

CAMARA DE COMERCIO DE CALI
Centro de Conciliación y Arbitraje

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

PROCESO ARBITRAL PROMOVIDO POR

ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA

contra:

RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS
S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, dieciséis de noviembre de dos mil uno (2.001)

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el Arbitramento institucional, la Ley 23 de 1.991 y los Decretos 2.279 de 1.989, 2.651 de 1.991 y 1.818 de 1.998, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre las controversias suscitadas entre las partes y sometidas a su decisión en Derecho.

1. ANTECEDENTES

1.1. CLÁUSULA COMPROMISORIA

Las partes establecieron la cláusula compromisoria en el contrato titulado “CONTRATO DE AGENCIA

COMERCIAL”, celebrado el día 26 de junio de 1.992, la cual dice:

“Décima.- Las controversias susceptibles de transacción que se presenten entre el Empresario y el Agente por su condición de tales y por razón del contrato social, durante la vigencia de éste, o a su terminación, o durante el periodo de liquidación, serán sometidas a decisión de un (1) árbitro, que ha de ser ciudadano colombiano en ejercicio de sus derechos y abogado facultado para el ejercicio de su profesión, designado por la Cámara de Comercio de Santiago de Cali. Presentada la controversia, cualquiera de las partes podrá acudir a la Cámara de Comercio de Cali en solicitud del nombramiento del árbitro. La solicitud se hará por escrito y en ella se expresarán las diferencias materia del arbitraje. Si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes la Cámara de Comercio de Santiago de Cali no efectúa la designación, cualquiera de las partes podrá acudir al Juez del Circuito de Santiago de Cali en lo civil en la forma y con las finalidades establecidas en el Artículo 9º del Decreto Extraordinario 2.279 de 1989. El Tribunal de Arbitramento funcionará en la ciudad y Municipio de Santiago de Cali y el árbitro decidirá en Derecho.”

1.2. ACTUACIONES DEL CENTRO DE CONCILIACION Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO Y DEL TRIBUNAL.

La solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento fue presentada y tramitada por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la cual efectuó oportunamente los traslados de las demandas, principal y de reconvención, así como de las excepciones de mérito, y citó a la audiencia de conciliación, sin que en ella hubiera habido acuerdo entre las partes, razón por la cual designó el Arbitro y se constituyó el presente Tribunal.

1.3. DEMANDA, CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES DE FONDO

Alimentos Bonfiglio Ltda. Demandó de Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A. el pago de perjuicios, costas y agencias en derecho, por cumplimiento defectuoso y de mala fe, durante los años 1.997 a 2.000, del contrato de agencia comercial celebrado entre las partes el día 26 de Junio de 1.992 y que concluyó el 30 de Junio de 2.000.

En los hechos el demandante afirmó que la conducta negligente del demandado se manifestó así:

- Incumplimiento del presupuesto de ventas para el primer semestre de 1.998
- Descuido de la línea LAURA
- Falta de reacción frente a la disminución de las ventas
- Falta de nuevos mecanismos de promoción y mercadeo
- Fallas en la actividad de degustación en los almacenes La Catorce de Cali
- Inexistencia de mercaderistas para la línea LAURA
- Incumplimiento de la “Oferta Vela”, consistente en vender los productos junto con una vela que se encendería el 8 de diciembre de 1.998.

Dijo que, como consecuencia de todo esto, al terminarse el contrato, la demandante recibió su línea de productos en total desprestigio y, además, descodificada de almacenes de cadena como Éxito, Carulla Colsubsidio y Cafam; situación que era la causa para haber invocado la cláusula arbitral.

La demanda fue contestada en término por Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., quien se opuso a todas las pretensiones y hechos, con los siguientes argumentos:

- Por no ser el contrato de agencia comercial sino de otra naturaleza, en virtud de la cual Rica Rondo compraba para revender los productos de Alimentos Bonfiglio Ltda., asumiendo todos los riesgos de la cosa propia.

- Por ser de medios y no de resultados las obligaciones a cargo de Rica Rondo, y haberse cumplido así, poniendo todo su empeño para ello.
- Porque la disminución de las ventas se debió a la recesión económica, de público conocimiento, y la cual afectó el consumo de las pastas.
- Por la insistencia “tercamente” de Bonfiglio, de mantener precios más elevados que la competencia.
- Por culpa compartida entre las partes, por cuanto los presupuestos de ventas eran elaborados por ambas, y en ellos Alimentos Bonfiglio Limitada puso metas inalcanzables en la época de recesión económica.

Además, se opuso a las pretensiones por no haber demostrado el demandante ninguno de los elementos de culpa en la responsabilidad civil contractual (contrato, incumplimiento, daño y relación de causalidad). Además dijo que no cabían perjuicios morales respecto a las personas jurídicas, como su representada.

Junto con la contestación de la demanda, Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A. presentó las siguientes excepciones de mérito:

PRIMERA.- CARENANCIA DE DERECHO, CARENANCIA DE ACCION Y CARENANCIA DE CAUSA: Fundada en que no está probado el daño ni la relación de causalidad entre la culpa y el daño; en que es injusto responsabilizar a Rica Rondo por la recesión económica que afectó a todos los negocios en Colombia por los años 1.998, 1.999, 2.000 y 2.001, y en que la culpa es del empresario (Alimentos Bonfiglio Limitada) por no haber invertido en publicidad y mercadeo.

SEGUNDA.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y PAGO DE LO DEBIDO: Fundada en que Rica Rondo ya pagó todo lo que debía a Alimentos Bonfiglio Limitada.

TERCERA.- TRANSACCION, CONCILIACION Y COSA JUZGADA: Fundada en que el 3 de agosto de 1.990 las partes firmaron un documento de transacción, en el que pusieron fin a toda diferencia pasada, presente y futura, a cambio del pago de más de \$200'000.000 que en esa época el demandante obtuvo de Rica Rondo.

CUARTA.- COMPENSACION: Fundada en que debe haber compensación entre las sumas que Rica Rondo pudiera quedar a deber a Alimentos Bonfiglio Limitada, por concepto de indemnización, con la cesantía comercial que esta última deba a la primera.

QUINTA.- PRESCRIPCION Y CADUCIDAD: Fundada en que las acciones del demandante se han extinguido.

SEXTA.- INNOMINADA: Fundada en todo hecho o acto que resulte probado en el proceso.

Al pronunciarse sobre las excepciones, Alimentos Bonfiglio Limitada solicitó la práctica de pruebas adicionales.

1.4. DEMANDA DE RECONVENCIÓN, CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES DE FONDO

Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A. presentó dentro del término demanda de reconvencción, solicitando declarar que, por haber existido entre las partes un contrato de agencia comercial, y por no ser renunciable la prestación concedida al agente por el art. 1.324 inc. primero del C. de C., Alimentos Bonfiglio Limitada debía pagarle dicha prestación, más las costas del proceso y las agencias en derecho.

Surtido el traslado de la demanda de reconvencción, Alimentos Bonfiglio Ltda. la contestó, aceptando la pretensión y los hechos de la existencia del contrato de Agencia Comercial y oponiéndose al derecho a la llamada “cesantía comercial” (prestación consagrada en el art. 1.324, inciso primero, del C.

de C.), por haber sido renunciada expresamente en el texto del contrato de Agencia Comercial celebrado entre las partes, donde se pactó que esa prestación se entendía incluida en la comisión del Agente, y, además, por ser esa una renuncia válida desde el punto de vista legal.

Junto con la contestación de la demanda de reconvención, Alimentos Bonfiglio Ltda. presentó como excepción de mérito la IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE LA PRESTACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTICULO 1.324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, por cuanto dicha prestación había sido pagada por la sociedad Alimentos Bonfiglio Limitada a la sociedad Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A.. Esta excepción la fundamentó en la cláusula NOVENA del contrato celebrado entre las partes el 26 de junio de 1.992, en virtud de la cual las partes manifestaron que en el porcentaje del 30% reconocido al Agente, estaba incluida la llamada “cesantía comercial”, razón por la cual no habría lugar a pago adicional alguno, por tal concepto, a la terminación del contrato.

1.5. MEDIOS DE PRUEBA

Se practicaron todas las pruebas que fueron oportunamente solicitadas y decretadas, y las que oficiosamente ordenó el tribunal. En el presente proceso se han utilizado los siguientes medios de prueba: a) inspecciones judiciales en asocio de peritos, en las oficinas de las partes; b) dictamen pericial; c) declaraciones de parte; d) testimonios; e) documentos, aportados con las demandas y sus contestaciones, y en las oportunidades de las inspecciones judiciales, del dictamen pericial y de algunos testimonios, y f) indicios, sacados de las demás pruebas, para lo cual el Arbitro los estimará en su conjunto, y a la luz de la conducta procesal de las partes.

1.5.1. Documentos

Se aportó un gran número de documentos por las partes, en las oportunidades procesales para hacerlo. También se entregaron

documentos en la oportunidad de los testimonios, y se recaudó otra parte importante en las inspecciones judiciales. En todas las oportunidades se dio a ambas partes el derecho a conocerlos y el término para controvertirlos. Cada documento fue estudiado y evaluado, y a todos se les ha dado el valor que les da la ley. Cabe anotar que ninguno de ellos fue rechazado o tachado de falso por las partes.

Aunque el tribunal analizó cada uno de los documentos que obran en el expediente, para el presente Laudo Arbitral ha tenido especialmente en cuenta o se referirá de manera expresa, a los siguientes: El contrato de “Agencia Comercial” suscrito entre las partes el 26 de Junio de 1.992, con vencimiento el 30 de Junio de 1.994, con prórrogas automáticas por períodos de a dos años; el contrato de “Distribución” celebrado entre las partes el 5 de marzo de 1.984; el contrato de transacción ” celebrado el 9 de Agosto de 1.990, mediante el cual se liquidó el del 5 de Marzo de 1.984; el estudio técnico y económico elaborado por el Administrador de Empresas y Contador Público Carlos Mario Vargas Ríos, contratado por el demandante, Alimentos Bonfiglio Limitada, en donde se estableció el valor de los perjuicios que sirvieron de base a la demanda; el informe contratado por el demandante con Apoyo POP, distribuidores posteriores de las Pastas Laura, en donde indicaron la situación encontrada al momento en que reasumieron la distribución; los informes Nielsen de los últimos tres años; las comunicaciones cruzadas entre las partes en los años 97, 98, 99 y 2.000 en donde se hicieron reclamos, por parte de Bonfiglio, sobre temas relacionados con el conflicto que dio origen a este proceso arbitral, así como algunas de felicitación a Rica Rondo, antes y a la terminación del contrato; la carta de Rica Rondo a Alimentos Bonfiglio Limitada, de fecha 3 de Marzo de 2.000, en la que informaron su intención de no prorrogar el contrato a su vencimiento, el 30 de Junio de ese mismo año, y el acta final, o de terminación de actividades, del contrato de agencia comercial, correspondiente a la reunión realizada entre apoderados de ambas partes el 21 de junio de 2.000.

1.5.2. Testimonios

Se recibieron los testimonios de las siguientes personas solicitadas por la parte demandante: JAVIER ANTONIO BURBANO MUÑOZ, ALEXANDER ARDILA CANO, ALEYDA RUBIO P., CARLOS MARIO VARGAS RIO y MARIA GILMA GOMEZ ZULUAGA.

El Sr. JOSE ROJAS TRUJILLO fue tachado como sospechoso, por la parte demandada, sobre lo cual el Tribunal se pronunciará más adelante.

El Tribunal aceptó el desistimiento efectuado por el apoderado de la parte demandante en relación con el testimonio de la señora MARTHA CECILIA VALENCIA.

En relación con los testimonios solicitados por la parte demandada, se recibieron los siguientes: LUIS CARLOS TOBAR, LUIS ALFONSO LASSO, FERNERY GARCIA, PEDRO CASTRO, ROCIO SANTAFE, CARLOS HERNAN ISAZA, HERNANDO CHACON, ADRIANA PATRICIA GIRALDO y MARITZA DELGADO.

Igualmente se recibió el testimonio del señor JULIO CESAR BEDOYA QUINTERO, testigo que fue solicitado por ambas partes, por lo cual merece especial credibilidad.

1.5.3. Declaraciones de parte

Se practicó interrogatorio de parte al doctor Fernando De Francisco Reyes, Presidente de Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., y al doctor Antonino Bonfiglio Salerno, Gerente de Alimentos Bonfiglio Limitada.

1.5.4. Inspecciones judiciales

La parte demandante solicitó inspección judicial en asocio de peritos a sus propias oficinas, con el fin de verificar los hechos de la demanda. El Tribunal la decretó, complementándola de oficio con inspección judicial a las oficinas de la parte demandada. En las diligencias se pusieron a disposición del tribunal todos sus libros, incluyendo los de actas de sus órganos corporativos, y su correspondencia relacionada con el contrato que dio origen al presente proceso. En esas diligencias se aportaron cientos de documentos de los cuales se dio traslado a las partes y fueron incorporados al expediente. Esos documentos se refieren especialmente a las actas de reuniones entre las partes, desde 1.992 hasta mediados del año 2.000, así como la correspondencia entre ellos, e internamente, sobre el desarrollo y terminación del contrato. También de oficio, el Tribunal ordenó la exhibición adicional de documentos, a cargo de la parte demandante.

1.5.5. Dictamen pericial

En cuanto a la prueba pericial, la parte demandante le hizo una pregunta a los peritos, relacionada con la liquidación de los daños derivados de la responsabilidad civil que se reclama al demandado. El Tribunal decretó la prueba, complementándola oficiosamente con doce preguntas adicionales, tendientes a determinar las condiciones internas (relaciones inter partes) y externas (macroeconómicas) en que se desarrolló el contrato que dio origen al conflicto.

Como peritos para examinar los asientos contables y papeles de comercio relacionados con el contrato que originó este proceso, y para absolver los cuestionarios que se les formularan, fueron designados el doctor SAMIR CAMILO DACCACH M., empresario, economista y administrador industrial, y la doctora MIRYAN CAICEDO ROSAS, contadora pública titulada.

El dictamen pericial fue entregado y sustentado por los peritos en audiencia especial, en la cual el Arbitro y las partes, intervinieron activamente.

