Fuentes Rojas y Luis Alberto

Rico Joya, que deponen sobre los hechos relativos al cumplimiento o incumplimiento del contrato, y las circunstancias de tales sucesos, según la propia versión de cada uno de ellos, el tribunal está imposibilitado de tener en cuenta, valorar y fijar el mérito de cada declaración, sin haber antes definido la tacha de parcialidad por sospecha de que ambos fueron objeto, el primero, por parte de la sociedad demandada Industria Andina de Absorbentes S.A., y el segundo por la convocante Inversiones Medina Hoper S.A. Parte el tribunal, a tal efecto, de constatar que las declaraciones de los terceros mencionados (testigos) fueron oportunamente solicitadas, y autorizadas en el Auto de decreto de Pruebas, dictado durante la celebración de la Primera Audiencia de Trámite [Acta No. 8, Auto No. 10, folios 039 y 037, Cdno 2, Actas], habiéndose fijado fecha y hora para la recepción de la declaración de cada uno. Con ocasión de la práctica de la prueba testimonial de ambos declarantes, fue formulada *la tacha de parcialidad por sospecha*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, sin que el ejercicio de tal derecho por las partes hubiera impedido que se recepcionara el testimonio. Expresadas en cada caso las razones de las partes para restar credibilidad o imparcialidad al dicho de los testigos, el tribunal se ocupa ahora de resolver las tachas propuestas, por mandato expreso del artículo 217 *ibídem*.

2.1). Tacha de parcialidad por sospecha del testigo Frans Alexis Fuentes Rojas:

El decreto del testimonio del señor Frans Alexis Fuentes Rojas fue solicitado por la sociedad convocante, Inversiones Medina Hoper S.A., y como se dijo, la tacha por sospecha de falta de credibilidad o imparcialidad fue formulada por la sociedad convocada, Industria Andina de Absorbentes S.A. (IAASA), en la audiencia de recepción de la declaración del tercero, el día 28 de enero de 2010, Acta No. 12, [visible a folios 107, Cdno 8, Pruebas]. La razón expuesta para la tacha, por la apoderada de la parte convocada, se basó en los siguientes motivos determinantes, concretados así: El testigo fue empleado de la sociedad convocada y su contrato terminó con causa justa, en particular, el daño material e intencional causado a edificaciones, maquinarias y materias primas relacionados con el trabajo, con la negligencia de poner en peligro la seguridad de las personas o las cosas, a tenor del numeral 4 del artículo 62 del C.S.T. La apoderada tachante entregó en la aludida audiencia las pruebas que pretendía hacer valer para fundamentar la viabilidad de la tacha, consistentes en copia de la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, y copia del acta de descargos suscrita por el testigo. Al testigo se le hizo conocer en la audiencia la formulación de la tacha por sospecha de falta de credibilidad o parcialidad, y enterado de ello, no aceptó los fundamentos de la tacha (art. 218 C.P.C.), de modo que, por encontrarse el tribunal en la oportunidad procesal de dictar el laudo, examina si a su juicio y criterio existe razón fundada de la sospecha de falta de credibilidad o de imparcialidad, o si, por lo contrario, debe desecharse.

Sea lo primero afirmar que la *calificación* de un motivo como "sospechoso", que afecta la credibilidad o imparcialidad del testimonio, la deja la ley enteramente al arbitrio del juzgador, el cual, según su criterio, y las reglas de la sana crítica para la valoración probatoria de las situaciones fácticas, decide si el tercero no es confiable para rendir su declaración, o si acepta su credibilidad e imparcialidad. El artículo 217 C.P.C., en su primera parte, reza que son sospechosas para declarar

las personas que, "en concepto del juez" se encuentren en condiciones que afecten su credibilidad o imparcialidad, lo cual significa que la definición de la tacha es un acto *subjetivo, personalísimo y de criterio íntimo, exclusivo y excluyente*, del juez. No está sujeto a una tarifa legal probatoria, ni se encuentra supeditado a condiciones o presupuestos prefijados, y, antes bien, brota espontáneamente del examen personal e íntimo de las pruebas acerca de la situación de hecho que se alega, y de la libertad de conciencia, opinión y pensamiento del juzgador. Tan íntimo y personal es el proceso de decisión del juez o árbitro sobre la tacha, que la ley deja que él valore o estime que los hechos atinentes a la sospecha sean "graves" según su criterio, y lo autoriza para que, de acuerdo a su modo de pensar y concebir el proceso, pueda "crear" motivos adicionales de sospecha, diferentes a los específicos consagrados por la norma citada [el texto reza: "... u otras causas"].

Hecha esta precisión, entra el tribunal a examinar si los motivos alegados como tacha de sospecha del testigo, son en sí mismos graves, y si a su juicio, tienen virtualidad para hacer pensar que el declarante resulta afectado en la credibilidad o imparcialidad de su dicho. El testigo fue empleado de la sociedad convocada y, como se dejó anotado, su contrato terminó con causa justa, en concreto, el daño material e intencional causado a edificaciones, maquinarias y materias primas relacionados con el trabajo, con la negligencia de poner en peligro la seguridad de las personas o las cosas. La pregunta que el tribunal se formula es si dicho comportamiento del testigo, como trabajador de Industria Andina de Absorbentes S.A. (IAASA), objetivamente vistos tienen carácter de graves y son lesivos para el patrono, o si resultan indiferentes en sus relaciones jurídicas y personales. Para tranquilidad del tribunal, el numeral 4 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, los eleva a la categoría de graves y suficientes para la terminación unilateral y justa del contrato individual de trabajo, de manera que no sólo son de bastante entidad y justificados para extinguir la relación contractual, sino que además generan en cualquier patrono el repudio personal por la actuación reprochable de su dependiente, al obrar intencional o negligentemente. Tan "suficientemente grave" resulta la configuración de la causal por los motivos indicados, que la norma examinada la excluye de los casos en que el patrono debe dar preaviso al trabajador (numerales 9 a 15, del citado artículo). Del propio modo, es la opinión del tribunal, que el trabajador despedido, frente a la causal comentada, actúa con intención dañina, o con culpa (negligencia), y que el sentimiento suyo que surge frente al patrono por causa de la terminación fulminante del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización de perjuicios, con efecto desvinculante inmediato, si no aumenta con el tiempo permanece latente y puede generar en el ánimo del trabajador sentimientos que no coinciden en lo sucesivo con el interés natural del patrono, como en el presente escenario, en que los intereses económicos y contractuales de la parte convocada, ex patrona del testigo, quedan expósitos ante la declaración de quien siendo su trabajador, perdió la fuente de sus ingresos personales y familiares, y tuvo que ser desvinculado de la empresa por actos dolosos o culposos que la afectaban.

Ha dicho el apoderado de la parte convocante, en la audiencia en que se recepcionó la declaración y se formuló la tacha, que hay que suponer la inocencia del testigo mientras no se le demuestre lo contrario [Ver, folios 110, Cdno 8, Pruebas]. Sin embargo, es de tener en cuenta que el propio testigo Frans Alexis Fuentes Rojas, en respuesta a pregunta que le formulara el tribunal, por medio del árbitro Luis Alfonso Mora, admitió que el testigo aceptó la decisión tomada por el

patrono frente a la terminación de su contrato laboral [Ver, folio 118, Cdno 8, Pruebas].

Lo anterior lleva a concluir al tribunal, a su criterio, que para la sociedad convocada existen razones para dudar de la credibilidad o imparcialidad del testigo, y sobre el testigo gravitan antecedentes personales que impiden ver sin reservas su declaración, y de ahí la temeridad de la convocada, que comparte el tribunal. Aun en el evento de no haber sido formulada la tacha del testigo por sospecha sobre su credibilidad o imparcialidad, hubiera sido deber del tribunal indagar si entre el testigo y una de las partes existe alguna relación o situación de las previstas en la primera parte del artículo 217 C.P.C., o alguna otra causa (enunciado genérico) de que la ponga de presente.

Bajo estos términos el tribunal considera que, a su juicio, y según su criterio, como lo consagra el ordenamiento procesal, existe motivo de sospecha para la declaración del testigo Frans Alexis Fuentes Rojas, por la razón comentada, que puede hacer que su declaración no resulte enteramente creíble e imparcial, razón por la cual, el tribunal tendrá que valorarla y otorgarle el valor jurídico probatorio que corresponda, apreciando el dicho del testigo con mayor grado de estudio, análisis y crítica, que otras declaraciones no tachadas de terceros.

Es que, la tacha que prospera arroja sobre la declaración del testigo la sospecha de no ser auténtica, genuina y personal, poseedora de espontaneidad, y que la idea de los árbitros sobre la "razón del dicho" del testigo incline a dudar del "fundamento de la ciencia del testigo". La misma jurisprudencia nacional admite que, en tales términos, el testigo pueda llegar a faltar a la verdad movido por sentimientos mencionados en la disposición citada (art. 217 C.P.C.), [Ver, *Sentencia Civil de Casación, de 12 de febrero de 1980, ponente José María Esguerra Samper*]. La doctrina interna igualmente recoge esta apreciación: "...La ley no impide que se reciba declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconseja que se la aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha". (1). "...Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. (2). "El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza al juez", (3), [Ver, 1-2-3, *Estudio Doctrinal y Jurisprudencial del Proceso Civil, Carlos A Paz Russi, pág. 324, Edit. USABU, Cali, 2009*].

La prosperidad de la tacha en cuestión será declarada en la parte resolutive del laudo.

2.2 Tacha de parcialidad por sospecha del testigo Luis Alberto Rico Joya:

Ahora, en cuanto toca al testimonio del señor Luis Alberto Rico Joya, pedido por la sociedad convocada, Industria Andina de Absorbentes S.A., la tacha por sospecha de falta de credibilidad o imparcialidad fue hecha por la sociedad convocante, Inversiones Medina Hoper S.A., en la audiencia de recepción de la declaración del tercero, el día 19 de enero de 2010, Acta No. 10, [Ver, folios 001 a 035, Cdno 8, Pruebas]. Los motivos para la tacha, por el apoderado de la parte convocante, fueron los siguientes, sintetizados así: El testigo hizo auditoría general al contrato celebrado entre las partes convocante y convocada, por lo cual no puede legalmente ser testigo, así como haber sido renuente ante el tribunal en sus respuestas, y omitir algunos aspectos de su conocimiento, lo que afecta su credibilidad o imparcialidad, a tenor del artículo 217 C.P.C. [Ver, Acta No. 10, folios 029 a 031, Cdno 8, Pruebas]. El apoderado de la parte tachante, doctor Esmir Osorio Cano, no presentó en ese momento documentos probatorios sobre los hechos que alegó, como tampoco solicitud de pruebas relativas a ellos, para practicarse en la misma audiencia, como lo dispone el artículo 218 *ibidem* [Ver acta respectiva]. La apoderada de la parte convocada, María Fernanda Silva Medina, a su turno, se opuso a la declaración de la tacha, por no existir dependencia del testigo con las partes [Ver, Acta No. 10, folios 035, Cdno 8, Pruebas]. Así, por encontrarse el tribunal en el proceso de dictar el laudo, estudia si a su juicio y prudente razón existe motivo fundado de la sospecha de falta de credibilidad o de imparcialidad, por dependencia o ser remiso, o si, por lo contrario, debe desecharse.

Tal como se dijo en la primera tacha definida, la *calificación* de sospecha del testigo la deja la ley enteramente al arbitrio del juez, quien decide si el tercero no es confiable para rendir su declaración, previo análisis *subjetivo, personalísimo y de criterio íntimo, exclusivo y excluyente*, del juez, fruto de la libertad de conciencia, opinión y pensamiento del juzgador, para concluir si el motivo es grave, u aún para escudriñar sobre situaciones similares a las indicadas en el artículo 217 C.P.C.

Con la precisión anterior, el tribunal estudia si las causas discutidas como tacha de sospecha del testigo son graves, y si tienen mérito para concluir que la credibilidad o imparcialidad del testigo está afectada. El tachante acusa al testigo de tener relación con la parte demandada (convocada) por haber realizado un trabajo de auditoría interna, y además ser renuente. Los interrogantes que el tribunal debe tener en cuenta son dos: la dependencia, y ser remiso en las respuestas, y concluir, en el evento de ser ciertas, si son graves y bastan para declarar sospechosa la declaración del testigo.

Siendo, pues, dos los aspectos a examinar, el tribunal hace las siguientes consideraciones:

a). En cuanto a la calidad de remiso del testigo a las preguntas formuladas: La actitud de *remiso, esquivante, evasivo, eluyente o similar* del testigo al responder al interrogatorio, no es motivo de tacha de sospecha por incredulidad o parcialidad del testigo, porque no tiene que ver con la "aptitud" del tercero para declarar, sino que atañe a la "eficacia" de la prueba del testimonio, porque cuando el juez la "valore" para asignarle mérito probatorio, debe tener en cuenta si el testigo respondió en consonancia con los interrogantes formulados, siendo, por ende, responsivo, exacto y completo, o si, por lo contrario, ha rehusado, o dado respuestas evasivas pese al requerimiento del juez, que llevan a la ignorancia,

distorsión, ocultamiento o disfraz de los hechos del proceso, (como lo establece el artículo 228 C.P.C.).

Esta situación habrá de examinarse cuando se trate de asignar el mérito probatorio al dicho de la ciencia del testigo.

b). En cuanto a la relación de dependencia del testigo con la parte convocada, que legalmente supondría que el señor Rico Joya no podría ser testigo, el tribunal estima: La dependencia de un testigo con una de las partes no es por sí sola cuestión que en todo caso e indefectiblemente implique motivo para la tacha de testigos, porque, en no pocas ocasiones, el recaudo de sus declaraciones puede conducir al esclarecimiento de los hechos, llegando a establecerse no la verdad formal de la causa sino la verdad "real" de la situación *subjudice*. Ahora bien, para que la "dependencia" como causa de sospecha pueda ser reconocida procesalmente por el juez, a tenor de los artículos 217 y 218 *ibídem*, debe quedar probada por quien formula la tacha, o admitida por el propio testigo. El abogado de la parte convocante alega que el testigo depende de la parte convocada porque hizo una auditoría interna al contrato de suministro que ocupa al tribunal. Sin embargo, la parte convocante *no aportó al proceso la prueba plena y completa de su afirmación*, y tampoco demostró al tribunal de qué manera y en consideración a qué circunstancias el testigo resultaba sospechoso, y antes bien, en el expediente obra, debidamente decretada y recibida, prueba documental proveniente de Papeles Nacionales S.A. que establece la existencia de vínculo laboral con esta empresa pero no con la convocada [Ver, Auto No. 17 de fecha 19 de enero de 2010, dictado conforme al Acta No. 10, visible a folios 056, Cdno 2, Actas]. La aludida certificación obra en el expediente [Ver, folio 071, Cdno 2, Actas].

De otro lado, la parte tachante olvida que la labor o tarea de auditoría, de cualquier especie que sea, se caracteriza por ser objetiva (de modo que el auditor concluye sobre hechos) y veraz (lo que sus conclusiones prescinden de cualquier pasión o sentimiento), sea quien fuere el ente o persona que le encomiende tal labor. Adicionalmente, ha venido a quedar sentado en el proceso que tal auditoría la ordenó Papeles Nacionales S.A., como acreedora de Industria Andina de Absorbentes S.A., la cual, a su turno, se encontraba incurso en trámite de reestructuración de pasivos financieros, a tenor de la Ley 550 de 1999. Finalmente, el tribunal tampoco encuentra que se configure motivo de sospecha en la declaración del testigo, que éste tuviera conocimiento acerca de si sabía de modificaciones a la oferta y el resultado final de dichas conversaciones entre los contratantes, porque la prueba de tales modificaciones estaban llamadas a tener el mismo carácter solemne del contrato inicial, por la propia voluntad de las partes que intervinieron en él.

Lo dicho induce a concluir al tribunal, según su criterio subjetivo pero racional y fundado, que no existen razones que lo hagan dudar con fundamento de la credibilidad o imparcialidad del testigo. Antes bien, piensa el tribunal que la actividad desplegada frente al contrato, el testigo puede conocer una buena cantidad de información que lleve a establecer si hubo incumplimiento del contrato, y cuál de las partes lo causó, pero, ello es motivo de análisis en el estudio y valoración de la prueba.

En la parte resolutive del laudo hará el tribunal el pronunciamiento correspondiente.

V). CONDICIONES PARA LA *EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DECRETADOS, PRACTICADOS Y OBRANTES EN EL PROCESO:*

Se establecen por el tribunal de la siguiente manera:

- 1). *Estudio de los requisitos para la existencia procesal del testimonio, como medio probatorio, y de los requisitos para la validez del mismo:*

Antes de proceder al análisis de los HECHOS debatidos en el proceso, así como del examen de la prueba recogida, y de asignarle *eficacia* probatoria a cada testimonio, el tribunal pasa a ocuparse ahora de la comprobación de los requisitos para la "*existencia*" procesal de los mismos, y de las exigencias que legalmente le dan "*valor*" probatorio, a cuyo efecto deja acreditado el siguiente análisis:

En el proceso fueron decretados y recepcionados los siguientes testimonios:

Por parte de la sociedad convocante, los señores:

- a). Frans Alexis Fuentes Rojas, recepcionado en día 28 de enero de 2010, [Folios 098 a 121, Cdo 8, Pruebas], y
- b). Jorge Enrique Hernández Hernández, recepcionado el 1 de febrero de 2010, [Folios 161 a 186, Cdo 8, Pruebas].

Por parte de la sociedad convocada los señores:

- a). Wilson Guerrero, recepcionado en día 28 de enero de 2010, [Folios 134 a 159, Cdo 8, Pruebas];
- b). Luis Alberto Rico Joya, recepcionado en día 19 de enero de 2010, [Folios 001 a 036, Cdo 8, Pruebas], y
- c). Carlos Felipe Pedroza, prueba testimonial desistida [Folios Auto No. 19, de 1 de febrero de 2010, folios 074, Cdo 2, Actas].

Su decreto se hizo en el Auto de pruebas, proferido en la Primera audiencia de trámite [Ver, Auto No. 10, de fecha 15 de diciembre de 2009, folios 037 a 042, Cdo 2, Actas].

En orden a precisar lo atinente a la “*existencia*” del testimonio en el proceso, el tribunal hizo las verificaciones pertinentes en referencia a cada declarante y a su declaración, valiéndose del ilustrado criterio del jurista Hernando Devis Echandía, [Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, pág. 94, ss, No. 214, Edit. Víctor de Zabalía, Argentina, 1972], y concluye que, al respecto, se cumplen los requisitos que el régimen probatorio exige, porque todas las declaraciones recibidas tienen las siguientes características:

- a). Se trata de declaraciones personales (a nombre propio del testigo y no de otra persona);
- b). Se trata de declaraciones de terceros (que no incluyen ni siquiera genéricamente la calidad de parte);
- c). Se recibieron en calidad de actos procesales (formal y materialmente);
- d). Todas las declaraciones versaron sobre los hechos que se discutieron por las partes convocante y convocada;
- e). Los hechos sobre los cuales depusieron los testigos son anteriores a la recepción de sus respectivas declaraciones, y
- f). Todas las declaraciones gozan de la posibilidad de tener significación probatoria (dependiendo del mayor o menor conocimiento de los hechos por cada testigo).

Ahora, en cuanto respecta a los requisitos de “*validez*” de los testimonios, luego del examen correspondiente, que se llevó a cabo igualmente sobre la base del criterio del profesor Devis Echandía, [ob cit., Tomo II, pág. 97, ss, No. 215], el tribunal llega a concluir que las declaraciones recibidas satisfacen las exigencias del régimen probatorio, porque:

- 1). Cada declaración fue oportuna y legítimamente pedida y decretada;
- 2). Los árbitros tienen poder inquisitivo para ordenar los testimonios y atender la solicitud previa y oportuna de petición de la prueba por las partes legitimadas: convocante y convocada;
- 3). Los testimonios fueron recibidos por los árbitros designados por las partes, que no fueron impugnados;
- 4). Los testigos son personas naturales, mayores de edad, con capacidad para rendir testimonio, y no existe motivo que aduzca incapacidad o inhabilidad en los declarantes;
- 5). Los testigos no están afectados de inhabilidad o ineptitud física, moral o intelectual, en el momento y acto de la declaración;
- 6). La declaración de cada testigo se hizo conscientemente, sin presión ni coacción alguna, y tal motivo no fue alegado en su momento por las partes;
- 7). A todos los testigos se les impuso el juramento de ley;
- 8). La recepción de los testimonios se sometió a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que permitieran el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, y de contradicción;
- 9). No existen motivos de nulidad del proceso arbitral; y
- 10). Los hechos sobre los cuales rindieron declaración los testigos son susceptibles de demostración por este medio y no existe prohibición legal para este caso.

2). Estudio sobre la prueba pericial y la prueba documental:

Del mismo modo como el tribunal adelantó la tarea de evaluar lo concerniente a la existencia y validez de la prueba testimonial, se adentra en el examen de las condiciones de "existencia" y de "validez" de la prueba *pericial* y de la *documental*, ya que hacerlo es indispensable como condición de procedibilidad para asignarle "*mérito o eficacia probatoria*" a cada uno de tales medios, conforme al análisis mesurado que se haga de los hechos de la demanda, su contestación, y las excepciones propuestas. La conclusión es la siguiente:

2.1 La prueba pericial:

2.1.1 Requisitos de su existencia:

El tribunal admite la *existencia* procesal de la prueba pericial, hecho el cotejo de rigor, porque están presentes las notas que siguen [ob cit. E.Devis E., pág 322 a 324, Tomo II]:

- a). El dictamen forma parte del proceso; [Folios 001 a 008, Cdno 9, Dictamen Pericial]; su aclaración [folios 013 a 019, Cdno 9];
- b). Se decretó y practicó por orden de los árbitros [Auto No. 10, folios 038, Cdno 2, Actas];
- c). El dictamen tiene carácter y fue rendido a título personal [folios 001 a 008, Cdno 9];
- d). La peritación versaba sobre hechos discutidos en el proceso: demanda [folios 246, Cdno 1, Demanda), y contestación [folios 027, Cdno 3, Contestación de la Demanda]; y
- e). El dictamen fue rendido por un tercero (ajeno a la causa).

2.1.2 Requisitos de su validez:

De igual manera quedan cumplidos respecto de la *peritación*, los requisitos que se refieren a su "*validez*", [ob cit. Devis E., pág. 324 a 332, Tomo II], lo que descarta que la prueba pueda ser tildada de nula, a saber:

- 1). La prueba fue ordenada en forma legal por los árbitros [Ver, Auto No. 10, folios 033, Cdno 2, Actas];
- 2). El perito tenía capacidad para rendir el dictamen (y no se propuso su incapacidad, pues, fue aceptado por las partes, sin objeción);
- 3). El perito fue nombrado y posesionado en debida forma [Acta No. 9, 14 enero/2010, folios 045, Cdno 2, Actas];
- 4). La presentación del dictamen se hizo en tiempo, ya que el perito pidió prórroga del término señalado, y lo rindió antes de que el tribunal decidiera sobre ella, lo que llevó al tribunal a

- dar traslado del mismo [Auto No. 22, de 1 de marzo/2010, folio 083, Cdno 2, Actas];
- 5). La confección del dictamen fue obra personal del perito (y no se discutió lo contrario); y
 - 6). No se conoce ni discute que el perito haya utilizado medios ilícitos para rendir su experticia.

