

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
COLOMBINA S.A.
contra
NESTLÉ PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintiséis (26) de mayo de dos mil cinco (2005)

Como se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento (Decreto 2279 de 1989, Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 del mismo año), procede a decidir el Tribunal, el conflicto planteado en las pretensiones sometidas a su consideración, profiriendo el correspondiente laudo arbitral con el cual se pondrá fin a las controversias sometidas a decisión en el presente proceso arbitral, promovido por la sociedad Colombina S.A. contra Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A.

CAPITULO I

Antecedentes

1.1. Solicitud de integración del Tribunal de Arbitramento

El 1 de junio de 2004, la sociedad Colombina S.A. a través de apoderado presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la demanda para que se convocara un Tribunal de Arbitramento que dirimiera las diferencias surgidas con la sociedad Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. con ocasión de los contratos de suministro para una posterior distribución suscritos entre las partes, que relaciona en su demanda la CONVOCANTE.

1.2. El Pacto Arbitral

La estipulación del pacto arbitral se concretó en la cláusula vigésima quinta del contrato suscrito el 27 de septiembre de 1993 antes referido la cual reza textualmente así:

“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, que no pueda ser arreglada amistosamente entre las partes dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha en que se presentó la controversia o diferencia, se resolverá por un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO designado por la Cámara de Comercio de Cali a solicitud de cualquiera de las

partes, arbitramento que se sujetará a lo dispuesto por las leyes vigentes de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres árbitros; b) la organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN MERCANTIL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CALI; c) El Tribunal decidirá en derecho; d) El Tribunal funcionará en Cali en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de esta ciudad, y e) para los efectos del Tribunal de Arbitramento Purina Colombiana será notificada en la Cra. 8ª # 99-51, P.10 (Santafé de Bogotá D.C.) y Colombina S.A. en la Cra. 1ª, 24-56 P. 5 (Cali)".

El Tribunal cuando definió lo referente a su competencia para conocer de los hechos generadores del litigio entre las sociedades convocante y convocada, partió de la circunstancia incontrovertible de que desde el año 1986, con fecha 6 de mayo, las partes celebraron un contrato de suministro para su posterior distribución de una serie de productos de consumo animal y que esa relación comercial se prolongó hasta el 31 de diciembre de 2002, sin que existiera solución de continuidad, es decir que durante todo ese tiempo la sociedad COLOMBINA S.A. compró a la hoy, sociedad NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A., de manera permanente e ininterrumpida esas mercancías o productos y que igualmente dentro de ese periodo realizó las labores de promoción de los mismos en los términos que más adelante se indican de manera pormenorizada.

Es cierto que durante el desarrollo y ejercicio de esa relación jurídica el contrato tuvo dos modificaciones, una de ellas para introducir un nuevo producto mediante la firma de un contrato fechado en septiembre de 1988 y en el cual se reproducen las cláusulas del anterior contrato. Se observa que hay una identidad de las partes, del objeto y de las condiciones y lo más importante que no existe prueba alguna que indique la intención de dar por terminada la relación, ni mucho menos que exista una certeza sobre la liquidación del contrato de 1986.

En el año de 1993, el 27 de septiembre, se firmó un contrato en el cual también concurren las mismas partes, para continuar desarrollando la misma actividad iniciada en 1986 y que sin interrupción alguna, reitera el Tribunal, se prolonga hasta el año 2002.

La modificación importante y casi la que justificaba la firma del nuevo documento fue la inclusión de una cláusula compromisoria en los términos que se indican en su transcripción. Si observamos detenidamente la cláusula se lee en ella que tendría aplicación cuando surjan diferencias relativas a este contrato, a su

liquidación y ejecución, lo cual nos indica entonces que debe cubrir todo el tiempo de ejecución de la relación y que si tiene aplicación para las controversias referentes a la liquidación, con mayor razón debe cubrir la totalidad de la temporalidad de la trayectoria de las relaciones, es decir desde mayo de 1986 hasta diciembre de 2002.

En el conjunto de las pruebas del proceso existen documentos y declaraciones de testigos que señalan como fecha de inicio de la relación jurídica el año de 1986 y como fecha de terminación el año 2002.

Por las anteriores consideraciones el Tribunal ha de declarar que su competencia cubre todo el periodo de la relación jurídica desde mayo de 1986 hasta diciembre de 2002.

Concluir de diferente manera llevaría al absurdo jurídico de indicar que la liquidación de las obligaciones derivadas de la terminación, sólo se podrá referir a una parte de ella, con un claro desconocimiento de los derechos de las partes y de su propia intención.

El Tribunal reafirma que con el caso que nos ocupa, las controversias sometidas a su examen tienen su origen en una relación comercial iniciada en mayo de 1986 hasta diciembre de 2002 y que esa relación por expreso acuerdo entre las partes quedó sometida a la regulación que aparece indicada en el contrato de 1993 firmado entre ellas.

1.3. La Constitución del Tribunal de Arbitramento

Las partes de común acuerdo, el día 24 de marzo de 2004, con la presencia de la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, nombraron a los árbitros que integrarían el Tribunal de Arbitramento que dirimiera las diferencias suscitadas entre las mencionadas sociedades quedando designados los abogados José Ricardo Caicedo Peña, Jorge Restrepo Potes y Jaime Valenzuela Cobo, como principales. Los árbitros designados dentro del término legal aceptaron su nombramiento, por medio de comunicaciones que obran en el cuaderno principal del expediente.

1.4. El desarrollo de la etapa prearbitral.

La fecha para la audiencia de instalación del Tribunal la señaló la directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, para el día 24 de junio de 2004.

1.5. Instalación del Tribunal.

A la audiencia de instalación, realizada el 24 de junio de 2004, asistieron las partes representadas por sus apoderados. Se designó Presidente al doctor José Ricardo Caicedo Peña y Secretario al doctor Luis Alfonso Mora Tejada. Seguidamente y mediante Auto No. 01 del Tribunal de Arbitramento se fijó el lugar de su funcionamiento, se reconoció personería para actuar como apoderados de la sociedad Colombina S.A. a los abogados doctor Fernando Hinestrosa Forero como Principal y al doctor Ramiro Bejarano Guzmán como suplente y como apoderado de Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. al abogado doctor José Félix Escobar Escobar.

En esta misma audiencia se admitió la demanda arbitral y se notificó del auto admisorio de ésta al apoderado de la sociedad convocada. Así mismo se fijó una suma de dinero inicial para gastos.

El 22 de julio de 2004 se continuó con la audiencia de instalación del Tribunal. En esta audiencia se posesionó el Secretario quien prometió cumplir bien y fielmente con las labores de su cargo. Se informó que la sociedad Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A., el 9 de julio de 2004, había contestado la demanda; en el mismo escrito se presentaron excepciones, de las cuales se corrió traslado en esa audiencia al apoderado de Colombina S.A.

El 27 de julio de 2004 el apoderado de la convocante presentó un escrito con el cual describió el traslado de las excepciones propuestas por la convocada.

El 9 de agosto del año 2004 el Tribunal continuó con la audiencia de instalación del mismo; en esta fecha realizó la audiencia de conciliación, a la cual, luego de varias intervenciones e intentos de arreglo, en Auto No. 03 de esa fecha, se declaró fracasada.

Por medio de Auto No. 04 de 9 de agosto de 2004, con base en los Artículos 142 y siguientes del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal procedió a fijar las cantidades correspondientes a honorarios y gastos de administración y funcionamiento. Este auto no fue objetado por ninguna de las partes y se realizaron las consignaciones correspondientes.

El 12 de agosto de 2004 el apoderado de la convocada presentó un memorial con algunas modificaciones y precisiones a las pruebas pedidas en su escrito de contestación de la demanda.

1.6 Competencia del Tribunal.

El 6 de septiembre de 2004 el Tribunal continuó con la audiencia de instalación, definiendo sobre su competencia. Mediante Auto No. 05 de esta fecha el Tribunal de Arbitramento decidió declararse competente para conocer del proceso instaurado por Colombina S.A. contra Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. En este mismo auto corrió traslado al apoderado de la convocante del escrito de 12 de agosto presentado por el apoderado de la convocada.

1.7. Primera audiencia de trámite.

El 30 de septiembre de 2004 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite. Mediante Auto No. 06 de esta fecha el Tribunal decretó las pruebas solicitadas oportunamente por los apoderados de las partes, a excepción de la exhibición de documentos de la convocante solicitada por ella misma y las que de oficio consideró pertinentes.

Dentro de este auto de decreto de pruebas fueron designados como peritos los doctores Miryam Caicedo Rosas y Carlos Alfredo Chavarriaga Ceballos.

El 7 de octubre de 2004 se dio inicio a la práctica de pruebas. En esta audiencia el apoderado de la sociedad convocante presentó dos memoriales en los que ampliaba el cuestionario a los peritos. El Tribunal mediante Auto No. 07 de esta fecha, aceptó la adición al cuestionario. Seguidamente y en la misma audiencia se posesionaron los dos peritos.

Por Auto No. 8 de 7 de octubre de 2004 se les fijó la cantidad de un Millón Quinientos Mil pesos (\$1.500.000) a cada Perito, como anticipo para gastos y se

les concedió un término de treinta (30) días hábiles, contados a partir del 15 de octubre del mismo año, para que rindieran su experticia.

En esa misma fecha se recibió el interrogatorio de parte del doctor Hernán Darío Mejía Álvarez, y la primera parte del interrogatorio del doctor Sergio Nicolás Quiroz Ortiz, el cual fue suspendido por las razones consignadas en el Auto No. 10 de 07 de octubre de ese año. En la misma diligencia fueron recibidos los testimonios de los señores Mario Payán Bautista, Henry Posada Torres y Oscar Concha Aguirre.

El 14 de octubre de 2004 el Tribunal para continuar con la práctica de pruebas se desplazó a la ciudad de Bogotá D.C. en compañía de los apoderados y de los peritos con el fin de llevar a cabo la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos en las oficinas de la sociedad convocada Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. Las decisiones tomadas en esta diligencia se encuentran relacionadas en el Acta No. 7 de esa fecha.

El 19 de octubre de 2004 el Tribunal se desplazó en compañía de los apoderados y de los peritos a las oficinas de la sociedad convocante Colombina S.A. con el fin de llevar a cabo la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos. En esa fecha y por medio de Auto No. 12 se modificó la fecha para la entrega de los dictámenes periciales, dándoles un término de treinta (30) días adicionales contados a partir del 27 de octubre del año 2004.

El 20 de octubre de 2004 (Acta No. 9) se continuó con la práctica de pruebas, recepcionando los testimonios de los señores: Alberto Ríos Restrepo, Juan Carlos Escobar Barrera, Luz Marina Salazar de Arango y Doris Paulina Ríos Botero; así mismo el 21 de octubre (Acta No. 10) se recibieron los testimonios de los señores: Ariosto Manrique Herrera, Luz Stella Vallejo Bermúdez, Florencia Peña López, Andrés Felipe Durán Gardeazabal y Carlos Mario Londoño Estrada.

En la audiencia del 21 de octubre de 2004 (Acta No. 10) por Auto No. 13, el Tribunal aceptó el desistimiento de la prueba testimonial de los señores Henry Arturo y Nubia Hernández, solicitado por parte del apoderado de la convocante.

El 04 de noviembre de 2004 (Acta No. 11), se recibieron los testimonios de los señores María Helena Salazar Botero, Adriana Salazar Marín, Humberto Noguera Padilla, Luis Eduardo Cedeño Izquierdo y la continuación del interrogatorio de parte del señor Sergio Nicolás Quiroz Ortiz.

En esa misma audiencia, y por medio de Auto No. 15 de 4 de noviembre de 2004, el Tribunal aceptó el desistimiento de la prueba testimonial de los señores Rafael Lizarazo, solicitado por parte del apoderado de la convocante.

El 23 de noviembre de 2004 (Acta No. 12) por Auto No. 16 se aceptaron las correcciones realizadas a los interrogatorios de parte de los representantes legales de las partes, recepcionados el 7 de octubre de 2004, y se continuó con el interrogatorio del representante de la convocada del 4 de noviembre de 2004. En este mismo auto se aceptó el desistimiento de la prueba testimonial de los señores José Fernando Dueñas y Oscar Darío Morales, solicitado por el apoderado de la convocante; así como la suspensión del proceso, solicitada de consuno por las partes en la misma audiencia, a partir del 14 de diciembre de 2004 y hasta el 26 de enero de 2005.

El 7 de diciembre de 2004 los peritos Miryam Caicedo y Carlos Alfredo Chavarriaga solicitaron al Tribunal una prórroga de treinta días para rendir su experticia. En audiencia de 13 de diciembre de 2004, por Auto No. 17 el Tribunal prorrogó el término para que los Peritos rindieran su experticia, hasta el día 02 de febrero de 2005.

El 2 de febrero de 2005 los peritos rindieron cada uno su experticia. El 4 de febrero de 2005, la secretaría corrió traslado a los apoderados de las partes de los dictámenes periciales rendidos. El 9 de febrero del mismo año el apoderado de la parte convocante presentó un escrito pidiendo adición y aclaración de las experticias rendidas. El mismo día el apoderado de la parte convocada presentó dos escritos (uno para cada perito) en los que también solicitó la aclaración y complementación de los dictámenes periciales.

En audiencia del 17 de febrero de 2005, por Auto No. 18 el Tribunal fijó un término de diez días hábiles para que presentaran las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes.

El 3 de marzo de 2005, los Peritos presentaron las aclaraciones y complementaciones a los dictámenes periciales que les fueron solicitados. El martes 8 de marzo de 2005 el Secretario del Tribunal corrió traslado a los apoderados de las partes de las aclaraciones y complementaciones de los dictámenes periciales. El 11 de marzo de 2005 el apoderado de la parte convocada presentó dos escritos en los que objeta por error grave cada una de las experticias.

El 14 de marzo de 2005 (Acta No. 16), por medio de Auto No. 20, el Tribunal fijó la cantidad de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) como honorarios para cada perito, dicho auto no fue objetado por ninguna de los apoderados de las partes.

En la misma audiencia, y por Auto No. 21 del 14 de marzo de 2005, se corrió traslado al apoderado de la parte convocante de los escritos de objeción por error grave presentados por el apoderado de la parte convocada. Dentro de la diligencia el apoderado de la convocante describió este traslado en los términos allí expresados. Finalmente, en Auto No. 22 de 14 de marzo de 2005 se fijó fecha para audiencia de alegatos de conclusión para el día 14 de abril del año en curso, presentados los alegatos de conclusión se fijó fecha para proferir el laudo que resolverá las diferencias sometidas a consideración del Tribunal.

CAPITULO II

La Demanda

2.1 Síntesis de los hechos de la demanda

La sociedad convocante Colombina S.A. fundamentó la demanda en los hechos que se resumen a continuación:

1. Entre Purina Colombiana S.A. y Distribuidora Colombina Ltda. se celebró un contrato el 6 de mayo de 1986 denominado “Contrato de Suministro para Posterior Distribución”.
2. El 23 de septiembre de 1988 Purina Colombiana S.A. y Distribuidora Colombina Ltda. celebraron entre sí el que denominaron “contrato de suministro para posterior distribución”, con vigencia a partir de 23 de agosto anterior, en términos iguales a los del contrato de mayo de 1986, con la sola diferencia de incluir un producto más.
3. Colombina S.A. sucedió a Distribuidora Colombina Ltda. en el contrato y desarrollo de las relaciones comerciales con Purina Colombiana S.A.
4. El 27 de Septiembre de 1993, con efecto remitido al 20 de septiembre anterior, se celebró entre Purina Colombiana S.A. y Colombina S.A., el denominado “contrato de suministro para posterior distribución”, en términos similares a los de los contratos de 6 de mayo de 1986 y 23 de septiembre de 1988, salvo las listas de los productos objeto del contrato, que conforme a la cláusula primera “los contratantes de común acuerdo” modifican para excluir alguno o algunos e incluir otro u otros, y la introducción de la cláusula compromisoria para la

solución de “toda controversia relativa al contrato y a su ejecución y liquidación”.

5. El 15 de marzo de 2001 Colombina dirigió una comunicación a Ralston Purina Colombiana S.A. con relación a la compra de esa entidad por parte de Nestlé.
6. Ralston Purina Colombiana S.A. respondió a Colombina S.A. la anterior comunicación el 23 de marzo de 2001.
7. La multinacional Nestlé resultó comprando la sociedad Ralston Purina de Colombia S.A., en vista de la posición que ésta había alcanzado en el mercado de alimentos para mascotas, gracias al esfuerzo ingente de Colombina a lo largo de dieciocho años continuos, y para explotarlo con su propia red de distribución, esto es, para apropiarse del valor agregado sin la más mínima consideración para con la agente.
8. El 12 de abril de 2002 Nestlé Purina Pet Care dirigió comunicación a Colombina S.A., solicitándole continuar con la distribución de la línea de gatos muy especialmente en las cadenas Nacionales hasta el día 30 del mes de Mayo, fecha en la cual esperan haber superado las dificultades operativas presentadas con esa línea.
9. El 16 de julio de 2002 Colombina S.A. dirigió a Nestlé Purina Pet Care y Ralston Purina Colombiana S.A., comunicación en estos términos: *“Durante más de diez y siete años hemos recibido de ustedes el encargo de distribuir sus productos en el territorio colombiano, esfuerzo que hoy se ve truncado por una operación de adquisición concluida en el extranjero, de la cual ya hemos sido notificados y en cuya virtud dan por terminadas nuestras relaciones comerciales.*

Afirmamos haber cumplido a cabalidad y con toda fidelidad el encargo que recibimos, posicionando la marca PURINA y conquistando el mercado colombiano de alimentos para mascota. La terminación de las relaciones comerciales que ustedes nos han notificado nos generan un mundo impacto (SIC) negativo en toda nuestra operación comercial, dada las inversiones y el montaje implementado para cumplir con el encargo solicitado por ustedes.