La parte demandante y el Tribunal solicitaron aclaración y complementación del dictamen. Presentada esta, la parte demandante lo objetó por error grave, tema que será decidido más adelante por el Tribunal.

1.5.6. Indicios

De conformidad con lo previsto en los arts. 248 a 250 del C. de P.C., el Tribunal, partiendo de hechos probados y de la apreciación de la conducta procesal de las partes, deducirá y calificará los indicios que servirán de medio de prueba. Siendo este un medio de prueba importante en el presente Proceso Arbitral, como se verá a lo largo del mismo.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión. En ellos cada cual hizo un resumen de las pretensiones y hechos, concretando algunos puntos con el análisis de las pruebas practicadas, para concluir que sus pretensiones debían prosperar, el uno, y en que debían rechazarse, el otro. Ambos se refirieron tanto a la demanda principal como a la de reconvención.

2. MOTIVACION DEL LAUDO Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Son todos aquellos requisitos de índole estrictamente procesal, que hacen referencia a la relación Jurídico-procesal: a) la capacidad para ser parte; b) capacidad procesal o capacidad para comparecer como parte; c) competencia del Juez; d) demanda en forma, y e) trámite adecuado.

Este tribunal, al haber realizado el estudio del ejercicio de la acción y del desarrollo de la relación jurídica, concluye que se han cumplido los presupuestos para el ejercicio del derecho de acción, los presupuestos necesarios para el inicio de la relación jurídico-procesal, los cuales fueron analizados en la primera audiencia de trámite, así como la diligencia de no conciliación y la competencia del tribunal, e igualmente los presupuestos del procedimiento, que hacen referencia a los requisitos que deben seguirse una vez es “admitida” la demanda, garantizando así el curso normal del proceso. Así las cosas el tribunal considera que se han reunido los presupuestos procesales antes mencionados.

2.2. PRESUPUESTOS MATERIALES

Estos presupuestos a diferencia de los anteriormente mencionados, hacen referencia a lo que es materia del proceso, es decir la relación jurídico-material o sustancial. Se estudia en este punto si el asunto aquí sometido puede ser resuelto y en qué forma. Tales presupuestos son: a) la legitimación en la causa; b) el interés para obrar; c) la adecuada acumulación de pretensiones; d) la petición clara, que haga posible la decisión de fondo del Juez; e) la ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento, y f) la no existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

El Tribunal una vez analizados los presupuestos de la sentencia de Fondo, consideró que estos se encontraban presentes. Por lo tanto no hay lugar a sentencia inhibitoria, siendo procedente el estudio de las pretensiones para proferir el Laudo Arbitral.

Establecido el cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales del proceso, entra de lleno el Tribunal a resolver de fondo cada uno de los temas planteados. Para ello utilizará todos los medios probatorios atrás relacionados, los cuales ampliará a la luz de la Ley, la voluntad contractual de las partes

y los criterios auxiliares de la actividad judicial, enumerados en el art. 30 de la Constitución Nacional, el cual dice:

“Los Jueces, en sus Providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley.
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

2.3. LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE LA PRUEBA PERICIAL

2.3.1. Antecedentes.

La parte demandante, única que solicitó la práctica del dictamen pericial, hizo una sola pregunta a los peritos, tendiente a establecer

“los valores correspondientes al daño emergente, lucro cesante, a las inversiones a realizar durante los años venideros con el fin de recuperar el prestigio de la marca LAURA y también el del daño moral (good Will), daño originado por el defectuoso cumplimiento del contrato de agencia comercial, materia de este proceso arbitral”.

El Tribunal, oficiosamente decidió ampliar el dictamen con el fin de que se le ilustrara sobre los aspectos internos (forma de hacer el mercadeo, inversiones, volúmenes de ventas, precios, órdenes, etc.) y externos (aspectos macroeconómicos del país y del negocio de las pastas alimenticias, comparativamente con la situación del demandante, en el mismo período). De ahí que todas las respuestas de los peritos estuvieran relacionadas entre sí, no siéndoles posible responder independientemente la pregunta única del demandante, sin tener en cuenta los análisis y conclusiones de cada una de las respuestas a las preguntas del árbitro.

Los peritos llegaron a las conclusiones que se resumen a continuación:

En cuanto a la pregunta del peticionario, la parte demandante, los peritos estimaron lo siguiente: El lucro cesante, o sea el provecho dejado de percibirse, por el incumplimiento del contrato, se calculó tomando como base una serie de variables, las cuales consideraron el grado de responsabilidad de ambas partes, estimado a la luz de las condiciones macroeconómicas del mercado, así como las razones inter partes, las menores ventas, en relación con los presupuestos y cifras presentados por la misma parte demandante en el dictamen pericial que presentó con la demanda (estudio hecho por el Sr. Carlos Mario Vargas), el costo de oportunidad o pérdida financiera por no haber contado oportunamente con los recursos, y el lucro cesante financiero, todo lo cual dio como resultado la suma de cuarenta y nueve millones ciento noventa y cinco mil pesos (\$49.195.000.00). El daño emergente, o sea la pérdida generada por el cumplimiento defectuoso del contrato, se calculó tomando como base el presupuesto elaborado por los mismos peritos, estimando las inversiones de promoción que se requerían para lograr los volúmenes presupuestados en el estudio que presentó la parte demandante, y utilizando los mismos índices de responsabilidad establecidos para la tasación del lucro cesante, todo lo cual dio un daño emergente de ocho millones quinientos diecisiete mil ochocientos un pesos (\$8.517.801.00). En cuanto al Good Will, después de enumerar las características y condiciones del mismo, concluyeron que ese valor ya estaba contenido en la suma a invertir para recuperar el prestigio de la marca, al calcular el daño emergente. Manifestaron igualmente que la descodificación de la marca Laura en varios almacenes de cadena fue tenida en cuenta en sus cálculos.

En cuanto a las preguntas formuladas oficiosamente por el tribunal, manifestaron lo siguiente, lo cual se resume en el mismo orden del dictamen y de su aclaración y complementación:

a) que el empresario le facturaba al agente los productos despachados y éste los cancelaba. Procedimiento que había sido pactado en el contrato, pero que esta era la interpretación de una realidad contable y no un concepto jurídico;

b) se determinó que la remuneración de empresario al agente estaba contenida en la diferencia entre el valor facturado entre las partes y el de venta al público, o sea de tres puntos porcentuales. Con base en lo anterior, calcularon el valor de la llamada “cesantía comercial” (prestación consagrada en el art. 1.324 inc. Primero del C. de C.), en la suma de cuatrocientos cincuenta y nueve millones seiscientos cuarenta y cuatro mil quinientos noventa y dos pesos (\$459.644.592);

c) no pudieron detectar valores de inversiones hechas por el agente para dar cumplimiento al contrato, diferentes a pagos del agente al empresario, por concepto de propaganda y publicidad;

d) se determinó que el gasto de publicidad era compartido por igual entre las partes, agente y empresario;

e) mediante cuadros y gráficos establecieron el valor en kilos y en pesos, de las operaciones entre las partes, encontrando que las razones de su decrecimiento eran de orden macroeconómico, por coincidir con las curvas de variaciones del IPC, del PIB y del PRI (Producción Real Industrial, reportada por el Dane), en el mismo período del contrato. Manifestaron que no se podían desconocer los factores macroeconómicos en una economía como la nuestra, afectada en todos los estratos por el desempleo y el comportamiento de las ventas, porque su desconocimiento sí sería un error grave de los peritos. En cuanto a causas inter partes manifestaron que el contrato se adelantó dentro de los términos normales de este tipo de negocios, en donde hay cartas de reclamos, de una y otra parte, sin que ello hubiera permitido evidenciar que el decrecimiento en las ventas hubiera sido por razones propias de dicha relación, en la cual ambas partes acordaban los

presupuestos y tomaban las decisiones conjuntamente, sin que hubieran evidenciado tampoco actitudes negativas de ellas;

f) establecieron el valor y volúmenes de venta de los productos de Alimentos Bonfiglio Limitada, a partir de la fecha de terminación del contrato de Agencia Comercial y hasta ahora, determinando que las condiciones macroeconómicas que generaron el decrecimiento en las ventas, aún subsisten y que son limitantes para la gestión de producción y comercialización de los productos, con el nuevo esquema que el empresario implementó a partir de la terminación del contrato con el agente;

g) establecieron año por año la participación de la pasta producida por el demandante, frente al mercado nacional de pastas, coincidiendo sus decrecimientos en kilos con los aumentos en sus precios, y a la inversa;

h) compararon precios entre los productos Laura, de propiedad del demandante, y los de la competencia;

i) para presupuestar las ventas, en kilos y pesos en los próximos tres años, estimaron en sus análisis macroeconómicos, posibles hábitos alimenticios de los consumidores, estructura comercial actual de Alimentos Bonfiglio Limitada, logros en los últimos meses, en relación con el estudio que la parte demandante anexó a la demanda, etc., para concluir que las ventas en kilos eran inferiores a las que tenían al momento de terminarse el contrato de agencia comercial con Rica Rondo;

j) en cuanto al porcentaje de la fuerza de ventas de Rica Rondo destinada a cumplir con el contrato de Agencia Comercial con Alimentos Bonfiglio Limitada, se estableció que era la totalidad de la fuerza de ventas, por cuanto el Agente lo manejaba como un solo portafolio, con sus propios productos;

k) no se evidenciaron quejas de clientes, por defectos del producto o de su oportunidad de despachos;

l) en cuanto a devoluciones por calidad, se evidenciaron unos pocos casos, los cuales eran reconocidos por el empresario, Alimentos Bonfiglio Limitada, mano a mano, es decir entregándole al agente igual cantidad de producto devuelto.

La parte demandante objetó el dictamen pericial por error grave, por concluir que las causas del decrecimiento en las ventas en el período 1.997 – 2.000 eran exclusivamente de carácter macroeconómico, sin tener en cuenta el análisis de la situación interna del agente en el mismo período, reflejado en los informes de los directivos de Rica Rondo a las Asambleas de Accionistas, en donde se referían a problemas internos, y sin tener en cuenta la influencia de la descodificación de la marca agenciada, en importantes almacenes de cadena. Además, por haber respondido cosas que no se les había preguntado, como el análisis que hicieron sobre ventas proyectadas al 2.003.

En el escrito de objeción se solicitó como prueba un nuevo dictamen, practicado por un perito experto en mercadeo y finanzas, lo cual negó el Tribunal, por establecer la ley que en estos casos los peritos sean dos, y, además, por no considerar necesaria la prueba para decidir sobre la objeción, ya que existía en el expediente suficiente documentación, incluyendo un estudio presentado con la demanda, y tenido en cuenta por los mismos peritos al elaborar su dictamen.

2.3.2. Decisión del Tribunal frente a la objeción por error grave.

Para que exista el error grave, es necesario que este sea manifiesto, por haberse cambiado su objeto (p.e., cambio del cuestionario propuesto o de las sociedades sobre las cuales se dirige) o por cambiar sus cualidades o atributos por otros ajenos a su naturaleza (p.e., comparar las cifras de ventas de pastas con los informes del Dane sobre el sector metalúrgico en particular).

Dijo la Corte Suprema de Justicia (auto de 8 de Septiembre de 1.993, Magistrado Dr. Esteban Jaramillo S., Revista Jurisprudencia y Doctrina, Nov. 1.993, pag. 1071),

“...cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el ejercicio intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibile para el juzgador ...”.

En el caso que nos ocupa, los peritos respondieron la totalidad del cuestionario, y para referirse a la pregunta única de la demandante, sobre la tasación de los perjuicios, tuvieron en cuenta no solo los documentos internos (anexos en forma generosa al dictamen) sino también las cifras macroeconómicas, analizadas en cuadros y gráficos, en donde se mostraron en curvas de colores distintos los volúmenes de ventas de los productos del demandante (en kilos y moneda nacional), y simultáneamente las variaciones, en igual período, del IPC y el PIB. Todas estas cifras y gráficos las tomaron en cuenta para establecer un coeficiente de correlación entre tales factores, midiendo así la incidencia de cada factor en el resultado al que llegaron. Como quien dice que no se limitaron a establecer la simple diferencia aritmética entre lo vendido y lo que se dejó de vender, sino que hicieron cálculos econométricos y estadísticos complejos, para cuantificar y motivar las razones de esa diferencia.

Los dictámenes estuvieron precedidos de inspecciones judiciales y órdenes previas de exhibición de documentos, en ambas compañías. Con todos los datos disponibles respondieron no solo la pregunta del demandante sino las doce preguntas del árbitro, entre las cuales estaba la de calcular el comportamiento esperado en los próximos años, que es otra de las respuestas que el objetante califica como error grave, por haber ido más allá de lo pedido, cuando en realidad sí fue pedida por el árbitro, el cual considera que ese dato, al igual que los demás, sirvió para los estudios elaborados por los

peritos y para abundar en datos que ilustrarán las decisiones que se tomarán en el presente Laudo Arbitral.

En fin, lo anterior, sumado a la idoneidad profesional de los peritos, que en este caso particular es además de público conocimiento, y a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, tal como lo exigen los arts. 237 num. 6 y 241 del C.P.C., son razones suficientes para que el Tribunal declare que no hay lugar a error grave, quedando por lo tanto en firme el dictamen practicado dentro del proceso arbitral.

2.4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA TACHA DE UN TESTIGO

La parte demandada tachó por sospechoso el testimonio del Sr. José Rojas Trujillo, aduciendo que era Representante Legal Suplente de la sociedad demandante. El Tribunal consideró que oiría el testimonio, por cuanto era un testigo que aparecía firmando varios de los documentos más importantes del proceso, pero que no podría comparecer simultáneamente a rendir declaración de parte. Igualmente dijo el Tribunal que evaluaría con especial rigurosidad lo que testificara el Sr. Rojas, y en la sentencia apreciaría los motivos y pruebas de la tacha, lo cual hace ahora, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 217 y 218 del C.P.C..