2.2 Prueba documental:

El tribunal, previa indagación de lo que obra en el expediente, hizo la siguiente verificación:

2.2.1 Requisitos para su existencia:

- a). El elemento (escrito) tiene aptitud representativa;
- b). Los escritos dan cuenta de hechos debatidos en el proceso (sobre incumplimiento y perjuicios);
- c). Los escritos tienen significación probatoria (con prescindencia de su eficacia probatoria);
- d). Proviene de las partes en el proceso.

Los requisitos de "*existencia*" de la prueba documental se deducen de las piezas procesales que seguidamente se anotan: [Folios 005 a 018, y 043 a 098, Cdno 1, Demanda; folios 030 a 092, Cdno 3, Contestación Dda; folios 046 a 049, Cdno 2, Actas, relación de documentos exigidos por convocante y convocada para su exhibición].

2.2.2 Requisitos de su "*validez*":

Al hacer el tribunal la verificación de los requisitos de *validez* de la prueba documental, concluye:

- 1). Ninguna de las partes ha alegado que los distintos documentos que provienen de sí, o que la otra parte ha obtenido, han sido obtenidos en inconsciencia o por la fuerza;
- 2). Los documentos privados y/o públicos han sido llevados al proceso en legal forma, y tuvieron la oportunidad de ser ampliamente controvertidos;
- 3). Los originales obrantes tienen fuerza de ley, y las copias fueron aceptadas por las partes;
- 4). Los documentos de ambas partes fueron oportunamente llevados y admitidos al proceso, en el tiempo debido y con los requisitos de ley.

[Ver, ob cit., Devis E., pág. 532 a 534, Tomo II]

3). Estudio sobre la declaración de parte:

Con relación a las *declaraciones de parte* solicitadas oportunamente, el tribunal encuentra que se reunieron los requisitos para la existencia de cada una de ellas, y los propios de su validez probatoria, porque al efectuar su constatación se acreditó lo que sigue:

3.1 Requisitos de la existencia:

- a). Las declaraciones rendidas provienen de los representantes legales de las partes;
[Ver, folios 005, Cdno 1, Demanda, y folio 008, del mismo Cdno];
- b). Se trata de declaraciones hechas de modo personal y directo, por dichos representantes;
- c). El objeto de ambas declaraciones fueron los hechos del proceso [Ver, folio 245 Cdno 1, Dda, y folio 027 Cdno 3 de la Contestación Dda];
- d). Ambas declaraciones versan sobre hechos de la parte que absuelve el interrogatorio;
- e). Ambas declaraciones se rindieron con fines probatorios.
[Estas constataciones las hace el tribunal siguiendo el criterio de H. Devis E., ob cit., pág 579ss, No. 152, tomo I].

3.2 Requisitos de la "validez" de la declaración:

Como lo hizo el tribunal para los medios de prueba antes detallados, se comprobó la existencia de los requisitos de *valor* de la declaración de parte, rendida por los respectivos representantes legales de la convocante y convocada, de modo que queda establecido para ambos casos el cumplimiento de las siguientes exigencias [Ver, H. Devis E, ob cit., pág. 614, No. 153, tomo I]:

- 1). Los representantes legales de las partes declarantes son capaces, obraron en representación de las sociedades convocante y convocada, según el caso, y dentro del límite del objeto social y de sus atribuciones;
- 2). Las declaraciones se rindieron libres de coacción;
- 3). Se observaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para la rendición de la declaración, en cada caso; y
- 4). El proceso arbitral no está afectado de nulidad que afecta a las declaraciones rendidas.

VI). ANALISIS DEL HECHO Y DE LA PRUEBA DE LA TERMINACION DEL CONTRATO DE SUMINISTRO:

En este apartado el tribunal estudiará lo concerniente a la situación de hecho que rodeó la terminación del contrato de suministro, por parte de la convocada, así como si esa terminación es legal, y la prueba atinente a este punto.

Sea lo primero llamar la atención que la doctrina del derecho civil reconoce la terminación de las obligaciones jurídicas por el advenimiento de la condición resolutoria (art. 1536, 1542 y 1544, C.C.C.), y que expresamente admite que en los contratos bilaterales va envuelta la condición "resolutoria" tácita, para el caso en que uno de los contratantes no cumpla lo pactado, en la forma y tiempo debido, y reconoce a la parte cumplida el derecho a la indemnización de perjuicios (art. 1546 C.C.).

Esa misma doctrina, atemperada a la casuística mercantil, ha sido reconocida por la legislación comercial para el caso concreto del contrato de suministro, que, como se ha dejado estudiado, pertenece a la categoría de los bilaterales, al disponer el artículo 973, que el incumplimiento de una de las partes a alguna prestación, da derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando tal inobservancia ocasione perjuicio grave o tenga cierta importancia que debilite la confianza contractual en la otra parte, y como efecto de ello, la autoriza para pedir el resarcimiento de perjuicios. Ahora, para poder poner fin al contrato, la parte cumplida debe observar lo dispuesto en el artículo 972 *ibídem*. Siendo ello así, el tribunal se dedica a extraer los elementos de doctrina que inspiran las dos normas citadas, a cuyo efecto hace el análisis normativo que sigue:

- 1). La norma parte del supuesto de la celebración de un contrato de suministro, que está en ejecución (o que al menos no ha sido terminado por otro modo extintivo);
- 2). Supone que una de las partes ha incumplido alguna de las prestaciones a su cargo;
- 3). Exige la presencia de una parte contractual cumplidora de sus prestaciones;
- 4). El incumplimiento debe ser de tal entidad que ocasione perjuicios graves a la parte cumplida, o que tenga cierta entidad o carácter que haga que la parte cumplida merme o pierda su confianza en la parte incumplida, en la exactitud para hacer suministros sucesivos;
- 5). La decisión de la parte cumplida de terminar el contrato por incumplimiento de su par, está sometido a un trámite especial, establecido por la propia disposición legal, previsto en el artículo precedente.

Son, pues, estos los elementos que constituyen la terminación del contrato de suministro por incumplimiento de una de las partes. En consecuencia, la situación fáctica del incumplimiento la avoca el tribunal a tenor de las siguientes precisiones:

a). La carta de terminación del contrato:

La sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A., contratante suministradora, y ahora convocada en el proceso, procedió a dar por terminado unilateralmente y alegando justa causa el contrato de suministro, mediante carta de fecha 7 de julio de 2006, [visible a folios 103 a 104, Cdno 1, Demanda, folios 067 a 68, Cdno 3, Contestación Dda], haciendo ver que procedía a ello dentro del término contractualmente previsto.

Como en dicha carta se citaron los motivos que llevaron a tomar tal decisión, el tribunal se ha dedicado a cotejar cada uno de ellos frente a la realidad procesal, para concluir sobre su veracidad y existencia, por los medios de probanza que en cada caso se indica:

a.1 El no envío del presupuesto de materias pedidas del mes de mayo de 2006 [Ver, acápite VI de las Consideraciones del presente laudo];

a.2 Negarse a recibir la mercancía facturada el 31 de mayo de 2006, en cantidad de 4.518 pacas), [Ver, acápite VIII de las Consideraciones del presente laudo];

a.3 No enviar el presupuesto del mes de junio de 2006, con horizonte o alcance de seis (6) meses, [Ver, acápite VI de las Consideraciones del presente laudo];

a.4 El recibo apenas parcial de la mercancía facturada el 27 de junio de 2006, [Ver, acápite VIII de las Consideraciones del presente laudo];

a.5 No envío del presupuesto del mes de julio de 2006, con horizonte o alcance de seis (6) meses, [Ver, acápite VI de las Consideraciones del presente laudo];

a.6 El bodegaje de mercancías de los meses de mayo y de junio de 2006, no recibida por la convocante, [Ver, acápite VIII de las Consideraciones del presente laudo];

a.7 El no pago oportuno de facturas de venta de mercancías con base en el contrato de suministro, cuyo cobro se produjo ejecutivamente [Ver, acápite X de las Consideraciones del presente laudo].

Conforme a lo anterior, el tribunal llega a la conclusión que los motivos por los que se decidió unilateralmente la terminación del suministro, por la parte suministrante (aquí convocada), han sido demostrados en el proceso arbitral, a tenor de los medios de prueba que para cada situación se han empleado, según queda expuesto, y a los cuales se les otorga eficacia probatoria en este preciso aspecto.

b). La confesión de la convocante en la demanda:

En el mismo orden de ideas, tendiente a la demostración del incumplimiento del contrato de suministro por la convocante (suministrada), el tribunal se detiene y encuentra de particular significado y trascendencia probatoria, la manifestación libre y espontánea que dicha parte hace en los HECHOS décimo segundo (12) y treinta y uno (31) del cuerpo de la demanda, atinentes al incumplimiento, que transcribe para mayor ilustración del criterio, así:

El HECHO 12 reza así: *"En un correo electrónico enviado por IAASA a Medina Hoper el día treinta (30) de junio de 2005, le solicitó el envío del presupuesto de ventas para los meses de junio a septiembre del 2005, y le pidió el pago de las facturas pendientes de pago a favor de ellos"*.

De él se concluye que: La convocante no había enviado el presupuesto de ventas a la convocada, según lo acordado en la oferta mercantil aceptada, con previsión de un horizonte de seis meses, pues el enviado apenas cubría una parte de dicho lapso, y además se reconoce deudora de obligaciones derivadas del suministro frente a la convocada.

El HECHO 31 expresa: *"IAASA envió el primero (1º) de febrero de 2006 un comunicado a Medina Hoper, mediante el que indicaba que tomaban como presupuesto de compras para los meses de enero, febrero y marzo de 2006 el enviado el día cinco (5) de noviembre de 2005, ya que aludía que Medina Hoper no cumplió con la obligación de suministrar dicho presupuesto los primeros cinco (5) días de cada mes. Por lo cual IAASA procedió a facturar las cantidades de pacas concernientes al mes de enero del 2006, de acuerdo con lo presupuestado en noviembre de 2005, porque tomó este presupuesto como una orden de compra en firme"*.

De su texto se establece que: La convocante no cumplió, respecto de los meses señalados, con su obligación de enviar oportunamente a la convocada, el presupuesto de compras con horizonte de seis meses, como lo prevé el contrato de suministro.

En consecuencia, el tribunal considera que tales hechos son una confesión de la parte convocante, a favor de la parte convocada, que hace mérito probatorio en contra de la primera, en particular porque los apoderados judiciales confiesan con relación a la demanda (y la contestación), a tenor de lo dispuesto por el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, y así se deja consignado para efectos de las decisiones a tomar en el presente laudo.

c). La prueba documental:

En cuanto a la prueba documental que el tribunal destaca en referencia al punto del incumplimiento, toma en consideración algunas comunicaciones escritas de la sociedad Industria Andina de Absorbentes (suministradora/convocada) dirigidas o enviadas a la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A. (suministrada/convocante):

1). Los documentos debidamente glosados al expediente, que obran en la Diligencia de Exhibición (conjunta), [Acta No. 9, de 14 de enero/2010, folios 046 a 049, Cdno 2], legajo "*Correos de Presupuestos y Comunicaciones*", no fueron tachados de falsedad. Las comunicaciones que evidencian el incumplimiento, a juicio del tribunal, exhibidos en la diligencia indicada, específicamente son:

c.1.1: A folios 3: Correo electrónico de IAASA a Medina Medina Hoper, de fecha 18 de noviembre/2004, en el que se le requiere para que reajuste los pedidos a las cifras convenidas, teniendo en cuenta que se debe llegar mínimo a 6.000 bolsas y no se puede fabricar tan solo 300 bolsas de Rikeza, y el lote mínimo de esta referencia es de 1000 bolsas (suscrito por Carlos Felipe Pedroza), [Cdno de Pruebas, Correos de Presupuestos y Comunicaciones];

c.1.2: A folios 4: Correo electrónico de Medina Hoper a IAASA, de fecha 19 de noviembre/2004, en respuesta al anterior, en el cual ajusta los pedidos a los requerimientos de seis (6) meses, hechos por IAASA, con lo cual, estima el tribunal, reconoce el deber de los presupuestos semestrales, y requerida se ajusta a ellos [Cdno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.3: A folios 15: Correo electrónico de IAASA a Medina Hoper, de fecha 7 de enero de 2006, en el que la primera solicita la revisión acordada del presupuesto (de ventas) para los meses de enero a marzo/2006, pues el comportamiento de las ventas del pañal Rikeza en el año 2005, fue en promedio 8.000 pacas [Cdno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.4: A folios 18 y 19: Acta reunión entre IAASA y Medina Hoper, de fecha 5 de abril de 2006, en que revisadas las cantidades de los pañales, se mantiene el presupuesto con horizonte de seis meses (de abril a septiembre/2006), de lo que queda claro que conforme al contrato de suministro el presupuesto de compra es con horizonte de seis meses. Se establece en dicha acta, que las facturas Nos 09091, 009208, y 009321 no habían sido pagadas en su oportunidad por Medina Hoper a IAASA, y se convino una fecha o esquema de pago [Cdno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.5: A folios 21: Correo electrónico de IAASA a Medina Hoper, de fecha 25 de mayo/2005, suscrito por Jorge E. Hernández H, en el cual IAASA le indica a la primera que está a la espera del estimado del presupuesto de junio a noviembre, o sea, con horizonte de seis meses, según entendimiento del tribunal, para lograr los compromisos adquiridos en las ventas. Igual hace referencia a la carta, en que se solicita a Medina Hoper ponerse al día en las facturas para poder comprar de contado los materiales [Cdno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones]. Documentos no tachados;

c.1.7: A folios 24: Correo electrónico de IAASA a Medina hoper, de 1 de junio de 2005, suscrito por Jorge E Hernández H., en que se acredita que se

recibió el presupuesto pero quedó faltando el de septiembre, octubre y noviembre, para cumplir el trabajo, pues, el presupuesto convenido es con horizonte de seis meses, según el contrato de suministro [Cdnno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.8: A folios 26: Correo electrónico de IAASA a Medina Hoper, de fecha 8 de junio de 2005, suscrito por Jorge E. Hernández H., que acredita que Medina Hoper estaba en mora de pagar las facturas dentro de los 60 días de recibo de la mercancía, ya que estaban vencidas con 65 o 70 días [Cdnno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.9: A folios 28: Correo electrónico de IAASA a Medina Hoper, de 30 de junio/2005, suscrito por Jorge E. Hernández H., en que la segunda es requerida para que haga los presupuestos de ventas para los meses de julio, agosto y septiembre, y se le pide revisar las facturas pendientes de pago, para poder hacer IAASA desembolsos importantes para adquirir materias primas [Cdnno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.10: A folios 38: Correo de IAASA a Medina Hoper, de 5 de agosto/2005, suscrito por Jorge E. Hernández H., en que esta última sociedad es nuevamente requerida para cumplir el presupuesto de ventas de agosto, septiembre y octubre, de acuerdo a los términos convenidos en el contrato de fabricación [Cdnno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.11: A folios 77: El cuadro comparativo de lo pactado en la oferta de suministro y lo realmente pedido, de enero a julio/2006, demuestra que Medina Hoper incumplió considerablemente los pedidos que debía hacer conforme al presupuesto de compra, como se presenta discriminadamente por producto y referencia [Cdnno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones];

c.1.12: A folios 78: El cuadro comparativo de lo pactado en la oferta de suministro y lo realmente pedido, de enero a diciembre/2005, demuestra que Medina Hoper incumplió los pedidos que debía hacer conforme al presupuesto de compra, para dicha anualidad, como se presenta discriminadamente por producto y por referencia [Cdnno de Pruebas, Correo de Presupuesto y Comunicaciones].

2). En segundo lugar, también como prueba documental que acredita el incumplimiento por la parte convocante, Inversiones Medina Hoper S.A., el tribunal destaca las siguientes comunicaciones que le dirigió a ésta la sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A. (suministradora/convocada). Tales comunicaciones no fueron oportunamente tachadas de falsas. Son ellas:

c.2.1 Comunicación en que la convocada le hace saber a la convocante, que al no haber ésta entregado el presupuesto de compra dentro de los cinco primeros días de cada mes, en los meses de diciembre y enero (se refiere a 2005 y 2006, en su orden), ha tomado como presupuesto de compra el suministrado en noviembre del año anterior, lo que deja al descubierto el incumplimiento de la

convocante a pasar oportunamente el presupuesto de compra, a tenor de la cláusula 3ª del contrato. Tal escrito reza literalmente así, en lo pertinente:

"... De acuerdo con la cláusula tercera numeral cinco de la oferta MERCANTIL DE SUMINISTRO ustedes no cumplieron con el suministro del presupuesto de compra dentro de los cinco primeros días de cada mes en los meses de Diciembre y enero del presente año; por lo tanto hemos considerado el último presupuesto de compra suministrado en noviembre cinco del año pasado".
[Ver, Folio 094, Cdno 1].

c.2.2 Del propio modo, al mensaje del doctor Rodrigo Medina, representante legal de Medina Hoper S.A., en el sentido de que IAASA se atempere a los pedidos de suministro para no tener que devolver mercancía por no haber sido pedida [folios 102, Cdno 1, Demanda], el señor Wilson Guerrero (referencia pañal Rikeza) expresa que IAASA está sujetándose a lo pactado en el contrato. La comunicación del señor Wilson Guerrero dice textualmente, en lo pertinente, lo siguiente:

"Acuso recibo de E mail. Manifestamos que estamos obrando de acuerdo a los términos de la oferta mercantil de suministro (OMS)".
[Folio 102, Cdno 1, Demanda].

d). Declaraciones de terceros (testimonios):

El tribunal se detiene en el examen de las declaraciones de los testigos Jorge E. Hernández H y Wilson Guerrero, por ser conclusivas y tomar en consideración de modo específico el punto del incumplimiento y su origen. Estas exposiciones gozan, según el estudio hecho antes, de certeza procesal en cuanto a su existencia y a la validez o capacidad probatoria de las declaraciones recibidas, de modo que se tiene en cuenta el *dicho* de cada testigo para concluir acerca de la veracidad de la ciencia del mismo. En el orden propuesto los testigos dicen:

d.1 Declaración de Jorge E Hernández H:

De acuerdo a la declaración que el testigo venía rindiendo, se le preguntó si la sociedad convocante había cumplido con su obligación de pasar el presupuesto de compras, a cuyo efecto se le formuló la pregunta: *"De acuerdo con la respuesta que nos acaba de dar, ¿podría indicarnos, si lo recuerda, si INVERSIONES MEDINA HOPER cumplió con la presentación de estos presupuestos a IAASA y si estos presupuestos en su contenido se acomodaban a lo convenido en la oferta mercantil?,* respondió así:

"RESPUESTA: No, el señor Rodrigo Medina en un principio cumplió, pero posteriormente empezó a torpedear o a no suministrar la información y a incumplir con ese suministro de información para hacerle sus órdenes que él requería".

[Ver, folio 77, Cdno de Pruebas, No.8].

Más adelante, en la declaración que rinde, el testigo Jorge E. Hernández H, es claro y expresa una opinión determinante acerca de la importancia contractual de los presupuestos periódicos de compra de mercancías, comprendidas por el contrato, que al no darse, el tribunal considera como motivo de incumplimiento contractual, como se evidencia en las siguientes preguntas y respuestas: [Ver, folios 181, 182 y 183, Cdno 8, Pruebas], que por su ilustración el tribunal destaca así:

"PREGUNTA: Bueno, se la voy a dividir entonces en dos puntitos: El primero, ¿qué importancia tiene para IAASA el que Medina Hoper le presentara los presupuestos en la forma convenida o en las fechas convenidas? Esa sería la primera parte pues de la pregunta.

REPUESTA: "*Para IAASA significaba o significa que tener el presupuesto o los estimados de acuerdo a los términos del contrato poder planificar su capital de trabajo y al tiempo poder colocar las órdenes de compra de los materiales a los proveedores en la cual esas órdenes entraban a ser una obligatoriedad por parte de IAASA de adquirir esos materiales, así que si nosotros no teníamos el presupuesto no podíamos hacer la explosión de materiales y no podríamos colocar las órdenes de compra, y una vez colocadas las órdenes de compra tampoco no había opción de revisarla porque en su mayoría estos materiales son importados.*"

Acto seguido se le formuló la siguiente

PREGUNTA: Indíquenos entonces o nos amplía o nos aclara ¿qué significa para IAASA que la mercancía que la mercancía debidamente presupuestada y pedida, no haya sido recibida por la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A.?

RESPUESTA: "*Yo entiendo que son dos temas totalmente diferentes. Uno, es porque hay un compromiso con los proveedores que con base a ese presupuesto se coloca unas órdenes de compra por materiales a los proveedores y se adquieren unos compromisos de comprar e importar y nacionalizar y entrarlos al país, eso implica un desembolso de dinero. Y número dos, viene el proceso de fabricación y que implica una adición de costos de máquina y de mano de obra, y colocarlo en producto terminado; y número tres, implica para IAASA también un desastre financiero que el señor Medina Hoper no hubiese recibido el producto ¿por qué? Porque esos pañales se habían hecho con una cinta que dice Rikeza, cosa que el producto ya no lo puedo vender en ninguna otra parte porque esa marca es de él, él estaba obligado a recibirme el producto, entonces si él no me recibe el producto le causa a IAASA un desastre financiero del orden de seis mil pacas que eran mensualmente o siete mil, multiplicado por el costo de \$ 50.000 pesos, da \$ 300 millones de pesos, y si eran dos meses eran \$ 600 millones de pesos, así de sencillo, entonces sí tiene un efecto totalmente contraproducente en las finanzas de Industria*

Andina de Absorbentes el no suministrar los presupuestos o suministrarlos y luego no comprarlos".

Según se deduce de la declaración examinada, el incumplimiento de la obligación contractual de la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., de entregar a Industria Andina de Absorbentes S.A., el presupuesto de compra de los productos cobijados por el contrato de suministro, en la forma y tiempo debidos, puso en grave riesgo el cumplimiento de la oferta mercantil aceptada, generó una inestabilidad y riesgo negocial operacional y financiero para la parte suministradora en la administración del contrato, y entraña un evidente incumplimiento al mismo por la parte suministrada/convocante, violatorio del numeral cinco (5) de la cláusula tercera (3ª) del mismo. El tribunal acepta al respecto el dicho del testigo, por ser su declaración clara, exacta y completa, y encuentra su ciencia y conocimiento ajustado a la realidad procesal (art. 228, Num. 3, C.P.C.).

d.2 La declaración de Wilson Guerrero:

El testigo Wilson Guerrero hizo referencia en su declaración a la cantidad de productos pedidos por la sociedad suministrada/convocante, así como de los que tenía la obligación contractual de producir la sociedad suministradora/convocada, lo que el tribunal encuentra de suma utilidad para establecer cuál era la obligación contractual de cada parte, y cuál fue su comportamiento, y, en últimas, si su actuación se ajustó al clausulado del contrato. Así, el testigo fue interrogado y contestó sobre las obligaciones de las partes, y la inobservancia de dichas prestaciones, lo siguiente:

PREGUNTA: Recuerda usted o puede informarnos qué productos se comprometió IAASA a fabricar y en qué cantidades?