En consecuencia, estimamos ser merecedores de una compensación equitativa por los esfuerzos desplegados a su favor, y que les permite entrar a aprovechar y beneficiarse de un mercado que nosotros hicimos y conquistamos para ustedes.”

10. El 14 de agosto de 2002 el representante legal de Nestlé Purina Pet Care respondió aquella carta diciendo que: *“El referido contrato define en carácter de nuestras relaciones como un contrato de suministro, el cual como ustedes saben no genera retribución alguna a su finalización. Adicionalmente, en dicho contrato se acordó la terminación del mismo por cualquiera de las partes con*

un aviso de tres (3) meses de antelación, sin compensación económica, término de notificación que ha sido cumplido con creces a cabalidad. Es por lo anterior que damos respuesta negativa a su solicitud.”

11. Habiendo Nestlé Purina Pet Care dado por terminado el contrato, las partes procedieron a su liquidación, que culminó al finalizar el año 2002.
12. Posteriormente, siguiendo la pauta trazada en la cláusula vigésima quinta del contrato, compromisoria, Colombina S.A., dirigió a Nestlé Purina Petcare, el 5 de febrero de 2003, comunicación en la que le puso de presente sus pretensiones relativas a la naturaleza jurídica del contrato, como de agencia comercial, y por concepto de reconocimientos e indemnizaciones a causa de la terminación de aquel.
13. A esa carta respondió la convocada diciendo: *“No es usual que Compañías del tamaño, prestigio y trayectoria de Colombina, que han hecho suyo un merecido prestigio en la distribución de productos de otras Compañías, acudan a sutilizas legales para tratar de contradecir lo que fue su voluntad expresada y ejecutada durante muchos años. No le hace bien al comercio como tampoco a Compañías líderes como Colombina S.A., llenar de incertidumbre el alcance de sus relaciones comerciales, máximo cuando hay un Contrato extenso y detallado, que fue negociado y ejecutado en términos de absoluta igualdad y buena fe. Debemos reiterarles entonces nuestra negativa a su solicitud por considerarla improcedente.”*
14. Así cumplió Colombina S.A. el trámite previo a la convocatoria del arbitramento en la cláusula compromisoria.
15. Valga poner de presente que Colombina tiene una trayectoria ampliamente reconocida en el país y en el exterior, no solo de eficiencia en su desempeño, sino de honestidad, seriedad y cumplimiento de sus compromisos; que en setenta años de ejercicio no ha tenido un solo litigio acerca de la naturaleza y la ejecución de sus contratos; y que, si en esta oportunidad se ha erguido para reclamar lo que le corresponde con arreglo al derecho y a la buena fe, es precisamente por haber sido maltratada y porque sus intereses legítimos fueron conculcados por su contraparte con manifiesto abuso del derecho.
16. Si bien se suscribieron tres documentos denominados todos “contrato de suministro para posterior distribución”, los dos primeros entre las mismas personas jurídicas y el tercero con otra persona jurídica, y la contención se plantea entre ésta como demandante y una persona jurídica con distinto nombre como empresario demandado, es manifiesto que el contrato es el mismo y uno solo, celebrado con renovaciones por unas mismas partes mediante el procedimiento señalado en él, como lo ponen de presente la igualdad del contenido, la sucesión entre los contratantes y las partes

procesales y, en últimas, lo han declarado expresamente los representantes de las ahora demandante y demandada en las comunicaciones que se cruzaron con oportunidad del anuncio de terminación por parte de Nestlé Purina Pet Care y posteriormente.

17. A raíz de la vigencia anticipada del capítulo del Código de Comercio relativo a la “agencia comercial”, que introdujo la prestación y la indemnización especiales a favor del agente y a cargo del empresario, y de su incorporación definitiva a aquel en el Decreto 410 de 1971, los empresarios se dieron a la tarea de eliminar de sus contratos de distribución toda calificación de agencia y de redactarlos de manera de eludir aquellas obligaciones alegando que la figura en cuestión no era de agencia comercial, y valiéndose de juegos de palabras, de modo de hacer pasar el suministro y la distribución como contratos y operaciones autónomos, contrapuestos al de agencia.

2.2 Pretensiones

Como consecuencia de los hechos invocados en la demanda la sociedad convocante Colombina S.A. solicitó al Tribunal las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que la relación contractual habida entre Nestlé Purina Pet Care Colombiana S.A. (a partir de sus antecesoras Purina Colombiana S.A. y Ralston Purina Colombiana S.A.) y Colombina S.A. (a partir de su antecesora Distribuidora Colombina S.A.), de mayo de 1986 en adelante, fue de agencia comercial, regida por las normas del Título V del Libro 4º del Código de Comercio.
2. Que en consecuencia, habiendo terminado dicha relación Nestlé Purina Pet Care Colombiana S.A. debe reconocerle y pagarle a Colombina S.A., de conformidad con lo previsto en el inciso primero del Art. 1324 C. Co., una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o sea de mayo de 1986 a diciembre de 2002, esto es, una suma no inferior a cinco mil quinientos sesenta y ocho millones novecientos ochenta y siete mil pesos (\$5.568.987.000).
3. Que las cláusulas vigésima primera y vigésima segunda de los contratos (20ª y 21ª del contrato de 6 de mayo de 1986), que disponen, en su orden, que la duración del contrato es de dos años prorrogables por acuerdo escrito de las partes y que cualquiera de ellas puede dar por terminado unilateralmente el contrato a discreción, sin incurrir en responsabilidad alguna, “con aviso enviado con tres meses de anticipación a la otra”, son absolutamente ineficaces.

4. Que, de todos modos, e independientemente de la calificación del contrato, Nestlé Purina Pet Care Colombiana S.A. debe pagar a Colombina S.A., por haber dado por terminado el contrato con abuso del derecho, “una indemnización equitativa como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, las líneas de productos y los servicios del contrato”, en cantidad no inferior a seis mil ciento cincuenta y cinco millones de pesos (\$6.155.000.000), conforme lo prevé el inciso segundo del Art. 1324 C.Co.
5. Que, independientemente de la calificación jurídica del contrato, Nestlé Purina Pet Care Colombina S.A. está obligada a indemnizar a Colombina S.A. los perjuicios (interés positivo o lucro cesante que le ha ocasionado su terminación unilateral sin justa causa, en cuantía no inferior a la suma de tres mil cuatrocientos cuarenta millones de pesos (\$3.440.000.000).
6. Que el monto de las condenas ha de cancelarse dentro del término que fije el laudo, con corrección monetaria o actualizado, especialmente el de la prestación del Art. 1324 (1) C.Co., de acuerdo con el índice de inflación, conforme a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 6892 de 18 de marzo de 1993.
7. Que la convocada demandada pagará las costas del proceso.

CAPITULO III

CONTESTACION DE LA DEMANDA

3.1 A los hechos.

El apoderado de la sociedad convocada Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. dio respuesta a la demanda, aceptó la mayoría de los hechos, negó unos y sobre otros manifestó que no son propiamente hechos sino juicios de valor.

3.2. A las pretensiones.

La sociedad Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. a través de su apoderado, en la contestación de demanda se opuso y rechazó las pretensiones de la misma, en los siguientes términos:

NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A. se opone y rechaza todas y cada una de la pretensiones, por ser ellas contrarias a derecho.

La CONVOCADA rechaza la primera pretensión por ser contraevidente, debido a que el CONTRATO suscrito entre las PARTES fue en su sustancia y en su forma un CONTRATO DE “SUMINISTRO para posterior DISTRIBUCIÓN”. La cita de

derecho que ésta pretensión trae es, indistintamente, causa o efecto de una profunda confusión, pues ella se fundamenta en el CONTRATO DE SEGURO.

Se rechaza la segunda pretensión. COLOMBINA S.A. nunca fue Agente Comercial de PURINA COLOMBIANA S.A. Por consiguiente, nada se le debe por este concepto a la CONVOCADA.

La CONVOCADA rechaza la tercera pretensión. No se encuentra razón al afirmar que las cláusulas que un contrato terminado desde 1988, a satisfacción de ambas PARTES, genere efecto alguno. Y es irrelevante la calificación jurídica que se les dé.

La parte CONVOCADA rechaza la cuarta pretensión. La forma de terminación del CONTRATO fue producto de pacto expreso y especial de los CONTRATANTES. COLOMBINA aceptó tal terminación y solicitó, simplemente, ampliar el plazo de tres (3) meses previsto en el CONTRATO, solicitud que le fue concedida. La PARTE CONVOCADA no adeuda suma alguna por este concepto, pues, se reitera, el CONTRATO fue de "SUMINISTRO para posterior DISTRIBUCIÓN" y no de Agencia Comercial.

La CONVOCADA rechaza la quinta pretensión. NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A. no adeuda suma alguna a la CONVOCANTE, pues la terminación del CONTRATO se ajustó en un todo a lo previsto en el CONTRATO. Se destaca falta de claridad en la formulación de la pretensión, por no coincidir letras y números.

La PARTE CONVOCADA rechaza la sexta pretensión. La CONVOCADA no debe ninguna suma de dinero a la CONVOCANTE ni por éste ni por ningún otro concepto derivado del CONTRATO de 20 y 27 de Septiembre de 1993.

Se rechaza la séptima pretensión. Es la CONVOCANTE, con sus pretensiones sin fundamento, la que deberá ser condenada al pago de las costas del proceso.

3.3 Excepciones

El apoderado de Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. propuso las excepciones que a continuación se relacionan, las cuales se analizarán y decidirán más adelante.

1. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos.
2. Falta de competencia para conocer de litigios derivados de contratos diferentes al de fechas 20 y 27 de septiembre de 1993.
3. Contrato de suministro para posterior distribución debidamente cumplido o ejecutado. Inexistencia de contrato de agencia comercial.
4. Cobro de lo no debido.

5. Ratificación y/o prescripción de la nulidad relativa proveniente del error alegado.
6. Carencia de acción por haber renunciado válidamente la convocante a plantear el litigio.

3.4. Peticiones

Como consecuencia de lo contestado a los hechos y pretensiones invocados en la demanda y la presentación de las excepciones la sociedad convocada Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A. solicitó al Tribunal:

1. Que se declaren no probados los hechos de la demanda.
2. Que se nieguen todas las pretensiones de la convocante.
3. Que se condene a la parte convocante a asumir la totalidad de los gastos, expensas, costas y agencias en derecho.

CAPITULO IV

PRUEBAS

4.1. Pruebas de las partes

En la demanda instaurada por la sociedad convocante pidió como medios de prueba los determinados en los folios 19 a 23 del cuaderno Principal (No. 1) del expediente. La sociedad convocada solicitó los elementos probatorios indicados en los folios 44 a 48 del cuaderno de Contestación de demanda (No. 2) del expediente.

El Tribunal de Arbitramento decretó las pruebas solicitadas por los apoderados de ambas partes, tal como consta en el Auto No. 6 de 30 de septiembre de 2004 que obra a folios 26 a 33 del Acta No. 5 de la misma fecha.

Las pruebas solicitadas por la CONVOCANTE, consistieron en, documentales, el aporte de una prueba pericial anticipada, oficios dirigidos a la Cámara de Comercio de Bogotá y Cali y al Banco de la República, interrogatorio de parte, declaraciones de terceros, exhibición de documentos e inspección judicial con intervención de peritos, todas ellas relacionadas con los hechos de la demanda.

Las pruebas solicitadas por la CONVOCADA, consistieron en documentos, oficios dirigidos a los almacenes Éxito S.A., La 14 S.A., Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., Carulla Vivero S.A. y Carrefour, interrogatorio de parte, declaración

de terceros, prueba pericial, exhibición de documentos e inspección judicial con intervención de peritos, todas ellas para sustentar su mecanismo de defensa.

4.2. Pruebas de oficio

Además de las anteriores pruebas en el mismo auto el Tribunal de oficio decretó las que consideró pertinentes.

Las pruebas de oficio se remitieron a solicitar a las Superintendencias de Valores y de Sociedades para que certificaran sí Almacenes Éxito S.A., Cacharrería La 14, Supertiendas y Droguerías Olímpicas S.A., Carulla Vivero S.A. y Carrefour están sometidas a la Inspección, Vigilancia y Control de esas Superintendencias.

CAPITULO V

TERMINO DE DURACION DEL PROCESO

De conformidad con el Artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el plazo de duración legal de los procesos arbitrales en los casos en que los interesados guardaren silencio, es de seis (6) meses calendario, los cuales se computarían en el presente proceso a partir del 30 de septiembre del año 2004, por haberlo dispuesto expresamente el Tribunal en el numeral 6.- del desarrollo de la audiencia de instalación del mismo realizada el 24 de junio de 2004.

Sin embargo, a este término se agregarán las suspensiones realizadas dentro del proceso, por solicitud expresa de los apoderados de las partes, que para el caso que nos ocupa han sido las siguientes:

Primera suspensión: del 14 de diciembre de 2004 hasta el 26 de enero de 2005, ambas fechas inclusive (auto No. 16 de 23 de Noviembre de 2004).

Segunda Suspensión: Desde el 15 de Marzo de 2005 hasta el 13 de Abril de 2005, ambas fechas inclusive. (auto No. 22 de 14 de Marzo de 2005).

De lo anterior se concluye que el plazo máximo de duración de este proceso está vigente, por lo cual el presente Laudo se produce dentro del término legal.

CAPITULO VI

ALEGACIONES DE LAS PARTES

6.1. PARTE CONVOCANTE

El Señor apoderado de la parte convocante presentó su alegato en un escrito detallado, documentado, acompañado de citas de autores extranjeros y muy argumentado, desde su posición de convocante, en donde reitera al Tribunal su solicitud de que se dicte Laudo conforme a las pretensiones de la demanda.

En el numeral 1. hace referencia a los antecedentes del Proceso Arbitral. En el numeral 2. se refiere a la demanda haciendo un pormenorizado análisis del Contrato de Suministro para Posterior Distribución suscrito el 6 de mayo de 1986 entre Purina Colombiana S.A. y Distribuidora Colombina Ltda., señalando sobre la firma de otros contratos similares entre Purina Colombiana S.A. y Distribuidora Colombina S.A. el 23 de septiembre de 1988 y el 27 de septiembre de 1993 entre Purina Colombiana S.A. y Colombina S.A. Se refiere a las circunstancias en que Ralston Purina Colombiana S.A. terminó el contrato y al cruce de correspondencia entre los contratantes en referencia al tema de la terminación del contrato.

Manifiesta argumentadamente que no obstante haberse suscrito tres contratos la relación contractual fue una sola. Que los empresarios, entre ellos Purina, después del año 1989 se dieron a la tarea de desfigurar el contrato de agencia comercial para evadir las prestaciones correspondientes a su función social; agrega que las labores de Colombina fueron determinantes para que el consumo de los productos distribuidos por Colombina se posicionaran en el mercado de alimentos para mascotas en el país; agrega que durante la ejecución del contrato Purina dio órdenes a Colombina en forma regular y determinó la forma en que debían hacerse las promociones, se refiere a las pretensiones de su demanda en base a los hechos de la misma que a su juicio fueron debidamente acreditados. En el numeral 3. se refiere a las consideraciones en donde principia por argumentar la existencia de unidad en la relación contractual que vinculó a las partes desde el 6 de mayo de 1986 hasta la fecha en que terminó el contrato, haciendo citas de testimonios al respecto. Se refiere a la denominación del contrato indicando que ella no sirve para desconocer la realidad del contrato de agencia comercial, a pesar de la cláusula 18 del contrato relativa al “Carácter de las relaciones entre las partes.”, luego, se remite a las normas de interpretación de los contratos contenidas en los Artículos 1618 y s.s. del Código Civil, citando,

repetida y metódicamente autores coincidentes con su posición argumental, señalando que la naturaleza del contrato no depende de su nombre “sino de la función social, práctico-social, económico-social”. Continúa citando testigos para argumentar que la naturaleza del contrato celebrado entre las partes fue de agencia comercial; seguidamente, hace referencia a la renuncia en el contrato, a las prestaciones establecidas en la ley comercial a favor del agente indicando la ineficacia de su renuncia por vulnerar normas de orden público de acuerdo a reiteradas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, luego, hace un prolijo estudio de las características de diferentes contratos de intermediación, haciendo un análisis detallado de los contratos de suministro y de compra-venta en referencia al texto del contrato suscrito en 1986 y a la forma como fue ejecutado, subrayando, repetidamente, que de la lectura de la prueba documental se evidencia la existencia de una agencia comercial. Se refiere a sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema e insiste en que de la lectura del contrato y de su ejecución no se puede concluir que existió una venta en firme de Purina a Colombina, agrega, que la característica esencial de la agencia es la obligación de promover los bienes y los servicios del agenciado por el agente y de que en el Derecho Colombiano la agencia es una variedad de mandato. Se refiere el apoderado de la convocante, nuevamente, a la interpretación del contrato a la luz de su contenido, a la forma como fue ejecutado y a los dictados de la legislación y de la jurisprudencia para concluir que dentro del proceso se encuentran debidamente acreditados los elementos característicos del contrato de agencia comercial establecidos en el artículo 1317 del Código de Comercio.