El Testimonio del Sr. Rojas se caracterizó por su abierta parcialidad con la parte demandante, lo cual se reflejó en sus manifestaciones sobre hechos y circunstancias de las cuales en la mayoría de los casos era solamente testigo de oídas. Sobre otros no se acordaba, como las épocas en que actuó como representante legal de Alimentos Bonfiglio Limitada, y en otros más dudó mucho, para terminar aceptando que no sabía, como cuando se refirió a la carta de fecha 14 de Abril de 1.999, en donde le elevaban algunas quejas a Rica Rondo, y firmaba como representante legal, sobre lo cual dijo que la carta la prepararon otros y él la firmó; o cuando no sabía que Alexander

Ardila había sido su representante, con poder otorgado por él, para efectos de la logística de la terminación del contrato de Agencia Comercial.

El testimonio de Rojas Trujillo, quien dijo ser además un asesor externo de la sociedad demandante, Alimentos Bonfiglio Limitada, nada aporta al proceso. No es un testigo imparcial, como si lo fueron los demás, en mayor o menor grado, a pesar de tener o haber tenido todos algún vínculo con las partes, ni es un conocedor directo de los temas relacionados con el conflicto que ha dado origen al proceso, o si lo es, exteriorizó desconocimiento, contradicción y confusión sobre lo que se le preguntó. Todo lo cual pudo apreciar el Arbitro en forma directa.

Por lo anterior, que puede confrontarse fácilmente con la transcripción del testimonio, que obra en el expediente, la tacha de sospecha está llamada a prosperar. No solamente por las razones y pruebas que adujo la parte que lo tachó, sino por la apreciación de la prueba y la calificación que sobre su ineficacia ha hecho el Arbitro, dentro de su obligación y facultades de apreciación de este medio probatorio.

En consecuencia, el Tribunal no tendrá en cuenta este testimonio, en los análisis de las pruebas que hará a lo largo de este Laudo Arbitral.

2.5. LA NATURALEZA DEL CONTRATO TRAÍDO AL PROCESO

El Tribunal establecerá la naturaleza del contrato de fecha 26 de Junio de 1.992, que las partes denominaron como de Agencia Comercial, para poder determinar los derechos y obligaciones de los contratantes y el alcance de las pretensiones de responsabilidad civil contractual que se han demandado.

2.5.1. Análisis jurídico

Partamos de la definición legal de la Agencia Comercial. Dice el art. 1317 del C. de C.-

“Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.

De acuerdo al art. 1.501 del C.C., en los contratos hay elementos que son de su esencia, de su naturaleza y puramente accidentales. Los de la esencia son necesarios para su existencia, y a falta de uno de tales elementos, el contrato no genera efecto alguno o se convierte en otro contrato (conversión del negocio jurídico). Los de la naturaleza son aquellos elementos que aunque no inciden en la existencia del contrato, se entiende que le pertenecen, sin que para ello exista cláusula especial. Los accidentales son los que simplemente se agregan por cláusulas adicionales, para complementar los otros elementos.

La doctrina ha admitido tradicionalmente como elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, es decir como requisitos de existencia, los siguientes: a) el encargo del Empresario al Agente, b) la promoción y explotación de los negocios del empresario por parte del Agente, y c) que el Agente obre siempre por cuenta del empresario.

Los demás elementos, como son los que hacen referencia a la distribución y a la propiedad de los bienes son solamente de su naturaleza y, por lo tanto, no son requisitos para la existencia del contrato.

De esta manera, para efectos de la determinación del contrato de Agencia Comercial, la discusión de si los bienes agenciados

son o no del Agente, no es en realidad determinante, y su desarrollo se hará para verificar si esos elementos de la naturaleza y accidentales, están presentes o no en el contrato celebrado entre las partes, y para establecer la verdadera naturaleza del mismo: Agencia comercial, distribución, suministro, u otra modalidad contractual.

A continuación analizaremos la definición de Agencia Comercial (art. 1317 del C. de C.) repitiéndola fraccionada, frente a las circunstancias de hecho que rodearon el presente caso, para efectos de establecer en definitiva la naturaleza del contrato celebrado entre las partes.

PRIMER ELEMENTO DE LA DEFINICION: “Un comerciante”: Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., que se denomina “Agente”, en el contrato suscrito entre las partes, se ocupa profesionalmente de una actividad comercial. Además, ambas partes se encuentran matriculadas en la Cámara de Comercio de Cali, como comerciantes.

SEGUNDO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “asume en forma independiente”: esa asunción del encargo en el presente caso, se hizo de forma “independiente” puesto que entre las partes no existió vínculo laboral ni relación de subordinación. Como ya se dijo, Rica Rondo es un comerciante con su propia infraestructura, la cual colocó a disposición del Empresario. Es más: en este contrato, el Agente se obligó expresamente a colocar toda su infraestructura, física e intelectual, para promover y colocar en el mercado los productos del Empresario, utilizando para ello su propia fuerza de mercadeo y ventas y manejando los productos del Empresario como un solo portafolio con sus propios productos. Esto se desprende del contrato de Agencia Comercial (cláusula sexta, literal “b”), lo cual corroboran varios testigos, quienes dijeron que las actividades de mercadeo y ventas de los productos Laura, las llevaba a cabo Rica Rondo dentro del portafolio de sus propios productos.

TERCER ELEMENTO DE LA DEFINICION: “ de manera estable”: fue estable porque fue un mandato continuado con vocación de permanencia, es decir, se mantuvo una relación duradera entre las partes. Tanto así que el contrato se prorrogó por varios períodos, habiendo existido durante ocho (8) años, lo cual demuestra que la relación contractual no fue esporádica ni ocasional.

CUARTO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “el encargo”: existió un encargo porque el objeto del contrato, el cual se estableció claramente en el mismo, era el de “distribuir en todo el territorio nacional los productos fabricados por el empresario” (cláusula primera del contrato), y para ello se dieron instrucciones, señaladas en el contrato y también durante la ejecución del mismo, por parte de Alimentos Bonfiglio Limitada a Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A. encargo que, según la demanda, se ejecutó en forma defectuosa y, según la contestación, fue cumplido dentro de los parámetros del mismo y las condiciones de la economía en recesión. O sea que las partes no han puesto en duda este elemento.

QUINTO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “promover”: las obligaciones de Rica Rondo de promover los productos de la marca “Laura”, abriendo mercados y colocándolos en el mismo, no han sido discutidas en este Tribunal. Además dichas obligaciones están el contrato y la misma demanda. El contrato en su cláusula sexta establece estas obligaciones a cargo de Rica Rondo, el cual las cumpliría con su propia infraestructura intelectual y física. La demanda, por su parte, se fundamenta en que las obligaciones a cargo del Agente fueron cumplidas en forma defectuosa, pero en ninguna parte dice que no se cumplieron. Igualmente, en la contestación de la demanda, aunque se niega que haya contrato de Agencia, por haber, según el demandado, una compra en firme de los productos del Empresario, en ninguna parte niega que se hubieran desarrollado las actividades de apertura de mercados, promoción y venta de productos. Otra cosa es que existan

diferencias de criterio, entre demandante y demandado, sobre si esa obligación de promover benefició al uno o al otro, según se tratara o no de compras en firme para la reventa. Sobre este tema volveremos más adelante.

SEXTO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “explotar negocios”: El Agente explotó o llevó a cabo el negocio puesto que, en su carácter de comerciante independiente, y atendiendo lo mandado en el contrato, promocionó y colocó en el mercado los productos del empresario. Nuevamente, la discrepancia entre las partes está en que mientras la demandante dice que esa explotación de negocios fue por cuenta del Empresario, el demandado dice que fue en provecho exclusivo del agente, por ser éste el dueño de los productos, que compraba para la reventa. Punto sobre el cual volveremos más adelante. Pero desde ya el Tribunal declara que este elemento también se encuentra cumplido.

SEPTIMO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “en un determinado ramo”: dicha explotación se circunscribió a productos alimenticios fabricados por Alimentos Bonfiglio Limitada, tales como Pastas Laura, Palitroques, Raviolis y otros, de acuerdo al contrato y al desarrollo del mismo.

OCTAVO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “dentro de una zona prefijada en el territorio nacional”: en el contrato se estableció que el Agente se obligaba a distribuir los productos en todo el territorio nacional.

NOVENO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “un empresario nacional o extranjero”: que en el presente caso es Alimentos Bonfiglio Limitada, como empresario nacional.

DECIMO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “como representante o agente”: representante es la persona que tiene facultad legal o contractual para obrar en nombre de otro; el representante puede concluir ventas en nombre del empresario. “Agente” significa intermediario. Por definición el agente obra

en interés del empresario, o sea, en relación con productos de otra persona, en este caso del empresario. El agente es un mandatario del Empresario. Por lo tanto, aunque los negocios los puede hacer en nombre propio, obra por cuenta de aquel, pudiendo hacerlo inclusive en virtud de un mandato sin representación, como lo establece el art. 2177 del C. de C., el cual dice:

“El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante.”
(Resaltado por el Tribunal)

Los efectos de los negocios realizados por el agente se trasladan a la órbita patrimonial del empresario, el cual se beneficia o perjudica con el cumplimiento o incumplimiento de los presupuestos, los volúmenes de ventas, los precios, las devoluciones, etc.. A la representación, elemento muy importante, por ser de la esencia del contrato, nos volveremos a referir, a continuación, cuando analicemos el elemento “distribución”, y dejemos establecido quién era el beneficiario de la gestión de Rica Rondo. Baste por ahora decir que, de acuerdo al mecanismo de comercialización pactado en el contrato, Rica Rondo se obligaba independientemente frente a terceros, contratando a su propio nombre; veremos entonces si se configuró un mandato sin representación, o si Rica Rondo fue un comprador en firme, para revender los productos de Alimentos Bonfiglio.

UNDECIMO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “ como fabricante o *distribuidor* de uno o varios productos” (resaltada por el Tribunal la palabra “distribuidor”): se refiere a la forma de intermediación pactada. Y así lo consagra el contrato, cuando en su cláusula primera dice que

“El Agente se obliga a distribuir en todo el territorio...”
(Resaltado por el Tribunal).

En su cláusula segunda dice que el Empresario ofrecerá sus productos nuevos al agente, “... quien tendrá plena libertad para aceptar o no su distribución.” (Resaltado por el Tribunal), en su cláusula quinta dice que los gastos de lanzamiento y promoción serán asumidos en un 50% por el Empresario, cuando se refieran a productos “... que el Agente haya aceptado distribuir” (Resaltado por el Tribunal), y así podríamos seguir examinando el contrato y encontrándonos en cada momento la obligación de distribuir.

Pero no es la distribución entendida como un contrato independiente y autónomo de la agencia. Es la distribución acompañada de los demás elementos de la Agencia. El contrato de distribución, considerado en forma autónoma de la Agencia comercial, implica por naturaleza que el distribuidor adquiere las mercancías no para consumo sino para la reventa. El distribuidor es un revendedor profesional. Su negocio consiste en vender mercancía que ha adquirido. De ahí que venda en nombre propio, por cuenta propia y a su propio riesgo. El contrato de distribución es una compraventa continuada de cosas que se adquieren en firme. A la distribución se aplican las normas sobre compraventa y suministro (arts. 905 y s.s. y 968 y s.s. del C. de C.), por no haber una legislación específica sobre ella.

En el presente caso, el término “distribuidor” se refiere a la forma como pasaban esos productos del Empresario a manos del agente, para su colocación en el mercado. Por eso el contrato que aquí nos ocupa tiene a cargo del Agente la obligación de “distribuir” los productos del empresario. Ese mecanismo está contenido en las cláusulas quinta y sexta del contrato, las cuales establecen que las mercancías se facturaban y despachaban al Agente, quien las facturaba y vendía a sus clientes, obteniendo como comisión la diferencia entre el precio que le fijaba el Empresario y el valor por lo que facturaba a sus clientes.

El mecanismo de la distribución fue pactado siguiendo los mismos lineamientos del contrato que había regido entre las partes, de 1.984 a 1.990. Mecanismo en el cual también se refleja la ausencia de ánimo de señor y dueño de las mercancías, por parte del Agente, Rica Rondo. Entre otras cosas, el Agente procedió a devolver al Empresario la mercancía que tenía en sus inventarios, a la terminación del contrato, y éste a devolverte lo que se había pagado por ella (acta de fecha 30 de Junio de 2.000, cláusula segunda); igual procedimiento al que siguieron en la liquidación del contrato que rigió hasta 1.990, en el cual Alimentos Bonfiglio Limitada además le reconoció a Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., sumas por transporte y bodegaje de los productos (acta de transacción, de fecha 9 de Agosto de 1.990, páginas 5 y 7), nada de lo cual hubiera sucedido si los productos se hubieran considerado de propiedad del Agente.

Los citados contratos de 1.984 y 1.990 pueden ser válidamente tomados por el Tribunal, para interpretar el que ahora nos ocupa. Así lo permite el art. 1.622 del C.C., al establecer la interpretación sistemática de los contratos. Dice la norma:

“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

...”. (Resaltado por el Tribunal)

Las partes establecieron un mecanismo contable para el manejo de los inventarios de los productos agenciados. Mecanismo que fue corroborado por los peritos, quienes informaron que existieron movimientos de compraventa, pero que ellos lo calificaron así desde el punto de vista contable y no del jurídico. Pero, hay diferencia entre un punto de vista y el otro?. El Tribunal lo cree así. En el caso concreto, la situación es la siguiente:

Las partes suscribieron un contrato para que una de ellas, denominada El Agente, adelantara gestiones de distribución, promoción y colocación en el mercado, de productos fabricados por El Empresario. El mecanismo para cumplir ese mandato lo establecieron en la cláusula sexta, literales “d” y “e”, asunto ya explicado. El mecanismo hubiera podido ser otro, como por ejemplo que Rica Rondo solamente tomara pedidos, o que recibiera los productos en sus bodegas, sin incluirlos en sus propios inventarios, para luego despacharlos a los compradores, haciendo que el empresario facturara cada venta. De pronto lo menos engorroso, y lo más lógico, era el procedimiento de “distribución” de los productos al agente, para que este a su vez los vendiera al comprador final. Al fin y al cabo en el resto de contrato estaban todas las demás obligaciones, de mercadear, promocionar, etc.. Y el mecanismo de la distribución dentro de la Agencia, comprar para revender el producto, cuando concurren los demás elementos del contrato de Agencia, está permitido por la ley.