RESPUESTA: *"Los productos que IAASA se comprometió a fabricar fueron el producto Rikeza que es una marca privada, sin barrera tamaño mediano, mil pacas; Rikeza sin barreras tamaño grande, mil pacas; Rikeza con barrera tamaño pequeño mil pacas; Rikeza con barreras tamaño mediano, dos mil pacas; y Rikeza con barrera tamaño grande, mil pacas; para un total de seis mil pacas estipuladas de acuerdo en unos lotes mínimos para tener un buen costo en el sistema de producción".*

El testigo, una vez se le preguntó y contestó sobre la cantidad de mercancías contratadas que debía fabricar o producir Industria Andina de Absorbentes S.A. para Inversiones Medina Hoper S.A., fue interrogado acerca de la cantidad de productos que debía comprar la suministrada/convocante, conforme al contrato de suministro celebrado, y ofreció la siguiente respuesta:

PREGUNTA: De acuerdo a estas cantidades que usted acaba de manifestar de pañales que se comprometió IAASA a fabricarle a MEDINA HOPER, podría indicarnos si esa misma cantidad MEDINA HOPER la adquirió?

RESPUESTA: *"Allí se presentaron varias situaciones y vuelvo y reitero, el tema básicamente se presentó en el incumplimiento de los presupuestos, recordemos que lo que planteaba la oferta mercantil era un presupuesto, con un horizonte de seis meses, los cuales los dos primeros meses estaban en firme, es decir si nosotros estábamos parados en enero, en enero 5 MEDINA HOPER debía suministrar el presupuesto de seis meses y dejar en firme enero y febrero, luego podía modificar marzo, abril ..., entonces allí fue donde se presentó prácticamente el incumplimiento en esos suministros de presupuestos que prácticamente no permitieron generar digamos la confianza para poder fabricar los productos".*

[Ver, Folio 137, Cdno 8 Pruebas].

De igual manera, el testigo Wilson Guerrero fue interrogado sobre la existencia de algún hecho que evidenciara el rechazo o devolución de Inversiones Medina Hoper S.A. a la mercancía contratada, y acerca de la actitud tomada por Industria Andina de Absorbentes S.A., ante dicha situación, por lo que el tribunal destaca la pregunta y la respuesta ofrecida:

PREGUNTA: Recuerda en esta dinámica de pedido y despacho, que nos acaba de manifestar, si hubo algún evento que usted recuerde o nos informe donde MEDINA HOPER haya rechazado o devuelto mercancía y qué actitud adoptó Industria Andina de Absorbentes S.A. (IAASA) con relación a esa situación?

RESPUESTA: *"Correcto, en el año 2006 aproximadamente antes de los meses de abril se empezó digamos una no generación de pedido por parte de distribuidora MEDINA HOPER, entonces nosotros procedimos a hacer lo que decía la oferta mercantil, enviar la mercancía a sus bodegas y en ese momento él no nos la recibió argumentando que la mercancía no estaba pedida sabiendo pues que obviamente esta mercancía debía recibirse porque pues hacía parte del presupuesto ya establecido para el mes".*

[Ver, folio 140, Cdno 8, Pruebas].

Complementando el tema de la anterior pregunta, el testigo fue interrogado sobre el destino de la mercancía producida de acuerdo al contrato, y rechazada o no recibida por Medina Hoper, y contestó:

PREGUNTA: ¿Podría ampliarnos cuál fue la actitud que adoptó IAASA, qué le tocó hacer con esa mercancía rechazada?

RESPUESTA: *"Esa mercancía nosotros tuvimos que almacenarla en unas bodegas de Bogotá e inclusive incurriendo en gastos de almacenamiento, esas bodegas nosotros nos apalancamos un poco con los transportadores y ellos obviamente nos la almacenaron mientras Medina Hoper miraba qué hacer con ese producto, pero en su momento ese era ya un producto que debió haber recibido el cliente Medina Hoper".*

Interrogado el testigo Wilson Guerrero sobre el *pago de las facturas* por parte de Medina Hoper S.A., respondió:

PREGUNTA: Del conocimiento que usted tiene de la oferta mercantil y de la ejecución y del conocimiento que tuvo en su cargo como gerente de producción, ¿podría indicarnos si MEDINA HOPER pagaba o cancelaba a tiempo las facturas expedidas por IAASA?

RESPUESTA: *"Como lo dije anteriormente, también eso fue uno de los motivos de cancelación del contrato porque pues no había cancelación de las facturas".*

El tribunal acoge sobre el particular el dicho del testigo, por ser su declaración clara, exacta y completa, y encuentra su ciencia y conocimiento ajustado a la realidad procesal (art. 228 C.P.C.).

d.3: Declaración de Luis Alberto Rico Joya:

Habiendo encontrado el tribunal que la tacha de sospecha del testigo no prosperaba, por las razones expuestas en el laudo [Ver, IV, TACHAS, punto 2.2], viene a valerse de su declaración para confirmar la importancia de la entrega oportuna de los presupuestos de compra de productos terminados (pañales), a tenor de las preguntas que le fueron hechas, así:

PREGUNTA: Indique al despacho ¿en qué forma afectó a IAASA el no cumplimiento por parte de MEDINA HOPER la presentación de los presupuestos de compra que usted se refiere anteriormente?

El testigo contestó:

RESPUESTA: *"Efectivamente como yo dije anteriormente, el compromiso era pasar el presupuesto formulado por escrito de seis meses porque IAASA está en Ley 550, al estar en Ley 550 es una empresa que no tiene ningún tipo de crédito, que para proveer los materiales para cumplirle la oferta mercantil a distribuidora MEDINA HOPER, necesitaba con ese tiempo de antelación poder ir adquirir sus materias primas y siempre de contado porque no tiene acceso al crédito, por eso era muy importante para IAASA tener ese presupuesto con ese horizonte de seis meses, por esa sencilla razón de estar en Ley 550, y ninguna empresa le da crédito a una compañía en Ley 550, más cuando hay mercancías que tienen que traerse del exterior".*

Al ser repreguntado el testigo sobre la forma o de qué manera lo anterior influyó para IAASA, el testigo dio la siguiente

RESPUESTA: *"Eso influyó en el presupuesto y en el flujo de caja de IAASA".*

Más adelante, en la misma declaración rendida, al testigo Luis Alberto Rico Joya le fue preguntado:

PREGUNTA: ¿Sabe usted y le consta cuáles fueron los motivos que tuvo IAASA para comunicar la terminación de la Oferta mercantil de suministro a la sociedad MEDINA HOPER?

El testigo Rico Joya dio la siguiente

RESPUESTA: " *Sí, los constantes incumplimientos en la entrega de los presupuestos con el horizonte de seis meses que tenían que ser en los 5 días, la no recepción de mercancías cuando esta no estaban averiadas, es un producto bueno y el cliente las devolvía o diciendo que no las había pedido y por falta de pago oportuno de las facturas que le emitía INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTE, IAASA*".

El tribunal acoge sobre el particular el dicho del testigo, por ser su declaración clara, exacta y completa y encuentra su ciencia y conocimiento ajustado a la realidad procesal (art. 228 C.P.C.), y no encuentra que su dicho deba ser examinado por particular y excepcional rigor para descartar cualquiera reticencia o evasión a las preguntas formuladas por las partes y del tribunal, porque estima que su declaración, en lo atinente a las preguntas, se dio espontáneamente y sin pretender ocultar la verdad. Por eso, el tribunal no halla mérito claro y suficiente, para considerar que el testigo fue remiso o renuente o evasivo, y que con ello tuvo intención o interés de impedir el conocimiento de la verdad de los hechos debatidos, en las respuestas a las preguntas formuladas en el interrogatorio por ambas partes [Ver, PUNTO IV del Laudo, tacha del testigo Luis Alberto Rico Joya, apartado 2.2., literal a)], y que cuando se le pidió contestar las preguntas, no desatendió la petición en tal sentido, y procedió a dar su respuesta.

e). Lo que el contrato de suministro reza sobre la mecánica cómo se determina la mercancía (pañales) que es objeto del mismo:

A esta altura del examen de los hechos debatidos, el tribunal tiene conciencia que la producción de las mercancías que eran objeto de suministro, estaba íntimamente unida a la existencia de un presupuesto de compra, y que éste era requisito esencial para el cumplimiento del objeto contractual, ya que así quedó acordado. Confirma su criterio afianzándose en el tenor literal del Numeral 5 de la Cláusula TERCERA de la oferta de suministro aceptada, la que se explica por sí sola (art. 1618 C.C.), sin necesidad de recurrir a ningún método hermenéutico, y que a letra dice:

" *TERCERA. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR. Constituyen obligaciones a cargo del COMPRADOR LAS SIGUIENTES: 5. Suministrar al OFERENTE un presupuesto de compra dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, con un horizonte de seis (6) meses. Dicho presupuesto es revisable mensualmente exceptuando los dos primeros meses corrientes que tendrán la validez de órdenes de compra en firme, las cuales no podrán tener modificación, su facturación y entrega será efectiva dentro de esos dos (2) me-*

ses. Las modificaciones a partir del tercer mes se recibirán hasta el día cinco (5) de cada mes, de lo contrario las cantidades del tercer mes en curso del presupuesto de compra se convertirán automáticamente en orden de compra en firme...”

[Ver, Folio 45, Cdno 1, Demanda].

A este particular, en la medida en que se ha ocupado del estudio y efecto de dicho apartado contractual, el tribunal saca como conclusión parcial (que adicionalmente será luego completada con otras), que el ofrecido/convocante tenía a su cargo la obligación esencial de presentar los presupuestos de compra de las materias ofrecidas (pañales), dentro de los cinco primeros días de cada mes, con un horizonte de seis (6) meses, firme en los dos primeras mensualidades, y susceptible de revisión en las restantes. Ello lleva al tribunal a concluir que los suministros derivaban de la firmeza de los presupuestos de compra, llamados a convertirse en ventas en “firme”, bajo los mecanismos previstos en el literal bajo examen. Conforme a ello, tales ventas obligaban no sólo a la suministrante/convocada, puesto que se había comprometido al suministro, a tenor de las prestaciones de producción y entrega a su cargo, sino también y, principalmente, para la parte contractual suministrada u ofrecida (aquí la convocante), la que, por ende, estaba obligada jurídicamente a recibir los productos y a hacer su solución o pago efectivo, como contraprestación de lo recibido. Han sido ya consignados los casos, por cierto no pocos, en que la parte suministradora/convocada se quejaba ante la ofrecida/convocante, por la falta de la entrega oportuna del “presupuesto” de venta, en los términos y estipulaciones acordadas, para proceder a elaborar los productos vinculados con el suministro, a los cuales volverá el tribunal a referirse más adelante, y que siendo fundamentales para el cabal cumplimiento del objeto del acuerdo de suministro, derivan en causas de terminación unilateral y justa del contrato celebrado. A juicio del tribunal, tal actuación no necesariamente debía derivar en la generación de un perjuicio “grave”, (que debía discutirse en la contrademanda correspondiente), sino que la actuación incumplida de una de las partes contratantes, tiene por sí sola la capacidad de mermar la confianza de la parte cumplida en la exactitud de la incumplida para hacer los suministros sucesivos, a tenor del inciso 1 del artículo 973 del Código de Comercio.

En efecto, nadie está obligado con certeza e inquebrantablemente deber a producir o suministrar algo, si la otra parte, a su turno, no da la confianza necesaria de querer cumplir estrictamente el contrato, y ante dicha circunstancia demoledora la ley autoriza a la parte cumplida para dar por terminado el acuerdo de suministro. Bajo estos términos, el texto del contrato referido es tenido como plena prueba de lo pactado, en especial, de la obligación de la parte ofrecida o suministrada de entregar oportunamente los presupuestos de producción y venta, de manera que la conducta unas veces omisiva y otras renuentes de ésta, plasman el incumplimiento de sus deberes contractuales.

Releva al tribunal de consideraciones adicionales sobre la obligatoriedad y periodicidad del “presupuesto” de compra de productos terminados (pañales), a tenor de la cláusula contractual que nos ocupa, el hecho que el representante legal de la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., señor Rodrigo Medina, hace explícita la presentación de dichos presupuestos y su periodicidad, con horizonte de seis meses, y firmeza de los dos primeros meses. A este particular, dicho representante expresa:

- a). Que la programación de recibo de pañal Rikeza, es a seis meses, abril: 8.891 de las cuales 6.145 están facturadas con la FRA. BOA9321; mayo: 2.000 para nivelar inventario pendiente por recibir; junio: 6.000; julio: 6.000; agosto: 6.000; septiembre: 6.000;
- b). El mismo señor Medina acepta que dicha programación se puede ajustar los 5 días de cada mes, a seis meses después de los dos meses siguientes en firme, es decir, el mes en curso hasta el día 5º y el siguiente mes, y
- c). El señor Medina da cuenta de haber convenido fecha para el pago de facturas atrasadas (9091, BOA 9321, 9208);
[Ver, Folio 97, Cuaderno 1]

f). La declaración del testigo Frans Alexis Fuentes Rojas:

Aunque la declaración del testigo satisface los requisitos para su *existencia* y para su *validez* como medio de prueba, como todas las de esta clase que fueron pedidas, el tribunal se ocupa de ella para considerar algunos aspectos referentes a su *eficacia* probatoria, así:

1). Cuando el testigo da respuesta a algunas preguntas usa expresiones como "*tengo entendido*" que no son propias de quien percibe por sí los hechos, teniendo el tribunal que pedirle indicara si ese giro implicaba que conocía los hechos o si los conocía de terceros. Para el tribunal, la expresión "tengo entendido" en cualquier parte y con relación a cualquier persona indica que quien declara cree o piensa o tiene por cierto que algo es así, pero, no indica *prima facie* y espontáneamente que el testigo está dando cuenta de lo que él personal y directamente conoce, esa no es la primera idea, por eso, al pedirle el tribunal que precise el alcance de tal expresión, pone lo dicho en su propia persona, porque, obviamente, hacer lo contrario le quita importancia a su relato;

2). En otras, el testigo se refiere a personas de la parte convocante o convocada, *sin precisarlas*, sin que existiera ninguna justificación para que las situaciones no se personalizaran, lo que llevó al tribunal a que el testigo afirmara su dicho;

3). En otros pasajes, al referirse a la auditoría hecha a la relación IAASA-MEDINA HOPER dice que *llegaron*, pero no precisa quiénes llegaron, y llamado por el tribunal a que lo hiciera, expresa que *él tiene entendido que se reunían*, o sea, no le consta, pero, a renglón seguido en respuesta a otra pregunta sobre el mismo tema contesta que "No me di cuenta directamente yo no era invitado a esas reuniones, lo digo porque pues en la compañía por algún lado se filtra la información y llegaba a mis oídos", lo que claramente indica que no se trata de un testigo ático sino de oídas (o por versión de terceros).

4). Luego, al ser preguntado en qué momento supo que la relación contractual había terminado, respondió *"Yo recuerdo que esa negociación terminó cuando a nosotros nos reunió el gerente de la compañía, en ese entonces el señor Hernández, y nos manifestó que la gente de Papeles Nacionales había estimado que el contrato con la distribuidora Medina Hoper no era legal..."*, lo que una vez más indica que supo los hechos de la terminación por terceros, y no por percepción directa;

5). Más adelante, es preguntado por sus funciones, que resume en *remisionar los pañales, facturarlos y despacharlos*, al ser interrogado por la cantidad de pañales que debía despachar IAASA a Medina Hoper, y contestó: *"... Esa cantidad no te la puedo decir así a ciencia cierta"*;

6). Posteriormente, al ser preguntado por el tribunal por qué conocía, y si era autónomo en los despachos, y en general si acostumbraba en todos los despachos tener tanta información como la que dice en su declaración, respondió finalmente *"Yo tenía la dinámica porque entre la distribuidora, la misma compañía IAASA y el departamento en donde yo estaba, siempre había una comunicación para entre las tres partes manejar la logística de la mejor manera"*.

7). Al ser preguntado por el tribunal si intervino en la celebración de contratos o intervino en las discusiones acerca de las políticas que se iban a seguir cada vez que se celebraba un contrato, lo cual es importante para el caso presente, contestó: *"No"*. Cuál era la razón para no intervenir?, y responde: *"El contrato lo celebraba inicialmente el contrato lo celebró el jefe de abastecimiento y logística que era mi jefe, yo prácticamente era el subalterno de él. Como les digo, había mucha comunicación en el departamento y en la misma compañía"*.

A estas consideraciones anteriores se suma que, en la declaración rendida por el señor Jorge E. Hernández H, [folios 184, 185 186 del Cdno 8, Pruebas], el tribunal interrogó al testigo con referencia al papel o función que cumplía en Industria Andina de Absorbentes S.A., el señor Frans Alexis Fuentes Rojas, y contestó lo siguiente:

PREGUNTA: Doctor Hernández, durante el tiempo que usted estuvo vinculado a IAASA, ¿conoció al señor Frans Alexis Fuentes Rojas?

El testigo contestó:

RESPUESTA: *"Sí señor, sí conocí al señor Frans Alexis Rojas, él fue funcionario de IAASA, específicamente fue el señor jefe de despachos y la bodega de producto terminado y materiales"*.

Vuelve a ser interrogado el testigo Hernández, así:

PREGUNTA: ¿Puede decirnos usted si entre las funciones que tenía el señor Frans Alexis Fuentes, estaba la de participar en el diseño o en

la ejecución de las políticas de contratación de IAASA?

El testigo respondió de la siguiente manera:

RESPUESTA: “ *El señor Francis, no estaba ni autorizado ni participó dentro de las políticas comerciales y de ejecución del contrato con IAASA, solamente él recibía algunas sensibilidades de los clientes como cualquier comentario que se puede hacer, nada más*”.

Por último, el tribunal vuelve a interrogar al testigo Hernández H, con referencia al señor Frans Alexis Fuentes Rojas, así:

PREGUNTA: Puede usted decirnos conforme a su declaración si en el caso específico del contrato entre IAASA Y MEDINA HOPER, el señor Frans Alexis Fuentes Rojas, tuvo algún grado de participación en su negociación, ejecución, cumplimiento, etc.?

Contestó:

RESPUESTA: “ *El señor Alexis, que yo conozca no tuvo ninguna participación ni en la elaboración del contrato ni en la negociación, él recibía instrucciones del señor Carlos Felipe Pedrosa, para despacharle el producto que estaba disponible para la entrega del señor Rodrigo Medina, pero no tengo, y yo me entendía con el señor Pedroza para la operación del contrato común y corriente y para la operación de la compra de los materiales y la administración del contrato*”.

Bajo estos términos, el tribunal no encuentra que la *ciencia* del *dicho* del testigo, implique un conocimiento y percepción *directos* y *personales*, *integrales*, de los hechos, por lo que no lo hacen exacto, completo y verosímil, a la luz del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, y, por ello, no le confiere eficacia probatoria. Ello, por cuanto como lo enseña la doctrina de los grandes maestros del derecho probatorio, la “eficacia” de la declaración del tercero (testigo) guarda, en primer término, íntima relación con la *importancia objetiva* de la declaración, la cual se refiere al carácter, seriedad y contundencia de los hechos sobre los que depone el testigo, en consonancia con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los mismos, de lo que se tiene que para ser tenida en cuenta la declaración por el juez (o los árbitros), debe ser clara, completa, responsiva, veraz y suficientemente fundada, *con base a percepciones personales y directas*, en las cuales el tercero haya intervenido o participado en ellas. En segundo lugar, la eficacia guarda relación con la *atendibilidad*, que supone que la ciencia del dicho del testigo hubiera tenido la posibilidad y la oportunidad de conocer los hechos por sí mismo, de modo que su trabajo, su actividad y las funciones encomendadas le proporcionen los medios expeditos para conocer por su propia persona y no por otros, la realidad de la situación debatida [GIUSSEPPE CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo III, pág. 244, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954]. En ambos casos, como quiera que el testigo, según se dejó examinado, no tenía injerencia en la política de contratación de IAASA, ni participaba en la celebración de sus contratos, ni ejercía funciones referidas al control de los mismos, sino que apenas cumplía actividades de *remisionar los pañales, facturarlos y despacharlos*, como él mismo lo reconoce, y además no participaba en reuniones de tipo “negocial” o contractual, en ningún contrato como

tampoco en el que nos ocupa, el tribunal concluye que el testigo no estaba en condiciones *personales* de tener o poseer un conocimiento directo y suficientemente fundado de la situación atinente a la forma como ocurrieron las circunstancias del incumplimiento del contrato, máximo que muchas de sus respuestas proceden de lo que oyó de terceros (testigo de oídas, *ex auditu alieno*), sin que por ello suponga el tribunal que el testigo tuviera el deliberado propósito de mentir o de no deponer sobre los hechos tal como acontecieron.

g). La justificación del presupuesto de compra:

A más de las razones naturales de Industria Andina de Absorbentes S.A., propias del contrato, como son la captación y contabilización de recursos financieros, planeación, producción o procesamiento, y mercadeo, la introducción al contrato de los presupuestos de adquisición de productos terminados, tuvo como justificación, adicional a las expresadas, la consideración de encontrarse la sociedad oferente/convocada en *estado de reestructuración de sus pasivos financieros*, a la luz de la Ley 550 de 1999, lo que restringía su capacidad económica y sus posibilidades de acceso al crédito, y para la adquisición de materias primas en condiciones financieras limitadas frente a proveedores extranjeros o nacionales. En síntesis, el tribunal deduce que la oferente de suministros debía estar segura, también por esta razón, que, al embarcarse en la ejecución del contrato, y asumir significativas obligaciones financieras y de producción, para cumplirle a la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., esta última sociedad (ofrecida y convocante) debía, por su parte, en reciprocidad que surge de la bilateralidad, dar seriedad y certeza de cumplimiento de sus obligaciones contractuales, entre ellas, la primera, formalizar los presupuestos de adquisición de productos terminados, mes a mes, como ya se analizó. No debe perderse de vista que, el representante legal de la sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A., señor Pedro Cardona, en el interrogatorio de parte que se practicó, a instancia de la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., fue interrogado por el abogado de esta sociedad acerca del supuesto interés permanente de la suministradora/convocada para dejar sin efecto el parágrafo segundo de la cláusula Quinta (5ª) del contrato de suministro, de 30 de octubre de 2004, relativo al incremento del precio de venta neto de los productos de línea, Genérico IAASA Sin Barrera tipo plástico, y Genérico IAASA con Barrera, tipo plástico, y que en la pertinente respuesta el interrogado aludió claramente a la situación de hallarse la oferente dentro de la ley de reestructuración de pasivos financieros. Le pregunta formulada es del siguiente tenor:

PREGUNTA: ¿Manifieste a este tribunal, si es cierto o no y por qué, que IAASA siempre tuvo interés permanente en dejar sin efecto el contenido del Parágrafo Segundo de la cláusula Quinta de la oferta mercantil de suministro del 30 de octubre de 2004?