Un tema muy destacado en la argumentación expuesta es el de las cláusulas abusivas contenidas en las distinguidas con los números 20 y 21 del contrato sobre las cuales solicitó la declaratoria de su ineficacia. A partir de un profundo estudio basado en el derecho comparado, señala que fueron impuestas en razón de la posición dominante de Purina y que son cláusulas “vejatorias” contrarias al orden público, a las buenas costumbres, y a la buena fe que el derecho contemporáneo repudia. Termina citando apartes de una sentencia de casación civil del 28 de febrero del año en curso, referente a la terminación de los contratos por causales de terminación similares a la pactada en el contrato suscrito objeto de su análisis, para concluir que la terminación fue sin justa causa y que en consecuencia debe ser condenada la convocada al pago de la indemnización correspondiente establecida en los experticios.

Se refiere en seguida a la estimación económica de las pretensiones de su demanda amparado en los dictámenes periciales, comenta las objeciones a los

dictámenes periciales y la tacha a un testigo, desestimándolos. En el numeral 4. concluye solicitando al Tribunal pronunciar un laudo estimatorio debido a que están demostrados los hechos en los cuales se fundaron las pretensiones de la demanda.

6.2. PARTE CONVOCADA

El apoderado procesal de Nestle Purina Pet Care de Colombia S.A. presentó su alegato de conclusión en los sustentos propios de su defensa, refiriéndose ampliamente a las pretensiones de la demanda, analizándolas cada una para demostrar que “ninguna de ellas está llamada a prosperar”, para ello reitera, en varios apartes de su intervención verbal y del escrito resumen de la misma, como argumento principal que la relación contractual existente entre las partes fue un contrato de suministro para su posterior distribución y que nunca el deseo de los contratantes fue el de realizar un contrato de agencia comercial.

Para demostrar su posición y partiendo de la afirmación de ser la agencia comercial una especie de mandato, analiza algunos de los rasgos fundamentales de la agencia, como son: la estabilidad, el encargo, la independencia, el territorio y el asumir el encargo por cuenta del agenciado, lo que significa el diferir al otro (agenciado) los riesgos y beneficios de su gestión.

Insiste en demostrar cómo la convocante en su actividad lo que realizaba era actos de enajenación de bienes que eran de su propiedad, que había adquirido mediante la celebración de un contrato de los que la transfiere, para su posterior distribución o reventa y que no recibía pago alguno por su gestión, además de asumir los riesgos propios de la cartera.

Como apoyo a su tesis invoca una serie de laudos arbitrales y sentencias de la Corte Suprema de Justicia, analiza pormenorizadamente el acervo probatorio allegado y practicado en el proceso. Adicionalmente enfatiza para fundamentar su posición en la “teoría de los actos propios” para recabar en la idea que las partes siempre entendieron estar celebrando un contrato de suministro para posterior distribución, nunca durante la vigencia del contrato manifestaron estar en presencia de la agencia comercial. La convocante en ningún momento durante la existencia de las relaciones comerciales entre las dos compañías realizó reclamo alguno en virtud de la existencia de una agencia comercial.

Presenta argumentos para desarrollar su tesis en el sentido de que el Tribunal de Arbitramento solo puede referirse a la relación contractual surgida en el mes de septiembre de 1993 y analiza la figura de la ineficacia para oponerse a la petición tercera de la convocante.

También se opone a que se declaren las peticiones cuarta y quinta que reclaman el reconocimiento de la indemnización, prevista en el Artículo 1324 del Código de Comercio y los perjuicios por la terminación unilateral sin justa causa. Insiste en que la terminación del contrato se ajustó a lo pactado expresamente en el mismo y en que Colombina no objetó ni impugnó la facultad resolutoria nacida del contrato.

En una segunda parte de su alegato se refiere a las excepciones propuestas: inepta demanda y falta de competencia del Tribunal para conocer de los contratos anteriores a septiembre de 1993; inexistencia del contrato de agencia comercial; cobro de lo no debido; ratificación y/o prescripción de la nulidad relativa proveniente del error alegado; carencia de acción por haber renunciado validamente la Convocante a plantear el presente litigio lo que tiene sustento en el Literal C de la Cláusula 17 del Contrato. Para concluir, la sociedad convocada solicita la condena en costas para su contraparte.

CAPITULO VII

PRESUPUESTOS PROCESALES

Reunidos entonces los presupuestos procesales y materiales en este proceso arbitral, y no observándose causal de nulidad alguna del proceso, es deber del Tribunal proferir laudo de mérito. Con base en lo anteriormente expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

CAPITULO VIII

8. CONSIDERACIONES

8.1. LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL COLOMBIANA.

El Tribunal considera necesario precisar algunos aspectos de la contratación civil a efectos de establecer parámetros de referencia para desatar el conflicto jurídico puesto a su consideración.

Los artículos 4º y 824 del C. Co. establecen, claramente, la prevalencia del principio de consensualidad como regulador de los contratos sobre las normas legales que se consideran supletivas, siempre y cuando no se vulneren normas de orden público ni las buenas costumbres, que supone aplicar lo dispuesto en el artículo 1501 del Código Civil que establece que todo contrato tiene elementos de su esencia, de su naturaleza y accesorios que son aplicables a cada tipo contractual, cuando le pertenecen a su esencia y a su naturaleza, independiente de la voluntad expresada por los contratantes.

Los sujetos de derecho pueden contratar libremente, dentro del marco legal, sin que la ley les prohíba, en aplicación del principio de consensualidad la celebración de contratos que contengan elementos que pertenezcan a distintos tipos contractuales. Corresponderá al intérprete desentrañar la voluntad de los contratantes expresada en el texto del respectivo contrato, siempre respetando el marco legal, y aplicándoles las normas correspondientes pertenecientes a la naturaleza y a la esencia de cada contrato, dentro del marco de respeto a las normas de orden público y a las buenas costumbres.

Una variable adicional a tener en cuenta es la de ubicar los distintos tipos contractuales en la perspectiva de la función socio-económica que desempeña y que permite a partir de la finalidad de cada contrato desentrañar los elementos que le son esenciales y naturales. Entiende el Tribunal que las dificultades aumentan cuando los contratantes, en ejercicio del principio de la consensualidad, crean modalidades contractuales que mezclan elementos de contratos que corresponden a funciones socio-económicas diferentes, aunque complementarias.

Comenzará el Tribunal por analizar los contratos nominados de suministro y de agencia comercial en cuanto a sus elementos esenciales y naturales para contrastarlos con el denominado 'Contrato de Suministro para posterior Distribución; que constituye el caso en litigio'.

8.1.1. EL CONTRATO DE SUMINISTRO

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

Advierte el Tribunal, que la característica fundamental es la obligación que asume un comerciante en forma independiente de suministrar bienes o servicios en forma periódica a cambio de una remuneración.

A juicio del Tribunal este tipo contractual se diferencia radicalmente del contrato de agencia comercial, por su obvia función socio-económica, en cuanto consiste en el suministro periódico de bienes o servicios por un período largo a cambio de una contra-prestación, a secas, sin que el suministrante tenga control alguno sobre la pre-venta y post-venta de los bienes suministrados, ni sobre su mercadeo.

El profesor Garrigues señala que: "...La duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumpla la función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo: la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada." Joaquín Garrigues. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III, Volumen I, Obligaciones y Contratos mercantiles. Revista de Derecho Mercantil. Madrid. España 1963. La característica fundamental del contrato de suministro es el suministro de bienes y servicios por una largo tiempo por parte de un comerciante a otro a cambio de una remuneración.

8.1.2. EL CONTRATO DE DISTRIBUCION

Es un contrato comercial innominado por medio del cual un comerciante compra para revender a otro comerciante, a secas y le son aplicables todas las normas que regulan el contrato de compra-venta y el de suministro (Artículos 968 a 980 del Código de Comercio). Es un contrato de intermediación entre el comerciante distribuidor y los canales de distribución mediante el cual circulan bienes y servicios a través de contratos de compra-venta que trasladan la propiedad de vendedores a compradores.

8.1.3. EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

El Artículo 1317 del Estatuto Comercial define al contrato de agencia comercial como un contrato mediante el cual: "...un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover y explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo".

Los elementos típicos del contrato de agencia comercial son: a) la calidad de comerciante de las partes; b) que el agente sea independiente del empresario; c) que sea estable; d) que se encargue de promover y explotar negocios de un empresario o como fabricante o distribuidor de sus productos; e) que se haya establecido el área geográfica de ejecución del contrato; f) que sea remunerado y, g) que el agente actúe por cuenta del empresario; todo lo anterior, en el entendido de que por expresa voluntad del Legislador, la agencia es una especie de mandato, en cuanto corresponde al mismo Título XIII del Código de Comercio y a que el Artículo 1330 del C. de Co. dispone que al agente se aplicarán, en lo pertinente, las normas del mandato.

8.2. ANALISIS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO PARA POSTERIOR DISTRIBUCIÓN, MATERIA DE LA LITIS.

Para el Tribunal es de capital importancia establecer los elementos de la esencia del contrato suscrito entre Convocante y Convocada, caso del pleito, a efectos de evidenciar si coincide con la denominación que le dieron los contratantes o tiene los elementos esenciales del contrato de agencia o concurre con éste.

Previamente como elementos necesarios para sustentar su posición el Tribunal acude a un análisis de la Jurisprudencia y la Doctrina. En cuanto a la Jurisprudencia tomará algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y naturalmente recurrirá a la Jurisprudencia Arbitral y se harán comentarios y apreciaciones sobre la misma.

8.2.1. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES QUE HAN DIFERENCIADO Y DELIMITADO CONCEPTUALMENTE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO, DISTRIBUCIÓN Y AGENCIA.

Para el Tribunal es necesario advertir que parte de la existencia de un amplio trabajo jurisprudencial y doctrinario que ha enriquecido el debate sobre la delimitación y diferenciación conceptual de los contratos comerciales, relacionados con la intermediación existente entre los fabricantes y los consumidores finales de sus productos, como son los de suministro, distribución franquicia, agencia comercial, comisión, licencia de marca, mandato y otros del mismo linaje.

8.2.1.1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Comenzará el Tribunal por citar la jurisprudencia de la C.S.J sobre los contratos de agencia comercial y distribución en casos por ella analizados.

Características de la agencia comercial

La Sala Civil de la Corte ha contribuido a delinear conceptualmente la diferenciación entre los contratos de agencia y de distribución, liderando una interpretación diferente a la expuesta por un sector importante de autores.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 2 de 1980 (Proceso Ordinario de Cacharrería Mundial contra Jorge Iván Merizalde y Gilberto Merizalde), en su sabiduría, estableció las que consideró características de la agencia comercial:

“La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente explotar, o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos. O como ha dicho Joaquín Garrigues, el agente comercial, en sentido estricto, “es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual esta ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo”.

“Esta función específica del agente comercial tiende, como lo ha dicho Pérez Vives, a `conquistar, conservar, ampliar o recuperar al cliente` para el agenciado o empresario”. “Según la feliz expresión de Ferrara, el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes” .

La Corte coincide con la mayoría de los autores, en que una función esencial del contrato de agencia es la actividad del agente tendiente a conquistar, ampliar, conservar mercados para el empresario y no para sí.

Propiedad de los bienes objeto del contrato como elemento diferenciador de los contratos de agencia comercial y de distribución.

Se refiere la Sala Civil, en la misma sentencia, al tema de la propiedad de los bienes para los cuales el agente busca conquistar, ampliar y conservar el mercado, concluyendo, en términos generales, que la propiedad de las mercancías es un elemento delimitador de los contratos de agencia y de distribución en la medida que cuando el agente ofrece productos del empresario hay agencia y cuando promueve los propios hay contrato de distribución: *“En el caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nueva clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuir, o en reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o aumentarla; pero resultaría claro que las pérdidas que pudiera arrojar la venta de los productos del agenciado correrían por cuenta del fabricante o empresario y no los cargaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce de lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor “ de uno o varios productos del mismo”. “Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios.”*

Respecto de la importancia de la propiedad de los objetos materia de la acción del agente a efectos de seguir delimitando conceptualmente los contratos, enfatiza que la propiedad de las mercancías incide en que su propietario se beneficie o no de las alzas y bajas de sus precios y de que corra o no con los riesgos que le son inherentes:

“La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario pasa al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después de que sean suyos,

lo benefician directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial, entonces, que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos, no propios.”

Es clara la argumentación de la C.S.J. en el tema, si bien afirma que la propiedad de los bienes promocionados delimita los mencionados contratos, tipificándose el contrato de distribución cuando el “agente” adquiere la propiedad de los mismos, no significa que éste no pueda concurrir con el agenciamiento comercial o con cualquier otro contrato complementario, si procesalmente se determina la existencia de los elementos esenciales y naturales de la agencia.

Alcance del elemento promover.

Para el Tribunal, la Corte en la sentencia citada, precisa el elemento de la definición “promover” en el sentido de que el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes y en la medida en que estos adquieran los productos por la acción del agente, el hecho de que se pacte que los compra para sí, como en el caso en litis, no puede desnaturalizar el objetivo final de las partes de promover la realización del producto a través del agente para incrementar el mercado en beneficio recíproco.

Agrega la sentencia, con especial énfasis, el agente promueve negocios del empresario, no los propios, concluyendo que “es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual esta ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo”, advirtiendo “... *cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después de que sean suyos, lo benefician directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial, entonces, que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos, no propios.”*

Para los árbitros es necesario advertir que la conceptualización y delimitación de los contratos de agencia y de distribución formulada por la Corte hay que ubicarla a partir de los fundamentos fácticos planteados en el conflicto jurídico puesto a su consideración, antes de plantear una generalización de esa argumentación, sin tener las especificidades de cada caso.

La Corte en fallo del 31 de octubre de 1.995, con ponencia del doctor Pedro Lafont Pianeta, expediente No. 4701, proceso Ordinario de Distrimora Ltda. contra Shell Colombia S.A. reitera, en términos generales, la jurisprudencia anterior.

Considera respecto de la definición de la agencia comercial: “... *aparecen como principales características del objeto de la agencia comercial, de una parte, la intermediación comercial especial que persigue con “el encargo (independiente y estable) de promover y explotar negocios” que hace un comerciante (agente) con relación a otro (empresario), y, de la otra, que dicha intermediación sea exclusivamente subjetiva (como representante o agente promotor o explotador de negocios del empresario) u objetiva (como fabricante o distribuidor de productos del empresario, que a la vez promueve y explota), o bien en ambas formas*”.

Entiende el Tribunal que para la Corte, la agencia tiene dos características principales, la primera, la intermediación comercial del agente entre el empresario y el “consumidor” en ejecución del encargo que le es confiado, y segundo que la intermediación la haga como representante, promotor o explotador de los negocios del empresario.

Para la Corte, en la sentencia en comento la intermediación, la debe efectuar un agente independiente del empresario; advierte que la intermediación como tal es común en otros contratos con los cuales puede concurrir, pero, a pesar de la afinidad con otros contratos no puede confundirse con ellos, lo que hace necesario que cada tipo contractual deberá probarse: “*Es claro entonces que el contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos, razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca.*” (Subrayado por el Tribunal).

La intermediación del agente entre el empresario y los consumidores puede presentarse a través de diversas modalidades contractuales, que además de la intermediación tienen, como elementos comunes, la compra-venta, el mandato, la explotación de los negocios del empresario y en muchos casos la promoción de los negocios y su promoción y publicidad, pero, a pesar de las afinidades tiene rasgos diferenciadores, como pueden ser la independencia y la autonomía respecto al empresario, que la actividad de intermediación se realice como mandatarios del empresario o como propietario de las mercancías objeto de la intermediación. Este último elemento, a juicio de la Corte constituye un elemento determinante en la diferenciación de las distintas modalidades contractuales

afines. Continúa la Corte: *“En efecto, el contrato de agencia, cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hace diferente de ellos. Luego, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como “representante o agente”, eso si en virtud del contrato de agencia.”* (subrayado por el tribunal).

“Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de “promover o explotar negocios” del empresario “en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional” (C..Co., Art. 1131), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (v. Gr., contratos, ampliación de actividades etc.) la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario. En cambio, la actividad del que compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compra-venta tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición.”(subraya el Tribunal).

La realización de actividades de promoción y publicidad

Es común a muchos de los contratos afines antes mencionados, sin que esas actividades los hagan devenir, necesariamente, en agencias comerciales con todas las consecuencias legales que le son propias, como ocurre con las actividades desplegadas por los distribuidores para vender sus mercancías, con los comisionistas, con los usuarios de marcas, con los concesionarios., dice la Corte: *“Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un*

empresario. Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para él mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quien revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final. Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquel lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por sí sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que éste, previas las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia; actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial”.

El Tribunal advierte que la Corte tiene razón en su dicho, pero la situación del caso que ella analizó es distinto del que nos ocupa, en donde no obstante expresa que la Convocante compra para revender, lo cierto es que sus actividades iban más allá de ese horizonte contractual, al adquirir la convocante obligaciones propias de otro contrato que no era otro distinto que el de agencia, hecho este que se corrobora con lo expresado en las líneas siguientes.