Adicionalmente, podemos soportar esta tesis afirmando que en Derecho hay casos en que el elemento psicológico es más importante que el documentario, para determinar la propiedad de los bienes (p.e. el ánimo de señor y dueño en la posesión de bienes, art. 762 del C.C.; o la affectio societatis, o intención de asociarse para desarrollar una actividad a través del tiempo, lo cual es un requisito de la esencia del contrato de sociedad, art. 98 del C. de C.”). Por lo tanto, para el Tribunal es perfectamente claro que los productos comercializados por Rica Rondo aunque eran de su propiedad, de acuerdo a la práctica contable, y ante terceros (efectos erga omnes de la propiedad), no lo eran en estricto sentido jurídico, por cuanto solo pasaban a sus manos como mecanismo para poder llevar a cabo o facilitar el cumplimiento de lo que en el mismo contrato de Agencia Comercial había sido pactado (efectos inter partes, vinculantes entre ellas por ser el contrato ley para las partes). Mecanismo que, como ya se dijo, configuraba un mandato sin representación.

La ausencia de ánimo de señor y dueño de las mercancías, por parte de Rica Rondo, se refleja en el contrato y en otros documentos ya citados, como el acta final, en la cual consta la devolución de inventarios al Empresario, al terminarse el contrato, y también en la declaración de parte y los testimonios, en los cuales Rica Rondo aceptó que los productos de Alimentos Bonfiglio Limitada eran intermediados por ellos, que su intermediación constituía un ingreso marginal en sus ventas, que al terminarse el contrato, se le había devuelto al Agente la mercancía que había en bodega, que la mercancía deteriorada se reponía “mano a mano” por el empresario, etc., todo lo cual fue corroborado en el dictamen pericial.

El representante legal de Rica Rondo, Dr. FERNANDO DE FRANCISCO REYES, al dar su declaración de parte, manifestó:

“Mi conocimiento sobre el contrato de agencia de distribución era básicamente que nosotros comprábamos la mercancía a Alimentos Bonfiglio Limitada, esa mercancía estaba en nuestro poder y nosotros la facturábamos al cliente a unos precios acordados, basados en algunos planes que se discutían de conformidad con las directivas de Alimentos Bonfiglio Limitada”.

“... Sí, sí, sin embargo para nosotros la línea Laura era una línea pues que hacía alrededor del 3% de las ventas de la Compañía y tenía una contribución importante porque era un complemento a nuestra estructura de la distribución o sea cuando uno tiene un esquema de distribución tan denso y tan pesado como es Rica, los volúmenes de ventas marginales pues generan más ingresos para la Compañía, ...”

...

“Si, hubo un par de solicitudes en la cual nos solicitaban que bajáramos el costo de intermediación del 30% al 26% y de los cuales no aceptamos porque ahí si el beneficio se perdía totalmente y se volvía un negocio que ya no era atractivo para nosotros, considerábamos que no podíamos aceptar tal negociación y pienso yo que eso fue una de las razones por las cuales hubo la terminación del contrato, porque no

podimos llegar a acuerdos, ellos buscaban un contrato con un menos costo de intermediación, el cual la estructura de intermediación de Rica Rondo no podía apalancar y no podía aceptar. (Resaltado por el Tribunal)

El testigo Sr. LUIS CARLOS TOVAR CALDERÓN, quien se desempeña como Jefe de Auditoría Interna de Rica Rondo, dijo:

“... Así mismo, ellos estaban comprometidos en que una vez devolviéramos los inventarios nos elaboraban una nota, esa nota por el valor de los inventarios iba a cruzar con nuestras cuentas por pagar a lo cual ellos también, tampoco cumplieron efectivamente, el valor de esa nota básicamente se demoraron un término por encima del plazo fijado casi de 15 días, a pesar de esto entendimos, comprendíamos y fuimos muy permisibles en este aspecto y también inicialmente hubo notas de devolución por mercancía averiada en los almacenes.”(Resaltado por el Tribunal)

El testigo Sr. LUIS ALFONSO LAZO CORREA, quien trabajó con Rica Rondo, y ahora se desempeña asesor tributario y financiero de sus principales accionistas, y cuyo testimonio el Tribunal considera muy preciso e imparcial, dijo:

“... Lo que sí es que Alimentos Bonfiglio aceptaba ciento por ciento los de mala calidad y algunas otras cantidades por desquebrajamiento o mal empaque, devoluciones de cliente, pero ponía un tope a la devolución según informaron en costos que máximo, máximo era un cincuenta por ciento (50%) del total, pero creo que incluía todo lo de mala calidad.”

El testigo Sr. JULIO CESAR BEDOYA QUINTERO, quien merece especial credibilidad por ser común a ambas partes, y por el contenido y seguridad de su testimonio, dijo:

“... el contrato dentro de los que yo recuerdo originalmente Alimentos Bonfiglio asumía la totalidad de las devoluciones del producto, después como nosotros sosteníamos a unas reuniones frecuentes digamos que semanales, para analizar el tema de Alimentos Bonfiglio Limitada específico de los productos y de que pasaba con ellos en el mercado en todos

sus aspectos se fue llegando a un convenio en el que las devoluciones se limitaron al 2% entonces Alimentos Bonfiglio recibía 2% de la devolución y la restituía en producto.....”

En relación con la aceptación de devoluciones de productos al Empresario, dijeron los peritos que solo pudieron evidenciar una pocas devoluciones, las cuales se repusieron mano a mano por Alimentos Bonfiglio a Rica Rondo. Igualmente manifestaron como hecho evidenciado, el acuerdo para que Alimentos Bonfiglio Limitada cambiara la mitad del producto dañado, y la otra mitad la asumiera Rica Rondo.

Analizado el tema a la luz de las pruebas, veamos ahora lo que dicen la Jurisprudencia y la doctrina.

Se ha argumentado, en este y en otros estrados judiciales, que la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha dicho tajantemente que cuando en un contrato los productos son comprados en firme por el intermediario, entonces no hay Agencia sino distribución o suministro. Nada más errado. Si miramos con detenimiento todas y cada una de esas sentencias, vemos que, aunque el alto Tribunal de Justicia ha considerado que la distribución en sí misma, como contrato independiente, como compra para la reventa, no constituye Agencia, sí lo es cuando concurre con un mandato propio de esta y con los demás elementos de la misma. Es decir, cuando la distribución es un elemento más del contrato de Agencia. Las providencias del alto Tribunal no pueden analizarse por renglones sino en su conjunto, en cada una de ellas, para verificar que en ninguna descalifica la distribución, cuando ella hace parte de la Agencia Comercial.

Dijo la Corte en sentencia de Octubre 30 de 1.987 (citada en el libro del Dr. Felipe Vallejo García titulado “El contrato de Agencia Comercial” Editorial Legis, primera edición 1.999, página 58):

“Una de las características del Contrato de Suministro, como lo ha señalado la Jurisprudencia, es la de que el distribuidor es propietario de las mercancías que vende y no tiene facultad para representar al empresario como Agente ni como Mandatario... El Agente es representante del empresario en los términos del contrato, que contendrá los poderes y facultades del Agente”. (Resaltado por el Tribunal).

En fallo de marzo 18 de 1.982, también citado por el Dr. Felipe Vallejo en el libro anteriormente referido, la Corte esbozó el siguiente razonamiento:

“...como quiera que el llamado distribuidor, no obstante la cláusula de exclusividad, era propietario pleno de las mercancías que vendía; que este mismo, por voluntad de los contratantes, no tenía facultad de representar al empresario, no como agente ni como mandatario; que compraba para revender, y en fin, que no se había obligado por disposición expresa a “promover o explotar” negocios en un determinado ramo, como representante o agente de un empresario”. (Resaltado por el Tribunal).

Posteriormente, en octubre 31 de 1.995, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente: 4701, Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta, advirtió que la afinidad del contrato de Agencia Comercial con otros Contratos no significa que pueda confundirse con ellos, sobre todo con otras modalidades del mandato. Tras observar que el contrato de agencia requiere de una demostración típica y clara, dado su carácter autónomo, destacó entre sus notas distintivas aquella según la cual el comerciante debe haber recibido del empresario el encargo específico de promover o explotar negocios en un determinado ramo y territorio; lo que representa para el comerciante-agente “la obligación de actuar por cuenta del empresario”; y reiteró que “la actividad de compra para reventa por cuenta y para utilidad propia no constituye Agencia Comercial”.

En síntesis, las sentencias de la Corte rechazan la existencia de los contratos de agencia comercial, cuando lo único probado en los mismos es que hubo un suministro, o compra en firme para la reventa (o sea contrato de distribución, autónomamente considerado). Pero lo aceptan, cuando la distribución o suministro, están acompañados de los elementos esenciales de la agencia (encargo del empresario al agente: promoción y explotación del negocio, y que el agente abre por cuenta del empresario).

Hay también abundante doctrina de tratadistas reafirmando esta tesis:

JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ, “CONTRATOS MERCANTILES DE INTERMEDIACIÓN”, Ediciones Librería del Profesional, 1996, pag. 190 , dice que si el Agente adquiere las mercancías pero obra por cuenta del Empresario y ejecuta además las obligaciones de promoción, etc., propias de la agencia, quiere decir que desarrolla un contrato de Agencia Comercial.

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, “CONTRATOS MERCANTILES”, Biblioteca Jurídica DIKE, 1a. Edición, 1.987, pág. 374 y 375, manifiesta que la actividad principal del agente consistente en “promover o explotar”, y puede llevar unida o no la facultad de concluir los negocios que promueva, como mandatario del empresario o como representante de él, es decir, actuando por cuenta y a nombre del empresario o simplemente por cuenta del empresario pero a nombre propio, indicándolo o no a los terceros.

ENRIQUE GAVIRIA, “DERECHO COMERCIAL”, Editorial Bedout, Medellín, 1.981, pág. 78, sostiene la posibilidad de la concurrencia del contrato de suministro con distribución y la agencia comercial, cuando el intermediario comprador ejecuta a través del tiempo un mandato sin representación, a favor del empresario, para cumplir además actividades propias de la Agencia, y con estabilidad en un territorio.

IGNASIO SANIN B., “REVISTA FORO DEL JURISTA”, XXX, pag. 36, dice que no es incompatible la distribución y la agencia, si se da el elemento de intermediación, para promocionar y colocar los productos en el mercado.

Los documentos existentes, la declaración de parte los testimonios citados, el dictamen pericial y la prueba indiciaria, permiten llevar al Tribunal al convencimiento de que el demandado, Rica Rondo Industria nacional de Alimentos S.A., no actuó como propietario de los productos del demandante, Alimentos Bonfiglio Limitada. Propiedad que siempre conservó éste. Pero utilizó el mecanismo de la distribución, para facilitar la colocación de los productos en el mercado, actuando como mandatario sin representación y cumpliendo además con las demás obligaciones establecidas en el contrato, como eran las de encargo del Empresario al Agente, promoción y explotación de los negocios de aquel, etc., todos ellos de la esencia y de la naturaleza de la Agencia Comercial.

Por lo tanto, el carácter de “distribuidor”, de los productos agenciados se cumple perfectamente, en la forma prevista en la ley y pactada en el contrato.

DUOCECIMO ELEMENTO DE LA DEFINICION: “del mismo”: hace referencia a que los productos deben ser producidos por el empresario. No necesariamente que deban ser de propiedad del mismo. Baste para este caso, el análisis hecho por el Tribunal para determinar la distribución.

2.5.2. Posición del Tribunal frente a la naturaleza del contrato

Cada uno de los elementos ha sido suficientemente analizado al luz de las pruebas documentales, testimoniales, declaraciones de parte, dictamen de peritos, documentos recaudados en las inspecciones judiciales, y los indicios.

El cumplimiento de los elementos que señala la ley como de la esencia de la Agencia Comercial (contrato, encargo,

promoción, explotación y obrar por cuenta del empresario), llevan al Tribunal a la convicción de que estamos frente a dicha modalidad de contrato.

2.6. LA PRESTACION COMERCIAL DEL ART. 1.324 INC. PRIMERO, DEL C. DE C.

2.6.1. Análisis jurídico

Reclama el demandante en reconvención, Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., la prestación a que se refiere el art. 1.324, inc. Primero del C. de C., o sea la llamada “Cesantía Comercial”. Dice la norma:

“ART.- 1.324.- El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor ...”.

Dice el demandante en reconvención que, en caso de que el contrato sea considerado como de Agencia Comercial, tiene derecho a que se le liquide y pague dicha prestación comercial, por ser ella irrenunciable. Dice que la cláusula Novena del contrato suscrito entre las partes, es nula, por contemplar la renuncia de dicha prestación, contra la prohibición de la ley. A esto se opone el demandado en reconvención, Alimentos Bonfiglio Limitada, aduciendo que el contrato contempla la incorporación de esa “Cesantía Comercial” en el pago del 30% de comisión pactado a favor del Agente. Manifiesta igualmente que la renuncia a dicha prestación es perfectamente posible, por no estar de por medio el orden público.

Veamos primero lo que ha quedado demostrado en el proceso:

Las partes suscribieron el contrato que ya el Tribunal considera que es de Agencia Comercial. (Contrato de fecha 26 de Junio de 1.992).

Dentro del contrato, cláusula Novena se estableció la renuncia del agente a reclamar la prestación del art. 1.324 del C. de C. (“cesantía comercial”), por estar ella incorporada en el 30% de la comisión del Agente.

Entre las mismas partes rigió un contrato de parecidas características, 5 de Marzo de 1.984, el cual fue liquidado el 9 de Agosto de 1.990 mediante documento de transacción, en el que las partes declaran expresamente que nada se deben por concepto de la prestación establecida en el art. 1.324 del C. de C., referente a la llamada “Cesantía Comercial” (pag. 3 del citado contrato de transacción), por cuanto dicha prestación había quedado incorporada en la comisión bruta que le reconocía el Empresario al Agente, tal como se había pactado en la cláusula sexta de dicho contrato. Dicha manifestación la repite el Agente, Rica Rondo, en la página siguiente del mismo documento de transacción (página 4), en la cual declara que “...esta última prestación le ha sido pagada íntegramente con la remuneración del veintisiete por ciento (27%) pactado en el contrato”.