A la pregunta, el testigo contestó:

RESPUESTA: "... *El presupuesto ... tiene una razón muy sencilla y es que IAASA como compañía que está en Ley 550 y por ese motivo obviamente tiene fuertes restricciones en cuanto a poder pedir crédito no solamente de la banca sino además de los mismos proveedores y como la gran mayoría de materias primas*

son importadas desde diferentes sitios del mundo inclusive desde la China...” [apartado de su respuesta que hace el tribunal].

Ante la misma pregunta y dentro de la respuesta que se transcribe, el testigo agregó:

“... por eso era muy importante poder tener un negocio que fuera claramente definido en cuanto a las cantidades que se debían fabricar porque si no iba a ver un incumplimiento de parte de IAASA porque no se tenía la materia prima, entonces por eso se solicitaba rápidamente todos los meses un pronóstico de seis meses pero con la firmeza de dos, y además también IAASA tiene obviamente una serie de baches mínimos de producción como los tiene cualquier compañía productora, por ese motivo a veces se solicitaba esa información y claramente desde el comienzo MEDINA HOPER comenzó a incumplir, uno con la entrega a tiempo de los pronósticos, pero también dos incumpliendo en el tema de los pedidos mínimos...”

[Ver, folio 46 y 47, Cdno 8, Pruebas].

De otro lado, como en el interrogatorio de parte absuelto por el señor Rodrigo Medina, el deponente manifestó que la sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A., a través de su entonces representante legal, señor Jorge E. Hernández H, no lo había requerido para que presentara los presupuestos de compra y los adecuara a las cantidades de pañal conforme a la oferta mercantil, el tribunal destaca tal pregunta y su respuesta por lo pertinente que resultan al caso del incumplimiento del contrato, y extrae las consecuencias que seguidamente indica:

La pregunta en cuestión es la siguiente [Visible a folios 086, Cdno 8, Interrog. de Parte, Acta No. 11, folio 16 de la transcripción de la declaración]:

PREGUNTA: Sírvase responder ¿cómo es cierto, si o no, que la sociedad que usted representa fue requerida por el señor Jorge Hernández, anterior representante legal de IAASA, para que presentara los presupuestos de compra y los adecuara a las cantidades de pañal conforme a la oferta mercantil de suministro?

RESPUESTA: *"No es cierto, MEDINA HOPER no fue requerido en en ningún momento por el representante en su momento Jorge Hernández. De hecho el tema del presupuesto fue un pronóstico que difícilmente se podía hacer con certeza debido a las desvariaciones (sic) del mercado y del comercio mismo en especial cuando el mercado empezó a cambiar derivado justamente a los precios que IAASA ofrecía en su pañal línea económica pero con marca IAASA, entonces el pronóstico del mercado se volvió incierto, imposible de hacer".*

[El subrayado es del tribunal].

Ante la respuesta negativa contundente del interrogado, que negaba los requerimientos hechos por el anterior representante legal de Industria Andina de Absorbentes S.A., a la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., la apoderada de la parte convocada le puso de presente al interrogado los documentos obrantes a

folios 72, 73 y 74 del Cdno No. 3, le pidió explicar su contenido, el señor Rodrigo Medina, no recordó los dos primeros y en cuanto al tercero consideró que se basaba prácticamente sobre una proyección de pañales. En tal virtud, y como quiera que el interrogado no hizo explícita, clara y completa manifestación del contenido de tales documentos, que fue lo que se le preguntó, el tribunal retoma lo fundamental de los mismos dada su importancia sobre la necesidad de presentación de los presupuestos de adquisición de productos terminados, para la viabilidad del contrato, y el pago oportuno de facturas, lo cual es trascendental para el laudo:

1). El documento obrante a folio 72 del Cdno 3: Carta de 21 de febrero/2006, en la que se evidencia que la sociedad convocada requiere a la convocante para que pague el valor de la factura BOA 009091 por valor de \$ 125.741.439,80; lo que evidentemente implica un atraso en el pago de la factura porque está corriendo desde el 6 de febrero;

2). El documento obrante a folio 73 del Cdno 3: En dicha comunicación, de fecha 6 de febrero/06, IAASA advierte a Medina Hoper que para enero de 2006 se consideró el presupuesto de octubre 12 enviado por Medina Hoper, siendo el correcto el de noviembre 5/2005, sin embargo, para superar la diferencia IAASA tomó el presupuesto para el mes de enero/06 las 6.900 cajas que Medina Hoper había mencionado pero que realmente para la planeación IAASA continuó con el plan de noviembre 5/05 donde se informa de las 8.050 cajas para los meses de febrero y marzo/06. Del propio IAASA requiere a Medina Hoper por no haber enviado el presupuesto para los meses de abril, mayo y junio/06, advirtiéndole que de persistir dicho incumplimiento IAASA se vería forzada a hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

3). El documento obrante a folio 74 del Cdno 3: Este documento da cuenta del recibo de un presupuesto de compras enviado por Medina Hoper vía correo electrónico para el envío de 8.050 pacas para cada mes, y se destaca que la convocante no cumplió con el envío de dicho presupuesto dentro de los primeros cinco días de los meses de diciembre y enero, razón por la cual IAASA considera como último presupuesto de compra el suministrado en noviembre 5/05. Por eso, IAASA facturó a enero 30/06 la cantidad de 4.403 pacas de las 8.050 que se convirtieron en orden de compra para el mes de enero, y envía la factura por el saldo de 3.647

En cuanto a que los presupuestos de compra fueran simplemente un "*pronóstico*", de difícil cumplimiento por las fluctuaciones del mercado [Ver, folio 74, Cdno 8, Pruebas], como lo dice el representante legal de Inversiones Medina Hoper, en el interrogatorio de parte absuelto a petición de la parte oferente/convocada, al ser indagado con relación a la respuesta antes transcrita, y nada más que un pronóstico, está lejos de constituir la realidad de la oferta mercantil de suministro aceptada entre convocante y convocada, pues, a juicio del tribunal forma parte vital del andamiaje administrativo, financiero, productivo y de mercado del contrato celebrado, sin cuya existencia queda en el aire y no se concreta la obligación contraída por la parte ofrecida, como tampoco surge la debida confianza que debe tener la parte oferente/convocada en la actuación de quien se vincula jurídicamente a ella. ¿Quién procede a producir sobre pronósticos, y quién se

obliga con base a ellos? En tal caso, la razón de un buen hombre de comercio, y no solo ella, sino también la ley, abren paso a la posibilidad de discutir y replantear los términos del contrato, pero, incomprensiblemente, la parte ofrecida/convocante mantuvo una relación jurídico-patrimonial que generaba inestabilidad para la parte suministradora/convocada, lo que peca contra básicos principios de contratación.

Entiende el tribunal entonces por qué el representante legal de Industria Andina de Absorbentes S.A., señor Pedro Enrique Cardona López, al manifestar en el interrogatorio hecho en la declaración de parte, que rindió a instancia de la sociedad convocante, que hubo una serie de comunicados en los cuales se le hacía saber a Inversiones Medina Hoper las situaciones de incumplimiento en que incurría, en concreto, sobre los presupuestos de compra, dado que ellos resultaban necesarios, no solo para la adecuada programación de la actividad productora del contrato, sino porque adicionalmente la suministrante/convocada, como ya se anotó, se encontraba incurso en el trámite de la Ley 550 de 1999, sin posibilidades adecuadas y razonables de acceso al crédito [Ver, folio 9, Cdno 3, Pruebas].

- h). Ocasiones en que Inversiones Medina Hoper S.A. no presentó a Industria Andina de Absorbentes S.A., -IAASA, el presupuesto de compra de productos terminados, o lo presentó incompleto o parcial, en contravención a lo que tenía previsto el Numeral 5º de la cláusula Tercera de la oferta mercantil de suministro aceptada, de fecha 30 de octubre de 2004:

Para dar cumplimiento a lo indicado en el actual enunciado, el tribunal ha procedido a hacer la constatación de los casos en que la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A. no presentó a Industria Andina de Absorbentes S.A., el referido presupuesto, o lo presentó incompleto, habiendo dado el siguiente resultado:

- 1). La parte oferente/convocada da por recibido el presupuesto el 19 de noviembre de 2004, con horizonte de 6 meses, aunque el presupuesto debió ser enviado en los cinco primeros días del mes de noviembre; [Folio 060, Cdno 1, Demanda,];
- 2). En diciembre/2004, lo mismo que para enero/2005 a abril/2005, no consta envío oportuno de presupuesto; [Folios 059 de 17 de novbre. /04, y 060 de 19 nvbre/04];
- 3). En cuanto a mayo/2005, día 28, se envía el presupuesto, pero no tiene el horizonte a 6 meses [Ver, folio 21, Cdno1, Demanda];
- 4). En cuanto a junio/2005, el presupuesto enviado sólo cubre tres meses, y se requiere a Medina Hoper para que se complete [Ver, folio 24, de Carpeta Presupuestos y Comunicaciones];

- 5). En cuanto al mes de julio/2005 no se presentó el presupuesto, y IAASA se queja de que Medina Hoper no cumplió con ese requerimiento [Ver, folio 038, Cdno de Presupuestos y Comunicaciones];
- 6). En octubre/2005, el presupuesto presentado no cubre los seis meses y está fuera de tiempo; [Folio 085, Cdno 1, Demanda];
- 7). En diciembre/2005, no figura envío de presupuesto; presenta presupuesto por marzo, abril y mayo/06, sin horizonte de seis meses; [Folio 090, Cdno 1, Demanda];
- 8). En enero/2006, el presupuesto presentado no cubre los seis meses acordados, y IAASA pide el envío de la proyección revisada de los meses de marzo, abril, mayo y junio; [Ver, folio 15, Carpeta de Presupuestos y Comunicaciones];
- 9). En cuanto a febrero y marzo/2005, se presenta el presupuesto, pero no tiene horizonte de seis meses [Ver, folio 096, Cdno 1, Demanda];
y
- 10). En cuanto a junio/2006 no encuentra que se hubiera presentado el presupuesto con seis meses de horizonte; [Folio 093, Cdno 1, Demanda].

Bajo este entendimiento, el tribunal considera que, contrariamente a como lo afirma la convocante en los Hechos de la demanda (Nos. 7 y 16), fueron no pocos y reiterados los casos en que la sociedad ofrecida/convocante no hizo entrega del presupuesto de compra, o lo entregó parcialmente y de manera distinta a lo acordado por las partes, en la oferta aceptada de fecha 30 de octubre de 2004. El incumplimiento de esta específica obligación de la parte convocante frente a la convocada, adquiere significado económico porque el presupuesto de compra es la condición esencial para saber qué, cuándo y cómo se producen los pañales, de manera que la ausencia de aquellos no solo atenta sino que origina de hecho y en la realidad una alteración grave para la ejecución del contrato de fabricación y suministro, que se agudiza todavía más a criterio del tribunal, porque dadas las condiciones de insolvencia de la sociedad convocada, la falta de presupuestos de compra o su entrega parcial o extemporánea hacía más gravosa la adquisición y aprovisionamiento de materias primas y la provisión de recursos financieros para poder fabricar y suministrar los pañales, sin contar que la negativa a recibir productos terminados por parte de la convocante ponía a la convocada en extrema situación para cumplir el contrato y permanecer en el mercado.

VII). EL TERMINO DE COBERTURA DE SEIS MESES DEL PRESUPUESTO DE COMPRA NO HA SIDO VARIADO CONTRACTUALMENTE:

A tenor de lo dispuesto en la cláusula tercera (3ª), numeral quinto (5) de la oferta aceptada de suministro, el presupuesto de compra debía ser formulado con un horizonte de seis meses [Ver, folios 045, Cdo 1, Demanda]. Es este un término fijado de mutuo acuerdo por las partes, que proviniendo de la declaración de voluntad de oferente y ofrecido, y siendo el contrato ley para los que lo celebran (art. 1602 C.C.), sólo puede ser variado por la concurrencia del querer jurídico de ambas partes, como bien lo expresa el artículo 972 del Código de Comercio, cuyo tenor literal reza: "*PLAZO DE CADA PRESTACION. Si las partes fijan el plazo para cada prestación no podrá ser variado por voluntad de una sola. Cuando se deje a una de las partes el señalamiento de la época en que cada prestación debe efectuar, estará obligada a dar preaviso prudencial a la otra de la fecha en que debe cumplirse la correspondiente prestación. Si las partes tuvieren diferencias sobre la oportunidad del preaviso, el caso se decidirá por el procedimiento verbal, con intervención de peritos*". El tribunal se ocupa de este particular asunto porque, de conformidad con el HECHO 12 de la demanda, [Ver, folio 225 Cdo 1, Demanda], el apoderado de la ofrecida/convocante expresamente indica que "*En un correo electrónico enviado por IAASA a Medina Hoper el día treinta (30) de junio de 2005, le solicitó el envío del presupuesto de ventas para los meses de julio a septiembre de 2005, y le pidió el pago de las facturas pendientes de pago a favor de ellos [Prueba 2005 (7)]*". Lo que parece insinuar que los presupuestos de compra no fuesen ya con horizonte de seis meses, y que, por acuerdo entre los contratantes se decidió que dicho horizonte únicamente cubriera tres meses, en este caso, julio, agosto y septiembre/2005, lo que llevaría a concluir a primera vista que el término pactado de seis meses para los presupuestos de compra, quedó modificado por oferente y ofrecida. Por ello, el tribunal no quiere dejar pasar por alto esta manifestación fáctica de la demanda, porque la comunicación a que se refiere el libelista, de fecha 30 de junio/2005, [visible a folios 072, Cdo 1, Demanda], en parte alguna contiene un convenio o acuerdo de las partes modificadorio de la cláusula en referencia, en la parte pertinente, ni indica que se envía por tres meses en razón de lo acordado, de manera que no habiendo prueba plena y completa de la modificación del término de seis meses señalado como horizonte del presupuesto de compra, como tampoco de la oportunidad en que el presupuesto debía ser entregado, el tribunal entiende que el numeral 5 de la cláusula tercera de la oferta mantuvo su vigencia.

Tampoco se deduce que el horizonte del presupuesto de compras haya sido rebajado de seis meses, como lo afirma el apoderado de la parte demandante, en el HECHO 34 de la Demanda [Ver, folio 229, Cdo 1, Demanda], por varias razones que el tribunal desea dejar puntualizadas: a). En ninguna parte del escrito visible a folio 097 del Cdo 1, de la Dda, en el entendido de estar firmada por las partes el acta a que hace mención (y no ser un memorando en que unilateralmente el representante legal de Inversiones Medina Hoper S.A. relaciona puntos aparentemente discutidos entre las partes), aparece una expresa y clara modificación de la cláusula tercera (3ª) del contrato de suministro, lo que hubiera sido lo lógico; b). Se observa que en cuanto a la programación del pañal Rikesa, ésta persiste a seis meses, de abril a septiembre, con variación de las cantidades; y c). En el párrafo inmediatamente siguiente del mismo escrito se mantiene la idea del horizonte a seis meses, al decir que "*esta programación se puede ajustar los 5 días de cada mes a seis meses, después de los dos meses siguientes en firme...*" [el subrayado es del tribunal]. En tales términos, tanto la manifestación hecha en la Demanda (HECHO 34) y la copia del escrito aportado para probar lo

dicho en ese Hecho [folio 097, Cdno 1, Demanda) se interpretan por el tribunal en contra de la ofrecida/convocante.

**VIII). FALTA DE RECIBO DE MERCANCIAS POR PARTE DE
INVERSIONES MEDINA HOPER S.A. A LA SOCIE_
DAD INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A.:**

El asunto adquiere relevancia para el tribunal porque con relación a las mercancías fabricadas por Industria Andina de Absorbentes S.A., con destino a Inversiones Medina Hoper S.A., de acuerdo a la oferta mercantil de suministro aceptada, en los meses de junio y julio de 2006, le fueron despachadas a esta última directamente, en razón a que la ofrecida/convocante no se sabía a quién debían ser entregadas. La sociedad destinataria se negó a recibirla aduciendo no haberlas encargado. El tribunal hace el examen de los hechos suscitados alrededor de esta actuación para derivar las consecuencias acerca de si la sociedad ofrecida/convocante obró legítimamente al no recibir dichas mercaderías, o si por lo contrario, incurrió en violación del contrato de suministro en firme. Es natural que al quedar acordado el presupuesto de compra, dado que los dos primeros meses tenían el carácter de "firme", la mercancía a que se refería ese lapso (junio y julio/2006) debía ser procesada por el oferente/convocado, y entregada a éste o a quien él dijera, como constituía práctica en el proceso de ejecución del contrato, en lo que no es necesario que el tribunal se detenga, pues, existe evidencia copiosa de casos en que la suministradora entregaba la mercancía a quien había dispuesto el ofrecido (sus clientes). Así lo reconoce el señor Rodrigo Medina en su declaración de parte [Ver, folio 084, Cdno 8, Pruebas].

El testigo WILSON GUERRERO, en su declaración, da cuenta de la decisión de la sociedad ofrecida/convocante a no recibir la mercancía atrás indicada, al contestar la siguiente

PREGUNTA: Recuerda en esta dinámica de pedido y despacho, que nos acaba de manifestar, si hubo algún evento que usted recuerde o nos informe donde MEDINA HOPER haya rechazado o devuelto la mercancía y qué actitud adoptó IAASA con relación a esta situación?

El señor WILSON GUERRERO contestó al efecto:

RESPUESTA: "*...correcto, en el año 2006 aproximadamente antes de los meses de abril se empezó digamos una no generación de pedido por parte de distribuidora MEDINA HOPER, entonces nosotros procedimos a hacer lo que decía la oferta mercantil, enviar la mercancía a sus bodegas y en ese momento él no nos la recibió argumentando que la mercancía no estaba pedida sabiendo pues que obviamente esta mercancía debía recibirse porque pues hacía parte del presupuesto ya establecido en el mes*".
[Ver, folio 139 y 140, Cdno 8, Pruebas].

Por su parte, el testigo ALEXIS FUENTES, al ser interrogado sobre este específico tópico, fue objeto de la siguiente

PREGUNTA: En una de sus respuestas usted dice cuando asevera la pregunta de la abogada "que solo una devolución por calidad" deja claro que sí hubo una devolución de MEDINA HOPER porque le ordenaron a usted que mandara diez o doce pedidos que no habían pedido ¿quién le ordenó a usted que mandará esos pedidos y con qué fundamento le ordenaron eso?

El testigo dio su contestación así:

RESPUESTA: "... *la devolución del cliente resultó porque el mismo cliente no sabía que le iban a enviar diez y doce camiones cargados de pañales y el cliente manifestó, el cliente manifestó, la DISTRIBUIDORA MEDINA HOPER, el cliente manifestó que ellos no habían solicitado esos pañales y que no tenían donde bodegar toda esa cantidad de pañales...*"

[Ver, folio 117, Cdno 8, Pruebas].

El tribunal, encuentra que estas dos declaraciones, siendo coincidentes sobre el hecho que se examina, deben ser acogidas por ser claras, exactas y completas, de manera que dan cuenta del dicho de la ciencia del testigo (artículo 228 C.P.C.).

De igual modo, el HECHO 56 de la demanda admite que Inversiones Medina Hoper recibió dos facturas, por valor de \$ 15.318.297,00 y \$ 6.727.579,00 , en su orden, "*por concepto de fletes, seguro y bodegaje originados por el no recibo de la mercancía despachadas en los meses de junio y julio de 2006*", lo cual constituye prueba del envío y no recibo de la mercancía despachada por Industria Andina de Absorbentes S.A. [Ver, folio 233 , Cdno 1, Demanda].

En iguales términos, en la contestación de la demanda por parte de la oferente/convocada, se aportó la comunicación de fecha 28 de marzo de 2006, dirigida por la suministradora/convocada a la parte suministrada/convocante, pidiéndole información del destino de los productos que iban a ser despachados, y en la que también se hacía constar que esta última se hallaba en mora de recibir la mercancía producida, la cual en su tenor literal resulta bastante clara: "... *Quedamos en espera de sus instrucciones con respecto al lugar de destino, donde debemos despachar este producto. Mientras tanto, el producto quedará almacenado, parte en nuestras bodegas y otra parte en bodega de terceros, que por razones de espacio nos hemos visto obligados a tomar en alquiler. Oportunamente se les facturará el arriendo correspondiente...*" [Ver, Folio 61, Cdno 3].

A su turno, la nota aportada a la demanda, con fecha 6 de febrero de 2006, y cuyo tenor literal reza " ... *No sobra recordarle nuevamente que de acuerdo con los términos de la oferta mercantil de suministro estamos esperando tus nuevos estimados de abril, mayo y junio etc. De lo contrario estarías en falta y nos obligaría a ejercer la póliza de cumplimiento*", es también la reiteración que la sociedad oferente/convocada hacía a la convocante de suministrarle los presupuestos de compra oportunamente [Ver, folio 73, Cdno 3].

El no recibo de la mercancía en los meses de junio y julio de 2006, también lo encuentra probado el tribunal con las correspondientes "notas" de despacho a que se refiere la Contestación de la demanda [visibles a folios 77 a 92, del Cdno 3], las

cuales tienen anotado el motivo por el cual el destinatario (Inversiones Medina Hoper S.A.) se negaba a recibirlas.

Finalmente, en la declaración de parte recibida al señor Rodrigo Medina, como representante legal de Inversiones Medina Hoper S.A., a instancia de la sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A., fueron puestas de presente para su reconocimiento por el declarante las referidas órdenes de despacho, [visibles a folios 77 a 92 del Cdno 3], que acreditan suficientemente el no recibo de la mercancía en el tiempo indicado, lo que se corrobora con la pregunta y respuesta dada acerca de si MEDINA HOPER rechazó las órdenes de despacho y no recibió los pañales enviados. La pregunta que se le formuló fue la siguiente:

PREGUNTA: Cómo es cierto, si o no, que INVERSONES MEDINA HOPER rechazó y no recibió los pañales enviados con las notas crédito (sic) que se le ponen de presente y que se le informaron los folios, por el motivo de que dichos pañales no habían sido pedidos?

El señor Rodrigo Medina, en la calidad anotada, contestó:

RESPUESTA: *"El folio 77 no se recibió porque no se ha pedido conforme lo dice la nota en el documento. El folio 78 nunca se recibió y por lo tanto no tiene nota de recibido. El folio 79 igualmente no tiene nota de recibido. El folio 80 tiene nota de "mercancía no ha sido solicitada". El folio 81 igual tiene nota de "no se recibe porque no se ha pedido". Y el folio 82 tiene nota de "no se recibe porque no se ha pedido..."*

[Ver, folio 91, Cdno 8, Pruebas].