Para los árbitros la Corte se refiere puntualmente en esta sentencia a las actividades de publicidad y promoción de los productos adquiridos para la reventa por el distribuidor, como comerciante independiente, pero, no se refiere a las labores de publicidad y mercadeo adelantadas por el comprador como mandatario del empresario y con mucha injerencia en el mercadeo, que evidentemente mengua la independencia del “distribuidor”, desdibujando en contrato de distribución.

Coexistencia de contratos.

Añade el Tribunal, la Corte no se opone a la coexistencia de la agencia con el contrato de distribución o suministro, precisando las circunstancias en que tal hipótesis ocurre: “...lo anterior no se opone, como lo reconoció esta Corporación en ocasión anterior, a que habiendo un contrato de agencia entre empresario

(agenciado) y comerciante (agente) en forma paralela puedan concurrir otros contratos, como ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia. (sentencia del 14 de diciembre de 1992. G.J. CCXIX), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor.”

“Todo ello conduce, entonces, a la necesidad de que el contrato de agencia requiera de una demostración típica y clara, es decir, que las pruebas se dirijan a establecer directamente el contrato de agencia, pues siendo éste autónomo, se repite, no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados, porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial”.

Para el Tribunal, la Corte en su reiterada jurisprudencia sobre el tema de más de treinta años, no ha descartado la posibilidad de que junto al contrato de distribución y/o suministro pueda coexistir el de agencia, ya por pacto expreso o cuando, de hecho, en la ejecución del contrato de distribución o de suministro se dibujan los elementos esenciales del contrato de agencia, tema sobre el que se pronunció el doctor Eduardo Zuleta Jaramillo (Revista IURIS DICTIO, pág. 150) en igual sentido: “...en presencia de una situación en la que el pretendido agente adquiere bienes para revenderlos por su cuenta y riesgo, el juez o tribunal arbitral deberá descartar la existencia de una agencia comercial, a menos que se le demuestre que no obstante la compra en firme, existe un encargo, en su acepción de mandato, y que los efectos económicos de la actividad y los riesgos inherentes a la misma se trasladen al empresario”.

8.2.1. JURISPRUDENCIA ARBITRAL

8.2.1.2.1. LAUDO ARBITRAL AGREVO- AVENTIS

El Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo, Agrevo- Aventis, al examinar los elementos esenciales del contrato de agencia hizo las siguientes apreciaciones:

La independencia del agente

De acuerdo con el Artículo 1317 del C. de Co., el agente debe ejecutar su encargo de forma independiente, consecuencia que se deriva necesariamente,

como ya dijimos, del hecho de que el contrato en cuestión sea celebrado entre empresarios mercantiles independientes.

La estabilidad del encargo.

Además de estar taxativamente incluida la estabilidad dentro de la definición legal ya citada, existe en la jurisprudencia un consenso acerca de su carácter esencial para la existencia del contrato de agencia mercantil.

El encargo de promover o explotar negocios de agenciado

Es éste efectivamente el fin del contrato en cuestión, pues como modalidad especial del mandato comercial, la agencia mercantil se caracteriza por tener como objeto que el agente promueva o explote negocios del agenciado: su finalidad constituye la conquista, conservación o ampliación de un mercado específico.

8.2.1.2.2. LAUDO ARBITRAL PREBEL VS L'OREAL del 23 de mayo de 1.997.

En este proceso los árbitros hicieron referencia a los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales de los contratos.

Acometieron el trabajo de diseccionar los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de agencia, indicando la pertinencia de recurrir a disposiciones del Código Civil; considerando: *“Aplicable por mandato expreso del Artículo 822 del Código de Comercio, el Artículo 1501 del Código Civil que establece “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no producen efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son las de su naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas adicionales”.*

Los árbitros comienzan por delinear los que consideran elementos esenciales del contrato: *“....hay contrato de agencia comercial cuando un comerciante “asume” el encargo que le confiere otro comerciante, y este encargo tiene por objeto que el comerciante que “lo recibe”, llamado genéricamente agente, en forma independiente y de manera estable promueva y explote los negocios de aquel otro*

comerciante, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional”.

“La idea dominante, explícita en la norma que la define, es la de ser la agencia comercial un encargo. Y esta sola palabra evoca inmediatamente la figura del mandato”.

Para el Tribunal es evidente que los árbitros consideran como elemento esencial del contrato de agencia la existencia de un mandato, cuando un comerciante asume el encargo que le confiere otro comerciante y el comerciante que lo recibe lo hace en forma independiente y de manera estable promoviendo o explotando negocios del empresario.

En este punto considera importante destacar la argumentación expuesta al considerar al contrato de agencia como una forma de mandato, afirmación que comparte, debido a que coincide con la ubicación de la figura contractual en el mismo Título del Código de Comercio que el contrato de mandato y a la remisión al mismo que hizo el legislador al regular la agencia comercial. Es de anotar, como se dirá luego, que existe otro sector de la doctrina que delimita conceptualmente el agenciamiento comercial del contrato de mandato.

Para fortalecer su hipótesis argumentaron: La agencia es una modalidad de mandato: *“El tratamiento que la ley da en seguida a la figura de la agencia confirma aquella posición. No sólo en el Artículo 1317 establece el Código de Comercio que la agencia es un encargo dado por un comerciante a otro para promover o explotar negocios del primero, sino que llama precisamente agente a la persona que recibe dicho encargo, esto es, a la que lo asume y por tanto se obliga a cumplirlo en interés del mandante”.*

Continúa argumentando el Tribunal: *“...una de las características más sobresalientes del mandato civil, del mandato comercial y por ende de la agencia mercantil es la de tener que obrar el mandatario por cuenta y riesgo de quien le confiere el encargo, como lo dice el Código Civil, o por cuenta de otro, como lo precisa el Código de Comercio para el mandatario comercial, o en la promoción o explotación del negocio ajeno, como resulta de los textos legales sobre la agencia comercial”.*

Los Árbitros, igualmente destacaron los que llamaron elementos no esenciales de la agencia: Comentan que la representación del empresario por el agente en la

fabricación, el suministro, o la distribución de productos del empresario, no son objeto del encargo sino medios aptos para su cumplimiento.

“Ya ha dicho el tribunal cómo, porqué y cuáles son elementos esenciales del contrato de agencia comercial, la existencia de un encargo confiado por el empresario al agente, quien al aceptarlo se obliga a promover o explotar negocios de un empresario y al cumplirla lo hace por cuenta de aquel.”

“Unidos estos elementos a los que tienen que ver con los sujetos de la relación contractual, el ser en primer lugar agente tan sólo un comerciante independiente y estable y ser el empresario persona que obra tratando de ensanchar los mercados de sus productos, todos los demás exigidos por la ley resultan ser tan sólo elementos naturales del contrato, esto es, cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial.” Y son 1- la representación del empresario por el agente, 2- la fabricación, el suministro, la distribución de productos del empresario y, 3- el término de duración del contrato.

La promoción de los negocios del agenciado como elemento esencial de la agencia.

Para los árbitros en el Tribunal de Agrevo- Aventis, la promoción es considerada como la prestación esencial del contrato de agencia comercial: *“...en diferentes pronunciamientos judiciales y arbitrales se ha reconocido que la promoción es la prestación esencial de la agencia....”*, que precisan como la actividad: *“...encaminada a través de múltiples acciones y gestiones, a conseguir clientes para el agenciado, sin referirse tales pronunciamientos a la necesidad de un mandato conferido al agente para la celebración de los contratos, bien en nombre o por cuenta del agenciado”*.

Independencia y autonomía.

“Sobre el carácter de esta independencia o autonomía la jurisprudencia ha señalado que ésta determina el hecho de que el agente “(es) quien debe disponer de la manera que considere adecuada el modo, tiempo o cantidad de su actividad, lo cual implica que no se encuentre sujeto a horarios de trabajo o itinerarios”. Igualmente se ha afirmado que, “el agente tiene que crear una organización independiente, una organización que pueda conservar y que no guarde relación con la del empresario al cual presta sus servicios como agente”:

La estabilidad del encargo.

Además de estar taxativamente incluida la estabilidad dentro de la definición legal ya citada, existe en la jurisprudencia un consenso acerca de su carácter esencial para la existencia del contrato de agencia mercantil.

Al respecto ha señalado la jurisprudencia que *“la estabilidad significa que al agente no se le encomienda celebrar un contrato determinado, sino en general los negocios que le han sido confiados. Como lo dice Garrigues, la estabilidad se centra sobre el hecho de que mientras dura su relación con el comerciante, ha de ocuparse de la promoción de contratos que solo se determinan por su naturaleza y no por su número”*. (Tribunal de Arbitramento de la Cia. Central de Seguros S.A. vs Maalula).

El factor de estabilidad o durabilidad, como elemento esencial del contrato en cuestión, sirve además para diferenciarlo de otros tipos de contratos. Así, el agente mercantil se diferencia del simple mandatario, ya que la gestión que se le encomienda es la celebración o ejecución de uno o mas actos de comercio que una vez agotados conllevan a la extinción del mandato, mientras que al primero, *“se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica la estabilidad”*.

De igual forma, el contrato de agencia mercantil se diferencia de la comisión y el corretaje, quienes, como señala el doctrinante Jaime Arrubla, tienden a actuar de forma esporádica y transitoria.

El encargo de promover o explotar negocios de agenciado.

Es éste efectivamente el objeto del contrato en cuestión, pues como modalidad especial del mandato comercial, la agencia mercantil se caracteriza por tener como objeto que el agente promueva o explote negocios del agenciado: su finalidad constituye la conquista, conservación o ampliación de un mercado específico. Al respecto, ha firmado la jurisprudencia que *“este elemento supone una actividad permanente de intermediación frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ampliarlo. En sentido contrario a lo que ocurre en el mandato común o la comisión, en la agencia no falta ni es suficiente celebrar negocios determinados, sino ejercer una actividad densa y progresiva ligada al concepto de mercado”*. (Tribunal de Arbitramento de Daniel Fernández & Cia. vs Fiber Glass Colombia S.A.).

Alcances del término explotar y promover negocios del agenciado.

Reiteradamente, la jurisprudencia y la doctrina, en el tema en cuestión utilizan los términos explotar y promover negocios, sin explicitarse suficientemente su significado, en su búsqueda, el Tribunal recurre a la jurisprudencia arbitral:

“Sin embargo, ¿qué comprende este encargo de promover o explotar negocios del agenciado? La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una obligación de hacer, el agente debe adelantar todas aquellas actividades encaminadas a “obtener en la zona correspondiente la elevación y el mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios, (vgr. contratos, ampliación de actividades, etc.), la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario”. También se ha señalado que, “Dentro del término genérico de ‘promoción’ se deben considerar comprendidas múltiples actividades, todas coordinadas y coligadas al fin común de procurar clientes al proponente; el agente habrá, pues, de proveer o procurarse los locales necesarios para el desarrollo de su actividad e instalar el personal, deberá poner en movimiento todos los medios publicitarios para anunciar el producto o el servicio y atraer clientela, deberá mantener contacto estrecho con ésta, visitándola periódicamente y proyectando las distintas operaciones y deberá enviar al proponente todas las informaciones útiles, tanto de carácter general, como relativas a los negocios singulares. “ (Tribunal de Roberto Cavalier y Cia. vs Flota Mercante Grancolombiana)

Asumir el encargo por cuenta del agenciado, como representante, fabricante o distribuidor de uno o varios productos.

Sobre este elemento esencial de la agencia, el Tribunal Prebel- L´oreal compartió integralmente los conceptos contenidos en la segunda edición, en preparación, de la obra Derecho Privado del doctor Jorge Suescúm Melo, que a continuación se transcriben:

El elemento “por cuenta y en beneficio” está presente cuando los efectos producidos por la actividad desarrollada por el agente afectan principalmente el patrimonio del agenciado, esto es, cuando éste recibe, de manera directa o indirecta, los beneficios que se derivan de tal actividad y asume, consecuentemente, los riesgos que se desprenden de la misma, si bien se

admite que el agente afronta sus propios riesgos como comerciante o empresario independiente que es”.

8.2.2. DESCRIPCION DEL CONTRATO MATERIA DE LA LITIS.

El Contrato de Suministro para Posterior Distribución del año 1993 y al cual el Tribunal se acoge para resolver la controversia por todo el periodo de la relación comercial, comienza por la identificación de los representantes legales de las dos sociedades comerciales contratantes, a saber, Manuel Puyana Sorzano quien suscribió el contrato en representación de PURINA COLOMBIANA S.A., por una parte, y por la otra el señor ARIOSTO MANRIQUE en su condición de representante legal de la sociedad COLOMBINA S.A. En la CLAUSULA PRIMERA se define el OBJETO del contrato: “PURINA se obliga a suministrar en forma no exclusiva a COLOMBINA y ésta se obliga a comprar en forma exclusiva a PURINA con el fin de revenderlos exclusivamente en Colombia, a supermercados, almacenes de cadena, autoservicios, mayoristas y tiendas tradicionales ...los alimentos completos para consumo animal...” que son denominados como los productos del contrato, advirtiendo que los contratantes podrán excluir o incluir de común acuerdo de la lista cualquier producto. La CLAUSULA SEGUNDA hace referencia a los precios de los productos, señalando que los precios serán los que fije PURINA en su lista oficial de precios, los podrá modificar en cualquier momento total o parcialmente, obligándose a notificar por escrito a PURINA”... con treinta días de anticipación a la fecha a partir de la cual vayan a entrar en vigencia.” En la CLAUSULA TERCERA se regula la forma de PAGO, estableciéndose: “Por cada compraventa de Productos del contrato, PURINA expedirá a COLOMBINA la correspondiente factura, que le será entregada en el momento de la entrega de los productos del contrato. COLOMBINA pagará a PURINA el valor correspondiente a cada compra, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de la factura”. En la CLAUSULA CUARTA se regula el DESCUENTO POR PRONTO PAGO: Cuando se cancela el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la factura, PURINA dará a COLOMBINA un descuento del 3% sobre el valor neto de la respectiva compra. En la CLAUSULA QUINTA se regula la MORA, pactándose que si el pago no se hace dentro de los sesenta (60) días, COLOMBINA pagará a PURINA “un interés moratorio equivalente a la tasa máxima permitida por la ley”. En la CLAUSULA SEXTA se regulan los PEDIDOS, indicándose que deberán hacerse mediante órdenes de compra escritas dirigidas a la gerencia de la planta de PURINA ubicada en Mosquera, Cundinamarca, mínimo con treinta (30) días de anticipación a la fecha de entrega de cada pedido. En la CLAUSULA SÉPTIMA se regulan las

ENTREGAS, señalándose que PURINA entregará a COLOMBINA los productos del contrato en la planta de producción de Mosquera. En la CLAUSULA OCTAVA se hace referencia al VOLUMEN DE LAS COMPRA-VENTAS, indicándose: "...PURINA venderá a COLOMBINA los productos del contrato de acuerdo con las cantidades que solicite, debiendo esta ultima mantener en sus puntos de venta en el país las existencias de los productos en cantidad suficiente para que el personal de PURINA atienda las ventas, de acuerdo con los estimados y producción de ventas que las contratantes efectúen. Sin embargo, PURINA se reserva el derecho de rehusar o no atender total o parcialmente cualquier orden de compra de COLOMBINA, cuando por razones de producción, mercadeo, fuerza mayor o caso fortuito se esté en imposibilidad de satisfacerlos. En estos casos PURINA dará un aviso a COLOMBINA dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de recepción de las órdenes de compra de COLOMBINA". En la CLAUSULA NOVENA se regulan las DEVOLUCIONES de los productos. En la CLAUSULA DECIMA se pacta la EXCLUSIVIDAD en el sentido de que COLOMBINA, sus socios y las sociedades vinculadas no podrán adquirir, enajenar, distribuir, directa o indirectamente, productos iguales o similares a los productos del contrato, ni intermediar con ellos, ni podrán proveer con medios propios o ajenos a la producción de tales bienes. Se acordó que: "COLOMBINA sólo podrá revender los productos del contrato a supermercados, almacenes de cadena, autoservicios, mayoristas y tiendas tradicionales. Se pactó que PURINA se reserva el derecho de vender los Productos del Contrato, aún variando su contenido y presentación directamente o a través de intermediarios, siempre y cuando los precios de venta al público de los productos distribuidos por PURINA no sean inferiores a los precios de venta al público de idénticos productos que revenda COLOMBINA por este contrato". Luego se definen autoservicio, almacenes de cadena, supermercados, mayorista y tiendas tradicionales. En la CLAUSULA DECIMA PRIMERA se pactó el MARGEN DE COMERCIALIZACIÓN, en los siguientes términos: "PURINA otorgará a COLOMBINA como margen de comercialización, un descuento del catorce por ciento (14%) sobre el precio de lista de PURINA a COLOMBINA, es decir sobre el precio de venta de los productos del contrato, puestos en la fábrica de PURINA...". En la CLAUSULA DECIMA SEGUNDA: regulan INFORMES DE VENTAS E INSPECCION en donde: "COLOMBINA deberá suministrar a PURINA los informes con todos los pormenores sobre ventas que esta última le solicite. Igualmente, COLOMBINA deberá permitir que las personas que PURINA designe visiten sus bodegas con el fin de verificar el correcto almacenamiento, empaque y conservación de los productos del contrato". En la CLAUSULA DECIMA TERCERA se hacen referencias a MARCAS/NOMBRE COMERCIAL Y ENSEÑAS. En la CLAUSULA