El Tribunal considera que, frente al tema de la prestación del art. 1.324 del C. de C., o “cesantía comercial”, para interpretar la situación que se ha presentado en el contrato de fecha 26 de junio de 1.992, presentado a este proceso, bien puede acudir a lo que las partes hicieron frente al mismo tema en el contrato de fecha 5 de marzo de 1.984, que rigió entre ellas hasta el 9 de Agosto de 1.990, cuando lo terminaron por transacción. Así lo permite el art. 1.622 del C.C., al establecer la interpretación sistemática de los contratos. Norma ya invocada y transcrita por el Tribunal, al analizar el elemento de la distribución, al definir el tema de la naturaleza del contrato. Prueba que constituye un indicio muy importante, para esclarecer la voluntad de las partes.

Para el Tribunal es manifiestamente contradictorio que el Agente, Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., declare expresamente como válida su renuncia a la cesantía comercial en el contrato de 1.984 (declaración visible en su liquidación por transacción, el 9 de Agosto de 1.990), pero en cambio frente al contrato que traen a este Tribunal, declare el mismo Agente que esa cláusula (la Novena de este contrato) es nula, por ser una norma de las que la ley califica como de orden público.

Sobre las normas de orden público, dice el art. 16 del Código Civil:

“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

Esas leyes, a las que se refiere la norma son, según la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, sentencia de Mayo 31 de 1.938).

Las que “... tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspiran más en el interés general que en el de los individuos. ...

Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con preferencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según que se dirija o destine directa o indirectamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término a la comunidad. ...”.

El art. 15 del C.C. continúa desarrollando el ya citado principio de autonomía de la voluntad, al establecer que:

“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. (Resaltado por el Tribunal)

Cabe entonces preguntarse si la prestación consagrada en el art. 1.324, inc. primero, del C. de C., conocida también como “cesantía comercial”, tiene el carácter de orden público, y es por lo tanto irrenunciable.

La doctrina no se ha puesto de acuerdo y va desde el extremo de afirmar que es irrenunciable, por ser norma de orden público, hasta el otro extremo, el de considerar que no es norma de orden público, y por lo tanto es renunciable. Entre los primeros, los que sostienen la irrenunciabilidad, están:

ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ (“Derecho Comercial”, Ed. Bedout, Medellín, 1.981, pag. 84). Dice que la norma protege intereses generales del comercio.

JUAN PABLO CÁRDENAS (“El Contrato de Agencia Mercantil”, ed. Temis, Bogotá, 1.984, pags. 120 y 121). Dice que la norma busca proteger el gremio de los Agentes Comerciales y organizar un sector de la economía.

JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA (“Introducción al derecho Mercantil”, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, tercera edición, 1.979, pag. 285). Dice que la norma es de orden público.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Sentencia Dic. 2 de 1.980, Cacharrería Mundial contra Sres. Merizalde), citada en Código de Comercio, Legis, comentarios al art. 1.324. Dice que la prestación es irrenunciable, salvo que la renuncia se haga una vez terminado el contrato.

Entre los que sostienen la renunciabilidad, están:

FELIPE VALLEJO GARCÍA (“El Contrato de Agencia comercial”, Legis, primera edición, 1.999, pags. 114 a 117). Estima que no hay en la renuncia consideraciones de orden público sino de interés individual, y la prestación no tiene por objeto proteger al agente como parte débil, por cuanto él es un verdadero profesional del comercio.

GABRIEL ESCOBAR SANINT (“Negocios Civiles y Comerciales, Tomo I, Negocios de Sustitución, Universidad

Externado de Colombia, Bogotá, 1.985, pag. 372). Dice que el pacto es entre partes iguales y autónomas, y que por ser la agencia esencialmente onerosa, esa prestación es mas bien una comisión acumulable o remuneración diferida, y por lo tanto renunciable.

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR (“Contratos mercantiles”, Biblioteca Jurídica Dike, 1.987, pags. 385 y 386). Dice que los agentes comerciales no son parte débil a los que las leyes deban proteger con normas de orden público).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (Concepto contenido en el oficio 13534 del 4 de Octubre de 1.971). Dice que la prestación puede renunciarse o pactarse en forma diferente, por cuanto el pacto involucra a particulares que gozan para ello de amplia facultad de estipulación”.

2.6.2. Posición del Tribunal

El Tribunal considera que si bien la norma que consagra la prestación aquí discutida, se dictó con el propósito de favorecer a una parte débil, los Agentes Comerciales, en su mayoría personas naturales a las que debía reconocerse su esfuerzo por acreditar marcas y productos de los empresarios agenciados, la realidad es que con el correr del tiempo esas circunstancias han cambiado hasta hacer de la agencia una figura profesional, propia más de personas jurídicas sólidas y con experiencia en la materia, que de personas naturales ignorantes y desvalidas frente a la ley.

La norma legal sobre la prestación del Agente Comercial ha podido permanecer estática, pero no el Derecho como orden regulador de esas conductas sociales, las cuales han venido cambiando, adaptándose a las nuevas circunstancias de los negocios. Y no solo el Derecho Comercial tiene esta adaptación. También el Laboral (que sí es de orden público) a tal punto que temas como el de la cesantía y las prestaciones laborales se han flexibilizado, a tal punto que ya se aplica el salario integral, en el cual se incluye toda la carga prestacional

del empleado, incluida la cesantía. Con mayor razón evoluciona y se adapta el derecho privado comercial a las situaciones cambiantes de la economía, que además tiende cada día más a su globalización.

En el caso que nos ocupa, es evidente que se trata de dos comerciantes, personas jurídicas profesionales en sus áreas, y curtidas en el tema de los contratos de Agencia Comercial ... y en de las renunciaciones a la prestación del art. 1.324, inciso 1 del C. de C., o mejor, en los pactos de lo que bien podríamos denominar "Prestaciones Comerciales Integrales". Pactos en los cuales han desarrollado con libertad el principio de su autonomía de voluntad para celebrarlos.

No se le ocurre al Tribunal una teoría sólida para afirmar que en dicho contrato, y específicamente en el tema de la incorporación de la "cesantía comercial" a la comisión total de la agencia, estén involucrados intereses que estén más allá de las partes contratantes, y menos que esos intereses tengan que ver con el orden público. Además, el art. 1.324, inciso primero del C. de C., el cual consagra la prestación, no prohíbe expresamente su renuncia, lo cual, a la luz del art. 15 del C.C., permitiría válidamente hacerlo.

Por lo tanto, en consideración a que el art. 1.324 inciso primero del C. de C. no prohíbe expresamente la renuncia de la Cesantía Comercial; a que la norma no es de orden público; a que la evolución del Derecho permite asegurar que el Agente, y en el caso concreto Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A. no es parte desvalida en el contrato de Agencia Comercial; a que de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad, las partes han pactado expresamente su renuncia a la cesantía comercial, incorporándola al valor de la comisión pactada, acuerdo que es ley para las partes; a que los contratantes procedieron en igual forma al celebrar y al liquidar contrato anterior, de igual naturaleza, no pudiendo el Tribunal desconocer esa voluntad vinculante de ellas, estima válida la renuncia de la citada prestación y su incorporación a la

remuneración pactada, como una Prestación Comercial Integral, como propone este Tribunal definirlo, y en consecuencia considera que no hay lugar a que se le pague al Agente Comercial, Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., la prestación consagrada en el art. 1.324 inciso primero, del Código de Comercio.

2.7. LOS PERJUICIOS (RESPONSABILIDAD CIVIL).

2.7.1. Análisis jurídico.

La responsabilidad civil contractual exige que, para tener derecho a indemnización de perjuicios, el acreedor (en este caso el Empresario demandante), pruebe: la existencia del contrato, la culpa del deudor (en este caso el Agente demandado), el daño sufrido y la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

El contrato ya se encuentra probado, y el Tribunal determinó que era de Agencia Comercial, la cual es una modalidad del mandato. Es necesario ahora determinar si las obligaciones del Agente eran de medios o de resultados; precisión que nos dirá a cargo de cuál de las partes está la prueba en materia de responsabilidad civil contractual: si fuera de resultados, el Empresario no tendría que probar nada. Solamente presentaría la prueba de la obligación –no cumplida- del agente, quien tendría que probar una causa extraña, para justificar su incumplimiento. Si fuere de medios, al empresario le correspondería probar la culpa del Agente (en este caso, el “cumplimiento defectuoso y de mala fe”, del contrato), y, si fuere probada, a éste le correspondería probar su diligencia y cuidado, para desvirtuarla.

Una vez establecida la clase de obligaciones (de medios o de resultados), entraremos de lleno en el análisis de la responsabilidad civil demandada (daño, culpa y relación de causalidad).

Veamos que dicen las pruebas. Para ello analizaremos cada uno de los medios probatorios, y, dentro de cada cual, lo que ha quedado probado sobre los temas aquí planteados.

2.7.1.1. La prueba documental.

Sobre la existencia del contrato.

Está probada la existencia del contrato de Agencia Comercial, de fecha 22 de Junio de 1.992, al cual se ha hecho amplia referencia en el presente Laudo Arbitral.

Sobre las obligaciones de medios o de resultados.

La parte demandada ha manifestado que las obligaciones contenidas en el mismo son de medios, por establecerlo así el final de la cláusula primera, la cual, después de hacer la enumeración de los productos que se obliga a distribuir el Agente (estrellitas, letras, caracoles, cabello de ángel, tortellini, etc.), dice:

“... Todos estos productos, serán distribuidos por el Agente hasta la terminación total de lo a que a 30 de Junio de 1.992 tenga producido el Empresario y le sea devuelto debidamente por el anterior agente comercial, hasta agotar los inventarios. Luego, el propio mercado y los pedidos del Agente, regularán la producción de cada una de las referencias”. (Resaltado por el Tribunal).

Como quien dice que cada uno de los productos será fabricado en las cantidades que le pida el Agente, de acuerdo al comportamiento del mercado.

Por su parte, la cláusula sexta establece las obligaciones del Agente, entre las cuales está la de promover y distribuir los productos enumerados en la cláusula primera, utilizando para ello todo su equipo humano, etc., y en el literal “ch” se establece la siguiente:

“ch) desarrollar al máximo su capacidad de venta, a fin de garantizarle al empresario un buen mercado de distribución”.

Aquí aparece claramente una obligación de medios. Se obliga solamente a garantizar un buen mercado de distribución.

Cabe anotar que no hay cláusulas sobre objetivos mínimos de ventas, ni anexos o instrucciones posteriores en que se fijen esos objetivos, que no deben ser confundidos con los simples presupuestos elaborados por ambas partes a lo largo del desarrollo del contrato, y a los cuales la misma parte demandante no les da fuerza obligatoria, como se verá al analizar los testimonios.

Por otra parte, existen cientos de documentos, cartas y actas de reuniones entre las partes, en donde se discuten presupuestos, se hacen seguimientos a los mismos, se formulan críticas, etc., pero en ninguno de ellos ha encontrado el Tribunal ni siquiera un indicio de que el Agente se hubiera obligado con el Empresario a colocar determinados volúmenes de los productos agenciados.

Al respecto, la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, ha publicado un informe sobre modelos de contratos de agencia, denominado “THE ICC AGENCY MODEL CONTRACT: A COMMENTARY”, por FABIO BOTOLOTTI, (Publicación No. 512, Deventer, Holanda, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1.993), en el que se comentan las cláusulas de la agencia, y se dice que es usual la cláusula de “Metas de ventas -venta mínima garantizada”.

Por su parte, el autor Español ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, en su libro “CONTRATOS DE COLABORACION EN EL COMERCIO INTERNACIONAL” (Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1.998, pág. 59), señala que una de las cláusulas importantes de un contrato de agencia es la relacionada con los objetivos mínimos de ventas. Dice:

“Es absolutamente recomendable, pues ello servirá de pauta para verificar el grado de efectividad del agente en su cometido, fijar unos objetivos mínimos anuales, considerando, incluso, incumplimiento contractual el no lograr dichos objetivos, que pueden irse actualizando periódicamente”.

Sobre la desatención de los productos del Empresario, a partir de 1.997, y sobre la presión ejercida para que cambiaran la modalidad del contrato, lo cual dio lugar a que, ante la negativa del Empresario, el Agente le descuidaran la promoción y mercadeo de sus productos.

Hay una cantidad grande de actas y de correspondencia cruzada, en relación con el desarrollo del contrato y durante toda su duración, la cual prueba que el empresario estaba perfectamente al tanto del desarrollo del contrato, así no compartiera todas las actividades o puntos de vista del Agente, como sucedió con la oferta Vela de La Virgen, en Diciembre de 1.998, o con los mecanismos y desarrollos de promoción y mercadeo. De toda la documentación existente destaca el Tribunal la siguiente: carta de fecha 3 de marzo de 2.000, del Agente al Empresario, avisándole que no prorrogará el contrato a su vencimiento, el 26 de Junio, lo cual haría suponer que el Agente aprovechó esos casi cuatro meses para recibir el agenciamiento de sus productos. Acta de fecha 30 de Junio de 2.000 (“Acta Final”), suscrita por apoderados de ambas partes, y en la cual (cláusula octava) se declaran cumplidas a satisfacción todas las actividades de terminación del contrato, referentes a logística de ventas y relaciones con los clientes. Acta que según declaración y testimonios de la parte demandante, no es un paz y salvo, por cuanto con posterioridad a esa fecha se percataron de que algunos almacenes de cadena no habían sido notificados de la terminación del contrato, para efectos del cambio de codificación de las marcas, lo cual se analizará más adelante, en las declaraciones de parte y testimonios. También hay un memorando interno de Rica Rondo, de fecha 13 de Junio de 2.000, recaudado en la

inspección judicial, en donde el gerente de la División de Ventas, Dr. Isaza, se dirige a todos los Gerentes de Distritos, impartiendo instrucciones sobre la terminación del contrato con Alimentos Bonfiglio, y en uno de cuyos apartes dice:

“... el hecho de que a partir del 1 de Julio ya no facturemos sus productos –se refiere a los de Alimentos Bonfiglio Ltda.-, no quiere decir que dejaremos su línea tirada. Por el contrario, sus representantes deberán ser acogidos y ayudados para que el inicio de la atención directa sea lo menos traumática posible. ...”.