El declarante, señor Rodrigo Medina, al decirsele que se concretara a lo preguntado, agregó a su RESPUESTA:

".... Es cierto que MEDINA no recibe esta mercancía porque no ha sido solicitada, además en la cláusula segunda del contrato así lo reza, - que todas las mercancías deberán ser solicitadas con su destino ya sean bodega de MEDINA HOPER o destino cliente, y en este caso no se recibe justamente porque no se cumplía esa condición de que MEDINA HOPER indicara a dónde debían ser entregadas estas mercancías".

Ahora bien, la obligación de Industria Andina de Absorbentes S.A., conforme al contrato de suministro [Ver, cláusula Primera], consistía en fabricar cada mes la cantidad de 6.000 bolsas, de 8 paquetes cada una, cada paquete con 30 pañales, con la marca "RIKEZA", en sus diversas presentaciones comerciales (pequeño, mediano y grande, con Barrera o sin Barrera, tal como se indica en la oferta mercantil de suministro aceptada, y, por contraprestación la obligación a cargo de la sociedad ofertada/convocante radicaba en adquirir dichos productos, en las cantidades y presentaciones señaladas, en la cantidad mínima consignada en la citada oferta. La cláusula contractual, en lo pertinente, dice: *"El comprador se obliga a adquirir los productos suministrados por EL OFERENTE a fin de revenderlos como mínimo las cantidades objeto de esta oferta mercantil, sujetándose a los precios y condiciones fijadas en el ANEXO 3 de esta oferta mercantil ..."*. [Ver, Folios 043, Cdno 1, Demanda].

Pero, se pregunta el tribunal ¿por qué la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., aquí ofrecida/convocante, se obligaba a dicha compra? Evidentemente, según lo entiende el tribunal, porque la existencia de los presupuestos de compra con horizonte de seis meses, presentado en los cinco primeros días de cada mes, con firmeza de los dos primeros meses, así lo indica. Los presupuestos en firme, como antes se examinó, constituyen una obligación de primer orden, insoslayable, para ambas partes contratantes, de ahí que el tribunal no acepta ni comparte la idea del representante legal de la sociedad convocante, que dichos presupuestos son apenas expectativas. Por eso, la sociedad ofrecida/convocante no podía negarse a recibir la mercancía en las cantidades mínimas estipuladas, esto es, seis mil bolsas de las denominaciones indicadas, repartidas así: 1.000 bolsas, pañal sin barrera, tipo plástico tamaño mediano; 1.000 bolsas, pañal sin barrera tipo plástico, tamaño grande; 1.000 bolsas pañal con barrera tipo plástico tamaño mediano; 1.000 bolsas pañal con barrera tipo plástico tamaño grande, y 2.000 bolsas de pañal con barrera tipo plástico mediano.

Es claro que la negativa de la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., a recibir la mercancía determinada en la oferta aceptada, en las cantidades mínimas previstas en el convenio, constituye motivo grave, a juicio del tribunal, de incumplimiento suyo al contrato de suministro que congrega este arbitraje, y que dicho comportamiento es lesivo para la sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A., como bien lo ilustra la declaración del testigo JORGE E. HERNANDEZ H, declaración que el tribunal encuentra coincidente sobre el hecho que se examina, y que por ser exacta, completa y veraz, y dar cuenta del dicho de la ciencia del testigo (artículo 228 C.P.C.), el tribunal la acoge [Ver, folios 182 y 183, Cdno 8, Pruebas].

IX). LA FORMA DE TERMINACION DEL CONTRATO DE SUMINISTRO UNILATERALMENTE POR LA SOCIEDAD CONVOCADA INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A.:

El apoderado de la parte demandante impugna la terminación del contrato de suministro por la parte demandada, por no haberse atemperado a lo dispuesto legalmente sobre la materia. Tal situación amerita que el tribunal se ocupe de ella y fije su posición jurídica. Sea lo primero afirmar que, en criterio del tribunal, tratándose de contrato de suministro la parte cumplida tiene reconocido objetivamente visto el derecho subjetivo a la terminación del contrato por causa de incumplimiento de la otra parte, sin necesidad de requerimiento judicial alguno. Las razones son las siguientes:

a). Si bien es cierto, el artículo 870 del Código de Comercio, reconoce a la parte cumplida de un contrato bilateral, el derecho a pedir judicialmente su terminación o el cumplimiento prestacional, ante el incumplimiento de la otra parte, lo cual constituye regla general, el artículo 973 de la misma codificación claramente autoriza a la parte cumplida para tomar esa decisión, sin necesidad de recurrir en petición a estrados judiciales. Tal facultad deviene de los términos precisos y claros, incuestionables de dicho artículo, que no requieren hermenéutica, ni cabe ella, por la sencilla razón de su absoluta y meridiana claridad. Basta ver que el encabezado del 973 dice que el incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra,

téngase en cuenta, "... *para dar por terminado el contrato*". El artículo no dice "*para pedir la terminación*", sino para terminarlo, con lo cual se distancia de la regla general del artículo 870, que dispone pedir judicialmente la terminación.

Adicionalmente, el comienzo del inciso segundo del artículo 973, vuelve a mantener la misma ilustración de criterio, pues, vuelve a insistir sin duda que la decisión de terminación la toma directamente la parte cumplida. Distinto es que la parte presuntamente "incumplida" demande para controvertir si las causas de terminación aducidas por la parte cumplida existen y tienen virtualidad para la terminación unilateral del suministro, y adicionalmente, como es de su interés, lograr la condena en perjuicios.

b). La norma del artículo 973 C.Co. es posterior y especial que la que autoriza pedir en estrados la terminación por incumplimiento de los contratos bilaterales. Dicho de otra forma, el contrato de suministro tiene regla propia para el caso de la terminación, y habiéndola debe ella ser aplicada por forzada preferencia legal.

c). Lo único que la disposición del artículo 973 C.Co. impone a la parte cumplida que termina el contrato, unilateralmente y con justa causa, es que le dé aviso al consumidor con la antelación debida, según el artículo precedente (972 *ibídem*). Ello lleva a reiterar que las partes vinculadas al suministro tuvieron la prudencia suficiente de establecer la forma y tiempo en que cada una de ellas debía cumplir las prestaciones a su cargo, lo cual ha quedado examinado en este laudo. De tal clausulado contractual ha quedado claramente definida la forma como el suministrado/convocante debía cumplir con los presupuestos de compra (que no "Pronósticos"), la cobertura que ellos tenían, la oportunidad para su presentación, y la firmeza que los acompañaba. El propio apoderado de la parte convocante, en el HECHO doce (12) de la demanda, admite al respecto que "*En un correo electrónico enviado por IAASA a Medina Hoper el día treinta (30) de junio de 2005 le solicitó el envío del presupuesto de ventas para los meses de julio a septiembre de 2005, y le pidió el pago de las facturas pendientes de pago a favor de ellos*" [Ver, folios 225 y 226, Cdo 1, Demanda]. Igual puede verse el escrito aportado por la convocante, proveniente de la convocada, con fecha 1 de febrero de 2006, sobre el presupuesto de diciembre/2005 y enero/2006, en cual se toma en firme el presupuesto de noviembre/2005 [Ver, folio 094, Cdo 1, Demanda]. Ahora, en cuanto a la declaración del testigo, Jorge E. Hernández H, éste afirma que la sociedad convocada en cada oportunidad que se presentaba le hacía saber al señor Rodrigo Medina, que la sociedad convocante, incumplía [Ver, folios 178, Cdo 8, Pruebas]. Por consiguiente, en virtud de lo dicho antes y de lo aquí expuesto, el tribunal concluye que la parte convocada, al dar por terminado unilateralmente y con justa causa el suministro, acató la preceptiva del artículo 972 C.Co.

d). Es claro, como igual se dejó expuesto atrás, que reiteradamente la parte suministrante/convocada dio aviso al suministrado/convocante sobre su incumplimiento al envío de los presupuestos de compra, completos y oportunos.

e). Adicionalmente, quedó previsto en el contrato de suministro que la parte que lo terminara debía dar aviso previo a la otra parte con dos meses de anticipación [Ver, cláusula décima primera, párrafo segundo, folios 049, Cdno 1, Demanda]. Tal aviso fue dado con el efecto anotado, por consiguiente, se respetó el término previsto para la terminación del contrato. No debe perderse de vista entonces que las propias partes contratantes se habilitaron mutua y recíprocamente para terminar el contrato por incumplimiento con antelación a dos meses. En la carta de terminación contractual rezan adicionalmente los reiterados motivos de terminación del contrato [Ver, carta de terminación, folios 103 y 104, Cdno 1, Demanda].

f). Sería absurdo mantener atada a la parte cumplida a un contrato en que, a sabiendas, el incumplido no va a recibir las prestaciones ni va a cumplir las suyas, con grave, y cada vez más creciente perjuicio administrativo, productivo y financiero, mientras se decide en estrados, de suyo tardíamente por la excesiva formalidad de los procedimientos y la congestión de casos, lo atinente a si se puede o no terminar el contrato por ciertas y determinadas causas. Evidentemente cuando tal decisión se produce, el contratante cumplido probablemente ya no existe por el agobio de las deudas y estaría en bancarrota. Supeditar la terminación unilateral y justa del suministro, prácticamente a una decisión judicial previa, contraría no solo la razón natural sino también la dinámica del comercio. [No falta, sin embargo, quien como doctrinante diga lo contrario, aunque, tales advierten que es solo su opinión personal]. A contrario sensu, el derecho reconoce a la parte contratante a la cual se opone la terminación por incumplimiento del suministro, el derecho a controvertir judicialmente la legalidad de la terminación, y el derecho a pedir la indemnización consecuencial.

La doctrina es general en torno a que la parte cumplida puede dar por terminado el contrato, para lo cual basta conocer el ilustrado criterio del jurista Jaime Alberto Arrubla Paucar, hoy magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, quien al efecto dice:

"... La voluntad de las partes puede poner fin al suministro exista o no término para la duración del mismo".

Más adelante, el mismo autor agrega:

" Cualquiera de las partes puede suspender el cumplimiento de su prestación y dar por terminado el contrato, cuando la otra parte ha incumplido y tal incumplimiento le haya ocasionado perjuicios o tenga cierta importancia".

[Ver, Contratos Mercantiles, Tomo I, págs. 238-239, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1988].

Por su parte, el jurista Ramiro Rengifo, al ocuparse del asunto dice en su obra lo siguiente:

"En el caso del suministro no hay propiamente resolución sino terminación, pero ésta no opera por cualquier tipo de incumplimiento; es necesario, como lo dice el artículo 973, que tal incumplimiento haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de la parte que tiene la facultad, en la

exactitud de la otra parte incumpliente para hacer los suministros sucesivos. Se trata de un principio que busca evitar un posible abuso del derecho en caso en que el incumplimiento es de mínima importancia, por ejemplo, una demora de días en pagar el precio o en cumplir una prestación. La regla, sin embargo, puede dar lugar a discusiones que alarguen inútilmente un pleito, nefasto en materia mercantil. Agrega el artículo 973 que en caso de que sea el proveedor quien vaya a ejercer la facultad de dar por terminado el contrato, debe avisar al consumidor, con un plazo prudencial, el hecho".

[Ver, La compraventa mercantil, el transporte, el suministro, Volumen I, pág. 216, No. 8, 2ª edición, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1981].

El ilustre profesor Gabriel Correa Arango, comentando el caso que ocupa al tribunal, dice:

"...No obstante el anterior razonamiento, el artículo 973 del Código de Comercio dispone que, el incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, legitimará a la otra para dar por terminado el contrato pero, con la salvedad, de que la extinción del vínculo no opera automáticamente por cualquier tipo de incumplimiento, ni éste puede tener una mínima entidad o importancia".

Ver, De los principales contratos mercantiles, pág 309, 1ª edición, Editorial Dike, 1988].

g). Por último, en cuanto concierne a este apartado del laudo, el tribunal no deja de sorprenderse porque el apoderado de la parte convocante increpa a la convocada por la terminación unilateral e injusta del contrato de suministro [Ver, HECHO 38 de la Demanda], por fuera de juicio, pero, sin embargo, la convocante hace lo mismo, el día 17 de julio de 2006, según el HECHO 43 de dicho libelo. La carta de terminación del suministro por la convocante obra a folios 111 y 112, Cdo 1, Demanda]. Lo que arrasa su argumento, máxime si se había estipulado la terminación unilateral con dos meses de anticipación. No debe perderse de vista que así lo convinieron la regla jugaba por igual para ambas partes, de modo que una y otra quedaban en posibilidad de terminarlo unilateralmente y con justa causa. Habiendo cada parte optado por su opción contractual, lo que ahora ambas partes vinculadas al proceso hacen es venir al arbitraje a que este tribunal sentencie cuál de ellas era la que realmente tenía motivos jurídicos serios y fundados para la terminación del suministro por decisión unilateral y con causa justa.

Finalmente, el tribunal agrega sobre el punto de la necesidad de declaratoria judicial de terminación del suministro por incumplimiento, que no se conoce doctrina probable de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre este punto de derecho, que siendo uniformes y sobre la misma materia, y habiendo sido decididos igual, deban ser tenidos en cuenta.

X). EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO SE SUMINISTRO POR PARTE DE INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A.:

No basta que una de las partes incumpla el contrato, sino que también se requiere que la otra lo cumpla o se allane a cumplirlo, en la forma y tiempo debidos, para que pueda terminarse el contrato de suministro. Ha quedado en evidencia en el proceso que mientras la sociedad suministradora/convocada atendía al cumplimiento del contrato, llevando a cabo las prestaciones a su cargo, de suministrar los pañales a la sociedad ofrecida/convocante, esta última incurrió en el incumplimiento del mismo, básicamente por la inobservancia de los presupuestos de compra, en la forma y tiempo debidos, y el no pago oportuno de sus obligaciones patrimoniales originadas en dicho contrato.

a). En efecto, al indagarse sobre si la convocada había cumplido con su obligación de fabricar los pañales, como se convino en la oferta mercantil, el testigo Jorge E. Hernández H, contestó:

“Sí, después de que terminamos el contrato por allá en julio, le seguí entregando producto de julio, agosto y parte de septiembre de acuerdo a ese último estimado que él nos había dado porque así lo establece el contrato y esas entregas de producto que él las recibió, él empezó a retener la cartera y no a pagarle a INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES posteriormente”
[Ver, Folio 179, Cdno 8, Pruebas].

b). El propio apoderado de la parte convocante reconoce que el no pago de dichas obligaciones pecuniarias originó la demanda ejecutiva en contra de esa sociedad, por parte de Papeles Nacionales S.A., endosatario de un pagaré por parte de la convocada, por el no pago de veintitrés facturas cambiarias de compraventa (correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2006 [Ver, folios 234, HECHO 59, Cdno 1, Demanda].

c). A su turno, el representante legal de la sociedad convocante, señor Rodrigo Medina, admitió o reconoció en el interrogatorio de parte absuelto, que la sociedad convocada sí había fabricado la línea de pañales indicados en la oferta. La pregunta formulada fue: *“Cómo es cierto si o no, que IAASA fabricó para INVERSIONES MEDINA HOPER las líneas de pañales pactadas en la oferta mercantil de suministro fechada a octubre 39 (sic) de 2004?”.* La RESPUESTA del absolvente fue categórica:

RESPUESTA: *Sí es cierto.*

De igual manera, al ser interrogado el señor Rodrigo Medina, representante legal de la convocante, si la convocada había cumplido con el despacho de la mercancía a las bodegas de MEDINA HOPER o a los destinatarios, le fue formulada la siguiente

PREGUNTA: *Sírvase informarnos cuántas veces MEDINA HOPER incrementó los precios en el mercado de los pañales que le fabricaba IAASA en vigencia de la oferta mercantil de suministro?*

El señor Medina, en la calidad anotada dijo:

RESPUESTA: "... *MEDINA HOPER dependía de la condición de precio que el fabricante nos diera, y IAASA cambió dos veces de precio; una, en junio del 2005; y dos, nos envió un listado en junio del 2006, de esa forma nosotros tuvimos dos cambios de precio; sin embargo quiero decirles que como nuestra función era de la comercializar y en el contrato nunca se dijo a cómo teníamos que vender, nosotros no solamente dependíamos del diferencial de precio que IAASA nos debía otorgar por acuerdo en el contrato si no también dependíamos del mercado, de los fenómenos comerciales que se daban no solamente por el tema en costos si no por el tema del mismo mercado, la competencia, hubo fábricas que tomaron estrategias agresivas de precios en vista que el pañal económico que IAASA nos hacía con marca Rikeza tuvo una excelente rotación y demanda en el mercado entonces la competencia reaccionó permanentemente frente a este crecimiento nuestro y nosotros como estrategia también teníamos que hacer cambios de precio*".
[Ver, folio 84 y 85, Cdo 8, Pruebas].

d). De las facturas que fueron exhibidas, obrantes en la Carpeta de Presupuestos y Comunicaciones, se desprende que: La convocada vendió el pañal "genérico IAASA" (G/M/P), a terceros a precio más alto que el pañal Rikeza, a tenor de lo anotado en el Anexo 3 de la Oferta aceptada. Dicha diferencia se establece de las facturas de venta a la convocante, exhibidas por ella, y las facturas exhibidas por la convocada con respecto a terceros (en el acto de exhibición de documentos), [Ver, folios 054 a 075 de dicha Carpeta, y folios 125 a 134 de la misma], en su orden por los años 2005 y 2006.

Con base en lo que a ido quedando analizado en el presente laudo, el tribunal concluye respecto de la materia que lo ocupa, lo siguiente:

- 1). Que pese a los incumplimientos de la parte convocante al contrato de suministro, los cuales se han examinado, la convocada cumplió el contrato aludido;
- 2). Que la parte convocada cumplió el contrato, pues, fabricó y entregó, directamente al convocante, o quien él dispuso, en los términos de la oferta aceptada, los pañales fabricados;
- 3). Que los incumplimientos contractuales de la parte convocante no son imputables a la convocante;
- 4). Que no se evidencia dolo o fraude, negligencia o descuido de la convocada como parte del contrato de suministro (sub examine);
- 5). No encuentra el tribunal probado que la convocada hubiera actuado en interés de afectar patrimonialmente a la convocante, haciendo menos ventajoso para ella dicho contrato, o con la intención proclive de mermar su derecho a la ganancia.

XI). PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA, LA EXCLUSIVIDAD, Y EL ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE:

El Tribunal procede al análisis de las cláusulas contractuales del suministro celebrado el día 30 de octubre de 2004 entre las partes del presente trámite arbitral, y del cual se derivan las diferencias que en su aplicación tienen ellas, y que son materia del presente Laudo, como quiera que la convocada alegó la *"Nulidad absoluta de lo pactado en la cláusula segunda, segundo aparte del numeral 6° de la Oferta Mercantil"*, y *"la nulidad absoluta de lo pactado en el párrafo segundo de la cláusula quinta de la Oferta Mercantil"*, por tratarse de acuerdos contrarios a la libre competencia (Decreto 2153 de 1992).

Sea lo primero advertir, que los contratos son herramientas jurídicas que la Ley entrega a los ciudadanos para que a través de ellos regularicen sus diferentes relaciones comerciales, con sus consecuentes efectos de crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, tanto civiles como comerciales.

De vieja data es el conocido principio de la autonomía privada, en ejercicio de la cual las partes deciden de manera voluntaria si ingresan o no a una relación contractual, que tiene como principio la satisfacción de las necesidades de cada parte y las ganancias y beneficios que el Contrato les reporta, pudiéndose manifestar de otro lado, que esa autonomía privada, no puede exceder limitantes o regulaciones que establezca la misma Ley y tenga efectos sobre las actividades que los contratantes pueden realizar dentro del contrato.

De acuerdo a lo anterior, pueden existir frente a la predicada autonomía privada, limitaciones legales o impuestas por el estado, y limitaciones del mercado mismo, las cuales no puede desconocer la voluntad particular de los contratantes. En nuestra Constitución Nacional se predica en el artículo 4, que: *"Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"*. Por otra parte, el artículo 333 de la norma superior determina que: *"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común"* y más adelante la misma norma expresa: *"La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades..... El estado, por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional"*.

Es claro en las referencias legales anotadas, que si bien las partes, en ejercicio de su autonomía contractual pueden construir su relación negocial en los términos que a cada una de ellas conviene y corresponde de acuerdo a la naturaleza del contrato que celebran, tienen el deber de respetar toda normatividad que tenga por fin la intervención del Estado para regular ciertas actuaciones suyas que no se acomodan a los límites del bien común, o tienen regulaciones específicas que las someten a los fines que persiguen las leyes restrictivas de esas actuaciones.

Con las reflexiones anteriores, el tribunal analiza el tipo de contrato que origina las diferencias de las partes en la presente actuación.

Como lo expresa la convocante en la relación de los hechos de su petición de trámite arbitral (HECHO 3), *"A principios del año 2004, MEDINA HOPER e IAASA, iniciaron negociaciones tendientes a concretar la fabricación de pañales por parte de IAASA para MEDINA HOPER"*. Posteriormente en el HECHO 5 del mismo documento, la convocante expresa *"En la ciudad de Cali, el 30 de octubre de 2004, se celebró un Contrato Mercantil de Suministro entre IAASA e INVERSIONES MEDINA HOPER S.A. el cual tenía por objeto que IAASA le suministrará pañales a MEDINA HOPER con la marca Rikeza, de manera mensual"*, y de acuerdo al detalle que se expresa en ese mismo hecho de la demanda.

Por su parte la convocada, en la contestación de la demanda al pronunciarse sobre los HECHOS 3 y 5 de la solicitud de convocatoria de arbitramento, admite, que entre las partes en este tribunal se surtió la Oferta mercantil para el suministro de los productos objeto de la misma, quedando de esta manera definido para el tribunal el tipo de relación contractual materia de su análisis, como con anterioridad se había expresado.

En el orden ya definido y para las conclusiones posteriores en este aparte del laudo, es menester hacer referencia sobre la naturaleza del contrato de Suministro, y destacar su sentido económico y alcances tanto de orden privado entre las partes, como limitaciones legales que el Estado puede imponer a ciertas estipulaciones que convengan ellas, y que puedan resultar afectando el orden público del entorno contractual.

Según se dejó anotado, suministro es el contrato por el cual una parte se obliga a entregar cosas en forma periódica o continuada y la otra a pagar un precio por ellas. El artículo 968 de nuestra codificación comercial, literalmente lo define así *"El suministro es el Contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios"*.

La periodicidad o continuidad de las prestaciones es un elemento esencial de este Contrato, lo que permite calificarlo como de tracto sucesivo, puesto que las finalidades perseguidas por las partes no se obtienen sino con el transcurso del tiempo. Estos vínculos de colaboración prolongada poseen la característica de que el proveedor asume una obligación de aprovisionamiento, no tratando sólo de dar una cosa, o varias a lo largo del tiempo, sino que además debe estar a disposición del suministrado, atendiendo puntualmente sus pedidos relacionados con el objeto de la entrega.