DECIMA CUARTA se hace referencia a la CALIDAD, obligándose PURINA a garantizar que los productos del contrato serán fabricados con los componentes que se especifican en sus empaques y que se les realicen los controles de calidad de rigor... En la CLAUSULA DECIMA QUINTA se regula el manejo de empaques. En la CLAUSULA DECIMA SEXTA se hace referencia a los REEMPAQUES. En la CLAUSULA DECIMA SÉPTIMA es definido el CARÁCTER DE RELACIONES ENTRE LAS PARTES en los siguientes términos: "El presente contrato es de suministro de los productos del contrato para su posterior enajenación por parte de COLOMBINA, según las condiciones que aquí se acuerdan. En consecuencia: A) Las partes entre sí tienen el único carácter de suministrante y suministrado. B) Cualquier contrato o negocio que efectúe COLOMBINA para la venta o intermediación para la venta de los productos del contrato, lo hará como propietaria de los mismos y por su propia cuenta y riesgo. C) A este contrato le son aplicables las normas que regulan el contrato de suministro en el Código de Comercio, pues las partes quieren celebrar un contrato de dicho naturaleza y además consideran que dicho contrato se ajusta perfectamente al negocio por ellos aquí celebrado. Por tal razón las partes renuncian a cualquier derecho que corresponda a un contrato comercial distinto del contrato de suministro. Además, se establece expresamente que no existe entre las partes ningún contrato de sociedad, de agencia comercial, ni ninguna forma de mandato o representación. Por tal razón, COLOMBINA no podrá actuar en ningún caso bajo ninguna circunstancia para ningún efecto como agente, mandataria, representante o en general a nombre de PURINA. D) Tampoco es intención de las partes dar lugar a una relación de carácter laboral, por lo cual las obligaciones de esta naturaleza de cada una con sus respectivos trabajadores serán exclusivamente a su cargo, obligándose cada parte a mantener a la otra libre de cualquier reclamación laboral. En la CLAUSULA DECIMA OCTAVA se hace referencia a LA FUERZA MAYOR Y EL CASO FORTUITO. En la CLAUSULA DECIMA NOVENA se regula la RESPONSABILIDAD DE LOS PRODUCTOS. En la CLAUSULA VIGÉSIMA se hace referencia a la DURACIÓN del contrato, pactándose que tendrá una duración de dos (2) años contados a partir de su firma pudiendo ser prorrogados por un término igual mediante acuerdo escrito de las partes. En la CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA fue acordada la TERMINACIÓN ANTICIPADA: "Este contrato terminará antes de la expiración del término de duración acordado, en los siguientes eventos: A) Cuando la otra parte incumpla de manera grave las obligaciones a su cargo. B) Cuando la otra parte esté en estado de insolvencia, o se declare en huelga o se le inicie concordato facultativo u obligatorio o se le embarguen activos importantes o los productos del contrato. C) Con aviso enviado con tres (3) meses de anticipación a la otra parte. D) Cuando a juicio de PURINA

cambien sustancialmente el objeto social, los socios o accionistas o administradores de COLOMBINA, o cuando los volúmenes de compras de productos del contrato que haga COLOMBINA no sean rentables para PURINA”. En la CLAUSULA VIGESIMA SEGUNDA se prohíbe la CESION indicando que COLOMBINA no podrá subcontratar ni ceder total ni parcialmente el contrato sin autorización previa de PURINA. En la CLAUSULA VIGESIMA TERCERA denominada TOTAL ENTENDIMIENTO se dice: “El presente contrato constituye un total acuerdo entre las partes y sustituye en su totalidad cualquier otro convenio oral o escrito entre las mismas partes y sobre las mismas materias. Cualquier modificación a lo aquí estipulado deberá ser acordada entre las partes por escrito. En la CLAUSULA VIGESIMA CUARTA, llamada COMUNICACIONES, se indican los domicilios contractuales de las partes. En la CLAUSULA VIGÉSIMA QUINTA se pactó la CLAUSULA COMPROMISORIA para:”Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación,..). Y finalmente, en la CLAUSULA VIGÉSIMA SEXTA, denominada TERMINACIÓN, se acordó el procedimiento a seguir en la hipótesis de terminación del contrato. Este contrato fue suscrito el veintisiete (27) de septiembre de 1993 en la Ciudad de Bogotá.

Para el Tribunal el Contrato de Suministro para posterior distribución, antes referido, tiene los elementos esenciales y naturales del contrato de suministro regulado en nuestro estatuto comercial; hay un comerciante suministrador, PURINA, un comerciante suministrado, COLOMBINA, hay una prestación periódica y “permanente” de productos a través de compra y ventas sucesivas (ventas en firme) y un pago del precio del producto suministrado como contraprestación(descuentos).

En ejercicio del principio de consensualidad de la legislación contractual comercial, PURINA y COLOMBINA, sin que existiera vicios del consentimiento, ni posición dominante de ninguno de los contratantes, dada la solidez económica reflejada en sus balances aportados al proceso, su larga experiencia en la fabricación, suministro, y distribución de diferentes productos, incorporaron al contrato obligaciones contractuales ajenas a la naturaleza y a la esencia de los contratos de suministro, como fueron la posibilidad de que PURINA fijara unilateralmente los precios de los productos (Cláusula Segunda), la obligación de COLOMBINA de mantener en sus puntos de venta las existencias de los productos en cantidad suficiente para que el personal de PURINA atienda las ventas, de acuerdo con los estimados y producción de ventas que los contratantes efectúen (Cláusula Octava), la obligación de COLOMBINA de suministrar a PURINA los informes con todos los pormenores sobre ventas que ésta última le solicite. Igualmente,

COLOMBINA permitía que las personas que PURINA designe visitaran sus bodegas con el fin de verificar el correcto almacenamiento, empaque y conservación de los productos del contrato (Cláusula Décima Segunda). El mismo contrato reafirma la figura de la distribución, cuando se pretende, a través de una cláusula contractual, eliminar los efectos que tienen las cláusulas que impusieron obligaciones diferentes a las inherentes al contrato de suministro. La definición contractual del carácter de las relaciones entre las partes, contenida en la Cláusula Décima Séptima, deja ver las preocupaciones legales de los contratantes acerca de las consecuencias legales del contrato, por supuesto, ajenas al contrato de suministro, cuando manifiestan que el contrato es de suministro, que COLOMBINA vende a los canales como propietario de los productos, y que lo hace a su propia cuenta y riesgo, que renuncian las partes a toda prestación ajena al contrato de suministro, se expresa que no existe ningún contrato de agencia comercial, ni ninguna forma de mandato o representación. Tales manifestaciones no tienen la entidad jurídica suficiente para desnaturalizar el o los contratos concurrentes, porque como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia, la nominación de los contratos hecha por los contratantes no modifican su esencia ni su naturaleza jurídica. Sobre la renuncia, implícita, a las prestaciones del Artículo 1324 del Código de Comercio, posteriormente, el Tribunal hará el análisis correspondiente.

Partiendo de la conclusión de los árbitros de que en el contrato en estudio existe, claramente, el contrato de suministro, no solamente por la manifestación de las partes sino porque concurren los elementos que pertenecen a su esencia y a su naturaleza, el Tribunal analizará si también concurre con el de Agencia Comercial. Para tal propósito analizará si tanto en el contrato en estudio como en su ejecución existieron los elementos esenciales y naturales del contrato de agencia comercial.

El Tribunal hará una apretadísima reseña sobre los criterios expuestos al respecto, inicialmente refiriendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -Sala Civil- y luego, transcribiendo las principales consideraciones jurisprudenciales de laudos arbitrales y de doctrinantes, para concluir verificando si durante la ejecución del contrato de suministro para posterior distribución se dieron los elementos tipificadores del agenciamiento comercial en concurrencia con el contrato de suministro, todo de acuerdo al acervo probatorio arrimado al proceso.

CAPITULO IX

ANALISIS DEL CONTRATO.

Corresponde ahora al Tribunal analizar si en el texto del contrato de suministro para posterior distribución o durante su ejecución, y dada la manera como concurrió con el contrato de agencia comercial, partes pactaron ciertas actividades contractuales a cargo de Colombina, y cómo surgió de dicha conducta el contrato de agencia, concurriendo consecuentemente dos tipos de contratos en la relación comercial de Convocante y Convocada. Para este efecto y de manera sucinta para no repetir elementos jurídicos ya analizados, se estudiarán las características del contrato de agencia en orden a determinar si este contrato coexistió paralelamente con aquel bajo el cual se pretendió regular inicialmente el negocio jurídico materia de la litis. Seguidamente, enumerará los elementos definidos por la jurisprudencia y la doctrina como esenciales para verificar si se dieron durante la vigencia del contrato regulador de la relación comercial entre las partes.

Son elementos esenciales del agenciamiento, 1) El carácter de comerciante de las partes; 2) La independencia del agente del empresario; 3) La estabilidad del encargo, 4) El encargo de promover o explotar negocios por cuenta del agenciado.

9.1. CARÁCTER DE COMERCIANTE E INDEPENDENCIA

En el texto del contrato suscrito se lee que fue suscrito por los representantes legales de las dos sociedades comerciales contratantes: Manuel Puyana Soriano, en representación de PURINA COLOMBIANA S.A., y por el señor Ariosto Manrique, en representación de COLOMBINA S.A. De la lectura de los certificados de existencia y representación legal allegados al proceso por los interesados se evidencia que se trata de dos sociedades comerciales independientes entre sí.

9.2. ESTABILIDAD DEL ENCARGO.

La relación comercial se inició en el año 1986 y sin solución de continuidad se extinguió en el año 2002, periodo durante el cual Colombina adquirió y promovió productos de la convocante.

El mencionado contrato fue suscrito inicialmente por los contratantes el día 6 de mayo de 1986 y terminó en el mes de diciembre del año 2002, evidenciando la estabilidad del encargo.

9.3. EXISTENCIA DEL ENCARGO.

Estando ubicado el agenciamiento comercial dentro del título correspondiente al contrato de mandato, por expresa decisión del legislador, es necesario ubicar conceptualmente al contrato de agencia como una especie de mandato. El Artículo 1262 del Estatuto Comercial define al contrato de mandato : *"El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.*

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro".

Estudiado tanto el texto del contrato como las pruebas obrantes en el proceso arbitral, el Tribunal encuentra tipificado el "encargo" de PURINA a COLOMBINA en las pruebas que a continuación reseña y que son elementos contractuales que no pertenecen ni a la esencia ni a la naturaleza del contrato de suministro, pero si a la agencia.

9.4. CLAUSULAS CONTRACTUALES.

La obligación de COLOMBINA de mantener en sus puntos de venta las existencias de los productos en cantidad suficiente para que el personal de PURINA atienda las ventas, de acuerdo con los estimados y producción de ventas que los contratantes efectúen (Cláusula Octava). La obligación de COLOMBINA de suministrar a PURINA los informes con todos los pormenores sobre ventas que esta última le solicite (Cláusula Décima Segunda). Igualmente, COLOMBINA permitía que las personas que PURINA designe visitaran sus bodegas con el fin de verificar el correcto almacenamiento, empaque y conservación de los productos del contrato".

9.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obrantes en el Cdno.1-2 de anexos de la demanda: folio 28, Purina le dice al distribuidor: *"Purina Colombiana ha decidido otorgar un descuento del 10%"...a cargo de Purina..."*, folio 29 Aniversario de Olímpica. Promoción del Producto y

de comederos para perros: *“Le agradezco la gestión ha realizar ante Supertiendas Olímpica, por la presente negociación para toda la cadena; más adelante le informaré la distribución por Distrito para dicha promoción, en caso de que decidan generar órdenes de compra por la Oficina central de Olímpica para todo el país.”*, folio 30, Referencia. Descuento Distribuidor. *“Estamos autorizando otorgar un descuento del 5%....a la firma...”*, folio 31, *“se le dice a Colombina que a partir del 20 de octubre/97 queda suspendido el descuento adicional del 5% para... y se le informa que se otorga a COORATIENDAS de manera indefinida”*; folio 32, se otorga descuentos adicionales a los clientes a través de Colombina por parte de Purina, folios 33, ídem, folio 34, suspensión de descuento a distribuidores a través de Colombina, folios 41, Purina realiza un concurso de ventas Colombina, folio 43, Colombina solicita la codificación de los productos en Almacenes Éxito a nombre de Purina, folio 45, Purina establece premios a los vendedores de Colombina por cumplimiento de metas en ventas, folios 59, se otorgan descuentos a Carulla a través de Colombina, a folio 62, se le comunica a Colombina la logística de las promociones en cadenas de Bogotá, Medellín, Cali, Pereira, Barranquilla e Ibagué, Purina arma la promoción, folios 66 a 68, comunicación de Purina a Colombina en donde comentan las apreciaciones y sugerencias que salieron de la reunión de la fuerza de ventas de Colombina en donde se dice: *“... se requiere además de una constante información sobre la rotación de los productos...”* *“Involucrar a Purina en el comité de promociones de Colombina...”*, folio 69, se conceden descuentos a canales por parte de Purina a través de Colombina, folio 82, Purina obsequia regalos para las promociones de los productos en el aniversario de Vivero, folio 83, ídem para Olímpica, folio 98, Purina comunica a Colombina el obsequio de un cuaderno por compra de productos, folio 99, se comunica a Colombina la cancelación de descuentos a compradores de Colombina, folio 116, Purina solicita a Colombina la codificación de promoción de productos en Cadenalco, folio 126, Purina solicita a Colombina revisar la promoción en la cadena de Almacenes Olímpica; en fin existen numerosos documentos en igual sentido que comprenden el período de mayo de 1997 hasta el año 2002 en donde Colombina cumple las instrucciones referentes a la forma como deben adelantar las promociones y el mercadeo de los “productos” del contrato.

9.6. PRUEBAS TESTIMONIALES.

Abundan en el proceso pruebas testimoniales que evidencian las labores de promoción de los productos del contrato efectuadas por las partes y que insinúan la existencia de un mandato.

Respecto a los mismos hechos relacionados con la ejecución del contrato las pruebas testimoniales, acerca de las relaciones contractuales relacionadas con la promoción de los productos, se pueden clasificar en dos grupos. Los testigos solicitados por la convocada manifiestan que su labor era de acompañamiento a la fuerza de ventas de Colombina y los testigos de la convocante manifiestan que cumplían órdenes de Purina.

Para los árbitros ya fueran labores de acompañamiento de Purina a la fuerza de ventas de Colombina o que recibieran órdenes de ésta, el efecto era el mismo; lo cierto es que las dos Empresas participaban con distintas actividades en la promoción de los productos Purina, en beneficio conjunto, Purina como dueña de la marca y como participante, como vendedora, de los mismos productos en empaques diferentes en todo el territorio nacional y con su amplia injerencia en el mercadeo de los productos que había vendido en firme a Colombina, y ésta desempeñando labores de agenciamiento comercial, en beneficio propio en razón de la compra y en beneficio de Purina, coordinando el mercadeo con la convocante, aceptando las labores de acompañamiento y de capacitación sobre los productos del contrato o recibiendo instrucciones sobre el mercadeo.

La testigo de la convocada Luz Marina Salazar (20 de Octubre de 2004, pág 300 del cuaderno de pruebas) dijo:

“...mi labor era de acompañamiento y capacitación ante todo a la fuerza de ventas para que nuestras líneas completas de ventas crecieran y llegáramos hacer un negocio que fuera un gana, gana para ambas partes...”.

(Pág 304) “Había un supervisor lo que nosotros llamábamos de la compañía un supervisor de ventas, ese supervisor de ventas era el encargado de hacer, de dar capacitación, porque pues quiero hacer un poco de claridad en que una cosa es una categoría de mascotas donde hay que educar mucho y tenemos que empezar por educar mucho y tenemos que empezar por educar al vendedor al mercaderista a la persona que surte en el punto de venta para poder llegar con el producto y luego tener que educar al consumidor final que toma la decisión de adquirir una mascota ya sea perro o sea gato, entonces la labor de ellos era ante todo eso, capacitar muy bien a todo el mundo para entrar a hacer sus funciones y de hacer acompañamiento a esos mismos vendedores, planeación que se hacía desde el principio de mes y se acordaba con la gerencia de cada de cada distrito con que vendedores íbamos a salir y lógicamente en un distrito pues hay mucha ciudad foránea entonces era una sola persona de Purina la que atendía la ciudad sede

más todas las ciudades foráneas que habían hay ese era su trabajo acompañamiento se hacían eventos, eventos caninos ante todo, donde nosotros colocábamos una carpa llevábamos un veterinario hacíamos que el cliente final llevara su mascota le educábamos como alimentarlo y esa era una labor que nosotros hacíamos y era nuestra responsabilidad de Purina para ayudar que nuestro distribuidor vendiera muy bien sus productos y que realmente vuelvo y digo fuera un negocio gane y gane, gane para Colombina, gane para Colombina.”

(ídem pág 305) “...Colombina si los había contratado era porque eran personas que estaban capacitadas para hacer ventas lo que nosotros capacitábamos era la categoría porque no es lo mismo salir a vender un bombombum que salir a vender Purina y poderle decir porque razón ese producto que debe tener en su lineal y a su vez ir a multiplicarlo hacía allá y a su vez con lo de mercaderista entonces capacitábamos dentro de la categoría no capacitábamos al vendedor para que fuera vendedor esa no era nuestra labor.”