También hay docenas de cartas del Empresario al Agente, especialmente entre 1.998 y 2.000, en las que hacen reclamos al Agente, por incumplimientos de sus compromisos. Pero igualmente hay docenas de respuestas y actas en las cuales o se mantienen discrepancias, o se ponen de acuerdo y siguen adelante con los negocios. Son esas quejas las que han llevado al Empresario a exigir del Agente la responsabilidad civil que estamos examinando. La más ilustrativa, la que resume todas las demás, es la carta de Noviembre 19 de 1.999, del Presidente de Rica Rondo al Gerente de Alimentos Bonfiglio, en la cual le responde una a una las quejas de éste por la mala gestión de aquel en los últimos tres años. No es necesario transcribirla: las quejas y las respuestas parecieran ser un resumen de la demanda y contestación de la misma, de este proceso arbitral.

En cuanto a la propuesta de constituir una nueva sociedad, lo cual dio lugar a represalias del Agente, descuidando sus obligaciones de agenciamiento, está la carta dirigida por Andrés Arcila, de Rica Rondo, a Antonino Bonfiglio, gerente de Alimentos Bonfiglio Ltda., el 8 de enero de 1.998, en la cual le hace la propuesta de constituir la nueva sociedad. Pero, contrariamente a lo que ha afirmado el demandante, aquí no solo no se le amenaza con no prorrogar el contrato de Agencia Comercial, sino que al final dice:

“... 8. En cuanto a la prórroga del contrato actual, AB – (Alimentos Bonfiglio)- la puede dar como un hecho, y en los próximos días se procederá a formalizar esta extensión.”

Aunque el demandante dice que esa propuesta fue una imposición unilateral de Rica Rondo, hay indicios de que fue una propuesta estudiada por Alimentos Bonfiglio, quien dio su opinión, ilustrando inclusive sobre otra alternativa. Así se desprende de la carta de Mayo 4 de 1.988, dirigida a “Rica Rondo” por el Sr. Antonino Bonfiglio, en la cual le explica las bondades de las alianzas estratégicas, en las empresas de América Latina.

La demandante ha esgrimido como prueba de las presiones de Rica Rondo, una carta que le dirigió el Presidente de ésta, Sr. Murray, el 5 de febrero de 1.999, disculpándose por la conducta de esos funcionarios. De la lectura de la carta se desprende que Rica Rondo desautorizó la conducta de los funcionarios que manejaron el asunto con Alimentos Bonfiglio. Como quien dice que aceptó la mala conducta de sus funcionarios, pero manifestó que ese no era el deseo ni la política de la Empresa. Carta que, a la luz de las otras pruebas documentarias, y de las que estudiaremos luego, no puede constituir plena prueba del hecho analizado. Al analizar los testimonios, veremos más sobre el tema.

2.7.1.2. La prueba pericial.

Sobre los presupuestos de ventas.

Se refieren los peritos al efecto de la no venta, por no cumplimiento de los “presupuestos” (pag. 43 del dictamen), estableciendo lo que perdieron ambas partes, por haber quedado las ventas reales por debajo de las presupuestadas, lo cual, comparado con la situación macroeconómica del país, arroja fluctuaciones parecidas a las del resto de la economía. Datos únicos, real contra presupuestos, que aparecen en todos los documentos aportados en la inspección judicial y en otras

oportunidades procesales, y examinados por los peritos. De haber existido documentos en los que se hubieran establecido objetivos mínimos de ventas, o ventas mínimas garantizadas, el cuadro de los peritos hubiera sido una simple comparación de lo real contra la obligación de venta mínima, con lo cual seguramente se hubiera manifestado el incumplimiento de obligaciones de resultado del Agente, no siendo necesaria prueba adicional alguna.

Sobre la forma como se desarrolló el contrato.

Dicen (pag. 15 del dictamen) que el contrato:

“...transcurrió dentro del ambiente normal de una relación comercial como la que nos ocupa. Los presupuestos anuales de ventas se elaboraban conjuntamente y de su análisis surgían las determinaciones a tomar para lograr su cumplimiento. No se evidenció actitud negativa de las partes. ...”.

Sobre la incidencia del planteamiento de una nueva modalidad de contratación, cuya negativa de aceptación por parte del empresario, pudiera haber causado descuido en el manejo de la línea Laura.

Dijeron que esas conversaciones se desarrollaron en 1.997, año en que el presupuesto de ventas en Kilos se cumplió en un 99.2%, según cifras presentadas por el demandante en su propio estudio, y en 1.998 se cumplió en un 97.4%, razón por la cual no ven ninguna incidencia entre el planteamiento del nuevo contrato y las variaciones en las ventas.

Además, los peritos establecieron una coincidencia entre las variaciones en las ventas de los productos del Empresario y las del resto de la economía, tal como se explicó en el resumen hecho en el capítulo en que se declara no probada la objeción por error grave. Capitulo al cual se remite el Tribunal.

Sobre la descodificación de la línea Laura en los Almacenes de cadena.

Dijeron que a la fecha, más de un año después de haber asumido el empresario el manejo directo de sus productos, aún continúan descodificados, lo cual afecta sus ventas, por la importancia de esos almacenes en el volumen total de las mismas.

2.7.1.3. Las declaraciones de parte y la prueba testimonial.

Sobre el carácter de las obligaciones (de medios o de resultados), dijeron:

el señor a ANTONINO BONFIGLIO SALERNO, representante legal de la sociedad demandante, dijo en su declaración de parte, que la cláusula primera del contrato de Agencia Comercial, la cual se refiere a que el mercado y los pedidos del agente regularán la producción, lo que quiere decir es que el Empresario solo producirá aquellos productos que tengan salida.

El Sr. SEÑOR JAVIER ANTONIO BURBANO MUÑOZ, quien se desempeña como Segundo Suplente de Gerencia, Contador y Administrador de Alimentos Bonfiglio Limitada Ltda., manifestó en su testimonio que los presupuestos no eran compromisos mínimos de venta sino solo objetivos para ir ajustando de común acuerdo. Dijo:

“Dije que eran concertados, pero también dije que Rica Rondo no les daba la verdadera importancia y que no les hacía el seguimiento del caso pese a nuestras insistencias para los ajustes, usted sabe ... que un presupuesto no es una cosa infalible y que a medida que pasan los tiempos hay que reunirse para mirar si el presupuesto está desfasado o no está desfasado si se está cumpliendo o no se está cumpliendo, y ... un presupuesto o bien se puede aumentar o bien se puede disminuir para ajustarlo a la realidad que están viviendo las empresas en este caso; entonces, dije eso

de eran concertados, pero también dije que no se les dio la importancia y el seguimiento que debe hacerseles, porque ... el seguimiento en cualquier operación es lo más importante para darle remate bueno. (Resaltado por el Tribunal)

El DOCTOR CARLOS HERNAN ISAZA VELEZ, quien se desempeña como Gerente de la División de Ventas de Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., dijo que se elaboraban presupuestos de común acuerdo, pero que ellos no tenían condicionamientos o metas de ventas. Dijo:

“... en el contrato no figuraba cuotas, más bien lo que se hacía como ejercicio regular, es que cada año se discutían las cifras de venta y se fijaban unas expectativas presupuestales, pero en ningún momento era un condicionamiento que se cumplieran determinadas cifras de ventas, si obviamente se pretendía llegar a ciertas cifras.”

...

“...los presupuestos no los hacía Rica Rondo exclusivamente, los presupuestos eran hechos de común acuerdo con Alimentos Bonfiglio. En el año 98 lo que ocurrió, en el año final, en el 98, lo que ocurrió es que el señor Bonfiglio tenía unas pretensiones exageradas de presupuestos para el 99, y nos demoramos más tiempo de la cuenta discutiéndolos, él aspiraba a que incrementáramos ventas en un 26% sobre el año 98, finalmente después de mostrarle toda la situación que ocurrió en el mercado y que él aceptó, el presupuesto acordado era un 11% por encima del año anterior, o sea que de ese rango eran las relaciones se discutía muy ampliamente, se tomaban decisiones conjuntas en materia de trazar objetivos de ventas.”

El Sr. SEÑOR LUIS ALFONSO LAZO CORREA, quien fue empleado de Rica Rondo y actualmente es asesor de varios socios mayoritarios, dijo que la compañía hacía los presupuestos para sus propios productos, y los de Alimentos Bonfiglio se hacían con éste, y también de común acuerdo se le hacían los seguimientos, pero que no se pactaron cantidades de obligatorio cumplimiento para Rica Rondo. En igual sentido se

manifestó el testigo común SEÑOR JULIO CESAR BEDOYA QUINTERO.

Sobre la desatención de los productos del Empresario, a partir de 1.997, y sobre la presión ejercida para que cambiaran la modalidad del contrato, lo cual dio lugar a que, ante la negativa del Empresario, el Agente le descuidaran la promoción y mercadeo de sus productos.

El Sr. Antonino Bonfiglio, dijo en su declaración de parte, que a partir de 1.997 Rica Rondo había hecho cambios en su planta de personal de mercadeo, sacando a personas conocedoras del tema y colocando a otras sin experiencia. Esto, sumado al hecho de inversiones en proyectos malos y a complicaciones con la implementación un nuevo sistema -(hecho que por cierto no está planteado en la demanda)-, llevó al Agente a una situación interna difícil, que afectó el mercadeo de los productos Laura. Dice que algunas conductas de Rica Rondo lo han llevado a él, como pequeño accionista, a iniciar una serie de acciones judiciales para reclamar derechos que considera se le han vulnerado.

El Dr. FERNANDO DE FRANCISCO REYES, representante legal del Agente, dijo en su declaración de parte que las actividades internas habían sido manejadas y superadas, que no solo no hubo desatención de la línea agenciada, sino que los presupuestos, en el peor de los casos, tuvieron cumplimientos del 97% y 98%, o “por encima del 90% en todos los casos”.

El Sr. JAVIER ANTONIO BURBANO MUÑOZ, Contador y Administrador de Alimentos Bonfiglio Limitada, sobre las presiones que dice la demanda se ejercieron para que se aceptara una propuesta de cambio de contrato, dijo:

... “sobre su pregunta en el sentido de si fui presionado, no, realmente, concretamente, no.

...

Preguntado: “Informe usted a este Tribunal, si conoció el caso de algún otro funcionario de Alimentos Bonfiglio

Limitada que hubiese sido presionado por Rica Rondo para conformar la nueva compañía, en caso afirmativo indique su nombre y quién lo presionó?”

“Respondió: “No estoy hablando de presión, pues concreta, sino que las circunstancias y la situación y el tiempo en que apareció esta propuesta, nos dio a nosotros esa impresión, y cuando digo nosotros pues es al personal que de alguna manera teníamos injerencia en la dirección de Alimentos Bonfiglio”.

El Sr. SEÑOR LUIS ALFONSO LAZO CORREA, quien era empleado de Rica Rondo, y cuyo testimonio es de gran imparcialidad y precisión, habiendo sido además testigo con conocimiento directo de los temas, dice que solo fue una propuesta, y que inclusive dentro de la misma compañía, Rica Rondo, no se le dio mayor trascendencia, por ser además ilógica, por cuanto Rica Rondo iba a aportar toda una infraestructura bajo la modalidad de sociedad, para continuar con lo que ya venía haciendo, o sea comercializarle los productos a Alimentos Bonfiglio Limitada.

Sobre las descodificaciones en los Almacenes de cadena, por mal manejo y falta de comunicación oportuna del Agente.

Todos los testigos coincidieron en que al terminarse el contrato estaban descodificados de varios de esos Almacenes, y que El Empresario conocía esa situación. Inclusive el representante legal de Alimentos Bonfiglio Limitada, dijo que no se había podido codificar de nuevo por no haber podido cumplir con los requisitos exigidos por los almacenes que lo descodificaron. Dijeron:

Dijo el SEÑOR ANTONINO BONFIGLIO SALERNO, en su declaración de parte como representante legal del Empresario, que hasta ahora continúan descodificados porque los almacenes dicen que fueron mal atendidos y que ahora le ponen condiciones que no puede atender. Dijo:

“... en relación a esto, a Ud. le toca si quiere entrar, es decir, piden esta vida y la otra, como para decir tiene que darme descuento de tanto, descuento de esto, ponerlo en los periódicos y todo y algo que uno hace le cuenta que automáticamente lo que piden es un volumen tan grande que resulta que Usted después lo va a vender, cuando más venden más plata pierden porque piden casi el 30, el 35% de descuento”.

...

“... Si yo me voy en Éxito y Carulla de antemano ellos me están pidiendo por decir un ejemplo Éxito me pide, perdón el caso de Carulla me pide de antemano para aceptarme \$24.000.000.00 para codificarme, y eso no le va Usted levante a decir que yo le vendo tantos volúmenes no, sino que además a eso hay que darle un descuento comercial, un buen descuento confidencial del 5% que ellos se toman, después tiene que darle una propagandas en relación a cada uno de los puntos de venta que ellos abre, y están hablando de casi \$5.000.000.000, entonces es un paquete donde Usted es imposible acercarse si Usted no tiene plata”. (Resaltado por el Tribunal)

El Dr. FERNANDO DE FRANCISCO REYES, representante legal de Rica Rondo, dijo en su declaración de parte que, a la terminación del contrato, el Empresario solamente estaba descodificada del éxito, lo cual era de conocimiento de Alimentos Bonfiglio Limitada, por cuanto durante el desarrollo del contrato fue también descodificado y vuelto a codificar en más de una ocasión, lo cual es normal en esta clase de almacenes, en donde miran diversos factores, como la rotación de las mercancías.

El SEÑOR ALEXANDER ARDILA CANO, quien se desempeña como Director de Operaciones de Alimentos Bonfiglio Limitada Ltda., es la persona que estuvo dedicada en gran parte del contrato a manejar las relaciones con el Agente, e inclusive tuvo oficina en Rica Rondo. Manifestó que en el Éxito estaban descodificados desde 1.999 -(el contrato se terminó el 30 de Junio de 2.000)-, y que habían tenido problemas para la codificación en otros almacenes, como Carulla, pero que en éste ya estaban codificados. Dijo:

“... por ese motivo el señor ... –(menciona el nombre de un funcionario de almacenes Éxito)-, dijo, que por el momento no, que estamos en reestructuración, nos vamos a fusionar con Cadenalco y fueron las excusas, fue como el castigo para la línea, por parte de esta persona de compras del Éxito, no los puedo codificar por este resto de año, eso fue el año 99, mitad de año en Julio, Agosto, ...”