A través de este contrato, el suministrado busca una provisión continua de bienes, la cual presenta una serie de ventajas sobre la provisión discontinua, presentando una importante ventaja, en el costo de selección cada vez que necesita un bien, porque siempre es dado por el mismo contratante, se disminuye el costo de transacción propio de los contratos separados, ya que se acuerdan las bases de la relación precio-calidad de una sola vez, aunque, luego puedan reajustarse si así lo han convenido, y se obtiene fidelidad por parte de quien provee, porque genera una colaboración de larga duración, que permite en una relación de buena fe entre los contratantes, ventajas competitivas en el tiempo dentro del marco de la legalidad y las respuestas del mercado. Por parte del proveedor, también tiene ventajas esta figura mercantil, pues, asegura un comprador de sus productos por

un tiempo prolongado, lo que le permite presupuestar sus costos, obtener un financiamiento en base al flujo de fondos proyectado, etc.

Los elementos o características que universalmente reviste esta figura contractual antes enunciados, demuestra el contenido eminentemente económico del mismo y las razones por las cuales, las partes son cuidadosas en la estructuración de las cláusulas, de tal manera que éstas correspondan a una dinámica contractual que permita la ejecución de las obligaciones contractuales dentro de un marco operativo que cubra riesgos económicos que pueden sufrir las partes en el desarrollo del contrato, sobre todo para no perder las ventajas que el mismo les pueda otorgar, y las cuales se dejan enunciadas en párrafo anterior.

El suministro tiene una connotación diferente para quien provee los bienes; de quien los recibe, no puede quedar aquel sometido ni al vaivén del desarrollo del negocio del suministrado, ni a su capricho o voluntad de formular los pedidos según las respuestas del mercado o cuando se le antoje, ni puede programar producción e incurrir en gastos asociados con ésta, sin tener firmeza de los pedidos del suministrado, pues, el tiempo de fabricación, el costo de inventarios y demás hechos que pueden ocurrir contingentemente, si no hay previsto un programa o plan de pedidos, puede generarle al suministrador o proveedor riesgos innecesarios, cuando con prudencia, podían las partes preverlos, formulando un acuerdo de requerimiento y entrega de productos en tiempos preacordados.

Similar circunstancia a la anterior, ocurre con el acuerdo de precios, el cual es de vital importancia en una relación comercial del tipo que ocupa al tribunal, pues, forma parte de una ventaja económica en la relación obligacional, tanto para el proveedor o suministrador como para el suministrado, al punto que constituye una obligación nuclear, tanto para quien debe pagar el precio del suministro, en las condiciones acordadas como para quien lo recibe en las fechas y en relación a las cantidades entregadas. En este aspecto, y para obtener los beneficios contractuales, las partes determinan el precio y la forma de pago, así como la forma de ajustarlo o convenir diferentes sistemas para su cancelación.

El ser el suministro un contrato bilateral, impone obligaciones fundamentales a las partes que permiten el desarrollo del contrato por asegurar el equilibrio del mismo y cuando se rompen, vaticinan la frustración del mismo, sobre todo cuando se desconocen las obligaciones esenciales, como son el orden y programación de pedidos por una parte, y preparación de despachos por la otra, así como el control de calidad, y el pago del precio, todos estos, factores que dibujan el arquetipo del contrato y le dan sostenibilidad durante la vida prevista por las partes.

Es tan importante la connotación de este contrato, que universalmente se permite el pacto de cláusulas, que sin afectar las condiciones del derecho de los mercados y la competencia, garanticen a las partes estabilidad o preferencia en la relación frente a terceros, ampliando para ellas el alcance territorial en mercados, no para neutralizarlos, pero sí para competir en condiciones legales con los demás agentes que concurren a dicho mercado.

Se refiere el tribunal en el caso en análisis a las mencionadas *cláusulas de exclusividad y de preferencia*, que en términos generales, en el primer caso significa que tanto el proveedor solo vende sus productos al suministrado, como que el suministrado sólo se provee del proveedor, o que exista esta prerrogativa en beneficio de ambos. Este es un pacto por el cual se renuncia a la libertad de

contratar y es por tanto de interpretación restrictiva y debe ser expreso. El incumplimiento de la obligación de no hacer que el pacto importa, se configura cuando el deudor vende a otro. Enfrenta dos límites: debe ser limitado a una zona, pues, de lo contrario afectaría la libertad y sería anulable; no puede consistir en un acuerdo lesivo de la competencia, debiendo ajustarse a la normativa vigente en ese campo.

En la cláusula de preferencia, una parte se obliga frente a la otra a preferirla para celebrar un contrato igual en el futuro, acordando para ese entonces las condiciones y precios que regirán en ese momento, pacto que puede favorecer a cualquiera de los interesados en la relación comercial, ya que puede operar en doble vía.

Los aspectos expuestos son universales en este tipo de contratos, por su propia naturaleza como antes se dijo, por tratarse de lo que llaman los tratadistas económicos "*Un contrato de empresa*", pues lo suministrado es integrado en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros y comporta para cada parte la satisfacción de necesidades particulares y por el contrario su incumplimiento afecta de manera grave a esas mismas partes, con efectos más allá de los previstos entre ellas.

El tribunal pasa a ver los enunciados expuestos anteriormente enfrentados a lo que ordena nuestro Código de Comercio y las leyes del mercado de la competencia en cuanto a las facultades de las partes para estructurar las cláusulas contractuales que han de regir dichas relaciones.

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

Enfrentada la norma referida, a la Oferta Mercantil, o contrato como lo llama indistintamente la convocante en el presente proceso arbitral, la definición tiene cabal cumplimiento, pues, en la Oferta de 30 de octubre de 2004, la ofertante INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTES S.A. (IAASA), se obliga a suministrarle en forma mensual y en despachos parciales al comprador o sea a INVERSIONES MEDINA HOPER S.A., y ésta se obliga a pagar a la oferente, un precio como contraprestación, por los bienes materia del suministro como se describe en la cláusula primera de la Oferta Mercantil suscrita entre las partes el 30 de octubre de 2004. Queda definida la relación comercial y por ello sigue el tribunal con el estudio de su estructura jurídica y su capacidad de generar los acuerdos que previeron las partes, y que hoy constituyen materia de la litis y de los medios de defensa alegados.

Revisada la estructura del clausulado del contrato, encuentra el tribunal que en él se definen las cantidades de producto materia del suministro (cláusula primera), el precio y forma de pago en la cláusula quinta, la terminación de la Oferta Mercantil (cláusula décima segunda), las garantías de cumplimiento del comprador y del oferente (cláusulas décima cuarta y décima quinta), todas estas dentro de un orden jurídico y comercial inobjetable, por constituir aspectos que no ofenden el orden público económico ni las normas de la sana competencia, aunque en la cláusula quinta deberá el tribunal hacer un pronunciamiento especial de acuerdo a lo alegado por la convocada sobre dicha estipulación.

Las cláusulas segunda y tercera del contrato regulan las obligaciones del Oferente (Segunda) y del Comprador (Tercera), dejando nítidamente comprensibles las obligaciones de las partes, básicamente la primera (Oferente) producir y entregar a satisfacción del comprador los bienes discriminados en el objeto de la oferta, con las características especiales de todas las obligaciones que le competen, en cuanto a cantidades de producto, oportunidad de entrega, resaltando la obligación que adquiere el Oferente en el punto 6 de la cláusula segunda que: "garantiza que las condiciones de precio ofertadas a otro cliente de marca privada debe ser mayor o igual de un 5% por encima de la lista de precios del anexo 3". [Subrayado del tribunal]. Como obligaciones de la compradora, está la de adquirir los productos suministrados por el oferente a fin de revenderlos como mínimo en las cantidades objeto de la oferta, sujetándose a los precios y condiciones fijadas en el anexo 3. Contiene otras obligaciones como suscribir y aceptar con su firma las facturas y documentos comerciales que le expide el oferente y correspondan a mercancías e inventarios de material de empaque entregados y recibidos, así como pagar las facturas aceptadas dentro del plazo pactado y suministrar al Oferente un presupuesto de compras dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, con un horizonte de seis (6) meses, siendo revisable dicho presupuesto mensualmente, exceptuando los dos (2) primeros meses que constituirán órdenes de compra en firme sin poderse modificar. Las obligaciones de las partes, enunciadas de manera general como antes se dijo, son normales, con excepción de aquellas que constituyen la nulidad absoluta, materia del pronunciamiento del tribunal en este aparte del laudo.

No se contempló en el presente contrato pactos de exclusividad ni de preferencia por cuanto los artículos 975 y 976 del Código de Comercio que regulaban dichos pactos, fueron derogados por la Ley 256 de 1996, al considerar en su artículo 9, que se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir al acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto, que no es del caso en el presente proceso, las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales.

En efecto, como se deduce del Parágrafo 2º de la cláusula quinta (5ª) del contrato de suministro, con sólo leer desprevenidamente dicha parte del mencionado contrato, se aprecia que en rigor legal no existe cláusula de exclusividad, y que lo que claramente indica es que cuando la convocada venda a terceros los productos vinculados a la oferta, se hará con un sobre costo que afecta sus ingresos, a favor de los del distribuidor Medina Hoper, con las incidencias jurídicas que se examinan.

De otro lado, aunque se hubiera tratado de un convenio de exclusividad al estilo que lo pretende la parte convocante, si es que ello resultara procedente a la luz de la normatividad nacional vigente, el propio representante legal de Inversiones Medina Hoper S.A., termina finalmente admitiendo en su interrogatorio de parte, ante la conminación persistente del tribunal, que él no le había entregado la relación de clientes exclusivos a la convocada [Ver, folio 095, Cdno 8, Pruebas].

Pero, es más, el señor Pedro Cardona, al absolver el interrogatorio de parte, a instancia de la convocada, reitera la inexistencia de algún pacto de exclusividad de clientes entre convocante y convocada, cuando literalmente contesta: *"... Pues a ver, no había ningún tipo de exclusividad de clientes y de hecho en la oferta mercantil no se habla que hay unos clientes de uno o de otro, simplemente era*

una oferta comercial básicamente para la venta de un producto pero no había un tema de exclusividad..." [Ver, folio 053, Cdno 8, Pruebas]. Vuelto a interrogar por el apoderado de la convocante sobre el mismo aspecto, el representante legal de Industria Andina de Absorbentes S.A., reitera lo dicho al expresar: "... *en la oferta no se habla en ningún momento de exclusividad, yo no tengo información porque no la he revisado puntualmente como lo propone el doctor en tema de mirar si algunos clientes o todos fueron atendidos, la verdad no sabría decirle, porque le digo si hubiera habido algún caso puntual no hay exclusividad en ese sentido...*" [Ver, folio 57, Cdno 8, Pruebas].

Finalmente, en lo que concierne a este tópico, el testigo Wilson Guerrero, fue preguntado y contestó sobre la pretendida exclusividad lo siguiente:

PREGUNTA: ¿Usted como gerente de producción y que a su cargo estaba también la dinámica de los despachos, ¿tuvo conocimiento de alguna lista o listado que le haya pasado ya sea IAASA o MEDINA HOPER en cuanto a clientes de uno o del otro?

RESPUESTA: "*En la oferta mercantil nunca se especificó clientes, básicamente como todo se conoce en el mercado, los clientes y sobre todo los clientes de pañales, el valor agregado de ellos es tener todos los productos para no perder la venta, o sea todos los pañaleros o todos los clientes que venden producto de pañales quieren tener todas las marcas para no perder la venta, entonces nunca en la oferta estuvo estipulado clientes específicos para despachar a MEDINA HOPER*".

[Ver, folio 145, Cdno 8, Pruebas].

En el orden anterior, toda pretensión que quiera apuntarse en alguna exclusividad contractual, no tendrá fundamento legal, pues, el pacto, además de tener las características enunciadas en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, tiene que ser expresamente convenido y regulado en el contrato, pues, no es de aquellos que tienen carácter supletorio o se entienden incorporados al texto contractual.

En otros aspectos del contrato de importancia con esta *litis* tenemos las obligaciones de las partes, determinando la cláusula segunda las obligaciones de la oferente y la tercera las obligaciones del comprador, encontrando de otra parte y que tiene relación con esta *litis*, la causal de terminación del contrato por incumplimiento, en el párrafo segundo de la cláusula décima primera, que regula el término de duración de la oferta.

Por haberse alegado en el escrito de contestación de la demanda por parte de la convocada, la nulidad absoluta de lo pactado en la cláusula segunda, segundo aparte del numeral 6 y la nulidad absoluta de lo pactado en el párrafo segundo de la cláusula quinta de la Oferta Mercantil conocida en estos autos, el tribunal procede a pronunciarse sobre las mismas, teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas estudiadas en este aparte del laudo, la naturaleza del contrato, las obligaciones de las partes y la norma constitucional (Art. 333 C.P.C.) y las normas jurídicas que regulan el mercado de la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas en Colombia (Decreto 2153 de 1992. Ley 256 de 1996).

Reza literalmente el segundo aparte del numeral 6 de la cláusula segunda: "*Igualmente el Oferente garantiza que las condiciones de precio ofertadas a otro*

cliente de marca privada deben ser mayor o igual de un 5% de la lista de precios del anexo 3". Por su parte el parágrafo segundo de la cláusula quinta prescribe: "El precio de venta neto (precio de lista menos ajuste o descuentos al precio de lista) de los productos de línea, genérico IAASA sin barrera tipo plástico y genérico IAASA con barrera tipo plástico del oferente, siempre estarán con un 11% de incremento sobre la lista de precios del anexo 3".

Los puntos de la Oferta Mercantil de Suministro referidos, desde muy temprano de la ejecución de la misma, fueron denunciados por la convocada a la compradora, anunciándole que contenían un vicio de legalidad, respecto de lo cual se aportó el concepto de la profesional Marcela Castro en copia de *email* y que reposa en el expediente [Folios 078 Cdno 1, Demanda]. Desde el conocimiento de la situación denunciada por la convocada a la convocante, ésta argumentó que las cláusulas que hoy son materia de nulidad absoluta, no violaban ninguna ley y que la propia Superintendencia de Industria y Comercio así lo entendía, hecho que no fue compartido por la convocada, quien siempre insistió en la ilegalidad de las clausulas denunciadas.

Tanto la convocante como la convocada en sus Alegatos de Conclusión, esgrimieron sus propios argumentos en defensa de sus posiciones diametrales sobre el tema; así la convocante insiste en la legalidad de las cláusulas fundamentadas en el principio de la libre autonomía privada para convenirlas, y la convocada alegando la ilicitud de las cláusulas por contravenir el derecho público nacional, argumentos que constan en los referidos alegatos que reposan en el proceso y que el tribunal analizó para la correspondiente decisión.

No quiere pasar por alto el tribunal la circunstancia de que la introducción a la oferta de los aludidos pactos, se debió a la sugerencia o solicitud de la parte convocante, como lo dice el documento no tachado de falso [Punto VIII, visible a folio 053, Carpeta de Presupuestos y Comunicaciones].

En orden a resolver lo planteado, además de lo tratado en este aparte del laudo sobre las consideraciones jurídicas contractuales y los límites que puede tener la autonomía privada que pregona nuestra ley civil en su artículo 1602, al estipular que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo, el tribunal realiza el siguiente análisis a las normas que regulan el derecho de la competencia.

El propio artículo 1602 referido, determina un límite a las estipulaciones contractuales al decir que el contrato *"No puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*. Es imperativo afirmar que la ley tiene capacidad para invalidar un contrato, si no cumple los requisitos de ley para su formación o como lo prevé el artículo 1519 del Código Civil. De otra parte el contrato es nulo por objeto ilícito, como lo pregona el artículo 1519 ya referido que establece *"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación"*. De otra parte, el artículo 899 del Código de Comercio, promulga la nulidad absoluta del negocio jurídico, cuando contraría una norma imperativa, cuando tenga objeto ilícito. Ya se ve cómo existe un principio constitucional que pregona que *"Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la constitución y las leyes, respetar y obedecer a las autoridades"*, además, las normas de orden público son de necesario y obligatorio acatamiento, y de éstas forman parte las normas que regulan el derecho de la competencia y previenen las prácticas comerciales restrictivas.

Analiza el tribunal en primer lugar la estructura de las cláusulas censuradas.

En ambas cláusulas, es claro el texto en ordenar que el oferente en el primer caso (Segundo aparte, numeral 6, cláusula 2ª), el precio de los bienes ofertados a otro cliente de marca privada (no Rikeza) debe ser mayor o igual de un 5% por encima de la lista de precios del anexo 3 (cláusula segunda aparte segundo numeral 6). En la misma dirección en el caso segundo (parágrafo segundo cláusula quinta) se dice; el precio de venta neto de los productos de línea, genérico IAASA sin barrera tipo plástico y genérico IAASA con barrera tipo plástico del oferente siempre estarán con un 11% de incremento de la lista de precios del anexo 3. Demasiado claro el texto que obliga al Oferente, a romper los precios de mercado, incrementando en beneficio del comprador, el precio al resto del público consumidor de los mismos productos, a quien se le debe vender por encima de los precios al comprador en un 5% y 11% respectivamente. No se trata, como lo quiere hacer aparecer la convocante de un descuento, sobre precio de lista de la Oferente. En este sentido, si se quiere rastrear el origen del Contrato, el declarante Luis Alberto Rico, en su declaración de folio 6, cuaderno 8, expresa, que *"IAASA no otorgó ningún descuento, si arrancó con un precio base para la Distribuidora Medina Hoper pero no opera como descuento, simplemente se le dio un precio base para arrancar la negociación"*. Posteriormente en su misma declaración expresa al preguntársele sobre la cláusula materia de la nulidad, si ella implica descuento y entonces afirma: *"Allí no hay porcentajes ni descuentos pactados, hay una especie de restricción a terceros pero no hay descuentos pactados"*.

Queda claro con la manifestación del testigo que ofrece credibilidad al tribunal, por ser concordante con el texto contractual, y la finalidad perseguida por la compradora desde la negociación de la oferta, que la literalidad de la cláusula implicó un pacto de precios, que desbordó la prohibición legal, la cual no es un antojo de la ley, sino una defensa de las condiciones del mercado. En un sistema democrático, de Estado social de derecho (artículo 1 C.N.), participativo, la libre iniciativa debe conducir a una competencia transparente y garantizada que permita el desarrollo del libre mercado para que contribuya a un equilibrio entre quienes concurren a él, sin diferencias artificiales resultantes de pactos libres o impuestos, pero que al final desobedecen la ley que con un fin último, protege el mercado, los consumidores y la sociedad misma en su justo desarrollo.

La Superintendencia de Industria y Comercio, entidad gubernamental con capacidad para reprimir la competencia desleal y las prácticas restrictivas, en Resolución SIC 28350 de 2004 expresó: *"No puede perderse de vista que el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en ningún momento establece que los precios del acuerdo deban ser perjudiciales o nocivos para el mercado, pues la ley asume que el sólo hecho de que se elimine la variedad de precios ya supone un menoscabo para el consumidor. De hecho, entre las finalidades de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas enunciadas en el Decreto 2153 de 1992 está no sólo mejorar la eficiencia de los mercados –que dicho sea de paso se logra promoviendo y no inhibiendo la competencia como parece entender el apoderado de la empresa X, sino también que "los consumidores tengan libre escogencia y que "en el mercado exista variedad de precios" a lo cual resulta opuesto el acuerdo realizado por X y las empresas transportadoras"*.

Importante de citar en este Laudo, es el pronunciamiento del Consejo de Estado en Sentencia de 28 de Enero de 2010, expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01, Consejera Ponente Doctora María Claudia Rojas Lasso, que al desatar un recurso de apelación, en un caso similar al aquí tratado, al revocar la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó configurar un acuerdo de precios, expresó: *"Considera la Sala que, el cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente, en los términos de la norma precitada y la fijación de precios mediante acuerdos de cualquier índole, son conductas que, bajo los lineamientos normativos del Decreto 2153 de 1992 son excluyentes, máxime, si se tiene en cuenta que el artículo 47 entiende como práctica comercial restrictiva precisamente aquella consistente en la celebración de acuerdos que tengan por efecto u objeto la fijación directa o indirecta de precios"*. Para claridad de lo expuesto, por acuerdo, se entiende según lo predica el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 *"Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas"*. Por lo tanto la Oferta Mercantil aquí analizada, califica como documento, en el cual, además se pactó el acuerdo violatorio del artículo 47, numeral 1 del Decreto 2153 de 1992.

Clara es la situación referida en el concepto de la autoridad citada. Claro es el pacto de precios contenido en la Oferta Mercantil aceptada y ejecutada entre IAASA e Inversiones Medina Hoper S.A., pacto que le daba una ventaja competitiva a esta última, y que además de afectar las condiciones del mercado, estaba revestida de una nulidad absoluta por contravenir el derecho público de la Nación y las normas referidas en este laudo.

En resumen, en un escenario de libre mercado, el precio constituye por excelencia un factor de competencia, factor que favorece en últimas al consumidor final, pues este encontrará gracias a ello más y mejores opciones de precios entre los cuales elegir. Por esto cuando la fijación de precios deja de ser una decisión propia del empresario para dar lugar a una determinación conjunta de los oferentes de un bien, en el caso de autos, o servicios en otros, esos beneficios desaparecen. Esta es la razón por la cual se consideran restrictivos de la competencia los acuerdos entre competidores encaminados a determinar los precios de sus productos.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, el tribunal encuentra de recibo la nulidad absoluta de las cláusulas referidas en este escrito y que forman parte de la Oferta Mercantil de Suministro ejecutada entre las sociedades INVERSIONES MEDINA HOPER S.A., como compradora de los productos suministrados e INDUSTRIA ANDINA DE ABSORBENTE S.A. (IAASA) como proveedora de los referidos productos, y así habrá de declararlo en la parte resolutive del laudo. Como quiera que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez cuando la encuentre probada, máxime si se funda en objeto ilícito, sin posibilidad de ser saneada por la ratificación de las partes, el tribunal asumió su estudio y habiendo encontrado bases legales suficientes para declararla, se encuentra en el deber de declararla como quiera que con su derecho se preserva el imperio del derecho y la supremacía del interés general.

Por razón de los efectos que produce la nulidad a declararse del aparte sexto, segunda parte de éste, de la cláusula segunda de la Oferta Mercantil de que trata este Laudo y el párrafo segundo de la cláusula quinta de la misma Oferta, no habrá lugar para aceptar el punto tercero de las pretensiones de la Convocante, para que se condene a Industria Andina de Absorbentes S.A. IAASA al pago de las

notas crédito que por valor de \$544.259.342 pretende la Convocante, por tener fundamento y origen en una cláusula violatoria del orden legal colombiano, y por tener un objeto ilícito las referidas cláusulas de la Oferta, no pueden dar lugar a acción o cobro de las sumas emergidas de ella como lo predica el artículo 1746 del Código Civil en armonía con el 1525 de la misma obra. En otros términos, la Convocante no estaba habilitada por la Ley para producir la cuenta de cobro que pretende contra la Convocada, alegando unos descuentos a que tenía derecho condiciones acordadas, como para quien lo recibe en las fechas y en relación a las cantidades entregadas. En este aspecto, y para obtener los beneficios contractuales las partes determinan el precio y la forma de pago así como la forma de ajustarlo o convenir diferentes sistemas para su cancelación según la Oferta, cuando de manera contraria quedo probada en el proceso, que se trató de un pacto de precio que violó el artículo 41, numeral 1° del Decreto 2153 de 1992, como lo apreció este tribunal con su propio criterio y el apoyo jurisprudencial en él citado.