(ídem pág. 306) “Lo que le dije la otra cosa que era que hacíamos eventos hacíamos muchos eventos caninos y todo esos se conseguía exhibiciones adicionales, hacíamos a veces tomas de almacenes todo eso en conjunto con la gente de Colombina y lógicamente sus relaciones porque al fin y al cabo ellos eran el proveedor ante un cliente determinado yo le voy a decir vámonos para un Olímpica y ante el cliente de Olímpica era el vendedor de Colombina su proveedor y nosotros ahí vamos en acompañamiento le ayudábamos a organizar programas y todo eso en bien de que nuestra línea creciera y que como yo creo que para todos ustedes es claro esa categoría era una hace unos años y hoy por hoy es una categoría totalmente diferente que ha crecido a base pues de esta necesidad y de esta educación que también hemos logrado impartir.”

(ídem pág. 307) “...lo otro que manejaba era realmente el manejar el punto de venta la exhibición, el lineal, en conseguir los espacios, en asegurarnos que el espacio que nosotros íbamos teniendo porque siempre hemos pagado los estudios de mercadeo y las mediciones correspondieran a ello y era trabajo que hacíamos conjuntamente con los mercaderistas de Colombina y lógicamente con el vendedor que le correspondía el punto de venta pero eran todas las labores encaminadas a desarrollar bienes a distribución y vuelvo y digo lo mismo al final para que ganáramos todos”.

(ídem Pág. 307) “...Listo sucede que esta distribución nace porque en alguna ocasión Rafael Lizarazo le vende la idea a uno de los señores Caicedo creo que fue a Belisario y realmente nace solamente como distribución como que lleve sus productos a las bodegas y desde hay Colombina empieza a ubicarlos y a llevar a repartirlos pues por todo el territorio nacional como ese producto no tenía doliente allá y realmente era una categoría como vuelvo y lo digo muy desconocida para la

gran mayoría de la gente, el producto se fue quedando y hubo un momento, nosotros teníamos un producto que se llamaba pajarina y canarinas y esos productos eran en este mercado eso se llaman productos peletizados o sea que en su proceso de producción no tienen una alta cocción por lo tanto son productos que muy fácilmente se gorgojean y en alguna ocasión se les llenó de gorgojo las bodegas y Colombina llegó a llamar a la compañía y decirle definitivamente yo no soy capaz de seguir con esta distribución porque esto lo que está es afectando, ellos tenían galletas y tenían muchos productos que se podían contaminar, de ahí surge la necesidad de que empiecen a ver personas de Purina contratadas por Purina que estén allí acompañando y ayudando hacer la labor para que realmente tuviéramos mas alta rotación de productos y así empiece a nacer el primer supervisor en Colombia que llega y se pues se nombra en la ciudad de Bogotá y posteriormente se hace Cali, Medellín, y Barranquilla, esos fueron los primeros supervisores, pero nace de una necesidad de apoyar al distribuidor para que hagamos una mejor comercialización del producto. “

(ídem Pág. 309) “Listo ese, realmente ese trabajo como vuelvo y se lo digo era un trabajo de acompañamiento y de acompañamiento usted no puede dar órdenes, usted no tenía voz ni voto allí de ninguna clase si realmente quien diseccionaba y ordenaba y organizaba un plan de trabajo de un vendedor era la gerencia de cada distrito junto con sus supervisores, nosotros trabajamos acompañados con ellos y le informábamos, mira este vendedor tiene este plan de trabajo nosotros vamos a acompañarlo en estos días en la ciudad por ejemplo si esto es sede Pereira la ciudad de Manizales en la ciudad de Armenia voy con este pero eso era todo realmente en una labor de acompañamiento y de hacer que entre los dos la categoría de mascotas creciera si tanto con el aporte y el conocimiento de él como vendedor y el de nosotros con el conocimiento de categoría pero nunca era de mandato porque nosotros no éramos jefes de ellos en ningún momento.”

(Ídem, Pág. 324) La testigo Doris Paulina Ríos Botero manifestó:

“Mis funciones como ejecutiva de ventas era básicamente acompañamiento a los vendedores, capacitación de la fuerza de ventas, realización de eventos, teníamos muchos eventos con los cuales nosotros motivábamos la labor de ventas que ejercía Colombina y el sitio donde efectuaba estas labores pues debía estar cerca de los vendedores, lo realizaba directamente en Colombina.”

(Ídem Pág. 325) “Básicamente desde que llegue y fui entrenada por Ralston Purina, siempre lo que hice con ellos fue una labor de acompañamiento, de capacitación cuando ingresaba un vendedor nuevo, salía mucho a visitar con los

vendedores de tienda a tienda los acompañaba, salía con los vendedores de cada canal de autoservicios, y, los asesoraba, esa, era básicamente mi función, estar con ellos en el momento que ellos fueran a realizar la venta.”

“Cuando visitábamos algún cliente generalmente, o sea yo si me presentaba como funcionaria de Ralston Purina y si había lugar a capacitar a ese cliente sobre nuestros productos lo hacia mas no tenia injerencia mas bien para el cliente no éramos su proveedor por eso ejercíamos solo una labor de acompañamiento por que el proveedor era Colombina.”

La testigo Luz Estella Vallejo Bermúdez manifestó:

(Ídem Pág. 360) “...Como le dije anteriormente la función nuestra en Colombina era un apoyo comercial a la gerencia a la fuerza de ventas para el desarrollo y crecimiento de la categoría.”

(Ídem Pág. 361) “...pues nosotros laborábamos desde las instalaciones de Colombina que eran nuestro distribuidor y la compañía pues considero necesario poner a una persona directa en cada sucursal de Colombina pues para poder prestar este apoyo de una manera más directa””

(Ídem Pág. 365) “Los descuentos que nosotros otorgábamos en casos especiales como los que mencioné anteriormente era por un determinado por el tiempo del aniversario o de la actividad que tuviera la cadena y solo por ese tiempo y eso ya era claro para todas nosotras, pues nos autorizaban un descuento por el uno, dos o tres pedidos solo como planteáramos la negociación, pero solo por ese corto tiempo”.

(Ídem págs. 368 y 369) “Definitivamente es muy importante los vendedores funcionan en la medida que tengan una motivación aquí y en la conchinchina y yo creo que no solamente los vendedores todo el mundo en la vida se mueve por plata y por incentivos”.

“A ver para nosotros era supremamente importante que el vendedor quisiera la línea Colombina como todos ustedes supongo saben tienen un portafolio bastante amplio y son productos muy diferentes a la línea de comestibles galletas dulces, frente a una línea de concentrados para animales nada que ver, era para nosotros y para la compañía muy importante que el vendedor entendiera que esta línea también era rentable para el para Colombina para nosotros pues en la medida que todas las Compañías esta en bien nosotros vamos a estar mucho mejor eso nos

garantiza pues estabilidad, salario, pues de ahí para atrás todo lo que usted quiera, pero es fundamental la motivación a los vendedores básica.”

“Si claro si yo soy propietario de una marca y la quiero hacer crecer es mi responsabilidad empujar la marca y una de las maneras es motivar a la gente y montarles incentivos para que crezcan”.

“.... operábamos desde las oficinas de Colombina y manejábamos unas excelentes relaciones comerciales, trabajábamos de la mano de los gerentes comerciales y de los que manejaban la parte de Purina en la oficina central pero las relaciones fueron excelentes”.

(Ídem pág. 371) “... Colombina participaba o participa realmente en la mayoría de las actividades por lo tanto nos informaban de las actividades en que ellos iban a participar y si nosotros los queríamos acompañar, como la función de nosotros era estar fuera de la calle pues también nos enterábamos, pero normalmente Colombina pasaba la propuesta de todo su portafolio.”

“Definitivamente, motivación, educación, educación al vendedor, también del manejo de los productos en el punto de venta y pues si la parte de mercadeo que queríamos llevar a cabo peor era mas de educación y de motivación y de acompañar, aprenda y mire esto pero hasta allí”.

La testigo Florencia Peña López, funcionaria de Colombina manifestó:

(Ídem Pág. 375) “Colombina durante muchos años ha agenciado los productos de Purina en el territorio nacional para determinados canales que nos fueron asignados, como le digo durante mas o menos unos años yo tenia el encargo de directora del área de administración, de administración y planeación de ventas en la comercializadora en Colombina, adicional a esa tarea de administración de ventas en esa época también era la responsable del cumplimiento, de cumplimiento de los objetivos y metas fijadas por Purina, en Colombina y pues de lograr el cumplimiento de estos objetivos y de manejar la relación con ellos y tanto con Purina que con otras líneas presentadas que teníamos en ese momento”.

(Ídem Pág. 376) “... era una relación comercial Colombina utilizaba pues nosotros, perdón Colombina ponía el servicio de Purina su fuerza para distribuir y para llevar algunos canales específicamente que nos definían específicamente el canal autoservicio y algunos clientes mayoristas llevar el producto de la línea Purina bajo unas condiciones establecidas previamente por ellos que era que debíamos vender a determinado precio dar determinado descuento y llevar las actividades

promocionales o las ofertas cualquier tipo de actividad especial que ellos definían, nosotros implementábamos esas acciones”.

(Ídem Pág. 377) “Nosotros seguíamos instrucciones precisas de Purina en cuanto al tipo, a los productos que debíamos vender de Purina, los clientes o canales a los que debíamos atender y el precio al que debíamos venderlo y además el descuento que le debíamos dar a cada cliente a cada canal”.

“Una o dos veces al año Purina definía incrementar una lista de precios a la que nosotros debíamos venderle a los canales que estaban previamente definidos y con los descuentos que teníamos también previamente definidos para cada canal o sea eso no tenía ni discusión, ni o sea había que vender al precio que ellos nos decían con el descuentos que estaba establecido”.

(Ídem Pág. 378) “Pues la costumbre comercial es que hay precios sugeridos al consumidor pero yo no le puedo decir exactamente una cadena de supermercados a que precio tiene que vender, lo que Colombina sí tenía que hacer era venderle a determinado precio a los supermercados con determinados descuentos eso era estricto, era obligatorio cumplimiento con qué precio y a qué precio ya le venda al público La 14 o al Éxito, yo simplemente puedo sugerir unos precios pero es diferente, o sea eso no es de carácter obligatorio, obligatorio era el precio que Purina le debería facturar a esos clientes y el descuento que les debía dar.”

(Ídem Pág. 380) “...habían clientes especiales que necesitaban por algún motivo un descuento adicional, eso se compartía con los señores de Purina se hablaba con ellos, ellos autorizaban o no autorizaban dar este descuento adicional y cuando autorizaban darlos nosotros posteriormente le cobrábamos a ellos ese descuento o sea era un descuento otorgado por cuenta de Purina, nosotros simplemente les, se les preguntaba si se podía no se podía dar cuando ellos lo autorizaron, lo otorgábamos y posteriormente cobrábamos a Purina ese descuento”.

(Ídem Pág. 381) “Purina tenía una organización para atender los pues canales en que Colombina hacia la venta de sus productos había una gerente nacional de ventas que estaba todo el tiempo recorriendo el país y trabajando con la fuerza de ventas de Colombina y en cada distrito había una coordinadora de ventas también empleada de Purina que estaban trabajando permanentemente con nuestra fuerza de ventas definiendo que promociones se hacían como se armaban las promociones que se iban a definir, que actividades especiales iban hacer donde determinados clientes y entonces ellos definían lo que se iba hacer, lo implementaban para que la fuerza de Colombina hiciera su tarea de venta”.

(Ídem Pág. 382) “con ellos era que se analizaba cualquier descuento adicional que había que dar en un cliente entonces ellos eran los que decían hay que dar este descuento adicional, ellos a veces tramitaban este permiso de Purina para dar el descuento adicional, se le informaba al vendedor de Colombina que podía dar el descuento y posteriormente con esta autorización que había dado Purina cobrábamos el descuento a Purina “.

(Ídem Pág. 383) “...determinaba Purina donde íbamos hacer, que promoción donde se iba a montar en que clientes iba a ser una campaña especial lo definía Purina.”

“...inclusive los clientes los escogía Purina porque el 80% de las ventas que hacia Colombina de Purina estaban dirigidas al canal supermercados, al canal de autoservicios entonces ese canal tiene unos clientes muy grandes y muy importantes cuando ellos definían una actividad profesional para el Éxito decían con nombre propio entonces la actividad que se va hacer específicamente en el Éxito, ellos definían cual era el cliente y hacían una actividad diferente por ejemplo en Carrefour y manejaban con una estrategia promocional distinta a La 14. En esos clientes grandes que era donde se hacían las grandes actividades promocionales ellos definían tanto la actividad como al cliente que debíamos ofrecerle esa promoción”.

(Ídem Pág. 390) “Colombina era la responsable de lograr el objetivo del cumplimiento de las metas que Purina nos establecía a nosotros lograr el objetivo de ventas, o sea nosotros como agentes de ventas de Purina teníamos que cumplir unos objetivos de ventas que ellos nos fijaban nos decían de tales y tales productos esperamos unas ventas de tanto cada mes entonces era responsable de velar por el cumplimiento de esos objetivos de venta que ellos nos definían. “
“Cuando nosotros nos reuníamos revisábamos cómo estaba el negocio y Colombina le daba retroalimentación de la fuerza de ventas cómo iba el comercio cómo iban las cosas pero Luz Marina nos trasmitía a nosotros las decisiones de Purina sobre como debemos vender el precio definitivamente tiene que ser ese el descuento al canal nunca se debía tocar y entonces lo que ellos nos decían es vamos hacer una actividad promocional para tales clientes, vamos hacer una actividad promocional para otros clientes.”

(Ídem Pág. 391) La testigo Florencia Peña manifestó:

“Todos los costos de promoción los asumía Purina absolutamente todos, nosotros únicamente llevábamos el producto a los clientes hacíamos la labor de venta y de

llevar el producto al cliente pero todos los costos de promociones los asumía Purina.”

El testigo Andrés Felipe Durán manifestó:

(Ídem Pág. 395) “Los precios los fijaba directamente Purina, Purina era, es el dueño del producto simplemente nos decían usted debe de vender a este precio esa lista de precios si es 100 es 100 y nosotros vendíamos al valor que nos dijeran y era un tema que se daba o una vez al año o máximo 2 veces al año habían incrementos de precios y llegaba una orden diciendo venda a tal precio cada producto.”

“Generalmente hay un sugerido porque a nosotros nos decía Purina venda 100 que se espera de que se gane ese canal cualquier nombre el que sea, que se gane el 10% bueno entonces va a vender a 110 que es un sugerido pues ya del precio final del consumidor pero eso es una política que la definía Purina se le contaba ya al cliente pero el cliente es libre de ejecutar esa situación pero generalmente es algo que se da en la forma en que se sugiere.”

(Ídem Pág. 398-399) “Colombina ejecutaba su labor por que Colombina el compromiso era que compraba a un precio y vendía a otro y ellos nos ordenaban a nosotros a qué tipos de clientes le debíamos vender o sea no era tan libre de que yo pudiera tomar la decisión yo me voy a ir a meter a donde este cliente que es una tienda agro veterinaria eso no lo podíamos hacer por ejemplo o sea había un direccionamiento muy claro de que tipo de establecimiento podía Colombina venderle”.

(Ídem Pag. 401) “Si recuerdo algo y en ese caso eran unas coordinadoras que las ponía Purina estaba dentro de la organización Colombina y eran las, eran personas que también estaban direccionando y ejecutando actividades al consumidor y situaciones pues para lograr la gestión, eso es exactamente lo que es y ellas también coordinaban un equipo de impulsadoras que son todas las niñas que uno ve en el punto de venta que están constantemente incentivando la venta y era responsabilidad de cada una de esas coordinadoras que colocaba Purina en cada una de las agencias anteriormente mencionadas en cada una de las ciudades”.

(Ídem Pág. 408) “... a Purina se le había dado la retroalimentación pero así como se le daba retroalimentación también tenía las coordinadoras que hablábamos anteriormente que eran parte de la organización Purina y estaban metidas en las

oficinas de Colombina entonces hay también tenían el mismo contacto y la misma cercanía a esa pregunta”.

El testigo Carlos Mario Londoño manifestó:

(ídem Pág. 416) “... coordinadores de la línea, daban órdenes a la fuerza de ventas nos colocaban cuotas, nos daban concursos, nos apoyaban en relación comercial con los clientes, visitaban los clientes con nuestros vendedores, nos reunían los vendedores, nos apretaban demasiado porque eran demasiado estrictos, eso había que cumplir o cumplir.”

“... ellos son los que nos recibían es mas ellos iban donde el cliente, por ejemplo en mi caso ellos iban al Éxito y decían, hombre Pablo quien era el comprador de esa época, arreglaron esos precios estamos mas baratos, estamos mas costosos, ellos intervenían directamente con la cadena, por que ellos como estaban en función del distrito ellos iban con el vendedor donde los clientes ellos mismos hacían el uso de, de o sea el uso de sugerir a cómo vendían y que demora lógicamente que eso por ley uno no puede decirle me tiene que entrar esos precios eran sugerencias y la cadena muchas veces por la relación comercial aceptaba manejar esos precios”.

“Ellos tenían un concurso que se llamaba el Galgo de Oro, entonces era para todo el país a nivel nacional, entonces siempre dan viajes y a los vendedores le dan plata, entonces Medellín fue el campeón en el 95 del Galgo de Oro, fuimos campeones en el 2000 del Galgo de Oro y nos ganamos un viaje a Francia al mundial de cuenta de Purina, Purina pagó todos los gastos”.