...

“Con la parte de endoso tuvimos una dificultad, no la he manifestado pues tan fuerte porque al fin y al cabo la pudimos subsanar que fue con la cadena La 14, como lo alcancé a comentar con esa cadena, sí tuvimos un contratiempo alrededor de un mes y medio, pero exitosamente ellos pues pasamos el impase y nos codificaron, que fue el hecho de que como no recibieron la carta de Rica Rondo donde hacían, manifestaban pues que estaban entregando la línea y la asumía Alimentos Bonfiglio, cuando ya fuimos nosotros a entregar nuestra carta presentándonos, ellos no, no la quisieron recibir porque no tenían ninguna notificación de Rica que hayan dicho lo contrario, lo mismo la parte de aumento de precios, entonces con esa cadena, y luego de un mes vinimos a aumentar el precio al precio que ya estaba vigente desde Junio, y luego de un mes empezamos a venderle pasta a nombre de Alimentos Bonfiglio, antes no, porque eso es una operación que trae sus bemoles mientras firman, mientras ellos analizan y eso transcurrió aproximadamente mes, mes y medio.” (Resaltado por el Tribunal)

El Sr. HERNANDO JOSE CHACON, quien se desempeña como Director Nacional de Ventas, canal supermercados, en Rica Rondo, dijo:

Preguntado: “Sabía usted que cuando ustedes entregaron la línea de producción las Pastas Laura habían sido descodificadas de Carulla y de Cafam?”

Contestó: “Ellos estaban, igualmente como pasó con el Éxito, Cafam y el mismo Carulla estaban ya informándonos porque es que el problema de la rotación del producto no era sólo del Éxito, el problema de rotación del producto era nacional, ellos también nos estaban diciendo que era una pasta que participaba muy poquito en las ventas de sus

negocios y que ellos iban a hacer una revisión del portafolio, cuando nosotros hablábamos con el señor Bonfiglio de estos problemas de baja rotación por la falta total de publicidad y por el alto precio y por el mercado, pues el sabía que habían clientes que tenían posibilidad de que nos descodificaran también, entre esos estaba también el mismo Carrefour, que yo logré la codificación en Carrefour y Carrefour en el primer año empezó a quejarse también por esta falta de rotación del producto, pero sí estábamos enterados claro.”

Sobre la propuesta de suscribir un nuevo contrato de Agencia Comercial.

Sobre esto, dijeron las partes en sus declaraciones:

El representante legal de Rica Rondo Industria Nacional de Alimento S.A., parte demandada en este proceso, Dr. FERNANDO DE FRANCISCO REYES, dijo en su declaración de parte:

“... he tenido informaciones verbales del mismo señor Bonfiglio, que está interesado en que nosotros volvamos a distribuir la pasta, esto es cuestiones recientes, de hace un mes, entonces yo veo esto lleno de inconsistencias,” ... “yo no entiendo por qué el Sr. Bonfiglio, por ejemplo ahora nos está proponiendo a través de forma indirecta, a través de algunos miembros de los accionistas, que nosotros volvamos a distribuir las pastas Laura, siendo que nosotros pues según estas reclamaciones no hemos hecho una labor satisfactoria.”

Por su parte, el representante legal de la sociedad demandante, Sr. ANTONINO BONFIGLIO SALERNO, dijo el mismo día, en la oportunidad de su declaración de parte:

Preguntado por el apoderado de la parte demandada: “Cómo es cierto, si o no, bajo la gravedad del juramento que usted ha prestado, que usted recientemente ha propuesto a los accionistas mayoritarios de Rica Rondo, que esta Compañía acepte volver a distribuir la pasta Laura, debido a que

Alimentos Bonfiglio no ha podido tener éxito en el plan de mercadeo que asumió a partir de Junio del año 2.000?.”

- Contestó: “No ha sido idea mía de eso, sino idea de los socios de Rica.”

- Interpelación del Arbitro: “Es cierto o no es cierto?”

- Contestó: “Es cierto eso, debido a que ellos mismos me propusieron la viabilidad de que nosotros podemos reunirnos y tener otra vez una familia integra y ahí han pasado otros hechos que no llevan al caso contestar eso.”

Hay muchos testimonios y más temas, pero el Tribunal considera suficientes los que ha tenido en cuenta aquí, por tratarse de aquellos que le merecieron mayor credibilidad, no solo por su contenido, sino por la actitud y forma de responder de las personas, lo cual pudo observarse en las respectivas audiencias.

2.7.1.4. Las Pruebas indiciarias.

El Tribunal, aplicando lo dispuesto en los arts. 249 y 250 del C.P.C., los cuales le permiten deducir y valorar indicios, partiendo de la conducta procesal de las partes, no puede pasar por alto, la conducta contradictoria del demandante, en la demanda, la declaración de parte, los testimonios y otras pruebas, sobre la descodificación de sus productos en algunos almacenes de cadena, y las aseveraciones, desvirtuadas documentaria y testimonialmente, sobre las amenazas y represalias del Agente, por no haberse plegado al cambio de naturaleza del contrato de Agencia Comercial a uno de sociedad, propuesto por el Agente en 1.998. Tampoco puede pasar por alto la circunstancia, corroborada en las declaraciones de parte de ambos representantes legales, sobre el deseo de la parte demandante de suscribir con la demandada otro contrato de Agencia Comercial, para los mismos fines, y menos puede pasar por alto que se haya esperado más de tres años, hasta después de la terminación del contrato por justa causa (vencimiento de su término de duración), para hacer la

reclamación de perjuicios contenida en su demanda, habiendo estado en ese mismo tiempo, conociendo y participando en la gestión del Agente. Indicios todos los cuales son graves, concordantes y convergentes sobre los hechos de la demanda y la contestación de los mismos, y que así serán valorados, junto con las demás pruebas, al decidir el Tribunal sobre la responsabilidad civil contractual.

2.7.2. Posición del Tribunal

2.7.2.1. Obligaciones de medio

Son aquellas en que el deudor solamente se compromete a hacer el esfuerzo por llegar a un resultado. PHILIPPE LE TOURNEAU, citado por el doctor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, en su obra titulada “CULPA CONTRACTUAL”, Editorial Temis, 1.990, pág. 26, manifiesta al referirse a las obligaciones de medio:

“En ciertos contratos el deudor solo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia y diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta determinada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento”.

Analizando la demanda a la luz de las pruebas, documentaria, pericial, testimonial y declaración de parte, no le cabe duda al Tribunal de que estamos frente a un contrato de Agencia Comercial con Obligaciones de medios: el Agente solamente se obligó a un comportamiento, a hacer un esfuerzo, a “desarrollar al máximo su capacidad de venta, a fin de garantizarle al

empresario un buen mercado de distribución” (contrato de Agencia Comercial).

No habiendo el contrato previsto la garantía de ventas mínimas por parte del Agente, es forzoso concluir que los presupuestos no eran obligatorios y que por lo tanto las obligaciones contractuales eran simplemente de medios. Frente a esta clase de obligaciones, le corresponde al acreedor (Empresario demandante, Alimentos Bonfiglio Limitada Ltda.), probar la culpa de su deudor (Agente demandado, Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A.).

2.7.2.2. La culpa

Es la impericia o negligencia en el cumplimiento de obligaciones contractuales.

La culpa del Agente no se presume. Debe demostrarse por el Empresario. Así lo dispone el art. 2.184 del C.C., única norma que se refiere el tema, y así ha sido aceptado por la Jurisprudencia y la Doctrina, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de Septiembre 12 de 1.985, (Jurisprudencia y Doctrina, Vol. 14, pag. 968).

Por otra parte, la culpa del agente siempre es leve (arts. 63 y 2.155 del C.C.). No se le puede imputar culpa grave (dolo). Por lo tanto, se refiere solamente a la diligencia o cuidado medio que emplee la persona en sus propios negocios.

Cabe entonces analizar las pruebas, a la luz del alcance jurídico de la culpa en materia de la responsabilidad civil del agente comercial. Para ello nos remitimos a todos los medios probatorios utilizados, y analizados atrás, incluyendo la prueba indiciaria.

Se acusa al Agente de haber descuidado la línea de productos Laura a partir del 27 de Febrero de 1.997 y hasta la terminación del contrato, el 30 de Junio de 2.000; descuido o

incumplimiento defectuoso del contrato que se tradujo en cambios injustificados del personal de mercadeo, descuido de la línea Laura, falta de mecanismos de promoción y mercadeo, falta de reacción frente a la disminución en las ventas, incumplimiento de presupuestos de algún semestre, fallas en actividades de degustación en Almacenes la 14, incumplimiento de la oferta de la Vela, en Diciembre de 1.998 e inexistencia de mercaderistas de Laura en los almacenes. Además, y como un hecho posterior a la demanda, se señala a algunas dificultades internas, financieras y por proyectos onerosos de Rica Rondo, como causas adicionales del cumplimiento defectuoso del contrato.

Pero sobre las acusaciones, las pruebas lo que dicen es que todos los productos, propios y agenciados, se promovieron y comercializaron bajo el mismo portafolio de los productos propios del Agente, y los peritos establecieron que las variaciones en el volumen de colocación de los productos fueron similares al comportamiento del resto de la economía en el mismo período.

Además, la comunicación entre ambas partes fue bastante fluida, como se demuestra con la correspondencia y actas allegadas al expediente, y una de las cuales, titulada “Acta Final”, considera que, para efectos del cronograma de terminación del contrato, toda la logística de ventas se cumplió a cabalidad.

Los cambios del personal de mercadeo, hechos por el Agente en 1.997, correspondían a una facultad suya, como comerciante autónomo, facultad no restringida en ninguna parte del contrato de Agencia Comercial.

Tampoco encuentra el tribunal probado el descuido o la falta de diligencia del Agente, a partir de 1.997, ni antes, para promocionar y vender los productos del Empresario. La falta de algunas promociones, como la “oferta vela” o de “toquecitos del mercado” obedecieron a diferencias de criterio con el

empresario, a quien siempre le consultaron, como lo establecía el contrato. Inclusive los presupuestos se discutían con el Empresario, quien siempre tuvo la posibilidad de exponer su punto de vista, no siempre compartido por el Agente, y de participar en sus seguimientos.

Los problemas internos, financieros y de proyectos equivocados, realizados por el Agente, y que según el demandante pesaron en el descuido de las obligaciones del Agente, aunque no son hechos de la demanda, quedaron consignados en las declaraciones de parte y en algunos testimonios, ninguno de los cuales es concluyente sobre la materia, y en el proceso no se presentó como prueba de ello ni una sola acta de la Asamblea de accionistas del Agente (a pesar de haber sido exhibidas en la inspección judicial), ni ningún otro documento en que aparezcan constancias en contra de dichas políticas, ni tampoco constancias de negativas a votar los finiquitos de cuentas de los administradores, balances, etc., por parte de los socios de Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A., entre los cuales están el Sr. Antonino Bonfiglio Salerno, socio principal y representante legal de la sociedad demandante, y otros ejecutivos de Alimentos Bonfiglio Limitada, igualmente socios de Rica Rondo. Por lo tanto, esas políticas internas y esas dificultades financieras, debe entender el Tribunal que fueron conocidas y finiquitadas por los socios en los respectivos ejercicios contable, con la intervención de las personas ya mencionadas.

Se acusa al Agente de haber actuado de mala fe, al presionar al Empresario con la no prórroga del contrato de Agencia Comercial, si no cambiaba a otra modalidad contractual, como sería una sociedad. Pero lo probado es otra cosa. La misma parte demandante acepta, a través de un testigo que además es representante legal suplente, que no ha recibido concretamente ninguna presión, ni le consta que se hubiera ejercido contra otros empleados del Empresario. Igualmente, los testigos de la parte demandada han manifestado que ese planteamiento no solo fue un ejercicio teórico sino que era absurdo desde el punto

de vista comercial. Y la carta en donde supuestamente se amenazaba, lo que dice es que pueden contar con la prórroga del contrato de Agencia Comercial. A este respecto el Tribunal le da la razón al demandado, quien, al contestar la demanda, dijo que durante la ejecución del contrato se pueden plantear cualquier número de alternativas o nuevos negocios, sin que ello por si solo constituya presiones indebidas, lo cual, como lo admitió el citado testigo de la parte demandante, no ocurrió. Además está la carta de Alimentos Bonfiglio a Rica Rondo, en que le resalta las bondades de otro tipos de contratos de colaboración, en América Latina. La carta del Presidente de Rica Rondo, disculpándose por la conducta de sus empleados, no puede entenderse por si sola como prueba plena de la conducta denunciada, por cuanto los supuestos actos de mala fe han sido desvirtuados con prueba documentaria y con el testimonio, con argumentos lógicos, concordantes y por lo tanto creíbles.

Se acusa al Agente de haber entregado la línea Laura descodificada y desacreditada, a la terminación del contrato, y de no comunicar esa terminación a todos los almacenes de cadena, lo cual dificultó al Empresario retomar la distribución de su producto. Pero lo que aparece probado es que las descodificaciones ya eran conocidas por el Empresario, por ser anteriores a la terminación del mismo. La razón de las descodificaciones la dieron el representante legal y por lo menos un testigo del Empresario, quienes dijeron que muchas veces no podían cumplir con las exigencias de volúmenes de ventas, cuantías de descuentos y otras obligaciones pecuniarias que exigían los almacenes, para volverlos a codificar. Además, esas mismas personas dijeron que en Almacenes La 14 lograron codificarse al mes y medio de haberse terminado el contrato de Agencia Comercial. Es cierto que no todas las cartas enviadas a dichos almacenes a la terminación del contrato, llegaron a su destino. Pero, no estaban acaso haciendo empalme las partes desde meses antes de la terminación del contrato?. No había avisado el agente, por carta al Empresario, con más de tres meses de anticipación, su voluntad de no prorrogar el contrato,

a su vencimiento, como consta en la carta de fecha 3 de marzo de 2.000?. No estaba acaso el Empresario listo a retomar la comercialización de sus productos, si venía quejándose del cumplimiento defectuoso y de mala fe de las obligaciones del Agente, con más de tres años de antelación a la terminación del contrato?. Puede entenderse que en estas circunstancias, y siendo él quien debía pedir sus propias codificaciones en todos los almacenes de cadena, no se hubiera tomado el trabajo de visitarlos previamente, para iniciar también con ellos el empalme de la distribución de sus productos, y la codificación a su nombre una vez se terminara el contrato?. Esta conducta, determina que hubo conducta negligente del Empresario. O será más bien, como lo dicen el representante legal de Alimentos Bonfiglio Limitada y uno de sus empleados, que no pueden cumplir las exigencias que esos almacenes de cadena les hacen para poder codificarlos?.