No obstante, el análisis que el tribunal ha hecho de las cláusulas memoradas en este apartado del laudo y la conclusión a que llega para declarar la nulidad de las referidas cláusulas, fundamento de la pretensión tercera (3ª) de la demanda, quiso el tribunal analizar tal hecho, encontrando que la convocante al expedir las notas créditos cuyo cobro pretende, interpretó de manera equivocada el parágrafo segundo de la cláusula quinta, pues, esta no la facultaba, en el caso de los desacuerdos de precio, para expedir un título definitivo de cobro, por el contrario, el parágrafo referido estableció un procedimiento a cumplirse entre las partes en la oferta, discutiendo previamente las diferencias que pudieran tener, y para ello se pactó que *"en el caso de desacuerdo en los precios este porcentaje será demostrable mediante presentación de facturas que el comprador presentará al oferente"*, y manejándose las diferencias en el incremento o en la reducción de la diferencia, y definido el acuerdo entre las partes se expedirían las notas crédito, es decir, no era automático el hecho. A folio 140, Cdno 1, y sobre el caso aquí examinado, la convocada ante la actitud de la convocante de remitirle unas notas crédito para su cobro, las rechaza argumentando que no se surtió el procedimiento previsto en la oferta para su expedición y posibilidad de cobro. De otra parte, ese rechazo no fue refutado por la convocante y, por ello, además de la nulidad absoluta de la cláusula que la genera, el tribunal no comparte la interpretación que a la oferta da la convocante para deducir unos derechos que no le fueron otorgados en la oferta materia de la *litis*.

XIII). CONSIDERACIONES DE LA PRUEBA PERICIAL PARA LA ESTIMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS:

Si bien ha quedado establecido en el laudo que la parte convocante incumplió el contrato de suministro en referencia, por las razones antes expuestas, lo que trae como consecuencia que no es procedente hacer condena al pago de perjuicios por la parte convocada a la convocante, por causa y en razón de que aquella cumplió por su parte el contrato, lo que sería de suyo suficiente en sana lógica jurídica para no tener que examinar el tribunal la prueba pericial practicada ni detenerse en el estudio de la tacha de la peritación por causa de "error grave", dado que, se repite no puede haber condena patrimonial en ese sentido, pese a todo, el tribunal se detiene en el análisis de la prueba pericial y su impugnación por ambas partes, sólo para atender la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Civil, que manda pronunciarse sobre el "error grave" del dictamen, con el ánimo de evitar que el laudo pueda ser acusado por vía de anulación por no atender a la exigencia del máximo órgano jurisdiccional del país [Ver, Sentencia de casación civil, C.S.J., de 24 de febrero de 2010 (000033-01), Mg ponente Edgardo Villamil Portilla, que en lo pertinente dice: "...Desde luego que el silencio de las partes en relación con la prueba no constituía una dispensa frente a la necesidad de hacer el mencionado análisis, el cual, valga reiterarlo, representa un mandato legal que debe verse reflejado en la motivación de la sentencia. Por ende, haber dado pleno alcance a la referida experticia, por el solo hecho de que no fue objetada, constituye un desavío mayúsculo que trasgrede el derecho al debido proceso, no sólo por desconocer el deber de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica, sino por la orfandad que ello generó en la motivación del fallo, todo lo cual abre paso a la intervención del juez constitucional. Dicho de otra manera, ante el censurable proceder de la autoridad judicial aquí cuestionada, se torna necesario dejar sin efectos la providencia judicial que decidió el asunto en segundo grado, así sea que esta, desde el punto de vista formal, haya adquirido firmeza, lo cual se generó precisamente por la inexistencia de otros medios ordinarios de impugnación(...). Y aunque no haya sido objeto de la impugnación, debe ponerse de presente que el juzgado accionado no abonó ninguna reflexión para ver de establecer si estaba asistido de competencia a la hora de imponer, en el curso del proceso ejecutivo, la sanción del artículo 72 de la Ley 45 de 1990, circunstancia que era menester precisar previamente, de acuerdo con la naturaleza del proceso y las precisas facultades que la ley le otorga al juez en este tipo de actuaciones. El silencio al respecto, entonces, se yergue como otra deficiencia argumentativa que incidió en la providencia aquí cuestionada" [hasta aquí la cita].

Así, el tribunal procede al análisis de la prueba pericial, lo cual hace del siguiente modo:

1. *Solicitud del decreto de la prueba y su objeto:*

Fue pedida por la parte convocante, en la formulación de la demanda, en el acápite de PRUEBA PERICIAL (Cd principal, folio 246).

2. *Contenido de la solicitud inicial de peritación y su ampliación:* Arroja el siguiente temario inicial: Con base en la información suministrada por las partes se solicita la tasación de la confirmación de las notas crédito, los intereses de mora causados sobre las notas crédito, y la ampliación en audiencia del 15 de diciembre de 2009 consistió en: solicitarle al perito la tasación del valor de los perjuicios causados a Inversiones Medina Hoper S.A., con inclusión de los perjuicios por pérdida del posicionamiento de la marca y lucro cesante por ruptura del contrato.

3. *Decreto de la prueba y designación de perito:* La peritación fue decretada en la Primera Audiencia de Trámite, el día 15 de diciembre de 2009, Acta No. 8, folio 038, Cdo Actas No. 2] y el perito fue designado en dicha audiencia.

El nombramiento del perito recayó en el economista JORGE SANTIAGO QUINTERO BEJARANO, al cual se le comunicó la designación, según Oficio de secretaría, de

fecha 2B de 21 de diciembre/2009, quien notificado del mismo lo aceptó, con carta de 28 de diciembre/09. Fue posesionado de conformidad al Acta No. 9, de fecha 14 de enero de 2010 El perito cumplió su encargo dentro del término fijado. La hoja de vida del economista acredita su calidad profesional y experiencia [Cuaderno No. 6, folios 025 a 032], la que no fue cuestionada por ninguna de las partes, de suerte que, para el tribunal, se estimó profesional idóneo.

En el acto de la posesión, el Tribunal instruyó a las partes que tenían el deber de colaborar con el perito designado, suministrándole datos y documentos, y permitiéndole el acceso a los lugares que él estimara necesario para el desempeño de su cargo, a tenor de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 242 del C. P. C.

4. Práctica del dictamen: Fue practicado por el perito y contestado en la siguiente forma y orden, y enviado por él dicho informe el 25 de febrero de 2010:

a). Determinó que el valor de las notas crédito a favor de Inversiones Medina Hoper S.A. es de \$ 38.296.649,00

b). El valor de los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima de 24,21% fijada por la Superintendencia Financiera, para el trimestre enero-marzo de 2010, es de \$ 32.956.191,00

c). Los perjuicios derivados de las ventas realizadas directamente por la convocada a los clientes de la convocante, más los intereses de mora de los mismos, ascienden a \$ 812.352.802,00

5. Solicitudes de aclaración, ampliación y complementación del dictamen pericial, del perito Jorge Santiago Quintero Bejarano:

a). Por la parte convocante:

Para que el perito complete el dictamen en cuanto al punto 3 de la solicitud, complementada con la indicación de los perjuicios representados en la pérdida de posicionamiento de marca y lucro cesante por los valores dejados de percibir por la ruptura de la relación contractual reflejado en el promedio de ventas. De otro lado, establecer concretamente el valor de la nota crédito correspondiente a las mercancías facturadas en los 30 días anteriores.

b). Por la parte convocada:

Indicar cuál fue el término que tuvo en cuenta como vigencia del contrato para apreciar facturas emitidas por IAASA en dicho período e igualmente indicar mes a mes la tasa de mora aplicada, período de tasación y valores sobre los que aplicó

tasa de mora. La aclaración y explicación de las respuestas subjetivas del perito a los puntos a) a e) del apartado 2.2 de dicha solicitud.

6. Decreto por el tribunal de las aclaraciones, ampliaciones y complementaciones al dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Santiago Quintero Bejarano:

El tribunal, por Auto No. 23 de 10 de marzo/2010, que consta en el Acta No. 16, de igual fecha, (Cd 2 Actas, folios 086), ordenó al citado perito proceder a aclarar y complementar su dictamen, según lo pedido, y le concedió un término de cinco (5) días hábiles para ello.

7. Complementación y aclaración del dictamen pericial inicial por parte del perito Jorge Santiago Quintero Bejarano:

El perito procedió a ello en la siguiente forma, según escrito presentado el 12 de marzo de 2010 (visible en el folio 013 a 024, Cdno 9, Dictamen Pericial):

a). A lo solicitado por el apoderado de la parte convocada:

Aclaró que con base en el contrato de oferta mercantil de suministro, que no indica fecha de terminación, dedujo que comenzando en diciembre/2004 el contrato debió terminar en julio/2006, como consta en facturas suministradas por IAASA. En cuanto al punto 2.2, el perito dio explicaciones a cada uno de los interrogantes planteados.

b). A lo solicitado por el apoderado de la parte convocante:

Puso de presente que la peritación se hizo de acuerdo al Numeral 2 del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, y en cuanto a los perjuicios resultantes de la pérdida de posicionamiento de marca y lucro cesante por los valores dejados de percibir, no se refirió a ello por cuanto no estaban comprendidos en el auto de decretó de la prueba. Finalmente expresa que teniendo en cuenta que durante el plazo de la vigencia del contrato solo se produjo un incremento de precios, que fue aplicado a Medina Hoper S.A. antes de los 30 días estipulados en la oferta aceptada, determinó que la nota crédito por ese concepto es de \$ 2.083.840,00 como lo explica en el anexo donde se realiza el cálculo de las notas de crédito.

8. Traslado a las partes del escrito de aclaración, complementación y adición del dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Santiago Quintero Bejarano:

El tribunal, por Auto No. 24 de fecha 19 de marzo de 2010, según consta en el Acta No. 17m de igual fecha, dio traslado a las partes de la aclaración y

complementación del dictamen pericial rendido, por el término de tres (3) días hábiles [Visible en el folio 089, Cdno 2, Actas].

9. Formulación de objeción por "error grave" presentada por los apoderados de las partes, contra el dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Santiago Quintero Bejarano:

a). Objeciones de la parte convocante:

El apoderado de la parte convocante formuló objeción por "error grave" al mencionado dictamen, en escrito presentado el día 25 de marzo/2010, encontrándose en tiempo hábil para ello, el cual sustentó en las siguientes razones de hecho y de derecho: Afirmar que el tribunal no ordenó que se liquidaran perjuicios representados en la pérdida de posicionamiento de marca y lucro cesante por los valores dejados de percibir por la ruptura de la relación contractual reflejado en el promedio de ventas; que precisamente en el Auto de 15 de diciembre de 2009 el tribunal señaló como uno de los objetos del dictamen la tasación del valor de los perjuicios causados a Medina Hoper S.A. Adicionalmente, incurrir en error grave al limitarse a la diferencia por los incrementos de precio vigentes al comprador, pues se aplicó antes de 30 días.

b). Objeciones de la parte convocada:

El apoderado de la parte convocada formuló objeción por "error grave" al mencionado dictamen, en escrito presentado el día 25 de marzo/2010, encontrándose en tiempo hábil para ello, el cual sustentó en las siguientes razones de hecho y de derecho: No haberse limitado a los perjuicios por incumplimiento, y abarcar perjuicios de otra índole y sobre otros hechos. El perito crea a su criterio una lista de clientes exclusivos de la convocante. Calcular intereses de mora sobre cifras que no son claras, ni expresas ni exigibles. Haber tomado como fecha de iniciación de la oferta una distinta al 30 de octubre de 2004, que es la que consta en la oferta, ni fija fecha cierta de iniciación ni de terminación. Haber considerado ventas efectuadas a MEDINA HOPER como si hubieran sido hechas a otros consumidores. Indicar que desde el principio de la oferta ya existían clientes a los que exclusivamente MEDINA HOPER vendía sus productos.

10. Trámite de la solicitud por "error grave" al dictamen pericial, y decreto o de su trámite, y medios probatorios:

El tribunal, por Auto No. 25 de 30 de marzo/10 dictado en el Acta No. 18, de igual fecha, ordenó darle trámite a la solicitud de objeción del dictamen pericial, por "error grave", (Cd. 2 Actas, folio 092). De la solicitud de objeción se dio traslado en la forma prevenida en el artículo 108 C.P.C. Las pruebas pedidas por ambas partes para fundamentar su objeción por error grave obran todas en el expediente y han sido decretadas como medios de prueba en el proceso.

11. Examen jurídico de la objeción por error grave del dictamen pericial:

Sea lo primero dejar advertido que nuestro estatuto procesal civil, si bien establece en el Numeral 4 del artículo 238 del C.P.C., los parámetros para la contradicción del dictamen pericial, propiamente no define en qué consiste el "error grave" y, que, por lo tanto, ha correspondido a la jurisprudencia y a la doctrina encargarse de ello. Así las cosas, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia dentro del expediente No. 8978 de 29 de julio de 1997, magistrado ponente José Roberto Herrera Vergara, claramente señaló los casos o situaciones específicas en que dicho error se generaba, y concluyó que tales eventos se producían cuando: 1). Había cambio del objeto examinado, o 2) Cambio de sus atributos, o 3). Cuando se hacía un estudio distinto al encomendado, a cuyo efecto expresó lo siguiente: *"...Como quiera que el dictamen pericial no presenta bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponga la repetición de la prueba, pues no existe en aquél cambio del objeto fin de examen, o de sus atributos, ni estudio distinto del encomendado, ha de concluirse que no se evidencian conceptos errados que hayan llevado a falsas conclusiones configurativas del error grave aducido por el objetante"*.

Con base en la doctrina antes indicada y vigente, el tribunal procede a examinar las causas o motivos de error grave al dictamen pericial, presentadas por los apoderados de la parte convocante y convocada, con el fin de establecer si tales causales son o no constitutivas de "error grave" en el mencionado experticio. El estudio, a la luz de la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, se realiza así:

a). Errores graves planteados por la convocante:

1). No haber incluido los perjuicios causados en la pérdida de posicionamiento de marca y lucro cesante por los valores dejados de percibir por la ruptura de la relación contractual reflejado en el promedio de ventas, porque el perito afirma que el tribunal no ordenó tasarlos. En efecto, el tribunal al decretar el dictamen sobre los perjuicios se trataba de los indicados en las "pretensiones" 3, 4 y 5, y de lo que se solicitaba en la práctica de la prueba pericial, cuyo contenido coincide. El tribunal no hizo exclusiones al respecto, de modo que se debieron tener en cuenta los solicitados en la demanda. Cosa distinta es que, no teniendo el perito capacidad para decidir el proceso, le tocaba al tribunal decidir si los encontraba configurados, para proceder luego a las correspondientes condenas. Se trata entonces de una omisión que pudo tener efecto en la sentencia (laudo). En consecuencia, este error grave se configura.

2). En cuanto que el tribunal señaló como uno de los objetos del dictamen la tasación del valor de los perjuicios causados a Medina Hoper S.A., según Auto de 15 de diciembre de 2009, la exposición del motivo de error guarda correspondencia con lo objetado en el primer punto. Por ello, el perito incurrió en grave error al emitir el punto en su dictamen, que de haber sido diferente la decisión de fondo del tribunal, hubiera podido tener incidencia en las condenas.

3). Encuentra el tribunal que el perito al rendir su experticia se concretó a la diferencia de los incrementos de precio vigentes al convocante, pero no se ocupó de los efectos del precio antes de los 30 días de vigencia del nuevo precio. Efectivamente mirado el dictamen el perito no hizo estimativo al respecto, que, repite el tribunal, de haber sido diferente la decisión sobre las pretensiones de la demanda, la omisión pudo haber tenido alcance en las condenas, por lo cual el error grave se configura.

b). Errores graves planteados por la convocada:

1). No haberse limitado a los perjuicios por incumplimiento. El tribunal estima y quedó ya establecido que los perjuicios solicitados fueron los comprendidos en la demanda [Ver, *pretensiones*] y en la solicitud de la prueba pericial. A los pronunciamientos ya hechos se atiene el tribunal.

2). El perito crea a su criterio una lista de clientes exclusivos de la convocante. Era deber del perito determinar para efectos de condena, si a ello hubiera habido lugar, los nombres de quienes el convocante, a su juicio y en su criterio, consideraba sus clientes exclusivos, con la razón y fundamento de su experticia, cosa distinta es que el tribunal debía examinar en el laudo lo concerniente a tal exclusividad para determinar si se configuraba y resultaba lícita. Bajo este entendimiento, el error no prospera, pero, el tribunal advierte que, correspondiéndole decidir sobre si legalmente se configuraba la exclusividad de clientes, los efectos procesales y patrimoniales que de dicho listado podían derivarse, debían ser fijados en el laudo a la luz de lo que el tribunal decidiera sobre la exclusividad, y que lo atinente a la pretendida exclusividad de clientes de la convocante no fue aceptada.

3). Calcular intereses de mora sobre cifras que no son claras, ni expresas ni exigibles, y debe aplicar el interés correspondiente a cada período. Este punto, en concepto del tribunal, no puede ser materia de objeción por error grave, pues, el perito simplemente hace un cálculo de una tasa de interés, para aplicar a la suma pretendida por el convocante, no desviándose el perito de las cuestiones planteadas por la parte interesada. Distinta sería la apreciación de la prueba en su contexto si fuere necesaria.

4). Haber tomado como fecha de iniciación de la oferta una distinta al 30 de octubre de 2004, que es la que consta en la oferta, ni fijar fecha cierta de iniciación ni de terminación. En opinión del tribunal el perito cayó en el error grave de no establecer la época precisa o concreta en que terminaron los *actos administrativos* para el comienzo de la vigencia del suministro, pues, el 30 de octubre de 2004 es la fecha de su celebración [Ver, cláusula décima séptima (17) del contrato de suministro], a fin de tomar esa fecha como punto de partida de todo estimativo.

5). Haber considerado ventas efectuadas a MEDINA HOPER como si hubieran sido hechas a otros consumidores. Para resolver esta objeción por error grave estima el tribunal el perito debió incluir en sus cuentas las facturas Nos BAQ2625, BAQ 2684, BAQ 2885, BAQ 2794, CAL 3200, y CAL 3196, para que el tribunal decidiera luego si en efecto correspondían a órdenes dada por la convocante a la convocada, o ventas de esta última a consumidores. Evidentemente el perito incurre en error al omitir tener cuentas las aludidas facturas, a fin de que el tribunal, de ser legal, las estimara si las debía o no la convocante.

6). Indicar que desde el principio de la oferta ya existían clientes a los que exclusivamente MEDINA HOPER vendía sus productos. El tribunal aplica aquí lo dicho en el numeral 2, de este apartado.

7). El perito incluyó el IVA como fuente productora de perjuicios. El tribunal estima que por tratarse de un impuesto no es concepto integrante del perjuicio. Incluir aquél en éste constituye error grave. El concepto del apoderado de Inversiones Medina Hoper sobre el punto reposa a folio 113, Cdo 9.

12. Decisión del tribunal acerca del valor y mérito probatorio del dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Santiago Quintero Bejarano, y su aclaración y complementación:

Examinada la situación procesal para concluir acerca de si la experticia adolecía de "error grave", el tribunal estima que los motivos determinantes de tal error señalados por el apoderado de la parte convocante y convocada se configuran, en la forma como seguidamente se indica, por las razones antes expuestas, de manera detenida y minuciosa, por lo cual debe proceder a decidir sobre el valor y mérito probatorio que le asigna al dictamen pericial. Es evidente, a la luz de lo dispuesto por el artículo 241 C.P.C., que el valor probatorio de la peritación depende de la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, a lo cual se contrae el tribunal con base en los siguientes juicios de razón:

a). Con respecto a la convocante:

1). El perito dejó de incluir los perjuicios causados en la pérdida de posicionamiento de marca y lucro cesante por los valores dejados de percibir por la ruptura de la relación contractual reflejado en el promedio de ventas, independientemente de si la convocante había cumplido o incumplido el contrato, ya que esta decisión no es propia del perito sino del tribunal. Se trata de una omisión que hubiera podido tener incidencia procesal dependiendo de a quien consideraba el tribunal como parte cumplida o incumplida del suministro. Por ende, este error grave se configura.

2). El perito omitió tasar los posibles perjuicios causados a Inversiones Medina Hoper S.A., para el caso de resultar probado que la parte convocada hubiera incumplido el suministro (según el Auto de 15 de diciembre de 2009), lo que constituye una falla grave del dictamen porque tales perjuicios eran presupuesto fundamental de los intereses de la convocante, para el caso de condena de la convocada.

3). El perito no se ocupó de los efectos del precio antes de 30 días de vigencia del nuevo precio, por las consecuencias que patrimonialmente ello hubiera podido tener frente a la convocada, en el caso de haber sido declarada responsable del incumplimiento del suministro.

b). Con relación a la parte convocada:

1). No haberse limitado a los perjuicios por incumplimiento. Por lo dicho antes, la formulación de este error grave no prospera.

2). El perito crea a su criterio una lista de clientes exclusivos de la convocante. El tribunal estima que el perito estaba en el deber de integral a su juicio y bajo su óptica la lista de clientes exclusivos de la convocante, porque el perito ignoraba y, desde luego, en ese momento no sabía ni podía saber cuál iba a ser la conclusión legal del tribunal acerca del punto. Haber dejado por fuera esa lista hubiera podido traer consecuencias importantes si la decisión del tribunal sobre la exclusividad hubiera sido otra. El error grave por esta causa no obtiene prosperidad.

3). Calcular intereses de mora sobre cifras que no son claras, ni expresas ni exigibles, y debe aplicar el interés correspondiente a cada período. No prospera como error grave por las razones explicadas antes al analizar los argumentos de la parte convocada y objetante en este aspecto.

4). Con respecto a la fecha de iniciación de la ejecución de la oferta de suministro aceptada: Era determinante para cualquier cálculo, con relación a cualquiera de las partes. Por ende, lo estima como error grave para los cálculos y operaciones encomendadas al perito, por ser punto de partida de todo estimativo.

5). Haber considerado ventas efectuadas a MEDINA HOPER como si hubieran sido hechas a otros consumidores. El perito no incluyó en sus cuentas las facturas Nos BAQ2625, BAQ 2684, BAQ 2885, BAQ 2794, CAL 3200, y CAL 3196, pues, el tribunal estaba llamado luego a decidir si en efecto correspondían a órdenes dada por la convocante a la convocada, o ventas de esta última a consumidores. Evidentemente el perito incurre en error grave al omitir tener cuentas las aludidas facturas, a fin de que el tribunal estimara si las debía o no la convocante.

6). Los clientes de Medina Hoper anteriores a la oferta: El tribunal expresa que lo atinente a la pretendida exclusividad de clientes de la convocante fue despachada negativamente en el laudo, con el efecto anotado.

7). El perito incluyó el IVA como fuente productora de perjuicios. El tribunal estima que por tratarse de un impuesto no es concepto integrante del perjuicio, y al incluirlo incurrió el perito en error grave.

Así las cosas, el tribunal estima que el perito erró gravemente en no tener en cuenta como punto de partida de cualquier cálculo, fechas y valores tan relevantes como los señalados como error grave por parte de la convocante y de la convocada, como se aprecia de manera visible de sus respectivos escritos, y como ha quedado dicho en los respectivos puntos de objeciones que prosperaron.

En tal virtud, el tribunal encuentra que el dictamen adolece de "error grave", así lo declarará; por consiguiente, no le confiere eficacia probatoria, ya que "errores graves" aducidos por la convocante y la convocada han resultado demostrados. En consecuencia, no habiendo quedado en firme el dictamen pericial, el tribunal retoma lo dicho en materia de incumplimiento del suministro, y por ello reitera que habiéndose demostrado que quien incumplió el suministro fue la parte convocante, no hay condena en perjuicios de la parte convocada.

Por tal razón, no es del caso proceder a efectuar las condenas económicas solicitadas por la convocante contra la convocada, la cual expresa que al tener en cuenta las objeciones por error grave, y no pudiéndose hacer condenas en abstracto, deben tenerse presente los valores declarados en las pretensiones, lo cual no es procedente porque el tribunal encuentra que la parte convocada cumplió el contrato de suministro y la convocante fue su infractora.

Como quiera que, por virtud del inciso 2 del artículo 239 C.P.C. al perito al que prosperen los errores graves en su dictamen debe reintegrar el monto de los honorarios pagados, el tribunal estima que no es posible ordenar que haga tal cosa porque no fue presentada oportunamente al proceso la prueba del pago de tales honorarios, y solo se hizo el día 16 de junio de 2010.

XIII). LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO:

La indemnización de perjuicios al acreedor [visto como un titular de un derecho subjetivo a reclamar a otro, su deudor] por el incumplimiento de una obligación, se funda en el concepto de no perjudicar a alguien injustamente y en el deber de observar una conducta prudente y cuidadosa, que incluye el leal y diligente cumplimiento de obligaciones concretas adquiridas voluntariamente, como en el caso de los contratos, o por ley. La violación a ese deber compromete la responsabilidad del agente (deudor) y le acarrea la obligación de indemnizar los causados que causa. El tema se sitúa por tanto en el campo de la responsabilidad civil, en este caso, contractual, que sanciona las actuaciones dolosas, culposas o morosas en ese campo. La responsabilidad se genera en dicha órbita por la inejecución total o parcial de la prestación contractual o por su ejecución imperfecta o retardada, imputables a uno de los contratantes. Tal responsabilidad

civil es predicable frente a quien, en particular, incumple un contrato mercantil de suministro. En efecto, el inciso tercero del artículo 973 de dicha codificación reconoce el derecho a reclamar la indemnización de perjuicios a quien ha generado el incumplimiento del contrato, en razón a haber comprometido su responsabilidad civil, ello, por cuanto tal indemnización es fruto del ejercicio de una acción de condena.

Para la responsabilidad civil y, consiguientemente el derecho a la indemnización de perjuicios nazca, se requiere:

- a). La imputabilidad del incumplimiento al deudor de la prestación, que exige que la inejecución o la ejecución imperfecta o retardada de la obligación, provenga de la mala fe o dolo del deudor, o de su culpa, y que, por otra parte el acreedor de la prestación no haya incurrido en culpa que impida cumplir la prestación contractual;
- b). La mora del deudor de la prestación, entendida como una omisión dolosa o culposa;
- c). El acreedor debe haber sufrido perjuicios con la conducta morosa o culposa del deudor, entendido por tal el daño o detrimento del acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que le es debida; sin perjuicio no hay acción indemnizatoria; y
- d). Que exista relación de causalidad entre el daño y la indemnización.

La convocante, al formular la demanda contra la convocada por el presunto incumplimiento de esta última al contrato de suministro, solicita en las pretensiones números tres, cuatro y cinco su condena al pago de la indemnización de perjuicios, por los ítems determinados en dicho libelo. En aras de resolver sobre la solicitud de condena a perjuicios, debe el tribunal examinar si existen y se acreditan los elementos axiológicos que dan origen a la indemnización de perjuicios, el presente proceso.

El primero de ellos, como se dejó dicho, consiste en la imputabilidad del incumplimiento al deudor, entendiéndose por tal a la sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A., en consideración a que fue demandada por la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., quien, al efecto viene a constituirse como parte acreedora, por reclamar contra la inejecución o la ejecución tardía o retardada de las prestaciones a cargo de la convocada en el contrato de suministro, y por pretender derivar el pago de perjuicios. Al concretarse el tribunal a la consideración a este elemento encuentra que, conforme al análisis hecho y a la argumentación y la calificación de la prueba aportada, decretada y practicada, a instancia de ambas partes, la sociedad oferente/convocada no incurrió en incumplimiento del contrato, por las razones de hecho y de derecho expuestas, y, antes bien entiende que tal incumplimiento se debe a la sociedad ofrecida/convocante, también por el estudio fáctico y jurídico resultante de la prueba glosada al expediente. En tales circunstancias, el tribunal no evidencia que esté acreditada la primera condición legalmente exigida, de manera que mal puede, a su entender, derivar la existencia de los otros elementos en contra de la

convocada, de suerte que por tal consideración no podrá decretarse condena en perjuicios a cargo de Industria Andina de Absorbentes S.A.

Ello lleva al tribunal a concluir que no estando configurado el incumplimiento del contrato de suministro por la parte convocada, y no siéndole tal incumplimiento imputable, conforme se acaba de indicar, las condenas económicas pedidas en las pretensiones de la demanda (tercera, cuarta y quinta de las mismas), no son procedentes porque ellas son consecuenciales de la pretensión que pide declarar probado el incumplimiento por la convocada, como claramente lo reconoce el artículo inciso final del artículo 973 del Código de Comercio.

El tribunal encuentra oportuno destacar que la parte convocada no presentó contrademanda (reconvención) contra la parte convocante, para pedir la condena de esta última al pago de perjuicios que resultaran probados luego de bastantearse y ser controvertido dicho libelo, a favor de la primera.

XIV). LO QUE SE DISCUTIO Y RESOLVIO EN EL PROCESO:

Hecho por el tribunal el estudio fáctico y probatorio de la situación que originó el proceso arbitral, se llega a las siguientes conclusiones con incidencia en las declaraciones finales del laudo.

1). Quedó demostrada la existencia de la oferta de suministro aceptada (contrato de suministro), celebrada entre Industria Andina de Absorbentes S.A. e Inversiones Medina Hoper S.A., de fecha 30 de octubre de 2004;

2). El incumplimiento del contrato de suministro aludido por parte de la sociedad convocante Inversiones Medina Hoper S.A., por las razones de hecho y de derecho expuestas en la contestación de la demanda y el presente laudo;

3). El cumplimiento del citado contrato de suministro por parte de la sociedad convocada Industria Andina de Absorbentes S.A., por las razones expuestas en este laudo;

4). La nulidad absoluta por objeto ilícito del segundo aparte del numeral seis de la cláusula segunda, y del parágrafo segundo de la cláusula quinta del mencionado contrato de suministro, por las razones jurídicas destacadas en el presente laudo;

5). La improcedencia a la condena al pago de perjuicios a cargo de la sociedad convocada, solicitada por la parte convocante, por las razones expuestas en la presente providencia, y por la declaración de nulidad absoluta por objeto ilícito a que se ha hecho mención;

6). La prosperidad de la tacha de sospecha de parcialidad del testigo Frans Alexis Fuentes Rojas, y la no prosperidad de la tacha de sospecha de parcialidad del testigo Luis Alberto Rico Joya;

7). La ineficacia probatoria del testimonio del señor Frans Alexis Fuentes Rojas, por las razones examinadas por el tribunal;

8). La prosperidad de la objeción por error grave del dictamen pericial, formulada por ambas partes en el proceso, por algunas de las razones alegadas por ellas y anotadas en el laudo;

9). La procedencia de la condena en costas y agencias en derecho a la parte convocante, a favor de la parte convocada, por haberse desestimado las pretensiones de la demanda;

10). Determinar que la oferta mercantil suscrita entre las partes convocante y convocada en el presente arbitramento, no contempló entre su clausulado pacto de exclusividad ni de preferencia, por lo tanto, no habrá efectos que reconocer por razón de las referidas cláusulas ausentes del convenio.

Lo examinado por el tribunal en cuanto al incumplimiento del contrato de suministro por parte de la sociedad convocante, unido a la falta de entrega de los presupuestos de compra en la forma y tiempo debidos, el retardo en el pago de facturas de venta, la devolución injustificada de mercancía (pañales), y el beneficio indebido derivado de cláusulas contractuales afectadas de nulidad absoluta por objeto ilícito, en perjuicio de la convocada y del consumidor final, a más de los aumentos de precio decretados por Inversiones Medina Hoper S.A. a los productos despachados por IAASA, que debían ser asumidos por sus clientes finales en desmedro de la sociedad convocada como productora de los mismos [Ver, folios 085, Cdno 8, Pruebas y Folio 098, Cdno 1, Demanda], son conductas de la parte convocante que, a juicio de este tribunal, inequívocamente ponen de manifiesto la inobservancia de la convocante/ofrecida a los términos de la oferta de suministro aceptada, y los mismos son en esencia constitutivos de la permanente *pérdida de confianza* de la convocada en la voluntad contractual de la convocante, en orden al cumplimiento del contrato de suministro, que justificadamente tuvo esta última en cuenta para proceder a la terminación unilateral y justa del contrato, a la luz del artículo 973 del Código de Comercio.

XV). DECISION SOBRE LAS EXCEPCIONES DE FONDO:

a). Las excepciones perentorias o de fondo propuestas:

La parte convocada propuso excepciones perentorias o de mérito en el escrito de contestación de la demanda [Ver, folios 016 a 026, Cdno 3, de la contestación de la demanda]. De dichas excepciones se dio traslado a la parte convocante para que se pronunciara sobre sus fundamentos de hecho y de derecho [Ver, Auto No. 6, Acta No. 5, folios 020 a 022, Cdno 2 Actas]. Conforme al artículo 96 del C.P.C. tales excepciones deben ser decididas en la sentencia (laudo). El tribunal a este respecto entiende que como no prosperó la pretensión de condenar a la parte convocada por incumplimiento del contrato y, por consiguiente, a perjuicios, por las razones de hecho y de derecho antes expuestas, no existe interés procesal de examinar los fundamentos de las excepciones de mérito, porque éstas son medios exceptivos de "defensa" que, al haber sido absuelto la demandada del cargo de incumplimiento y, consecuentemente del deber de indemnizar, no son indispensables ni necesarias para el ejercicio de su derecho de defensa. A este particular, el tribunal sigue la enseñanza del eminente jurista Hernando Morales M,

quien, fundándose en la H. Corte Suprema de Justicia dice al respecto: "... Sobre estos puntos dice la Corte: El estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión). 9XLVII, 616). [Ver, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, pág. 162, Editorial A B C, Bogotá, 1985]. Del propio modo, los doctores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, dicen : "19. La sentencia ... 5) Las excepciones de mérito o fondo. Estas se analizan solamente en el evento de que cuando el juez haya cumplido todas las anteriores operaciones ellas hubieran resultado exitosas de tal modo que para este momento de la sentencia aparezca triunfante la pretensión, porque las excepciones sustanciales o de mérito son defensas y lo lógico es que se defiendan de algo que se estructure con alguna entidad agresiva y no de algo que ni siquiera hubiera adquirido cuerpo. No es necesario agotar el estudio de las excepciones de mérito propuestas o probadas, si es que se trata de excepciones impropias, cuando se encuentre demostrada una que enerve toda la pretensión. Si así no ocurre es preciso continuar el examen de las demás. Las excepciones de mérito constituyen medios de defensa incompatibles en sus efectos, contradictorios, y por eso se entienden aducidas in eventum, también por eso si se encuentra probada una, no se puede proveer sobre las demás. Si las operaciones del juez conllevan una desestimación de la pretensión, no se requiere y por ende no es técnico examinar las excepciones de mérito puesto que ellas se plantean condicionalmente, para la hipótesis de que en sí misma considerada la pretensión ofreciera alguna viabilidad. En el evento contrario, como antes se dijera, si la pretensión ofrece viabilidad el juez agota el examen de las excepciones si no encuentra una que enerve totalmente la pretensión y debe declarar no probadas en la parte resolutive las que expresamente se propusieron por la resistencia, como corresponde a una sentencia congruente ..." [Ver, Teoría General del Proceso, Tomo II, págs. 204 y 205, Temis, Bogotá, 1995]. [Subrayado del tribunal].

En cuanto a la nulidad absoluta cuyo estudio ha realizado el tribunal en el presente laudo, su análisis se hizo por el tribunal, como lo ordena el artículo 1742 del Código Civil, porque todo juez tiene el imperioso deber de velar por el imperio del derecho.

b). La genérica o innominada:

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, se alega a favor de la demandada cualquier hecho que constituya una excepción, la que deberá ser reconocida de oficio por el Tribunal en el laudo. Del estudio realizado no se encuentra ningún otro hecho impeditivo, modificativo o extintivo debidamente probado que lleve a este tribunal a declarar de oficio alguna excepción y, por ello, se remite entonces, a lo decidido, teniendo en cuenta lo alegado y probado por las partes.

XVI). EXAMEN FINAL DE PROCEDIBILIDAD:

Estima el tribunal que antes de proceder a resolver o laudar la situación de hecho debatida, con base en los medios de prueba que se decretaron y practicaron en el

proceso, los cuales han sido objeto de valoración y sana crítica, es pertinente dejar establecida la actividad de los árbitros en el trámite del mismo, a efecto de concluir si en alguna etapa del procedimiento surtido, y aun en la expedición de este proveído laudatorio, pudo haber incurrido en algún vicio o defecto de los que la ley y la jurisprudencia reconocen como "*in procedendo*", con capacidad para incidir en la *eficacia* del Laudo que se pretende dictar, y que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 eleva a la categoría de causales para la formulación del recurso extraordinario de Anulación contra la decisión que se profiera. A este tenor el tribunal precisa:

1). En cuanto se refiere a la *nulidad del pacto arbitral*, constitutiva de la primera causal, ninguna de las partes procesales ha desconocido su existencia ni su validez, esto es, su capacidad para producir eficazmente efectos jurídicos [1741 y 1742 C.C.], y antes bien se han acogido a él para tramitar y decidir por la vía arbitral los conflictos sustanciales que se aducen en la solicitud de convocatoria y que se controvierten en la contestación a la misma;

2). En lo que concierne a la posibilidad de una *indebida integración del tribunal*, que configura la causal segunda [664 inc. 1, Num. 3, y 665 inc. 3, C.P.C.], quienes lo integran derivan su designación de las partes que intervienen en el proceso, como fruto de su recíproca y directa voluntad, seleccionados por ellas mismas, sin que en etapa alguna del debate procesal hubiera sido esgrimido motivo de inconformidad o reparo por alguna de ellas en lo tocante a la forma de su integración;

3). Respecto a la causal fundada en *no decretar pruebas pedidas o no practicar las decretadas*, tercera causal de anulación, para el tribunal resulta claro que, atendiendo a la solicitud de decreto de pruebas de la convocante y de la convocada, se decretaron y practicaron, en su debida oportunidad y con sujeción a las normas procesales, las pruebas pedidas. Ahora bien, si alguna prueba pedida no hubiere sido hipotéticamente decretada, o alguna decretada no hubiese sido practicada, el defecto habría desaparecido al no insistir oportunamente la parte interesada en ella en su decreto o práctica, y por cuanto adicionalmente la decisión que tomará de fondo el tribunal en este Laudo, encuentra de todas maneras abundante material probatorio para ser proferida;

4). El tribunal se encuentra en la *oportunidad* legal de dictar el laudo, como quiera que aún no ha vencido el término de duración del arbitraje, según el recuento del tiempo que antes se hizo constar en él (causal cuarta);

5). El *fallo se profiere en derecho*, porque legalmente así debe hacerse en el presente caso, al no haber señalado las partes expresamente que fuera en equidad o técnico (causal quinta);

6). El tribunal tiene la percepción que las decisiones que se toman en el laudo guardan *consonancia*, unas con otras, resultando congruentes, de modo que ninguna de ellas hace imposible la operancia simultánea de las restantes, de suerte

que no se impide el efecto natural que el fallo debe producir, que es lo que preserva la causal sexta [Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Casación de 6 de marzo de 1969, tomo CXXIX, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, y Sentencia de 10 de mayo de 1994, exp. 8004];

7). El laudo está, a juicio del tribunal, en armonía con las *pretensiones* de la parte convocante, y con la *defensa* ejercida por la convocada, de modo que no se resuelve fuera de lo pedido ni más allá de lo solicitado, por lo que se estima que no se configura la causal séptima, y, antes bien, se mantiene la congruencia; y

8). El laudo abarca todas las *peticiones* formuladas, de manera que se decide sobre todos los extremos de la *litis* (causal octava).

XVII). LIQUIDACIÓN DE COSTAS

Consecuente con lo anterior, el tribunal procede a liquidar el valor de las castas del proceso y agencias de derecho, a cargo de la parte convocante Inversiones Medina Hoper S.A., y a favor de la convocada Industria Andina de Absorbentes S.A. Para ello, el tribunal tiene en cuenta lo pactado en la cláusula décima sexta, numeral 6 de la oferta mercantil de suministro aceptada, que establece que los costos del arbitraje son de cargo de la parte vencida. El tribunal, en Auto No. 9 del Acta 7 de fecha 19 de noviembre de 2009, fijó los honorarios y gastos de administración y funcionamiento del tribunal.

Honorarios árbitros:	
\$ 22.500.000,00 X 2+ IVA (2):	\$ 52.200.000
1 árbitro, sin IVA	\$ 22.500.000
Honorarios Secretaria + IVA	\$ 13.050.000
Gastos de administración (Cámara de Comercio) + IVA...	\$ 13.050.000
Gastos de funcionamiento	\$ 8.000.000
SUBTOTAL:	\$ 108.800.000

GASTOS DE PERITACION:

A cargo de la parte convocante, no se probó oportunamente el pago de dichos honorarios.

TOTAL: \$ - 0 -

2. Liquidación de agencias en derecho:	
(Acuerdo No. 1887 de junio de 2003, Mod. por Acuerdo 2222/2003, del Consejo Superior de la Judicatura), en concordancia con el art. 392 CPC,	
	\$ 22.500.000

Teniendo en cuenta las **CONSIDERACIONES** precedentes, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declárase probada la existencia del contrato celebrado entre Industria Andina de Absorbentes S.A. (IAASA), e Inversiones Medina Hoper S.A., regido por la oferta mercantil de suministro de fecha 30 de octubre de 2004, suscrita por el señor Jorge E. Hernández H, representante legal de la primera entidad citada, como oferente, y el señor Rodrigo Medina, representante legal de la segunda entidad nombrada, como compradora.

SEGUNDO: Niégase la pretensión segunda (2ª) de la demanda, que considera a la sociedad Industria Andina de Absorbentes S.A. responsable de haber terminado el contrato de suministro mencionado en forma injusta y unilateral, en atención a que la terminación del mismo, unilateral y justa por parte de la convocada, se fundó en el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad convocante Inversiones Medina Hoper S.A., razones estas expuestas en la parte motiva del presente laudo.

TERCERO: Declárase que no hay derecho a acceder a la condena por indemnización de perjuicios a cargo de la sociedad convocada y a favor de la parte convocante en este proceso, a tenor de las Pretensiones tercera (3ª), cuarta (4ª) y quinta (5ª) del libelo de demanda, por las razones de hecho y de derecho expuestas en la parte motiva del presente laudo.

CUARTO: Declárase que ha prosperado la tacha de sospecha de parcialidad del testigo Frans Alexis Fuentes Rojas, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

QUINTO: Declárase que no prospera la tacha de sospecha de parcialidad del testigo Luis Alberto Rico Joya, por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.

SEXTO: Declárase fundada la objeción por error grave del dictamen pericial rendido por el doctor Jorge Santiago Quintero Bejarano, conforme a lo alegado por ambas partes del proceso, por las razones específicas anotadas en la parte motiva del presente laudo.

SEPTIMO: Declárase que no hay lugar a ordenar al perito la devolución de los honorarios que se le fijaron, por haber prosperado la objeción por error grave de su dictamen, por cuanto no se presentó oportunamente al proceso la prueba del pago de dichos honorarios;

OCTAVO: Declárase la nulidad absoluta por objeto ilícito del segundo aparte del numeral seis de la cláusula segunda del contrato de suministro, materia de esta litis;

NOVENO: Declárase la nulidad absoluta por objeto ilícito del párrafo segundo de la cláusula quinta del contrato de suministro, materia de este proceso;

DECIMO: Declárase, con respecto a las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada al contestar la demanda, que no fue necesario proceder a decidir de fondo sobre ellas, por cuanto no prosperaron las Pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda.

DECIMO PRIMERO: Declárase que no hay derecho a condenar en costas y agencias en derecho a la parte convocada, por haberse considerado no probadas las pretensiones de la demanda.

DECIMO SEGUNDO: Condénase en costas y en agencias en derecho a la sociedad Inversiones Medina Hoper S.A., a favor de la sociedad convocada Industria Andina de Absorbentes S.A., de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente laudo, así: Por costas, la suma de ciento ocho millones ochocientos mil pesos (\$ 108.800.000,00), y por agencias en derecho la cantidad de veintidós millones quinientos mil pesos (\$ 22.500.000,00).

DECIMO TERCERO: Ordénase que por la secretaría del tribunal se expida copia certificada del presente laudo con destino a la parte convocada, con la previsión de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo, y expídase copia auténtica del laudo a la parte convocante.

DECIMO CUARTO: Ordénase la protocolización del expediente en una notaría pública de la ciudad de Cali (art. 159, Decreto 1818 de 1998).

DECIMO QUINTO: Ordénase el depósito de copia del presente laudo ante la Cámara de Comercio de Cali, Centro de Conciliación y Arbitraje.

DECIMO SEXTO: Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria, y autorizar al presidente del tribunal para que realice los pagos correspondientes (art. 168 D. 1818/98).

El presente laudo arbitral queda notificado en estrados. Cúmplase.

CARLOS MAURICIO VALENCIA LOPEZ
Arbitro Presidente

LUIS ALFONSO MORA TEJADA
Arbitro

RODRIGO BECERRA TORO
Arbitro

RUBRIA ELENA GÓMEZ E
Secretaria