(ídem Pág. 422) “Le voy a poner un ejemplo que nos ilustra ese tema, por ejemplo hay una promoción que se llama especiales Éxito, entonces especiales Éxito nos dice bueno llevan, como van a participar en la promoción entonces uno como gerente distrital con un negociador que tiene en el distrito nos escribe e.mail a las respectivas unidades de negocios y en ese momento a Purina como quieren participar ustedes en especiales Éxito, entonces Purina decía vamos a participar por estas promociones, nos enviaban una carta donde nos decían las promociones con que querían participar por ejemplo una bolsa de Purina regalando un hueso, una bolsa de Purina regalando una coca de comida o un descuento adicional eso era de cuenta de Purina en esa forma funcionaban las ofertas.”

(Ídem Pág. 425) “...ellos hacían reuniones anuales tanto como para definir cuota, para definir concursos y ya por ambas partes eran presentadas por Purina a la fuerza de venta, ellos normalmente hacían la presentación porque habían unos

concursos que se llama el Galgo de Oro como lo dije anteriormente y hay otros concursos a la fuerza de ventas por mayores, por nóminas de ventas, pero todo por aprobación de ambas partes y lo hacía Purina o sea Purina reunía la fuerza de ventas y explicaba las bases el concurso y como se iba hacer el concurso y la cómo se ganaba el concurso“.

(ídem pág.. 426) “ Yo no diría que el acompañamiento era permanente porque un solo supervisor o coordinador que llamábamos en una agencia donde tenemos 22 vendedores no tiene tiempo ella hacia acompañamientos esporádicos por canal y atacaba donde caían las ventas inclusive nos poníamos de acuerdo en el distrito, ve Carlos Mario me voy para Copa Cabana porque esos autoservicios de Copa Cabana, es un ejemplo no, están caídos en venta y le decía anda inclusive me decís si es problema del cliente o problema del vendedor porque había una buena relación entonces trabajábamos así digamos en equipo.”

Para el Tribunal está debidamente acreditado en el proceso que COLOMBINA promovía negocios de PURINA y los propios, no existe explicación distinta al hecho de que PURINA, durante la ejecución del contrato, constantemente incidía en el mercadeo “acompañando”, haciendo sugerencias o dando “instrucciones” a COLOMBINA sobre la forma en que debía hacer el mercadeo y que ésta cumplía, no obstante considerar que las ventas hechas por Purina a Colombina eran consideradas en firme.

Tanto en el texto del contrato analizado como durante la ejecución del contrato es evidente que:

- a) Purina modificaba, unilateralmente, los precios de los productos que aceptaba Colombina porque no se afectaba el margen de remuneración del 14%.
- b) Purina asumía el costo de las “promociones” y los descuentos a los canales que eran hechas por la fuerza de ventas de Colombina, previa autorización.
- c) Purina asumía el costo de los atractivos ofrecidos a los compradores, a través de la fuerza de ventas de Colombina, como comederos, cuadernos y otros.
- d) Purina determinaba a qué canal y durante cuánto tiempo se le debía hacer descuentos.
- e) Purina participaba con Colombina en las promociones.
- f) Purina controlaba el correcto almacenamiento de los productos.
- g) Colombina informaba a Purina sobre el estado del mercado.
- h) Purina participaba en el mercado de mascotas vendiendo el mismo producto a otros canales, en otros empaques.

- i) Purina y Colombina participaban en la determinación de las cantidades de productos a distribuir.
- j) Purina asumía los costos de la publicidad de las promociones (ver dictámenes periciales).
- k) Purina era representada ante las cadenas por Colombina en la codificación de productos.
- l) Purina asumía los costos de las promociones que eran hechas por Colombina con el “acompañamiento” de Purina.
- m) Purina tenía oficinas en algunas instalaciones de Colombina para realizar labores de “acompañamiento” en el mercadeo de los productos, no obstante las ventas en firme.

Para el Tribunal las actividades anteriores adelantadas por Colombina con el acompañamiento de Purina fueron acciones múltiples tendientes a conseguir clientes para Purina y para Colombina a través de las promociones de los productos que dan cuenta tanto las pruebas documentales como las testimoniales.

Para el Tribunal es claro que Colombina aumentó la clientela y el mercado de Purina ejecutando labores de promoción y de mercadeo, no independientemente, sino como mandataria de Purina.

Para el Tribunal la injerencia de Purina en el mercadeo de los productos vendidos en firme es ajena al control normal que el comprador tiene sobre los productos vendidos y que demuestran la concurrencia del contrato de suministro con la agencia al incluir elementos que pertenecen a la naturaleza del contrato de agencia, amén de otros elementos que fueron evidenciándose durante la ejecución del contrato.

De la lectura de las pruebas documentales, periciales y testimoniales obrantes en el proceso arbitral, para el Tribunal, es evidente que hay elementos que muestran la concurrencia del contrato de suministro con la agencia.

Del análisis del contrato de suministro para posterior distribución, encuentra el Tribunal que el elemento diferenciador de esa figura con la agencia es que su objeto fue la compra para posterior reventa, pero, hay evidencias de que el encargo de PURINA a COLOMBINA, adicionalmente, comprendía adelantar actividades de “promoción para ampliar, conservar y aumentar el mercado de los “Productos del Contrato” en beneficio de COLOMBINA y de PURINA, que se dieron en la práctica. Circunstancia, unida al hecho de que PURINA vendía en

Colombia alimentos para mascotas, en tamaños más grandes, evidencian que las labores de promoción de “Productos” beneficiaban directamente a PURINA en cuanto consolidaban el mercado de alimento para mascotas en su beneficio.

Las pruebas documentales dan cuenta de la forma como eran adelantadas las labores de promoción de los productos.

En el contrato de suministro PURINA tiene la posibilidad de distribuir los mismos productos en el área donde lo hace COLOMBINA (Cláusula Primera), ya que expresamente se dijo que la venta no era exclusiva.

Los testigos en sus declaraciones dan cuenta de que PURINA realizaba actividades de venta de los mismos productos del contrato en el país.

En la prueba pericial para determinar la cuantía de las ventas directas de alimentos para mascotas efectuadas por PURINA en Colombia dan cuenta que las ventas anuales en los últimos tres años de ejecución del contrato ascendieron a la suma de Setenta y Cinco Mil Quinientos Diez Millones de Pesos (\$75.510.000.000) y la remuneración (descuento) correspondiente en los términos pactados ascendió a la suma de Diez Mil Quinientos Setenta y Un Millones de Pesos (\$10.571.000.000), durante los tres últimos años de ejecución del contrato.

Para el Tribunal las pruebas obrantes en el proceso y su valoración dan cuenta de que en la ejecución del contrato de suministro para posterior distribución suscrito, se dieron hechos tipificadores de la coexistencia de ese contrato con el de agencia comercial (realización de promociones), en el entendido que en las condiciones económicas pactadas en el contrato se comprendían tanto la contraprestación del suministro para posterior distribución, como la remuneración de la agencia en cuantías que luego establecerá el Tribunal

Para el Tribunal cuando COLOMBINA realiza labores de promoción de los productos comprados a PURINA está promoviendo la distribución de los productos en beneficio propio (compra-venta en firme) y en beneficio de PURINA, no de otra manera puede entenderse, desde una perspectiva lógica, que no tiene intereses en la realización de labores de mercadeo (promoción de los productos) cuando ya los ha vendido en firme y cuando vende en el territorio nacional los mismos productos en empaque de diferente peso.

9.7. CONCURRENCIA DE CONTRATOS.

Para el Tribunal la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia plantea la posibilidad de la concurrencia del contrato de suministro con el de agencia comercial, en igual sentido se han pronunciado algunos doctrinantes como Eduardo Zuleta, Jaime Arrubla Paucar y también la jurisprudencia arbitral lo ha aceptado como ocurrió en el Tribunal de Arbitramento de El Faro Ltda. contra El Colombiano.

La naturaleza de las obligaciones contractuales adquiridas por las partes, tanto en la firma del contrato de “suministro para posterior distribución”, como en su ejecución, indican que COLOMBINA promocionaba el negocio de comida para mascotas de PURINA, porque COLOMBINA actuaba, además, como intermediario de PURINA en la promoción y distribución del “producto”, no de otra manera puede entenderse la injerencia de PURINA en las labores de “mercadeo” anteriores y posteriores a las ventas en firme efectuadas por PURINA a COLOMBINA, como ha quedado en el análisis de las pruebas anteriormente transcritas.

Las ventas efectuadas eran de productos PURINA y las labores de “promoción” eran en beneficio del mercado de mercancías PURINA y de COLOMBINA, el Tribunal a pesar de ser reiterativo, insiste en que la presencia de PURINA en el mercadeo, a pesar de las “ventas en firme”, y el hecho de que asumiera permanentemente los descuentos a los canales y la publicidad evidencian que, PURINA era representada por COLOMBINA en la promoción y en la búsqueda de mercados para los productos PURINA que habían sido vendidos a COLOMBINA y cuya promoción y mercadeo, también le beneficiaban por ser vendedor de sus propios productos, toda vez que COLOMBINA no tenía la exclusividad de su venta.

Para los árbitros no es indiferente que COLOMBINA explotaba negocios de PURINA que ésta no quiso explotar directamente y que recibía sus instrucciones sobre la forma como debían realizarse las labores de promoción (descuentos, promociones, comederos etc.) como se desprende de la abundante prueba documental y testimonial, tal como se vio anteriormente. A juicio del Tribunal, todo el acervo probatorio demuestra que COLOMBINA no era una simple compradora de productos de COLOMBINA en ejecución de un contrato de suministro o de distribución.

En el análisis realizado sobre la forma en que se desarrolló y ejecutó, en la realidad, el contrato se concluye que la labor de COLOMBINA no era simplemente de compradora de los productos de PURINA sino que además implicaba la promoción de los productos de PURINA para mascotas, no de otra forma se entiende que COLOMBINA participara con PURINA en establecer las metas de venta, el manejo de inventarios, la forma de almacenamiento, la rotación de la mercancía, la planeación y ejecución de labores de mercadeo para la promoción de los productos, ni que PURINA tuviera tanto protagonismo, entre otros, con la presencia permanente de funcionarios de PURINA en algunas instalaciones de Colombina. Si los productos vendidos a COLOMBINA fuera simplemente una venta en firme no habría lugar a que el vendedor continuara teniendo injerencia en las operaciones post venta, especialmente en lo referente a las políticas de mercadeo. COLOMBINA no podía actuar autónomamente sin contar con la colaboración y aquiescencia de PURINA.

Para el tribunal ambas partes en ejecución del contrato de suministro para posterior distribución promovían la venta de los productos del contrato.

COLOMBINA, frente al contrato suscrito tenía interés propio en el negocio, como era desarrollar el objeto del contrato que implicaba crear y mantener una clientela a cambio de un beneficio económico pactado, asumía los riesgos de cartera, concedía plazos, pero, tales circunstancias, a juicio del Tribunal, no desmerecen que actuara en beneficio de PURINA, debido a que de acuerdo al contrato suscrito y a la forma en que se ejecutó, PURINA tenía un papel protagónico en la dinámica del negocio.

PURINA controlaba las ventas a COLOMBINA, a quién podía venderle COLOMBINA, cuáles eran los descuentos concedidos a los canales y los asumía, durante cuánto tiempo, decidía qué regalos entregaban a los consumidores, asumía el costo de la publicidad en las promociones, decidía a quién podía venderle... (pruebas documentales y testimoniales) y que son derechos contractuales que no le pertenecen ni a la esencia ni a la naturaleza del contrato de suministro, en consecuencia, no se estaba exclusivamente en la presencia de un contrato de suministro.

De acuerdo a las anteriores argumentaciones, entre PURINA y COLOMBINA existió además de un contrato de suministro para posterior distribución un agenciamiento comercial de hecho, mediante el cual COLOMBINA explotaba y promocionaba los productos de PURINA a través de la venta a los canales.

9.8. REMUNERACIÓN DE LA AGENCIA MERCANTIL DE HECHO.

En el texto del contrato de “Suministro para posterior Distribución”, en la Cláusula Décima Primera se acordó un margen de comercialización de Colombina así: “PURINA otorgará a COLOMBINA como margen de comercialización, un descuento del catorce por ciento (14%) sobre el precio de lista de PURINA a COLOMBINA, es decir sobre el precio de venta de los productos del contrato, puestos en la fábrica de PURINA donde se entreguen, según lo acordado en la Cláusula Séptima de este contrato”.

Considera el Tribunal que contractualmente se pactó la remuneración del contrato denominado por las partes como “Suministro para posterior Distribución”, sin embargo, de acuerdo con las argumentaciones precedentes, encuentra debidamente acreditada la existencia de un contrato de agencia comercial de hecho en concurrencia con el contrato de suministro, que se tipifica a partir de las cláusulas contractuales, antes analizadas, como de las pruebas allegadas al proceso arbitral, por tanto, concluye en que la remuneración del 14% corresponde como contraprestación al pago de las obligaciones derivadas de los contratos de suministro y de agencia comercial.

Para el Tribunal los contratos de suministro para posterior distribución y el de agencia comercial de hecho, concurren en el caso en estudio, siendo indispensables en los términos del contrato suscrito y en la forma como se cumplieron, no es posible encontrar razones para privilegiar en la remuneración a ninguno de los dos, toda vez que las partes realizaron idéntico esfuerzo para lograr el objeto del uno como del otro y por ello con sentido retributivo a las partes y partiendo de la cifra del dictamen pericial en cuento a comisiones inherentes a cada contrato identificado por el Tribunal en este laudo, las tomará por partes iguales para determinar sus contraprestaciones.

9.9. CLAUSULA DECIMA SEPTIMA DEL CONTRATO EN ESTUDIO

Se detiene el Tribunal en el análisis de esta cláusula, con el solo propósito de buscar la verdad sustantiva en la identificación de los contratos rectores de la conducta de las partes que se han sometido a su examen.

Si bien la redacción de la Cláusula apunta a identificar la no existencia de unas relaciones contractuales y de paso enervar los efectos jurídicos que ella produce,

para el Tribunal no es suficiente tal enunciación, cuando la verdad procesal sustentada en las pruebas recaudadas en el proceso, demuestran la ocurrencia y el tracto que dieron las partes a unas relaciones distintas.

En efecto, la naturaleza de un contrato no se descalifica por simples manifestaciones gramaticales ni porque las partes en defensa de sus propios intereses traten de evadir la verdadera y real existencia de los elementos axiológicos o esenciales de aquel contrato que en la realidad están celebrando.

La autonomía de la voluntad contractual, cada día analizada y debatida con mayor sensibilidad económica, no da a las partes autoridad para renunciar con una simple nota al verdadero contrato que están celebrando y mucho menos para renunciar por anticipado a un efecto jurídico que resulta de la verdadera conducta que las partes ejecutan. Por esta razón la Cláusula Décima Séptima no lleva al Tribunal a un convencimiento distinto del que se ha formado de la coexistencia o concurrencia de contratos.

9.10. RENUNCIA A LAS PRESTACIONES DEL ARTICULO 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO.

Sobre la renuncia tácita a las prestaciones en favor del agente comercial establecidas en el Artículo 1324 del Código de Comercio, en el momento de celebrar el contrato, el Tribunal considera que la renuncia del agente a iniciar una acción judicial contra el agenciado por terminación del contrato sin justa causa es ineficaz por desconocer normas de orden público, como es el derecho de accionar judicialmente que equivaldría a la condonación del dolo futuro prohibida en el Artículo 1522 del Código Civil; respecto de la prestación establecida en el primer inciso del artículo, el Tribunal, sigue la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: “Para la Corte, la prestación que consagra el Artículo 1324, inciso primero, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que, en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y que tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga solicitud específica al respecto, el juez no puede hacer esa condenación” (Exp. 7504, Cas, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo 28 de febrero de 2005) , y en las providencias publicadas en las Gacetas

Judiciales CLVI, 269 y CCXXXVII, VOL 1288 en donde la Corte se reafirma en tal sentido.

Para el Tribunal la prestación establecida en el inciso 1º del artículo 1324 del estatuto comercial pertenece al orden público económico en cuanto el contrato de agenciamiento comercial corresponde a una función socio-económica precisa en tanto modalidad contractual de los contratos comerciales de intermediación, que el Legislador ha “premiado” estableciendo en su favor tal prestación, dada su importancia en la circulación de bienes y servicios y en la generación de mercado a favor de los empresarios, quienes son los beneficiarios del trabajo del agente al término de la relación contractual.

Para los árbitros la parte doctrinaria de la Constitución del año 1991 fortalece la posición doctrinaria de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que tanto en la finalidad del ordenamiento constitucional y legal, establecido en el Preámbulo de la Carta, como en las implicaciones teóricas y prácticas del concepto “Estado Social de Derecho”, realzan el equilibrio contractual, y esa prestación por mandato legal corresponde a una forma de remuneración del agente, dada su importante función socio-económica, que el Legislador ha entendido como remuneración y que para el Tribunal concreta para esa modalidad contractual una parte fundamental de lo que ha de ser parte del equilibrio contractual.

9.11. INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS 20 Y 21.

La convocante solicita declarar la ineficacia absoluta de las cláusulas 20 y 21 del contrato de 6 de mayo de 1986, el Tribunal considera que no es posible referirse a este punto ya que estaría “reviviendo” o dándole vigencia a unas disposiciones contractuales que las partes de común acuerdo en dos oportunidades decidieron reemplazarlas por otras. En el mes de septiembre de 1988 se sustituyeron por las cláusulas 21 y 22 del contrato firmado en ese mes y año y en septiembre de 1993 decidieron volver a sustituirlas por las 20 y 21 de este último documento.

Pero si la solicitud se refiriera a las cláusulas 20 y 21 del contrato de 1993, tampoco podría despacharse favorablemente, ya que no se ve que ningún aspecto de lo dispuesto en la Cláusula 20 genere la ineficacia, cuando en ella lo que se determina es la duración del contrato, aspecto que nace de la autonomía de la voluntad contractual sin lesionar norma alguna y en cuanto a la 21 es perfectamente válido consagrar esas causales para la terminación anticipada y que constituyen justas causas del mismo, como se analiza a continuación.

9.12. TERMINACIÓN DEL CONTRATO

La Cláusula Vigésima Primera del contrato suscrito de “Suministro para posterior Distribución” se pactó: “Este contrato terminará antes de la expiración del término de duración acordado, en los siguientes eventos: a) Cuando la otra parte incumpla de manera grave las obligaciones a su cargo; b) Cuando la otra parte esté en estado de insolvencia, o se declare en huelga o se le inicie concordato facultativo u obligatorio o se le embarguen activos importantes a los Productos del contrato. c) Con aviso enviado con tres (3) meses de anticipación a la otra parte. d) Cuando a juicio de PURINA cambien sustancialmente el objeto social, los socios o accionistas o administradores de COLOMBINA, o cuando los volúmenes de compra de los productos del contrato que haga COLOMBINA no sean rentables para PURINA”.

A juicio del Tribunal la Cláusula Vigésima Primera del contrato de “Suministro para posterior Distribución”, como todo el contrato, fue celebrado sin la existencia de ningún vicio del consentimiento de los contratantes, en los términos del Artículo 1502 del Código Civil, por otra parte, en virtud del principio de la consensualidad de la contratación comercial, los contratantes están en libertad de contratar siempre y cuando no desconozcan normas de orden público o las buenas costumbres o normas expresas que establezcan la inexistencia o la eficacia de ese acuerdo y, de la revisión de la normatividad vigente en materias civil y comercial no encuentra el Tribunal norma alguna que la declare.

Corresponde a los contratantes convenir las causales de terminación de un negocio jurídico, dentro de los límites establecidos en el marco legal. Ante la ausencia de vicios de la voluntad en el negocio jurídico, las causales de terminación pactadas tienen validez porque en el caso que nos ocupa no encuentra el Tribunal que la voluntad contractual del representante legal de COLOMBINA hubiera sido afectada al momento de la celebración del contrato por una presunta posición dominante de PURINA, cuando en el proceso siempre ha sido evidente la solvencia profesional y económica de la convocante y durante el trámite procesal no fueron aportadas pruebas de ninguna índole para acreditar la afectación de la voluntad contractual de COLOMBINA al tiempo de celebrar el contrato en estudio con la parte convocada, para evidenciar el ejercicio de la posición dominante de PURINA, ante una debilidad de COLOMBINA que la sometiera a aceptar incondicionalmente las cláusulas del contrato.

Al respecto ha dicho la Sala Civil de la Corte: *“De modo que pactar un término de duración, agregando la viabilidad de la prórroga automática por períodos iguales, a no ser que cualquiera de las partes avise a la otra por escrito con treinta días de anticipación su deseo de terminarlo, como reza la estipulación séptima del contrato que pregona este proceso, entre otras cosas, cláusula pro forma de este tipo de negociación, antes que verse allí un atentado a la ley, lo que denota, como lo acota la Corte en la sentencia referenciada, es una conducta de previsión que impide y aleja el abuso del derecho. “Es evidente que si, dice la Corte, como ocurren en este caso, como cláusula accidental del contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se de aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación. Es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esa facultad, no puede, ni de lejos constituir abuso del derecho.”*

“Por último, la posibilidad de que las partes acuerden para la duración del contrato de agencia un plazo o período de tiempo, pacíficamente lo admite la doctrina nacional y externa, aunque esta última, calificando el contrato de agencia como “contrato de duración”, dada la estabilidad que lo caracteriza, aboga por una práctica de ‘plazos largos’ prorrogables y aun por contratos ‘por término indefinido’, caso en el cual su extinción requiere ‘de un preaviso escrito de las partes’. Particularmente Fernando Sánchez Calero, afirma que “ si no se fijó plazo alguno debe estimarse admisible la denuncia unilateral del contrato siempre que se comunique ese propósito a la otra parte con una razonable antelación” (Instituciones de Derecho Mercantil, pág 375) (Corte Suprema de Justicia exp 5497 M.P. José Fernando Ramírez). El Tribunal encuentra que la terminación del contrato se atemperó a lo establecido en el Literal C de la Cláusula Vigésima Primera y por tanto se ajustó a Derecho.

9.13. TACHA DE UN TESTIGO Y DE LOS DICTAMENES PERICIALES.

9.13.1. TACHA AL TESTIMONIO DEL SEÑOR ARIOSTO MANRIQUE

Durante la diligencia de recepción del testimonio del señor Ariosto Manrique, el señor apoderado de la convocada lo tachó en los términos del artículo 218 del C.P.C. Sin embargo, para el Tribunal, la tacha no debe prosperar debido a que su testimonio fue responsivo, dio razón de su dicho y correspondió a hechos que le constaban y a apreciaciones de la forma como fue ejecutado el Contrato de Suministro para Posterior Distribución, que no es ajena a otras pruebas testimoniales; la simple circunstancia de ser empleado de la convocante no es motivo suficiente para inhibirlo como testigo; los empleados pueden declarar con

conocimiento suficiente de los hechos porque son precisamente las personas que han trabajado como dependientes. Lo cual no exime al Tribunal del análisis de la veracidad de su declaración y su confrontación con las demás pruebas presentadas.

9.13.2. TACHA POR ERROR GRAVE DE LAS PRUEBAS PERICIALES

Al analizar los fundamentos de la tacha que formula el Abogado de la convocada al dictamen rendido por los Peritos, encontramos que ésta no se tipifica, pues ningún error cometen los Peritos que se dedican a cumplir su labor de investigar los hechos y cifras que solicita el peticionario de la prueba, y en concreto como en el caso presente, a extraer de unos libros contables unas sumas que corresponden a un periodo contractual en que las partes cifran sus diferencias.

Se ha tachado no un experticio, sino una relación histórica de hechos, a cuya labor no se podrán oponer los Peritos, pues estos se limitaron a cumplir el encargo que les encomendó el Tribunal en el auto que decretó las pruebas.

Mal habrían hecho los Peritos al negarse a cumplir su trabajo alegando lo que pretende el Abogado de la convocada, de que no podían hacer su trabajo porque las relaciones contractuales no existían en el tiempo que señala la convocante. En conclusión, la tacha no puede prosperar pues no se configura, toda vez que lo propuesto por el impugnante no es un error grave del dictamen y por el contrario les está pidiendo a los Peritos que hagan una calificación jurídica de la conducencia de la prueba que ellos deben practicar.

Para el Tribunal es necesario rechazar el cargo formulado a los Peritos pronunciándose negativamente a lo pedido y ordenar que el experticio rendido y para los efectos probatorios del mismo surta los elementos legales.

9.14. LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.

Acatando lo previsto en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1 numeral 134 del Decreto 2282 de 1989, procede el Tribunal a estudiar y pronunciarse sobre las Excepciones de Merito propuestas:

1- INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS

Fundamenta esta excepción el apoderado de la convocada en su afirmación de existir errores de la demanda, el primero de ellos al haberse citado las normas del contrato de seguros y no las de la agencia comercial y el segundo en no traer claridad sobre el monto de la cuantía de las pretensiones.

Esta excepción se niega por haberse pronunciado el Tribunal sobre este aspecto en Auto Número 1 de 24 de junio de 2004, sin embargo es pertinente realizar las siguientes precisiones: A) Efectivamente, existe un error al mencionar unas normas legales referentes al contrato de seguro, cuando se han debido citar las referentes a la agencia comercial, pero este es un aspecto nuevo que no alcanza a constituir una razón para considerar la ineptitud de la demanda, máxime si es al Juez, en este caso al Tribunal a quien corresponde determinar la norma aplicable al asunto sometido a su consideración; B) En las pretensiones de la demanda se indica el monto de las aspiraciones en cuanto a las reclamaciones.

2- FALTA DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LITIGIOS DERIVADOS DE CONTRATOS DIFERENTES AL DE FECHA 20 Y 27 DE SEPTIEMBRE DE 1993

Esta excepción no esta llamada a prosperar por cuanto el Tribunal considera que la relación contractual se inició en 1986 a la firma del primer contrato y que de manera ininterrumpida existió hasta diciembre de 2002, el análisis de esta excepción prácticamente se avocó en el punto 1.2. del presente laudo y por lo tanto nos remitimos a lo allí manifestado y sustentado.

3- CONTRATO DE SUMINISTRO PARA POSTERIOR DISTRIBUCIÓN DEBIDAMENTE CUMPLIDO O EJECUTADO. INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

En la parte motiva de este Laudo el Tribunal ha llegado, después de analizar ampliamente las relaciones jurídicas desarrolladas entre las partes y los elementos esenciales de los contratos de Suministro y Agencia Comercial, a la convicción de la existencia de la concurrencia de contratos de suministro y agencia comercial, entre el periodo para el cual el Tribunal tiene competencia, comprendido entre el 6 de mayo de 1986 y la fecha de terminación de la relación contractual comercial. Por esta razón la excepción no prosperará y el fallo se atemperará a lo indicado.

4- COBRO DE LO NO DEBIDO.

El fundamento de la excepción propuesta por la convocada es que al no existir el contrato de agencia comercial, no se puede pretender el cobro de una prestación derivada del mismo. Esta excepción no está llamada a prosperar por cuanto el Tribunal ha encontrado probada la existencia concurrente de los dos contratos de Suministro y Agencia Comercial, de manera que condenará al pago de la prestación prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, para la condena correspondiente se tendrá en cuenta que el Tribunal ha considerado como remuneración del contrato de agencia comercial el 50% de la remuneración pactada en el contrato suscrito, toda vez que ninguno se puede privilegiar sobre el otro.

5- RATIFICACIÓN Y/O PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD RELATIVA PROVENIENTE DEL ERROR ALEGADO.

Se refiere a que las pretensiones de la parte convocante deben ser negadas por encontrarse sus actuaciones ratificadas y/o la acción consecuencialmente prescrita. Fundamenta la prescripción en que la acción rescisoria generada por una nulidad había prescrito en cuatro u ocho años aplicando el Artículo 1750 del C. Co. por haber firmado el contrato en septiembre de 1993,

El Tribunal no encuentra pertinente esta solicitud ya que no está en discusión la nulidad del contrato de septiembre de 1993 y así no lo ha planteado la convocante en su demanda. Adicionalmente el Tribunal ya se ha referido de manera extensa a la concurrencia contractual, de tal manera que no existe prescripción alguna para las demandas referentes al reconocimiento de la agencia comercial y los derechos que se deriven de la misma, en especial las que tienen que ver con su liquidación, por tal razón esta excepción no prospera.

6-CARENCIA DE ACCION POR HABER RENUNCIADO VALIDAMENTE LA CONVOCANTE A PLANTEAR EL PRESENTE LITIGIO

El Tribunal analizó en un punto especial denominado RENUNCIA A LAS PRESTACIONES DEL ARTICULO 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO, las razones en que se fundamenta su decisión de no acceder a conceder lo solicitado por la parte excepcionante, por lo tanto esta excepción no prosperará.

CAPITULO X

CALCULO CONDENAS Y AGENCIAS EN DERECHO

10.1. BASES DEL CÁLCULO PARA LAS CONDENAS

El Tribunal para efecto de las condenas que deberán hacerse en este laudo ha tenido en cuenta los dictámenes periciales elaborados por los peritos y tomando el del Doctor Carlos Alfredo Chavarriaga Ceballos, para la determinación del total de las ventas base del calculo de las condenas.

Para el cálculo de llamada cuantía comercial que se deriva del contrato de Agencia Comercial, como ya se explicó, se tomo el 50% del monto liquidado para el contrato que rigió entre septiembre de 1986 y diciembre de 2002, para un total de 16.58 años.

El perito tomó el valor de las compras correspondientes a los tres últimos años, sobre ellos calculó el valor del descuento, para promediar el monto anual a fin de aplicar la doceava parte y multiplicar por el número de años.

La indexación la realiza el Tribunal a partir de la fecha de terminación del contrato hasta la fecha del laudo, teniendo en cuenta la cifra señalada por el Dane como IPC para los años y meses corridos desde la fecha de iniciación del contrato hasta la fecha del laudo.

10.2. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Resueltas las peticiones de las solicitudes indicadas en los escritos de las partes, corresponde resolver lo referente a la liquidación de costas y agencias en derecho. En este aspecto, el Tribunal dará aplicación al numeral 6 del artículo 392 del C.P.C.

La norma indicada señala en su numeral 2, que "La condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad", y en el 6, indica lo siguiente: "En caso de que prospere parcialmente la demanda podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial expresando los fundamentos de su decisión. "

El Tribunal considera que por no haber prosperado en toda su integridad las peticiones formuladas por las partes no habrá condena en costas ni agencias en derecho, asumiendo cada parte sus costas. Se deja constancia que las partes, en la oportunidad procesal correspondiente, aportaron las cantidades señaladas por este mismo Tribunal

CAPITULO XI

PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal de Arbitramento en mérito a lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta todo lo analizado en materia de derecho sustantivo, procesal y probatorio pasa a pronunciarse sobre los temas sometidos a su consideración y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley dicta el siguiente:

LAUDO ARBITRAL

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta denominadas: INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS, FALTA DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LITIGIOS DERIVADOS DE CONTRATOS DIFERENTES AL DE FECHA 20 Y 27 DE SEPTIEMBRE DE 1993, CONTRATO DE SUMINISTRO PARA POSTERIOR DISTRIBUCIÓN DEBIDAMENTE CUMPLIDO O EJECUTADO. INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, RATIFICACIÓN Y/O PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD RELATIVA PROVENIENTE DEL ERROR ALEGADO, y CARENCIA DE ACCION POR HABER RENUNCIADO VALIDAMENTE LA CONVOCANTE A PLANTEAR EL PRESENTE LITIGIO, por las razones expresadas en este laudo.

SEGUNDO.- Por las razones expuestas se niega en su totalidad las tachas propuestas al testigo Ariosto Manrique y a los Peritos por el error grave.

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

TERCERO.- No prospera la pretensión primera en la forma como esta pedida, por cuanto el Tribunal encontró probada la coexistencia de los contratos de Suministro y Agencia comercial, en el periodo comprendido entre el 6 de mayo de 1986 y 31 de diciembre de 2002 y así lo declara el Tribunal.

CUARTO.- La segunda pretensión prospera referida al periodo comprendido entre el 6 de mayo de 1986 y la fecha de terminación de la relación 31 de diciembre de 2002. Como consecuencia de la anterior declaración condenase a NESTLE PURINA PET CARE COLOMBIANA S.A. a pagar a COLOMBINA S. A. la suma Dos Mil Cuatrocientos Cuarenta y Cinco Millones Quinientos Mil Pesos (\$2.445'500.000) por concepto de la prestación establecida en el inciso primero del Artículo 1324 del Código de Comercio.

QUINTO.- Niégase la pretensión Tercera, por las consideraciones indicadas en el punto 9.11. de este laudo, por tanto no se hace la declaración de ineficacia solicitada.

SEXTO.- Niégase la pretensión Cuarta de la demanda, por considerar que la terminación del contrato fue hecha en legal forma, dando cumplimiento a los términos pactados contractualmente, específicamente a la cláusula 22, que facultó de manera expresa a las partes para que pudieran declarar la terminación del contrato de manera anticipada, acuerdo que aceptaron ambos contratantes al firmar el respectivo contrato. Esta parte se analizó en el numeral 9.12 de este laudo. De tal manera que no hay lugar a declarar condena por la indemnización del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.

SÉPTIMO.- La pretensión sexta prospera y en consecuencia el Tribunal procede a indexar la cifra señalada en el punto cuarto anterior, aplicando para ello el IPC, determinado por el Dane, entre la fecha de la terminación del contrato, 31 de diciembre de 2002 y la fecha del laudo, ajuste que asciende a la cantidad de Quinientos Ochenta y Siete Millones Trescientos Sesenta y Dos Mil Pesos (\$587.362.000), por lo cual la cifra resultante que constituye la condena total es la cantidad de Tres Mil Treinta y Dos Millones Ochocientos Sesenta y Dos Mil Pesos (\$3.032.862.000) que deberá pagar NESTLE PURINA PET CARE COLOMBIANA S.A. a COLOMBINA S. A. dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del laudo.

OCTAVO.- En cuanto a la pretensión séptima el Tribunal y por las razones ya expuestas determina que no hay lugar a condena en costas y agencias en derecho.

NOVENO.- Por Secretaría, expídanse copias del presente laudo con destino a las partes, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. En la copia de la parte convocante se hará constar la ejecutoria del laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

Ordénase la protocolización del expediente en una de las Notarías de la ciudad.

El presente laudo se notifica en audiencia hoy, a los veintiséis (26) del mes de mayo de dos mil cinco (2005).

Los árbitros,

JOSÉ RICARDO CAICEDO PEÑA
Presidente

JAIME VALENZUELA COBO

JORGE RESTREPO POTES

El secretario,

LUIS ALFONSO MORA TEJADA