El Tribunal no entiende por qué el Empresario, que dice haberse percatado del cumplimiento defectuoso y de mala fe del contrato, por parte de su Agente, desde más de tres años antes de la terminación del mismo, decidió continuar, según él, perjudicándose o perdiendo dinero durante ese largo tiempo, para después totalizar esos perjuicios y cobrárselos a su Agente, cuando el contrato se terminó legal y contractualmente por justa causa, como fue la llegada de su plazo de duración. Si el empresario consideró que tenía razones para determinar un cumplimiento defectuoso y de mala fe en las obligaciones del Agente para promover, comercializar y vender los productos agenciados, debió haberlo terminado unilateralmente (art. 1.325 del C. de C., lit. "a", justas causas para terminar por el Empresario el contrato de Agencia Comercial, por incumplimiento grave del agente, de sus obligaciones contractuales), o debió haber pedido su revisión, o no haberlo prorrogado en 1.998, cuando se dio también un vencimiento por plazo. Pero no puede admitirse que el acreedor, empresario demandante y supuesto perjudicado, se espere más de tres años, para hacer más gravosa una reclamación contra el Agente, por un desarrollo contractual en que él mismo ha participado en

forma activa, conociendo, revisando, protestando, felicitando, etc., y permitiendo que se terminara legalmente por justa causa, como es la llegada de su término de duración. Como quien dice que, habiendo conocido y participado en todos los hechos que califica como cumplimiento defectuoso y de mala fe, quiere alegar ahora su propia culpa, para demandar del agente indemnización de perjuicios. Esta conducta procesal del demandado es un indicio grave en contra de sus pretensiones.

Por todas las razones anteriores, el Tribunal no encuentra probada la culpa del demandado. Y al no haber quedado probada, no puede quedar probada tampoco mala fe alguna por parte del Agente.

2.7.2.3. El daño

Es la pérdida de valor patrimonial del acreedor, por el incumplimiento del contrato. En el caso que nos ocupa, el demandante lo ha traducido en daño emergente (perjuicio o pérdida por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato), lucro cesante (derecho a percibir lo que hacia el futuro ha debido reportarle el contrato, de no haberse incumplido, o por haberse cumplido defectuosamente), pérdida de good Will, daño moral, etc.

Considera el Tribunal que el contrato se terminó por la llegada de su término de duración, lo cual es justa causa, y no por terminación unilateral por incumplimiento. Por lo tanto el demandante no podría aspirar nunca al reconocimiento de perjuicios futuros, o sea a lucro cesante. Además, no se logró probar la culpa del Agente, ni su mala fe, por lo cual no habría lugar tampoco a discutir un daño emergente. Y en cuanto a los perjuicios morales, ellos se refieren al dolor que se causa en los sentimientos de una persona natural, y siendo el Empresario una persona jurídica, tampoco podrían considerarse.

Pero el punto central es que la culpa no está probada, y siendo necesaria su coexistencia con los perjuicios, no es necesario entonces continuar desarrollando este tema.

2.7.2.4. La relación de causalidad entre el perjuicio y la culpa

No habiéndose probado la culpa del Agente, y no habiendo por ello perjuicios para reclamarle, no puede haber relación de causalidad.

Siendo necesaria para declarar la indemnización (responsabilidad civil contractual del Agente), que se encuentre probadas simultáneamente la culpa, el perjuicio y la relación de causalidad entre lo uno y lo otro, y no encontrándose probada la culpa, el Tribunal denegará la solicitud del Empresario demandante. Dice un principio universal del Derecho que “donde no hay interés no hay acción”, como quien dice que si aquí no hay culpable ni beneficiado, tampoco hay lugar a declarar responsabilidad civil.

2.8. EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PRIMERA.- CARENANCIA DE DERECHO, CARENANCIA DE ACCION Y CARENANCIA DE CAUSA: Fundadas en que no está probado el daño ni la relación de causalidad entre la culpa y el daño; en que es injusto responsabilizar a Rica Rondo por la recesión económica que afectó a todos los negocios en Colombia por los años 1.998, 1.999, 2.000 y 2.001, y en que la culpa es del empresario (Alimentos Bonfiglio Limitada) por no haber invertido en publicidad y mercadeo.

De acuerdo a la conclusión del Tribunal sobre las indemnizaciones pedidas por la parte demandante, en el sentido de que no se decretarán, por no encontrarse probados la culpa, ni el daño ni la relación de causalidad entre éste y aquella, la

excepción de carencia de Derecho, carencia de acción y carencia de causa, debe prosperar, por encontrarse probados los hechos en que se apoya, y así lo declarará el Tribunal.

De acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del art. 306 del C. de P.C., encontrándose probada una excepción que conduce al rechazo de todas las pretensiones de la demanda, el Tribunal se abstendrá de revisar las restantes, las cuales se titulaban:

“Segunda.- inexistencia de la obligación y pago de lo debido”, “Tercera.- transacción, conciliación y cosa juzgada”, “Cuarta.- compensación”, “Quinta.- prescripción y caducidad”, y “Sexta.- innominada”.

2.9. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE LA PRESTACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTICULO 1.324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: fundada en el hecho de que esa prestación fue pagada por la sociedad Alimentos Bonfiglio Limitada a la sociedad Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A.. Esta excepción la fundamentó en la cláusula NOVENA del contrato celebrado entre las partes el 26 de junio de 1.992, en virtud de la cual las partes manifestaron que en el porcentaje del 30% reconocido al Agente, estaba incluida la llamada “cesantía comercial”, razón por la cual no habría lugar a pagos adicional alguno, por tal concepto, a la terminación del contrato.

Esta excepción está llamada a prosperar, toda vez que el Tribunal consideró que la cesantía comercial podía ser renunciada, especialmente si se trataba de incorporarla a la prestación periódica de las comisiones, como una “Prestación Comercial Integral”. El Tribunal se remite a al capítulo del

Laudo referente a la llamada “Cesantía Comercial”, encontrado así probados los hechos de la excepción.

3. LIQUIDACION EN CONCRETO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Terminado como está el procedimiento arbitral, el Tribunal procede a practicar la liquidación en concreto de costas y agencias en Derecho. La forma como serán pagadas se establecerá en la parte resolutive del presente Laudo Arbitral, para lo cual se fijan los siguientes parámetros:

3.1. Liquidación:

Honorarios del árbitro y del secretario:	\$ 37.016.492,00
Gastos funcionamiento Tribunal:	\$ 9.851.832,00
Honorarios de los peritos:	\$ 14.000.000,00
TOTAL COSTAS:	\$ 60.868.324,00

Las costas fueron pagadas por las partes, en igual proporción, o sea la suma de \$30.434.162.00, por cada parte, al iniciarse el trámite arbitral.

AGENCIAS EN DERECHO: \$100.000.000.00

Las Agencias en Derecho se tasan en consideración a la cuantía estimada por las partes y a la complejidad del presente Proceso Arbitral.

3.2. Cuantía de las demandas, principal y de reconvención. Porcentaje de cada parte en dicha cuantía.

Total de las cuantías estimadas por ambas partes, en sus respectivas demandas: \$2.200.000.000,00 (100%)

Cuantía establecida en la demanda principal, por Alimentos Bonfiglio Limitada: \$1.700.000.000,00 (lo cual equivale al 77.27% de la cuantía del Proceso).

Cuantía establecida en la demanda de reconvencción, por Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A.: \$ 500.000.000,00 (lo cual equivale al 22.73% de la cuantía del Proceso).

4.- DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas con ocasión del contrato de celebrado el 26 de Junio de 1.992 entre Alimentos Bonfiglio Limitada y Rica Rondo Fábrica Nacional de Alimentos S.A.,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, profiere el siguiente:

LAUDO ARBITRAL

PRIMERO: EN CUANTO A LA DEMANDA DE ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA LTDA. CONTRA RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A.:

Se declara probada la excepción de mérito de CARENANCIA DE DERECHO, CARENANCIA DE ACCION Y CARENANCIA DE CAUSA, propuesta por Rica Rondo, Industria Nacional de Alimentos S.A., al contestar la demanda.

En consecuencia, se hacen las siguientes declaraciones:

A. Se niega la pretensión primera de la demanda, por no haber quedado demostrada la responsabilidad civil contractual que

demandó Alimentos Bonfiglio Limitada, en contra de Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S.A.

B. La pretensión segunda, sobre condena en costas y agencias en Derecho, se decidirá más adelante, en acápite separado.

PARAGRAFO PRIMERO: En cuanto a la objeción por error grave del dictamen pericial, propuesto por la parte demandante, el Tribunal la declara no probada.

PARAGRAFO SEGUNDO: En cuanto a la tacha por sospecha del testigo Sr. JOSE ROJAS TRUJILLO, propuesta por la parte demandada, se declara probada.

SEGUNDO: EN CUANTO A LA DEMANDA DE RECONVENCION DE RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A. CONTRA ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA LTDA..

Se declara probada la excepción de mérito de IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE LA PRESTACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTICULO 1.324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO propuesta por Alimentos Bonfiglio Limitada, al contestar la demanda de reconvención.

En consecuencia, se hacen las siguientes declaraciones:

A. Se concede lo solicitado en la primera pretensión, declarando que entre las partes existió un contrato de Agencia Comercial, el cual rigió entre el 26 de Junio de 1.996 y el 30 de Junio del año 2.000, en que se terminó por vencimiento del plazo convenido para su duración.

B. No se conceden las pretensiones segunda a quinta, por no haber lugar a liquidación y pago de la prestación que establece a favor del agente el art. 1.324, inc. primero del C. de C., por cuanto la misma fue válidamente renunciada como tal, y en

cambio fue pactada contractualmente como una prestación comercial integral, incluida en su “utilidad” del 30%.

C. La pretensión sexta, sobre condena en costas y agencias en Derecho, se decidirá más adelante, en acápite separado.

TERCERO: LIQUIDACION EN CONCRETO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Se condena a las partes a pagar las costas y agencias en Derecho, en proporción a la cuantía de sus respectivas demandas, en el presente proceso: a) 77.27% a cargo de ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA, y a favor de RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A.; y b) 22.73% a cargo de RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A. y a favor de ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA, así:

COSTAS

El valor de las costas, o sea la suma de SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$60.868.324.00), deberá ser asumido en las siguientes proporciones: a) el 77.27% a cargo de ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA, es decir la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$47.032.954,00) y b) el 22.73% a cargo de RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A., lo que equivale a TRECE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS (\$13.835.370,00).

Como de los CUARENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$47.032.954,00) a cargo de ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA, ya se consignaron TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL

CIENTO SESENTA Y DOS PESOS (\$30.434.162.00) a la iniciación del trámite arbitral, queda debiendo a RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A., la suma de DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$16.598.792.00) por concepto de costas.

AGENCIAS EN DERECHO

El valor de las Agencias en Derecho, CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000.00), deberá ser asumido por las partes en las mismas proporciones: 77.27% a cargo de ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA, que equivale a SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$77.270.000.00), y 22.73% a cargo de RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A., es decir VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$22.730.000.00).

Como las condenas son en beneficio recíproco, de los SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$77.270.000.00) que debe pagar ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA a RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A., se descuentan los VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$22.730.000.00) que esta última debe pagar a la primera, lo cual da como resultado una diferencia de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$54.540.000.00) que debe ser cancelada por ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA a RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A., por concepto de Agencias en Derecho.

CONDENA EN CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, se establece la siguiente condena en concreto:

a) Costas a cargo de ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA y a favor de RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A.	\$16.598.792.00
b) Agencias en Derecho a cargo de ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA y a favor de RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A.	<u>\$54.540.000.00</u>
TOTAL	\$71.138.792,00 =====

ALIMENTOS BONFIGLIO LIMITADA deberá pagar a RICA RONDO INDUSTRIA NACIONAL DE ALIMENTOS S.A., la suma de SETENTA Y UN MILLONES CIENTO TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS MCTE. (\$71.138.792.00), dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Laudo Arbitral.

CUARTO: LIQUIDACION FINAL DE LA CUENTA DE GASTOS DEL TRIBUNAL.

Ejecutoriado este Laudo Arbitral, el Presidente hará la liquidación final de gastos, cubrirá los que estuvieren pendientes y, previa cuenta razonada devolverá a las partes la porción no utilizada de la suma entregada por las partes para gastos del Tribunal.

QUINTO: COPIAS AUTENTICAS DEL LAUDO ARBITRAL.

Ordénese por secretaria la expedición y entrega de copias auténticas de este Laudo a cada una de las partes y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

SEXTO: PROTOCOLIZACIÓN DEL LAUDO

Por el presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de gastos, protocolícese el expediente una vez ejecutoriado el presente laudo, en una Notaria del Círculo de Cali.

De acuerdo a lo solicitado por las partes y decidido por el Tribunal mediante auto No 23 de fecha 1 de Octubre de 2.001 (Acta No. 18), solo se protocolizarán las siguientes piezas del expediente: el Laudo Arbitral, las actas del Tribunal, el dictamen pericial y su aclaración y complementación, las demandas (principal y de reconvención) y sus contestaciones.

Los documentos no protocolizados permanecerán bajo la custodia del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

Con cargo a la cuenta de gastos del Tribunal, el Presidente pagará al citado Centro de Conciliación de Arbitraje el valor de dicho servicio, si así lo dispusiere dicha entidad. En caso de que el costo de custodia por parte de la Cámara de Comercio de Cali fuere superior al valor de protocolización notarial, el Arbitro optará por este último procedimiento, en relación con la totalidad del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

El Arbitro,

JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO

El Secretario,

LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO