

CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO DE CALI

Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TERKIM S.A.S

Vs.

CIAMSA S.A.S

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintinueve (29) de noviembre del dos mil diecinueve (2.019)

Cumplido a cabalidad el trámite arbitral y habiéndose agotado cada una de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento, en especial la Ley 1563 de 2012 y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal, dentro del término legal, a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.- SOLICITUD DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL:

TERKIM S.A.S, en adelante el **CONVOCANTE**, a través de apoderado, presentó el dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2.018) demanda arbitral con citación y audiencia de **CI DE AZUCARES Y MIELES S.A. CIAMSA**, con el fin de obtener por vía jurídica una serie de declaraciones y consecuencialmente condenas en virtud de lo cual se requiere de este Tribunal un pronunciamiento escrito que ponga fin a las diferencias planteadas.

TERKIM S.A.S solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con fundamento en la siguiente:

1.1. CLÁUSULA COMPROMISORIA

Se encuentra prevista en la cláusula **DÉCIMA SEXTA (16)** del Contrato de Cuentas en Participación de fecha 06 de agosto de 2013, suscrito entre **TERKIM S.A.S.** en calidad de **PARTÍCIPE** y **C.I. DE AZÚCARES Y MIELES S.A.** en calidad de **GESTOR**, la cual fue modificada en el **OTROSÍ No.2 A** de fecha **25 de mayo de 2018**, que establece lo siguiente:

“Todas las controversias o diferencias relativas al CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN PARA LA ELABORACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE NITRO EFFI 100, que se susciten entre las partes se resolverán por un Tribunal de Arbitramento, que se someterá al procedimiento establecido por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, y se sujetarán a lo dispuesto por el reglamento de dicho centro arbitral y por la Ley 1563 de 2012, o en las normas que los reglamenten, adicionen o modifiquen, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por un (1) árbitro designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara

de Comercio de Cali, de su lista de árbitros, con experiencia en contratos mercantiles; b) El Tribunal funcionará en Cali en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de esta ciudad; c) El árbitro decidirá en Derecho. d) Las costas que genere el arbitramento estarán a cargo de la parte vencida.”

2.- NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO:

Como árbitro fué nombrado el doctor **LUIS FELIPE GONZALEZ GUZMAN**.

3.- INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA:

La instalación del Tribunal de Arbitramento se materializó el 25 de mayo de 2018.

En la misma audiencia se determinó fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría del mismo las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de esta ciudad de Santiago de Cali (Valle del Cauca).

Una vez instalado el Tribunal, se profirió el Auto No. 2 mediante el cual se inadmitió la demanda arbitral, quedando dicha decisión notificada en estrados a la parte demandante, quien la subsanó en el término legal debido, producto de lo cual se profirió el Auto No. 5 del 28 de junio de 2018, mediante el cual se admitió la demanda arbitral propuesta en contra del extremo convocado; negando la práctica de medidas cautelares solicitadas por la **CONVOCANTE**.

Así las cosas, la parte **CONVOCADA** dió contestación a la demanda subsanada el 15 de agosto de 2018 y además propuso demanda de reconvención en contra de la **CONVOCANTE** y en el término legal previsto, la parte convocante contestó dicha demanda de reconvención.

Posteriormente la **CONVOCANTE** procedió a hacer uso de su derecho a reformar la demanda el quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) y mediante Auto No. 12 del dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) el Tribunal admitió la reforma de la demanda y notificó en estrados a la **CONVOCADA**; quien en el término legal previsto, la contestó el día cinco (5) de diciembre del dos mil dieciocho (2.018).

Finalmente, ambas partes recorrieron el traslado de las excepciones, las propuestas con la contestación de la demanda y las propuestas en la contestación a la demanda de reconvención.

Así las cosas, se trabó la litis conforme expresamente se solicitó por la parte actora.

4.- AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:

Luego de surtido por Secretaría el traslado de las excepciones y habiendo hecho cada una de las partes uso de su derecho de réplica, procedió éste Tribunal a fijar fecha y hora para Audiencia de Conciliación, llevándose a cabo el día veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019), resultando fallida.

5.- FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS:

Al declarar fracasada la audiencia de conciliación, se fijaron los gastos y honorarios, los cuales fueron consignados oportunamente por ambas partes.

6.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La parte convocada oportunamente contestó la demanda, oponiéndose expresamente a todos los hechos y pretensiones; y desde luego,

exponiendo como medios de defensa, excepciones de mérito. También presentó demanda de reconvención, la cual fue oportunamente contestada por la convocante.

7.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE:

Se llevó a cabo el día quince (15) de marzo del dos mil diecinueve (2.019). En ella el Tribunal se declaró competente y consecuentemente decretó las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes y las que de oficio consideró pertinente.

8.- TÉRMINO DEL PROCESO:

Se determinó como término de duración del proceso conforme a lo establecido por el artículo 10 de la Ley 1563 del 2012 el lapso de seis (6) meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite la cual tuvo lugar el día quince (15) de marzo del dos mil diecinueve (2.019), término que vencería el quince (15) de septiembre del dos mil diecinueve (2.019). Sin embargo, los apoderados de las partes de común acuerdo solicitaron en varias oportunidades la suspensión del proceso, tal como se indica a continuación: Desde el dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2.019) hasta el veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecinueve (2.019), ambas fechas inclusive; desde el diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2.019) hasta el veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecinueve (2.019), ambas fechas inclusive; y finalmente, desde el primero (01) de octubre de 2019 hasta el veintinueve (29) de octubre de 2019, ambas fechas inclusive. En consecuencia, al término inicial debe sumarse el tiempo durante el cual el proceso estuvo suspendido, es decir, sesenta y cinco (65) días hábiles, lo que nos lleva a concluir que el término del presente proceso arbitral vencería finalmente el día dieciocho (18) de diciembre de 2019.

CAPÍTULO II

LA DEMANDA

En escrito presentado al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de esta ciudad de Santiago de Cali (Valle del Cauca), el día dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2.018), la sociedad **TERKIM S.A.S** por conducto de apoderado, solicitó la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias suscitadas con la sociedad **CI DE AZUCARES Y MIELES CIAMSA S.A.**

Como se indicó anteriormente, la demanda inicial fue objeto de reforma, y las pretensiones de la demanda reformada, fueron las siguientes:

“[...] PRETENSIONES

2.1. *Que se declare que TERKIM SAS NIT No 900.149.311 (en adelante TERKIM) , en calidad de PARTÍCIPE y CI DE AZUCARES Y MIELES S.A. CIAMSA, NIT 890.300.554-5 (en adelante CIAMSA) en calidad de GESTOR se celebró CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN PARA LA ELABORACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE NITRO EFFI 100. (en adelante EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN).*

2.2. *Se declare que al partícipe le corresponderá el 20 % de la participación sobre utilidad neta efectuada por el GESTOR CIAMSA a nivel nacional y el porcentaje restante, es decir el 80 % será para el gestor CIAMSA.*

2.3. *Se declare que la sociedades CIAMSA y TERKIM, son titulares de la marca NITRO EFFI 100, utilizada para identificar el producto urea más zeolita, objeto del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en las proporciones de participación del negocio.*

2.4. Que se declare que TERKIM, en calidad de partícipe cumplió con todas las obligaciones a su cargo al tenor del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, suscrito por las partes.

2.5. Se declare que CIAMSA, no cumplió con todas las obligaciones a su cargo como Gestor conforme el contrato de CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, celebrado entre las partes.

2.6. Se declare que CIAMSA, incumplió la obligación de partir del costo de los productos para establecer el precio de venta y rentabilidad del producto NITRO EFI 100, conforme fue acordado por las partes en EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

2.7. Se declare que CIAMSA, incumplió la obligación de incluir al precio de venta del producto NITRO EFI 100, todos los costos y gastos en los que incurriera, al tenor del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, suscrito por las partes.

2.8. Se declare que CIAMSA incumplió con la obligación a su cargo de permitir a TERKIM, llevar a cabo inspección a su favor en calidad de partícipe, conforme se acordó por las partes en otro si con el cual fue modificado el contrato DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

2.9. Se declare que CIAMSA, incumplió con su obligación de rendir cuentas en debida forma de su gestión en desarrollo al tenor del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, suscrito por las partes.

2.10. Se declare que las partes por mutuo acuerdo definieron cesar el desarrollo del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN a partir del 28 de febrero de 2017.

2.11. Se declare que CIAMSA, actuó de mala fe al no aportar la totalidad de información contable y financiera solicitada por TERKIM, para efectos de llevar a cabo la verificación de la ocurrencia de pérdidas o de utilidades, en desarrollo del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN conforme lo acordado por las partes.

2.12. Se declare a CIAMSA civilmente responsable, por cuenta de los perjuicios causados a TERKIM, al llevar a cabo la operación del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, en calidad de socio

gestor, en atención a que se generaron pérdidas constantes según lo informado por el gestor, no obstante se había establecido que para establecer precio de venta del producto NITRO EFFI 100, se tendría en cuenta todos los costos y gastos en que se incurriera.

2.13. Que como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones de incumplimiento aquí deprecadas en cabeza de CIAMSA, se le condene a pagar a favor de TERKIM, la cláusula penal establecida en el otro si suscitó por las partes el 26 de junio de 2015, modificando la CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA, a título de pena sin menoscabo del cobro de las sumas adeudadas y los perjuicios adicionales causados.

2.14. Que se declare que CIAMSA, en calidad de gestor, hizo cobros a TERKIM a título de pérdidas, que no fueron efectivamente causadas por un total de CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$ 55.960.000,00).

2.15. Que se condene a CIAMSA a restituir a TERKIM, las sumas que le cobró a título de pérdidas por un total de CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$ 55.960.000,00).

2.16. Que se declare que CIAMSA, omitió pagar a TERKIM las utilidades generadas a su favor en desarrollo del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN así:

1. Para NITRO EFFI -100 simple la utilidad de: CIENTO VEINTINUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS \$129.340.000,00

2. Para NITRO EFFI -100 mezcla la utilidad de: DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS. \$ 217.450.000,00.

2.17. Que se declare que CIAMSA, está en mora de pagar a TERKIM, las utilidades generadas a su favor en desarrollo del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

2.18. Que se condene a CIAMSA pagar a TERKIM las utilidades generadas a su favor en desarrollo del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN así:

1. Para NITRO EFFI -100 simple la utilidad de: CIENTO VEINTINUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS \$129.340.000,00 .

2. Para NITRO EFFI -100 mezcla la utilidad de: DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS. \$ 217.450.000,00.

2.19. Que se condene a CIAMSA a pagar a TERKIM los intereses moratorios causados respecto de la utilidades efectivamente generadas desde el día 28 de febrero de 2017 y hasta la fecha efectiva de pago.

2.20. Que se ordene indexar las sumas de dinero cuyo pago sea ordenado en favor de TERKIM, a título de reembolso de dineros que fueron pagados a título de pérdidas, desde la fecha en la cual se hizo el cobro de tales sumas por parte de CIAMSA y a cargo de TERKIM.

2.21. Que se condene a la convocada al pago de las costas y agencias en derecho [...]”¹

Las anteriores pretensiones de la demanda, se fundamentaron en los siguientes hechos.

“[...] HECHOS

I. CONTRATO Y OTRO SI.

1. El 6 de agosto del año 2013, entre TERKIM en calidad de PARTÍCIPE y CIAMSA en calidad de GESTOR, se celebró CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN PARA LA ELABORACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE NITRO EFFI 100.

2. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN tenía como “1.OBJETO: Constituye el objeto del presente contrato el desarrollar y explotar operaciones mercantiles relacionados con la elaboración, distribución, comercialización y venta de (NITRO EFFI 100) en beneficio de

¹Trascrito con sus propios errores y al pie de la letra.

las partes.”

3. *EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN estableció a cargo de las partes llevar a cabo los siguientes aportes:*

“2. APORTES: Las partes se obligan a efectuar los siguientes aportes con destino exclusivo al desarrollo del objeto del presente contrato:

a) APORTES DEL PARTICIPE:

- El partícipe aporta su experiencia para la comercialización del producto NITRO EFFI 100 en las diferentes zonas que atienden tanto al GESTOR CIAMSA, como el partícipe a nivel nacional y de manera permanente a través de conferencias, días de campo y todo el proceso necesario en publicidad y mercadeo que facilite el posicionamiento del producto.*

...

- El partícipe aporta la materia prima zeolita (Zeoter-a) necesaria para llevar a cabo la elaboración del producto (urea + zeolita) para la venta a los clientes en las cantidades y presentaciones requeridas, según acuerdo entre las partes. El producto aportado es de su exclusiva propiedad.*
- El partícipe aporta su conocimiento técnico y experiencia en el manejo de la materia prima zeolita (Zeoter-a).*

...”

b) APORTE DEL GESTOR:

...

- El Gestor CIAMSA aporta su experiencia para la comercialización del producto NITRO EFFI 100 en las diferentes zonas que atienden tanto el GESTOR CIAMSA, como el PARTÍCIPE, a nivel nacional de manera permanente a través de conferencias, días de campo y todo el proceso necesario en publicidad y mercadeo que facilite el posicionamiento del producto.*

- El Gestor CIAMSA aporta su infraestructura física y equipos requeridos para la elaboración de la mezcla, proceso de empaque y apoyo logístico para la entrega del producto a sus clientes.
- El Gestor CIAMSA aporta toda la gestión administrativa del negocio, es decir, coordinación del transporte, recibo de los documentos (urea y zeolita) a la planta Buga, planeación de la producción de la mezcla (urea + zeolita para elaboración del producto (NITRO EFFI 100) coordinación de los despachos, facturación y cobro de cartera.
- El Gestor CIAMSA aporta la materia prima urea necesaria para llevar a cabo la elaboración del producto (NITRO EFFI 100) para la venta a los clientes en las cantidades y presentaciones requeridas, según acuerdo entre las partes. El producto aportado es de su exclusiva propiedad.

PARÁGRAFO PRIMERO: **Se parte del costo de los productos para establecer el precio de venta y rentabilidad del producto** (NITRO EFFI 100)

PARÁGRAFO SEGUNDO: **El Partícipe y el Gestor CIAMSA tienen derecho en cualquier tiempo a revisar todos los documentos inherentes a la ejecución de este contrato. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, de este contrato....**”

4. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su cláusula tercera estableció: “ TITULARIDAD Y EJECUCIÓN DE LA OPERACIÓN MERCANTIL: Conforme a las disposiciones propias del presente contrato, las partes acuerdan que el Gestor y Partícipe administrarán y ejecutarán conjuntamente todas las operaciones correspondientes a la operación mercantil reputándose para todos los efectos legales ante terceros como los propietarios del negocio, El Gestor será el único responsable de las obligaciones que contraigan en el desempeño y giro ordinario de la ejecución de la operación mercantil”.
5. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su cláusula cuarta estableció las obligaciones a cargo del gestor: “OBLIGACIONES DEL GESTOR: Son obligaciones especiales del GESTOR las siguientes:...

1. *El Gestor CIAMSA realizara la negociación y compra en el mercado internacional del principal insumo (urea) de la línea de negocios y proveerá ese producto así como todos los insumos necesarios para que el producto final esté listo para su comercialización*
2. *El Gestor CIAMSA realizará la compra al partícipe de la zeolita (Zeoter-a) como insumo de la línea de negocio, a razón de cuatrocientos ochenta mil pesos (\$480.000) por tonelada métrica en términos FOB Ipiales. Este precio se mantendrá mientras esté vigente el presente contrato, siempre y cuando la TRM no supere los \$2.000. De llegarse a una TRM mayor a \$2.000, se reajustará el precio del insumo zeolita (zeoter-a) de común acuerdo entre las partes.*
3. *El Gestor CIAMSA en su precio de venta al negocio denominado cuentas en participación, incluirá todos los costos y gastos en los que se incurra para tener disponible la urea para ser mezclada con la zeolita*
4. *Destinar los aportes de que trata la cláusula segunda del presente contrato de manera adecuada y exclusiva al desarrollo y ejecución de la operación mercantil y administrarlos con criterios de máxima eficiencia, rentabilidad y responsabilidad.*
5. *El Gestor CIAMSA ejecutará de acuerdo con su conocimiento de la actividad de Despacho, Entrega, Facturación y Comercialización de (NITRO EFFI 100) inherentes a la realización de la operación mercantil con un criterio de minimización de costos y maximización de beneficios.*
6. *El Gestor CIAMSA cancelará directamente el precio del flete al transportador por los gastos de transporte de la zeolita en el trayecto (Ipiales/Nariño a planta Buga/Valle). En esta gestión, se contará con el apoyo logístico por parte del partícipe en conseguir y coordinar el transporte de la zeolita desde (Ipiales/Nariño a planta Buga/Valle)*
7. *El Gestor CIAMSA entregará al partícipe en el porcentaje y forma establecidos en el presente contrato, las utilidades que se deriven del ejercicio y desarrollo de la Operación Mercantil. En caso de generar pérdidas, las partes asumirán sus respectivos porcentajes.*
8. *El Gestor CIAMSA y El Partícipe serán titulares de la marca NITRO EFFI 100 que es la marca que se utilizará para identificar el producto (urea + zeolita) objeto del presente contrato, en las proporciones de participación en el negocio. Ambos se encargarán de la publicidad y mercadeo de la misma...”*

6. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, estableció en su

clausula quinta las obligaciones del partcipe: “ OBLIGACIONES DEL PARTICIPE: Son obligaciones especiales del partcipe las siguientes:

- 1. El partcipe procurará la consecución de clientes para el beneficio, ejecución y desarrollo de la operación mercantil*
- 2. El partcipe garantiza que durante la ejecución del presente contrato, cumplirá con los requerimientos necesarios para mantener la concesión de explotación minera que tiene actualmente, concedida por el Gobierno de Ecuador, mediante la cual adquieren la zeolita objeto del presente contrato. Una copia del contrato de concesión hará parte integral del presente contrato.*
- 3. Si el partcipe, por razones no imputables a este, perdiera la concesión para la explotación de zeolita, proveerá dicho producto a el Gestor, en las mismas condiciones de calidad. [el precio de la zeolita de otro origen será revisado y acordado por las partes por escrito.*
- 4. El partcipe entregará los volúmenes necesarios de zeolita en la almacenadora (Almafrontera Ltda) ubicada en la Avenida Panamericana 48-81 en Ipiales-Nariño, acorde con el pan de entregas que se defina entre las partes, cumpliendo con los estándares de calidad requeridos acorde con la ficha técnica del producto. A partir de este momento se considera entregado el producto para los efectos del presente contrato.*
- 5. El Partcipe deberá anexar ficha técnica de la zeolita emitida por laboratorio registrado ante el ICA, trimestralmente al Gestor.*
- 6. El partcipe proveerá de manera exclusiva para el Gestor, la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita) de acuerdo con las condiciones de calidad del productos inicialmente convenidas entre las partes. Dicho producto será utilizado por el Gestor en forma exclusiva para la realización de la mezcla de que trata este contrato.”*
- 7. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, en su clausula sexta establecía: “DURACIÓN: El término del presente contrato es de dos (2) años contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato o de sus prórrogas. Este contrato es prorrogable automáticamente por el mismo término previsto inicialmente, salvo que una de las partes con sesenta (60) días comunes de anticipación manifieste por escrito a la otra, su intención de no prorrogarlo.”*

8. *EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su cláusula séptima establecía el monto de participación de las partes para el contrato así: “RESULTADOS: Al partícipe le corresponderá el 20% de la participación sobre la utilidad neta efectuada por el Gestor CIAMSA a nivel nacional y el porcentaje restante, es decir el 80% será para el Gestor CIAMSA ”.*

9. *EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su cláusula octava establecía la forma de llevar a cabo la distribución de resultados “ DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS: Para efectos de distribuir las utilidades y/o pérdidas obtenidas como consecuencia de la participación porcentual en los resultados comerciales de los servicios prestados en virtud d este contrato, las partes establecen el siguiente procedimiento:*

- I. La liquidación se efectuará trimestralmente por el Gestor CIAMSA.*
- II. El pago de las utilidades se efectuará simultáneamente al partícipe y al Gestor en el porcentaje establecido en la cláusula sétima del presente contrato una vez efectuado el respectivo corte trimestral.*
- III. En todo caso antes de distribuir utilidades, estas deberán ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar en cualquier periodo anterior. ”*

10. *EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su cláusula novena establecía las responsabilidades de las partes: “ RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES:*

....

EL GESTOR CIAMSA : Todas las ventas que realice el gestor estarán acorde a las políticas de venta actualmente utilizadas por el Gestor

EL PARTICIPE: es responsabilidad del partícipe asegurar el suministro de la zeolita dentro de los términos y condiciones acordadas por las partes y en las condiciones de calidad requeridas. Cualquier incumplimiento a este responsabilidad, salvo casos demostrados de caso fortuito o fuerza mayor, se considera como una justa causa para dar por terminado el contrato, facultando al gestor para reclamar cláusula penal y cualquier perjuicio que pudiese sufrir por esta razón. ”

11. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su cláusula decima establecía: “NATURALEZA JURIDICA Y AUTONOMIA: En virtud de este contrato, el partícipe acepta que por su objeto y la mera como se ejecutan las prestaciones principales de este contrato este no se trata de un contrato de agencia comercial o representación ni tampoco constituye una nueva persona jurídica, consorcio, unión temporal, sociedad de hecho o ninguna otra entidad legal entre el partícipe y el Gestor. El Gestor no actúa por cuenta y ni en nombre del partícipe. Adicionalmente, las partes dejan expresa constancia de que por este contrato no se constituye vínculo laboral, ni agencia comercial entre el Gestor y el Partícipe, ni de estos últimos con los empleados o dependientes del primero ni viceversa, conservando cada uno su autonomía administrativa, técnica y financiera.”.

12. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su clausula 12 establecía como causales de terminación entre otras:

“CAUSALES DE TERMINACION: Constituyen causas de terminación del presente contrato

...

Por mutuo acuerdo entre las partes. ...”.

13. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en su clausula 17 establecía una clausula penal: “ CLAUSULA PENAL: En caso de incumplimiento de las obligaciones surgidas de este contrato por algunas de las partes, la parte incumplida se convertirá en deudora de la parte cumplida de una pena como estimación anticipada pero no definitiva del incumplimiento del contrato equivalente a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del incumplimiento, la cual será exigible ejecutivamente sin necesidad de requerimiento previo para constitución en mora y no impedirá hacer efectivo el cumplimiento del contrato, ni la indemnización total de los perjuicios ocasionados. Para hacer efectiva la presente clausula penal, bastará la simple declaración del gestor o del partícipe del incumplimiento de la otra parte. Las partes reconocen el mérito ejecutivo de esta cláusula penal y por lo tanto, ésta se podrá hacer

efectiva a través de un proceso ejecutivo. ”.

- 14. Las partes el día 26 de junio de 2015, celebraron otro si al CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, para modificar las cláusulas: “PRIMERA, SEGUNDA, QUINTA, SEXTA, OCTAVA, DOCEAVA y DIECISIETEAVA”, acordando mantener incólumes las demás cláusulas del contrato.*
- 15. EL otro si al CONTRATO DE CUENTAS en participación dispuso entre otras modificaciones las siguientes: “PRIMERA. OBJETO: Constituye el objeto del presente contrato el desarrollar y explotar operaciones mercantiles relacionadas con la elaboración, distribución, comercialización y venta de NITRO EFFI 100, en adelante El producto en beneficio de las partes.*

SEGUNDA. APORTES: LAS PARTES se obligan a efectuar los siguientes aportes con destino exclusivo al desarrollo del objeto del presente contrato:

EL PARTICIPE aporta la materia prima zeolita (Zeoter-a) necesaria para llevar a cabo la elaboración del producto (urea + zeolita) para la venta a los clientes en las cantidades y presentaciones requeridas, según acuerdo entre las partes. El producto aportado es de exclusiva propiedad.

PARAGRAFO PRIMERO: Se parte del costo de los productos que se encuentre vigente para la respectiva anualidad en la que se realice el pago, para establecer el precio de la venta y rentabilidad del producto (NITRO EFFI 100).

PARAGRAFO SEGUNDO: El partícipe y el gestor CIAMSA tienen derecho en cualquier tiempo a revisar todos los documentos inherentes a la ejecución de este contrato. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, se obtendrá por parte GESTOR CIAMSA el estado de resultados del negocio objeto de este contrato. En todo caso, el GESTOR CIAMSA tendrá la obligación de remitir dentro de los tres (3) primeros meses del año un informe sobre los resultados económicos del negocio objeto del contrato, lo anterior sin perjuicio del ejercicio del derecho de inspección que en cualquier momento pueda efectuar el Partícipe.

QUINTA. OBLIGACIONES DEL PARTICIPE. Son obligaciones especiales de El Partícipe las siguientes:

EL PARTICIPE proveerá de manera exclusiva para el Gestor CIAMSA la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita), de acuerdo con las condiciones de calidad del producto inicialmente convenidas entre las partes. Dicho producto será utilizado por el GESTOR CIAMSA en forma exclusiva para la realización de la mezcla de que trata el contrato. La exclusividad pactada no constituye transferencia de la propiedad intelectual y de creación de la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea-zeolita) que en todo caso continuará en cabeza del Partícipe.

Se modifica la cláusula SEXTA. DURACIÓN: La cual quedará del siguiente tenor:

SEXTA. DURACIÓN: El término del presente contrato es de tres (3) años contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato o de sus prórrogas. Este contrato es prorrogable automáticamente por el mismo término previsto inicialmente, salvo que una de las partes con sesenta (60) días comunes de anticipación manifieste por escrito a la otra, su intención de no prorrogarlo.

OCTAVA. DISTRIBUCION DE RESULTADOS. Para efectos de distribuir utilidades y/o pérdidas obtenidas como consecuencia de la participación porcentual en los resultados comerciales de los servicios prestados en virtud de este contrato, las partes establecen el siguiente procedimiento:

La liquidación se efectuará trimestralmente por el GESTOR CIAMSA

El pago de las utilidades se efectuará simultáneamente al Partícipe y al Gestor CIAMSA en el porcentaje establecido en la cláusula séptima del presente contrato una vez efectuado el respectivo corte trimestral.

En todo caso antes de distribuir utilidades, estas deberán ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar en cualquier periodo anterior y finalizado en este proceso, deberá ser previamente avalado tanto por el partícipe como por el Gestor Ciamsa, mediante documento escrito que avale dicha rendición de cuentas que proponga enjugar las posibles pérdidas.

DIECISIETEAVA. CLAUSULA PENAL. En caso de incumplimiento de las obligaciones surgidas en este contrato por algunas de las partes, la parte incumplida se convertirá en deudora de la parte cumplida de una pena como estimación anticipada pero no definitiva del incumplimiento del contrato equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la utilidad reportada por el producto NITRO EFFI 100, durante los tres (3) meses al acaecimiento del incumplimiento, la cual será exigible ejecutivamente sin necesidad de requerimiento previo para constitución en mora no impedirá hacer efectivo cumplimiento del contrato, ni la indemnización total de los perjuicios ocasionados. Para hace efectiva la presente cláusula penal, bastará la simple declaración del Gestor CIAMSA o del PARTICIPE del incumplimiento de la otra parte. Las parte reconocen el mérito ejecutivo de esta cláusula penal y por lo otro, ésta se podrá hacer efectiva a través de un proceso ejecutivo

II. EJECUCIÓN Y PAGO DE UTILIDADES O ASUNCIÓN DE PÉRDIDAS:

16. Se constituyó la marca NITRO EFFI 100.

17. TERKIM en desarrollo del contrato proveía al gestor de la materia prima zeolita, misma que era recogida por CIAMSA, gestor en el puerto de IPIALES, para ser trasportada a su planta.

18. TERKIM dispuso de personal a su cargo para que prestara soporte técnico, científico y de atención a clientes a CIAMSA durante toda la ejecución del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

19. CIAMSA en calidad de gestor proveía la materia prima UREA, para la elaboración del producto NITRO EFFI 100.

20. CIAMSA, en calidad de gestor se encargaba de brindar infraestructura física y equipos para llevar a cabo la elaboración del producto NITRO EFFI 100.

21. CIAMSA, llevaba a cabo la distribución y venta del producto NITRO EFFI 100, fijando para el efecto precio de venta.

22. CIAMSA, remitía a TERKIM en periodos semestrales o trimestrales cuadro resumen de ejecución de contrato indicando la causación de utilidades o pérdidas según correspondiera para el periodo.

De acuerdo con lo anterior por cortes se tuvo la siguiente ejecución:

CORTE	AÑO	FACTURA	FECHA FACTURA	GANANCIA	PERDIDA	TOTAL FACTURA	VALOR PAGADO	SALDO
enero - a nov	2014	386	02/03/2015	21.060.000,00	0,00	21.060.000,00	21.060.000,00	0,00
dic - junio	2014-2015	767	07/12/2015	7.600.000,00	0,00	7.600.000,00	7.600.000,00	0,00
julio-sept	2015	801	22/12/2015	16.700.000,00	0,00	16.700.000,00	16.700.000,00	0,00
oct- dic	2015	450	09/06/2016	0,00	-3.900.000,00	-3.900.000,00	-3.900.000,00	0,00
ene-marz	2016	493	09/082016	0,00	-32.160.000,00	-77.480.000,00	-77.480.000,00	0,00
abril-junio	2016	493	09//08/2016	0,00	-45.320.000,00			0,00
julio -sept	2016	599	23/02/2017	0,00	-37.880.000,00	-39.880.000,00	-19.940.000,00	-19.940.000,00
oct- dic	2016	599	23/02/2017	0,00	-2.000.000,00			0,00
ene - feb	2017	1606	11/08/2017	16.640.000,00		16.640.000,00	0,00	16.640.000,00
Totales				62.000.000,00	-121.260.000,00			-3.300.000,00

23. Las partes sostuvieron reunión el 1 de febrero de 2017, para hacer revisión de la línea NITRO EFFI 100, para revisar la línea y establecer pautas de ejecución, TERKIM manifestó que si se seguía generando pérdidas el negocio ya no era atractivo para ella, acordando contar con cortes mensuales, se informó por parte de CIAMSA acerca de montos de gastos fijos y variables y el precio de la UREA.

24. Las partes por mutuo acuerdo decidieron cesar la ejecución del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN desde el mes de febrero de 2017, dejando pendiente hacer la liquidación final del contrato mancomunadamente a partir de esa fecha.

III. ETAPA DE CIERRE

25. *El contrato cesó en su ejecución el día 28 de febrero de 2017, quedando pendiente llevar a cabo la liquidación del mismo.*
26. *A partir del mes de marzo de 2017, TERKIM, empezaría a suministrar en calidad de proveedor a CIAMSA, zeolita, a pedido de esta última cuando así lo requiriera.*
27. *El producto NITRO EFFI 100, desde marzo de 2017, se continúa produciendo y vendiendo por parte de CIAMSA.*
28. *TERKIM, desde marzo de 2017 a petición de CIAMSA ha prestado soporte técnico y científico, generando cobros que para cada evento se requieran.*
29. *TERKIM, remitió carta a CIAMSA el 27 de marzo de 2017, informando entre otras cosas que la línea NITRO EFFI 100, había tenido un gran crecimiento en el mercado que comportaba incremento de ventas, siendo paradójico que este incremento de ventas a su vez correspondiera con la generación de pérdidas para las partes en ejecución del contrato de cuentas en participación.*
30. *En desarrollo de la liquidación se presentó la alternativa de poner en venta la marca NITRO EFFI 100.*
31. *El 30 de marzo de 2017 CIAMSA remitió cuadro de corte para enero febrero.*
32. *El 3 de abril CIAMSA, conforme oficio suscrito por WILLIAM CADAVID, remitió respuesta a las comunicaciones del mes de marzo de 2017.*
33. *Las partes sostuvieron reunión en la ciudad de CALI el 6 de abril de 2017 en la cual se acordó: y las partes a dicha fecha haremos revisión conjunta de la situación contable y financiera del contrato para establecer saldos,*

cuentas por pagar, cuentas por cobrar, utilidades, etc, de cara a llevar a cabo una liquidación del mismo, para que ambas partes queden a paz y salvo mutuo. Acuerdos que fueron retomados en comunicación del día 7 de abril.

34. En abril de 2017 se acordó tomar un plazo de 3 meses para llevar a cabo la revisión contable y financiera del contrato para proceder a liquidarlo de forma mancomunada.

35. Para el mes de junio de 2017, se sostuvo reunión en la ciudad de Cali, en la cual se acordó que CIAMSA, prestaría colaboración para adelantar la revisión contable y financiera del contrato, para lo cual cada parte designó personal para llevar a cabo el análisis del contrato desde su inicio y hasta su finalización.

36. De acuerdo con lo anterior CIAMSA, debería permitir la revisión de contabilidad y soportes a TERKIM, para hacer una auditoria y posteriormente establecer estado de resultados final de la ejecución de contrato para hacer el cierre contable y financiero entre las partes.

37. TERKIM , dispuso su personal en Cali en el mes de julio de 2017, para dar inicio a la revisión contable del contrato, de dicha visita se elaboraron actas que dieron cuenta de las actividades desplegadas.

38. El 19 de julio CIAMSA remite borrador para dar por terminado CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

39. TERKIM emitió un primer informe de auditoría suscrito por su encargada financiera.

40. En desarrollo de la auditoría TERKIM, solicito a CIAMSA poder contar con información contable y soportes relativos a la ejecución del contrato, la información correspondía a soportes de costos, gastos, materia prima, nominas, transporte, costo de insumos etc.

41. El 21 de septiembre CIAMSA remite carta con informe de auditoría interna del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

42. El 19 de octubre de 2017 se remitió a CIAMSA, segundo informe de hallazgos contables, en el cual se señalaba que se había encontrado utilidades superiores a aquellas que fueron reportadas, en un saldo a favor de TERKIM, manifestado que para hacer el cierre final se requería contar con la información y soportes de gastos informados por parte de CIAMSA, para de esta manera poder obtener un estado de resultados final.

43. En la carta de 19 de octubre se resumía el resultado de la revisión contable efectuada por TERKIM en los siguientes puntos:

De acuerdo con lo anterior ponemos a su disposición los resultados que hemos obtenido del análisis contable del contrato, que pueden resumirse así:

1. Hemos encontrado que a diferencia de lo manifestado en los cortes de cuentas que se nos hicieron llegar entre agosto de 2013 y febrero de 2017, ha habido utilidad en desarrollo de la línea que no nos fue reportada y se enjugaron pérdidas o costos que contablemente no debían ser cargadas a la línea.
2. Se ha ratificado que la línea comercialmente y en ventas tuvo un crecimiento importante.
3. Apreciamos que los valores aplicados por cuenta de gastos financieros son muy altos por lo cual es factible que se estén cobrando intereses en exceso tema que puede resultar ilegal o se esté sirviendo a deuda que no es responsabilidad de la línea NITROEFFI, por lo cual no podría imputarse a la misma pero que si impactan el resultado de forma negativa.
4. Consideramos que el resultado de la línea contrario sensu a lo que se ha informado por ustedes no ha sido negativo y por el contrario resulta ser un

negocio con buenas perspectivas y que augura beneficios presentes y futuros.

44. El 4 de Diciembre de 2017 , TERKIM recibió correo electrónico de parte del señor CARLOS LUNA, en el cual manifestaba que para las partes no sería sencillo ponerse de acuerdo y que ciertos gastos informados a cargo de la línea no contaban con soportes en su contabilidad.

45. EL 4 de diciembre de 2017, se remitió respuesta al correo antes mencionado.

46. El 12 de Enero se llevó a cabo reunión en Cali, y a la misma se le dio alcance mediante correo electrónico y oficio.

47. En oficio de 12 de enero de 2018 se propuso a CIAMSA, designar entre las partes un perito contador que hiciera la revisión del contrato, dado que no había acuerdo para hacer el cierre contable del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

48. El 13 de febrero de 2018, CIAMSA responde a la anterior propuesta que no la acepta y que cualquier diferencia que haya entre las partes se someta a trámite arbitral en alcance a la cláusula 16 del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN. [...]”²

CAPÍTULO III

CONTESTACIÓN DE LA REFORMA A LA DEMANDA

El apoderado de la parte convocada se opuso a las pretensiones de la demanda arbitral, mediante escrito que fue recibido el día cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2.018), de la siguiente manera:

² Trascrito con errores de forma idéntica a como reposa tal aparte en el escrito de reforma de demanda.

“[...] A LOS HECHOS

4.3 El hecho 1 es cierto.

El hecho 2 es cierto.

El hecho 3 es parcialmente cierto pues si bien los párrafos citados corresponden a aportes a cargo de las partes, según la cláusula 2 del contrato de cuentas en participación suscrito, en dicha transcripción se omiten algunas obligaciones, entre ellas, la correspondiente a TERKIM de aportar “**su canal de clientes** a nivel nacional **de forma permanente** a el GESTOR CIAMSA para la comercialización directa del producto”. Como se verá más adelante dicha obligación fue incumplida por TERKIM pues durante toda la relación contractual solo aportó un cliente, afectando negativamente los resultados del negocio.

El hecho 4 es cierto; en tal sentido solicito se tenga como confesión que la **administración** y ejecución de la operación objeto del contrato debía realizarse de manera conjunta entre las partes, de tal manera que los resultados obtenidos son imputables a ambas.

El hecho 5 es parcialmente cierto, pues si bien la transcripción realizada corresponde a obligaciones a cargo de CIAMSA, en la misma se omiten los numerales 5, 9, 10 y 12 de la cláusula citada, razón por cual la numeración indicada no corresponde con la del contrato.

Adicionalmente solicito se tenga como confesión que según lo acordado en el numeral 7 del hecho, que corresponde al 8 del contrato, las pérdidas serían asumidas por las partes en los respectivos porcentajes de participación.

El hecho 6 es cierto, sin embargo se aclara que el numeral 6, de la cláusula 5, fue modificado mediante otrosí No. 1 de fecha 26 de junio de 2015, razón por la cual el texto transcrito no corresponde de manera exacta con la última estipulación acordada por las partes.

Adicionalmente solicito se tenga como confesión que según lo acordado en los numerales 1 y 6 de la cláusula citada, eran obligaciones de

TERKIM procurar la consecución de clientes y proveer de manera exclusiva para CIAMSA la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de urea + zeolita, responsabilidades incumplidas por TERKIM.

El hecho 7 es parcialmente cierto pues si bien la cláusula 6 del contrato establecía una duración de dos años, prorrogable por el mismo término, dicha estipulación fue modificada mediante otrosí No. 1 de fecha 26 de junio de 2015, en el que se acordó que la duración sería de 3 años, prorrogable por igual plazo si ninguna de las partes manifestaba intención contraria con 60 días de anticipación.

El hecho 8 es cierto.

El hecho 9 es cierto; en tal sentido solicito se tenga como confesión que lo acordado entre las partes era la distribución de utilidades o pérdidas según lo acordado en la cláusula 8 del contrato transcrita en tanto dispone: “Para efectos de distribuir las utilidades y/o las **pérdidas** (...) las partes establecen el siguiente procedimiento: (...)”

III. En todo caso **antes de distribuir utilidades, estas deberán ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar** en cualquier periodo anterior.”

El hecho 10 es cierto. Sin embargo se aclara que en la transcripción realizada se omiten algunos párrafos de la cláusula. Adicionalmente solicito se tenga como confesión que las partes estipularon que TERKIM debía proveer la zeolita “dentro de los términos y condiciones acordadas (...)” es decir, de manera exclusiva a CIAMSA según la cláusula quinta del contrato, modificada mediante otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015, obligación incumplida por TERKIM.

El hecho 11 es cierto.

El hecho 12 es cierto.

El hecho 13 es cierto, sin embargo se aclara que dicha cláusula fue modificada mediante otrosí No. 1 de fecha 26 de junio de 2015.

El hecho 14 es cierto.

El hecho 15 es parcialmente cierto pues si bien las transcripciones realizadas corresponden a apartes del otrosí, se omiten párrafos de las cláusulas modificadas.

*Particularmente, en la reproducción de la cláusula segunda se prescinde de la obligación de TERKIM (Partícipe) de **contribuir con “su canal de clientes a nivel nacional de forma permanente** a el GESTOR CIAMSA para la comercialización directa del producto” la cual fue incumplida por TERKIM.*

*Por otra parte solicito se tenga como confesión que según la cláusula quinta modificada en el referido otrosí, era obligación de TERKIM **proveer de manera exclusiva a CIAMSA** la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de urea + zeolita y que de acuerdo a la cláusula octava del mismo, **las partes participaban de las utilidades o las pérdidas** en los porcentajes respectivos.*

El hecho 16 es cierto.

El hecho 17 es cierto. Se aclara que según el numerales 2 y 7, de la cláusula 4 del contrato, a CIAMSA correspondía pagar, con cargo a las cuentas en participación, el valor de la zeolita y el flete para su transporte desde Ipiales hasta la planta de esta ubicada en Buga; considerando que para la iniciación del negocio las partes no aportaron dinero, a CIAMSA correspondió financiar dichos costos.

El hecho 18 es cierto.

El hecho 19 es cierto y solicito se tenga como confesión. Al respecto se aclara que la urea es el principal componente del NITRO EFFI 100 constituyendo alrededor del 86% del producto. Dicha materia prima era adquirida por CIAMSA en el mercado internacional³ lo cual involucraba su compra, transporte marítimo y nacionalización. Desde el momento del pago hasta la entrega de la urea podían transcurrir entre 45 y 60 días, lo

³ Ver cláusula 4, numeral 1 del contrato.

cual implicaba financiación del negocio por CIAMSA, en cuanto a la adquisición de la referida materia prima.

El hecho 20 es cierto.

El hecho 21 es cierto. En tal sentido solicito se tenga como confesión que a CIAMSA realizaba la distribución y venta del producto. Como se demostrará en las excepciones que serán propuestas, en la distribución del producto, CIAMSA incurrió en gastos de transporte al cliente que no fueron incluidos en los resultados del negocio NITRO EFFI 100. Adicionalmente, durante todo el proceso de mezcla del producto, venta y distribución CIAMSA asumía, con recursos propios, el costo de dichas actividades, es decir, financiaba el negocio NITRO EFFI 100.

El hecho 22 es parcialmente cierto pues si bien CIAMSA rendía cuentas periódicas de los resultados del negocio NITRO EFFI 100 a TERKIM, los resultados señalados adolecen de imprecisión en el semestre diciembre a junio de 2015 en el que se indica que la utilidad para esta última fue de \$7.600.000.

En verdad, para el periodo señalado la utilidad neta del negocio fue de \$31.000.000 como puede apreciarse en documentos aportados con la demanda visibles a folios 322 y 547, correspondiéndole a TERKIM la suma de \$6.200.000; no obstante lo facturado y pagado fueron los \$7.600.000 indicados en el hecho 22, generándose un saldo a favor de CIAMSA por valor de \$1.400.000, lo cual reconoce expresamente la parte demandante a folios 446 y 668, párrafo primero.

Adicionalmente, se aclara que según el resultado definitivo indicado en la última fila de la columna “saldo” del cuadro inserto en el hecho 22, CIAMSA tiene un saldo a favor de \$3.300.000, lo cual resulta coherente con lo expresado por la parte demandante en folios 446 y 668 párrafo 3.

Así las cosas, de los resultados expuestos en el hecho 22 se deriva un saldo a favor de CIAMSA por valor de \$4.700.000.

Por último se aclara que ante TERKIM nunca objetó las rendiciones periódicas de cuentas realizadas por CIAMSA y por el contrario las avaló mediante la presentación o pago de las respectivas facturas.

El hecho 23 es parcialmente cierto, pues si bien se sostuvo la reunión y se trataron los temas indicados, nunca se formalizó el cambio en los periodos de liquidación del contrato.

El hecho 24 es cierto.

El hecho 25 es cierto.

El hecho 26 es cierto.

El hecho 27 no es cierto ya que con anterioridad a la presentación de la reforma de la demanda CIAMSA dejó de producir el NITRO EFFI 100.

El hecho 28 no es cierto ya que con anterioridad a la presentación de la reforma de la demanda CIAMSA prescindió de dicho servicio. Con todo solicito se tenga como confesión que el soporte técnico y científico brindado por TERKIM a CIAMSA desde marzo de 2017 se hizo al margen del contrato de cuentas en participación y por tales servicios CIAMSA paga la remuneración acordada.

El hecho 29 es parcialmente cierto pues si bien TERKIM envió comunicación a CIAMSA de fecha 27 de marzo de 2017 en la que refiere el incremento en las ventas en el año anterior y pérdidas para la primera, en ningún aparte de la misiva se califica dicha situación de paradójica como lo expresa la demanda.

El hecho 30 es cierto, no obstante se aclara que la propuesta de venta de la marca NITRO EFFI 100 ha provenido de TERKIM.

El hecho 31 es cierto.

El hecho 32 es cierto. Es de aclarar que en dicha comunicación CIAMSA se opone a las peticiones de reconocimiento económico realizadas por TERKIM mediante comunicación de fecha 27 de marzo de 2017

precisando que la liquidación del contrato debía limitarse a verificar las ganancias y pérdidas generadas, las cuales debían ser asumidas por las partes en los porcentajes de participación acordados en el contrato.

El hecho 33 es parcialmente cierto pues si bien en dicha reunión se acordó la realización de revisión contable y financiera del contrato, no es cierto que se haya pactado buscar alguna clase de reconocimiento económico para TERKIM. Tal afirmación, por constar en documento que proviene de la demandante, deberá demostrarse en el proceso.

El hecho 34 es cierto.

El hecho 35 es cierto.

El hecho 36 es parcialmente cierto pues lo acordado fue una revisión contable y financiera y no una auditoría como se afirma.

El hecho 37 es cierto.

El hecho 38 es parcialmente cierto, pues si bien el 19 de julio de 2017 CIAMSA envió documento denominado “ACUERDO DE TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UN CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN” en el mismo se ratifica su terminación a partir del 28 de febrero de 2017. Lo anterior resulta coherente con lo manifestado en los hechos 24 y 25 de la demanda, en correo de TERKIM de fecha 23 de marzo de 2017 visible a folios 349 y 573; en carta de TERKIM a CIAMSA de fecha 7 de abril de 2017 (folios 355 y 579); y en documento denominado “AUDITORÍA LINEA NITRO EFFI-100” (folios 382 y 605).

Así las cosas, la finalidad del escrito remitido era liquidar el contrato y no darlo por terminado.

El hecho 39 no le consta a mi representada, pues a la demanda no se acompaña documento que se denomine “primer informe de auditoría” ni se encuentra identificado por fecha u otros datos que permitan individualizarlo.

El hecho 40 es cierto.

El hecho 41 es cierto.

El hecho 42 es parcialmente cierto pues si bien la contadora de TERKIM emitió documento que denomina “AUDITORÍA LÍNEA NITRO EFFI 100” “INFORME No. 2”, no es cierto que el negocio objeto del contrato hubiera arrojado las utilidades en él señaladas.

Al respecto es necesario considerar que el referido documento, al provenir de la misma demandante, carece de valor probatorio, pues bien es sabido que a nadie le es lícito crearse su propia prueba. Así lo ha sostenido el H. Corte Suprema de Justicia al considerar:

“Desde otra arista, la jurisprudencia ha decantado que las declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba” (sentencia de 13 de septiembre de 1994, citada por Sent. Cas. Civ. de 27 de julio de 1999 Exp. No. 5195)

En el mismo sentido, la Corte[6] ha reconocido que, **en principio, “a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte,** pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502).⁴ (Resaltado agregado).

En ese orden de ideas las afirmaciones contenidas en el referido escrito deberán ser demostradas dentro del proceso.

Por otro lado se llama la atención sobre el hecho de que la pretendida modificación de los resultados, contenida en el pluricitado documento, se

⁴ Sala de Casación Civil, veintisiete de junio de dos mil siete, expediente 73319-3103-002-2001-00152-01, Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

sustenta en un reconocimiento de ingresos a partir de elucubraciones realizadas por la contadora según puede apreciarse a folios 445 y 667, mientras que el desconocimiento de costos y gastos carece de fundamento desde el punto de vista contable y legal. Así por ejemplo, a folios 444 y 666 se afirma:

“Los gastos fijos se dejaron de acuerdo al informe inicial ya que no fue posible obtener información detallada por terceros.

El rubro de gastos variables, en el cual CIAMSA indica que se encuentra la maquila y otros, fueron asumidos dentro del costo.

Los gastos financieros no se tuvieron en cuenta por cuanto (...) no se cumplió con la obligatoriedad de entregar los Estados de Resultados en los tiempos estipulados (...).”

Nótese que las modificaciones resultan caprichosas y sin sustento, pues, por ejemplo, no resulta procedente el desconocimiento de gastos financieros por una supuesta tardanza en la entrega de estados de resultados, los cuales, por demás habían sido avalados por el propio TERKIM mediante la emisión de facturas, realización de cobros, pagos y compensaciones o cruces contables.

Adicionalmente, la mencionada profesional acude en su análisis al artículo 107 del Estatuto Tributario que establece los requisitos de deducibilidad de los costos y gastos para efectos fiscales, aspecto que nada tiene que ver con la procedencia del mismo desde el ámbito contable y financiero.

Así las cosas, el contenido del documento denominado “AUDITORÍA LÍNEA NITRO EFFI 100” “INFORME No. 2” no es cierto.

El hecho 43 es parcialmente cierto pues si bien TERKIM emitió documento con la fecha y contenido indicados, no es cierto que el negocio haya arrojado las utilidades pretendidas por TERKIM o que se hayan cargado gastos o enjugado pérdidas improcedentes.

Baste decir que la referida comunicación se fundamenta en el documento denominado “AUDITORÍA LÍNEA NITRO EFFI 100” “INFORME No. 2” al

que se refiere el numeral anterior, que como se dejó expuesto, carece de fundamento contable y legal.

El hecho 44 es parcialmente cierto pues si bien el señor CARLOS LUNA emitió correo en la fecha, en el que indica que para la partes sería difícil ponerse de acuerdo sobre el soporte de los gastos financieros, ello obedece a que TERKIM exigía documento contable de préstamo bancario para el negocio específico de NITRO EFFI 100, lo cual era imposible considerando que CIAMSA cuenta con financiación para sus diferentes negocios.

Sobre el particular debe tenerse presente que CIAMSA, en desarrollo de su objeto, cuenta con tres líneas de negocio a saber: Comercialización Internacional de Azúcar y derivados; operación logística de puertos; y producción y comercialización de productos agropecuarios, segmento este último dentro del cual se encuentra la línea de fertilizantes, al que a su vez pertenece NITRO EFFI 100.

Así pues, CIAMSA acude a financiación para el desarrollo de su objeto accediendo a diversas modalidades y líneas de crédito, las cuales utiliza en los diferentes segmentos según necesidad; esto porque tramitar préstamos individuales para cada negocio particular resultaría, por decir lo menos, engorroso, inadecuado e ineficaz.

Según se expuso de manera precedente CIAMSA debía comprar la urea en el mercado internacional, materia prima que tardaba alrededor de 60 días para ser entregada desde el momento de su negociación y pago. Así mismo, debía adquirir la zeolita de TERKIM y todos los insumos necesarios para que el producto final estuviera listo para su comercialización (Cláusula 4, numerales 1 y 2).

De igual forma, a CIAMSA correspondía aportar la infraestructura física y equipos requeridos y realizar la gestión administrativa, elaboración del producto, despachos, facturación y cobro (Cláusula 2, literal b), así como realizar el pago de los fletes de la materia prima y producto terminado (cláusula 4, numerales 6 y 7).

La adquisición de los productos mencionados y la realización de todas las actividades indicadas, implicaba la inversión de importantes recursos financieros; no obstante, las partes no hicieron aporte alguno de dineros para la iniciación y ejecución del negocio según puede apreciarse en la cláusula 2 del contrato.

Ahora bien, siendo CIAMSA el gestor y por tanto el administrador del negocio, correspondía conseguir la financiación respectiva para lo cual no tenía limitaciones contractuales por materia o cuantía. En este punto debe recordarse que a las cuentas en participación le aplican las normas de las sociedades en comandita y en cuanto resulten insuficientes, las disposiciones de la parte primera del libro de sociedades⁵, el cual establece:

“ARTÍCULO 196. FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LOS ADMINISTRADORES. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

*A falta de estipulaciones, se entenderá que **las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.**”*

Lo anterior quiere decir que a CIAMSA correspondía conseguir la financiación del negocio para lo cual podía acudir al crédito que tenía disponible e incluso prestar sus propios recursos cobrando el interés corriente según lo autoriza el artículo 2171 del Código Civil el cual establece:

“ARTICULO 2171. ENCARGO DE SOLICITUD O COLOCACIÓN DE DINERO A INTERÉS. Encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; (...)”⁶.

⁵ Artículo 514 del Código de Comercio.

⁶ La administración de negocios ajenos se rige por las normas del mandato según lo dispuesto en los artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio.

En tal sentido, CIAMSA realizó financiación del negocio NITRO EFFI 100 asignando los costos financieros que proporcionalmente le correspondieran, no obstante, resultaba imposible entregar a TERKIM documento contable de préstamo bancario para este negocio específico, aspecto sobre el que las partes no pudieron ponerse de acuerdo según lo expresó el señor CARLOS LUNA en la comunicación referida.

El hecho 45 no le consta a mi representada ya que el mensaje respectivo no fue aportado con los anexos de la demanda. No obstante se aclara que el e-mail de TERKIM que hace parte de la cadena de correos del 4 de diciembre de 2017, es anterior al correo enviado por el señor CARLOS LUNA.

El hecho 46 es cierto.

El hecho 47 es cierto.

El hecho 48 es cierto.

[...]”⁷

EXCEPCIONES DE MÉRITO

Con fundamento en los hechos contestados y la oposición categórica a todas y cada una de las pretensiones del **CONVOCANTE** presentadas con el escrito con el cual se dio contestación a la demanda por la parte **CONVOCADA**, la misma se permitió proponer las siguientes excepciones de mérito que a continuación se enuncian.

“[...] 4.1. CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Pretende la demandante una condena a mi representada, es decir, busca la declaratoria de responsabilidad civil con su correspondiente indemnización.

Bien es sabido que las pretensiones indemnizatorias deben fundamentarse en actuaciones atribuibles al demandado de las que se genere daño con nexo causal

⁷ Transcrito al pie de la letra.

al demandante. En el caso de la responsabilidad civil contractual debe partirse del incumplimiento del contrato que es presupuesto fundamental para que proceda la indemnización.

No obstante, en el presente caso CIAMSA ha cumplido cabalmente con sus obligaciones, de tal manera que no existe acción u omisión atribuible de la que pueda derivarse responsabilidad.

Así las cosas, ante la falta de uno de los elementos de la responsabilidad la misma no se configura y por tanto la condena se vuelve improcedente.

4.2. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

De conformidad con el artículo “En los contratos bilaterales **ninguno de los contratantes está en mora** dejando de cumplir lo pactado, **mientras el otro no lo cumpla por su parte**, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Sobre dicha figura el H. Consejo de Estado ha manifestado:

“La *exceptio non adimpleti contractus* es una regla legal y de equidad que orienta los contratos que son fuente de obligaciones correlativas o sinalagmáticas; está prevista así en el Código Civil: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” (art. 1609). **Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones mientras su co contratante no ejecute las propias.**”⁸

En similar sentido la misma Corporación en sentencia de 2013 sostuvo:

“El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “**la mora de uno purga la mora del otro**”, **consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del**

⁸ Sección Tercera, 13 de septiembre de 2001, Radicación: 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722), C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho,
caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.”⁹

El contrato de cuentas en participación estipuló como obligaciones de TERKIM, entre otras, las siguientes:

“2. **APORTES.** LAS PARTES se obligan a efectuar los siguientes aportes con destino exclusivo al desarrollo del objeto del presente contrato:

a) APORTES DEL PARTÍCIPE: (...)

- El partícipe **aporta su canal de clientes a nivel nacional de forma permanente** a el GESTOR CIAMSA para la comercialización directa del producto.”

“5. **OBLIGACIONES DEL PARTÍCIPE:** Son obligaciones especiales del partícipe las siguientes:

1. El PARTÍCIPE **procurará la consecución de clientes** para el beneficio, ejecución y desarrollo de la OPERACIÓN MERCANTIL. (...)
6. El PARTÍCIPE proveerá **de manera exclusiva para el GESTOR CIAMSA,** la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita) (...)”¹⁰

9. RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES: (...)

EL PARTÍCIPE: es responsabilidad del partícipe asegurar el suministro de la zeolita dentro de los términos y condiciones acordadas por las partes (...)”

Durante la ejecución del contrato TERKIM no puso a disposición de CIAMSA su canal de clientes ni procuró la consecución de los mismos para beneficio de la operación mercantil, pues en los 3 años y medio de vigencia solo aportó un cliente cuyas ventas representaron un nimio porcentaje en los ingresos del negocio.

Así mismo, TERKIM incumplió la obligación de proveer de manera exclusiva zeolita a CIAMSA ya que durante la ejecución del contrato suministró dicho material a sociedades como Cosmoagro S.A., Colinagro S.A., Finca S.A.S., entre otras.

Así las cosas, aún en el caso que se llegare a demostrar que CIAMSA no cumplió alguna de sus obligaciones, la eventual desatención contractual estaría justificada

⁹ Sección Tercera, Subsección B, 30 de enero de 2013. Radicación: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217) C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Este numeral fue modificado mediante otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015.

por el incumplimiento previo de TERKIM y por tanto, al no estar en mora según el artículo 1609 del Código Civil, no procedería en su contra condena de ningún tipo en consecuencia con el artículo 1615 ibídem que establece: “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora (...)”.

4.3 PROCEDENCIA DE LOS GASTOS FINANCIEROS

Según en la contestación al hecho 44 de la demanda, CIAMSA debía comprar la materia prima, insumos y realizar todas las actividades para la producción y venta del NITRO EFFI 100, en lo cual debía invertir importantes recursos financieros; no obstante, las partes no hicieron aporte alguno de dineros para la iniciación y ejecución del negocio según puede apreciarse en la cláusula 2 del contrato.

Ahora bien, siendo CIAMSA el gestor y por tanto el administrador del negocio, correspondía conseguir la financiación respectiva para lo cual no tenía limitaciones contractuales por materia o cuantía. En este punto debe recordarse que a las cuentas en participación le aplican las normas de las sociedades en comandita y en cuanto resulten insuficientes, las disposiciones de la parte primera del libro de sociedades¹¹, el cual establece:

“ARTÍCULO 196. FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LOS ADMINISTRADORES. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que **las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.**”

Lo anterior quiere decir que a CIAMSA correspondía conseguir la financiación del negocio para lo cual podía acudir al crédito que tenía disponible e incluso prestar sus propios recursos cobrando el interés corriente según lo autoriza el artículo 2171 del Código Civil el cual establece:

“ARTICULO 2171. ENCARGO DE SOLICITUD O COLOCACIÓN DE DINERO A INTERÉS. Encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo

¹¹ Artículo 514 del Código de Comercio.

*él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; (...)*¹².

De lo anterior se concluye que los gastos financieros resultan absolutamente procedentes.

4.4. FALTA DE INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO. EXISTENCIA DE CAUSA EXTRAÑA

Según se explicó en la contestación de los hechos el principal componente del NITRO EFFI 100 es la urea la cual constituye cerca del 86% del producto. Dicha materia prima debe ser adquirida en el mercado internacional cuyo precio fluctúa en función de diversos factores como la oferta, la demanda, la tasa de cambio, entre otros.

La adquisición del mencionado producto implica su compra, transporte marítimo y nacionalización, proceso que puede tardar entre 45 y 60 días. Posterior a esto la urea debe ser mezclada con la zeolita suministrada por TERKIM para así obtener el NITRO EFFI 100 que finalmente debe ser vendido al cliente.

A lo largo del mencionado proceso, que puede tardar más de 3 meses, el precio internacional de la urea puede variar incidiendo en el precio de venta. De esta manera, si el precio de la materia prima aumenta, el precio de venta del producto terminado se incrementa y viceversa.

Adicionalmente, la determinación del precio de venta del NITRO EFFI 100 depende del valor de los productos sustitutos en el mercado nacional, en especial de la urea, pues recuérdese que el NITRO EFFI 100 está compuesto en un 86% por dicho producto.

Sobre este aspecto puede verse los informes presentados por CIAMSA a TERKIM visible a folios 327 a 344 y 552 a 568 en el que se presentan información estadística sobre encuestas realizadas por CIAMSA a clientes potenciales en las que se indagaba sobre la posibilidad de sustituir la urea por el NITRO EFFI 100. En dicho informe se concluye que este no tenía precio competitivo en comparación con la urea, lo que corrobora que el precio de esta era un referente necesario (folios 342 y 566).

¹² La administración de negocios ajenos se rige por las normas del mandato según lo dispuesto en los artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio.

A lo anterior debe agregarse que el valor de venta de la urea en el mercado nacional lo determinan, en gran parte, por los productores y proveedores que tienen mayor participación en el mercado.

En tal sentido para la venta del NITRO EFFI 100, CIAMSA estaba limitada por el valor que tuviera la urea como principal sustituto, pues en la medida que esta fuera más económica el consumidor optaría por esta y no por el NITRO EFFI 100.

En tal contexto, durante el 2016, año en el que se concentró la mayor parte de la pérdida, el precio internacional de la urea tuvo disminuciones sucesivas que se reflejaban en el mercado nacional, de tal manera que mientras se importaba, mezclaba y comercializaba el NITRO EFFI 100, se perdía valor.

La anterior situación conllevó al deterioro paulatino de los márgenes del negocio, los cuales fueron absorbidos por la financiación de la operación, pues recuérdese que las partes no aportaron dinero para desarrollar la operación objeto del contrato y por tanto debía ejecutarse con dinero producto de crédito.

En este orden de ideas, el daño patrimonial sufrido por las partes, entre ellas TERKIM, no es atribuible a CIAMSA sino a factores externos que no estaban bajo su control como el mercado nacional e internacional de la urea como principal materia prima y sustituto del NITRO EFFI 100.

4.5 BUENA FE Y PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS HECHOS PROPIOS

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

Por su parte el artículo 871 del Código de Comercio establece similar prescripción al consagrar:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Sobre la buena fe y la prohibición de ir contra los actos propios la profesora Mariana Bernal Fandiño manifiesta:

“El comportamiento de las partes en los contratos, ya sea cuando manifiestan de manera expresa su voluntad o si lo hacen de forma tácita, es fuente de interpretación. El intérprete del contrato debe, por lo tanto, revisar si se presentan incoherencias y confrontarlas con la presunta voluntad de las partes al contratar. De esta manera, se utiliza la doctrina de los actos propios de una forma objetiva, sin necesidad de desentrañar la real intención de las partes al contratar, sino limitándose a la exteriorización de sus actos.

La Corte Constitucional en la sentencia T-295 de 1999 se refiere con respeto al acto propio como un tema cuyo sustento jurídico es el principio constitucional de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. En el mismo sentido, en sentencia de constitucionalidad, la Corte igualmente se refiere a este principio como “una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico”¹³

En este orden de ideas, las objeciones que plantea TERKIM en su demanda desdice de su comportamiento previo que ha avalado los resultados presentados mediante la emisión de facturas, realización de cobros, pagos y compensaciones o cruces contables, razón por la cual darles crédito resultaría contrario a la buena fe contractual.

4.6 INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO

En primer lugar la inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido por TERKIM deviene del cumplimiento del contrato por CIAMSA y en su defecto, del previo incumplimiento de la primera según lo planteado en las excepciones anteriores.

Por otro lado, la inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido se hace evidente en la exigencia de sumas de dinero con fundamento en un informe de la contadora de TERKIM que carece de rigor técnico y adolece de inconsistencias conceptuales serias, según lo explicado en la objeción al juramento estimatorio, documento que por demás carece de valor probatorio al provenir de la misma demandante.

¹³ LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 120: 253-270, enero-junio de 2010. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf> consultado el 23/02/2017 a las 14:53

4.7.ADMINISTRACIÓN CONJUNTA E IMPUTABILIDAD DEL RESULTADO A TERKIM.

La cláusula tercera del contrato de cuentas en participación estipuló: “(...) las partes acuerdan que EL GESTOR y el PARTICIPE administrarán y ejecutarán conjuntamente todas las operaciones correspondientes a LA OPERACIÓN MERCANTIL (...).”

Según se expuso de manera precedente era obligación de TERKIM aportar su canal de clientes y procurar su consecución, no obstante, su gestión fue casi nula afectando negativamente los resultados del negocio.

En tal sentido, los resultados del contrato de cuentas en participación son atribuibles a TERKIM por su inacción en la gestión comercial.

Adicionalmente, la gestión conjunta del negocio hace que cualquier resultado deba ser imputado a TERKIM por acción u omisión, sin que resulte procedente endilgar responsabilidad exclusiva a CIAMSA como se pretende en la demanda.

4.8. COMPENSACIÓN

Según se ha expuesto a lo largo del presente documento, TERKIM ha incumplido el contrato de cuentas en participación convirtiéndose en deudor de CIAMSA en el valor correspondiente a la cláusula penal estipulada en el contrato.

De igual manera, según se demostrará con certificación de revisor fiscal, en los diferentes resultados del contrato presentados por CIAMSA se omitió incluir los gastos de transporte del producto al cliente, los cuales deben ser reconocidos y pagados por TERKIM en la proporción estipulada en el contrato.

Así mismo, ha sido reconocido por TERKIM que en el corte de cuentas correspondiente al semestre diciembre a junio de 2015 facturó \$7.600.000 por concepto de utilidad, no obstante que la misma fuera de \$6.200.000. (Ver folios 446 y 668) y que del cruce de facturas No. 190476 de CIAMSA y 1606 de TERKIM, resulta un saldo a favor de la primera de \$3.300.000 (Ver última fila de la columna “saldo” del cuadro inserto en el hecho 22 de la demanda).

Por tratarse de sumas de dinero derivadas de una operación comercial, sobre las mismas deben reconocerse y pagarse intereses comerciales moratorios según lo indicado en el artículo 884 del Código de Comercio, desde el momento en que se hicieron exigibles y hasta su pago total.

En este orden de ideas, en el eventual caso que se condene CIAMSA a pagar alguna suma de dinero a TERKIM, a lo cual desde ya me opongo, solicito que de conformidad con los artículos 1714 y 1715 del Código Civil se declare la

compensación con las sumas que esta última adeuda a la primera por concepto de cláusula penal, gastos de transporte del producto al cliente, mayor valor pagado por concepto de utilidad en el periodo diciembre a junio de 2015, saldo pendiente de pago de la factura No. 190476, los correspondientes intereses generados sobre dichas sumas o por cualquier otro concepto que resulte demostrado a lo largo del proceso.

4.9.GENÉRICA

De conformidad con el artículo 282 del C.G.P. que establece que “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia” comedidamente solicito que declare cualquier medio extintivo de la obligación que resulte probado dentro del presente trámite.[...]”¹⁴

CAPÍTULO III

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La parte convocada **CI DE AZUCARES Y MIELES CIAMSA S.A.**, aunado a la contestación de la demanda, presentó demanda de reconvención y las pretensiones de esta fueron:

3.1 DECLARATIVAS

3.1.1 Se declare que TERKIM S.A.S. incumplió las obligaciones contenidas en las cláusulas 2, literal a) y 5 numeral 1) del contrato de cuentas en participación, referentes al aporte del canal de clientes de manera permanente y a la obligación de procurar su consecución para beneficio del contrato.

3.1.2 Se declare que TERKIM S.A.S. incumplió las obligaciones contenidas en las cláusulas 5, numeral 6, y 9 del contrato de cuentas en participación según las cuales debía proveer zeolita de manera exclusiva a CIAMSA.

3.1.3 Que como consecuencia de lo anterior se declare que TERKIM S.A.S. está obligada a pagar a CIAMSA el valor de la cláusula penal

¹⁴ Transcrito al pie de la letra.

estipulada en la cláusula 17 del contrato de cuentas en participación, modificada por el otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015.

3.1.4 Se declare que TERKIMS S.A.S. está obligada a pagar intereses comerciales moratorios sobre la cláusula penal anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.1.5. Se declare que CIAMSA, en la liquidación de los resultados correspondientes al semestre diciembre a junio de 2015, realizó un pago en exceso a TERKIM S.A.S. por valor de 1.400.000 moneda legal colombiana.

3.1.6 Se declare que TERKIM S.A.S. está obligada a restituir el valor de 1.400.000 moneda legal colombiana por concepto de pago en exceso realizado por CIAMSA en la liquidación del semestre diciembre a junio de 2015.

3.1.7. Se declare que TERKIM S.A.S. está obligada a pagar intereses comerciales moratorios sobre la suma anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.1.8. Se declare que TERKIM está en mora de pagar a CIAMSA \$3.300.000 moneda legal colombiana correspondiente a la liquidación de resultados del periodo julio a diciembre de 2016.

3.1.9. Se declare que TERKIM S.A.S. está obligada a pagar intereses comerciales moratorios sobre la suma anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.1.10 Se declare que en las liquidaciones de resultados presentadas por CIAMSA omitió incluir gastos de transporte del NITRO EFFI 100 a clientes, por valor de \$148.565.865 moneda legal colombiana.

3.1.11. Que como consecuencia de lo anterior se declare que la inclusión de los \$148.565.865 moneda legal colombiana de gastos de transporte del NITRO EFFI 100 a clientes, modifica los resultados generando un saldo a pagar por TERKIM S.A.S. a CIAMSA de \$29.713.173 moneda legal colombiana.

3.1.12. Se declare que TERKIM S.A.S. está obligada a pagar intereses comerciales moratorios sobre la suma anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.2. DE CONDENA

3.2.1. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA el valor de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de cláusula penal estipulada en la cláusula 17 del contrato de cuentas en participación.

3.2.2. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA intereses comerciales moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre la cláusula penal anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.2.3. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA el valor de 1.400.000 moneda legal colombiana por concepto de pago en exceso realizado por esta última en la liquidación del periodo diciembre a junio de 2015.

3.2.4. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA intereses comerciales moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre la suma anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.2.5. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA el valor de 3.300.000 moneda legal colombiana por concepto saldo pendiente de pago correspondiente al periodo julio a diciembre de 2016.

3.2.6. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA intereses comerciales moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre la suma anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.2.7. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA el valor de \$29.713.173 moneda legal colombiana correspondientes al valor que corresponde a TERKIM S.A.S. después de la modificación de los resultados del negocio NITRO EFFI 100, por la inclusión de gastos de transporte del producto al cliente.

3.2.8. Se condene a TERKIM S.A.S. a pagar a CIAMSA intereses comerciales moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre la suma anterior, desde el momento en que se hizo exigible y hasta su pago total.

3.2.9. Se condene en costas y agencias en derecho a TERKIM S.A.S.[...]"¹⁵

Los hechos en los que se fundó la demanda de reconvención, fueron:

"2.1. El 6 de agosto de 2013 TERKIM y CIAMSA celebraron contrato de cuentas en participación cuyo objeto era "desarrollar y explotar operaciones mercantiles relacionadas con la elaboración, distribución, comercialización y venta de (NITRO EFFI 100) en beneficio de las partes".

2.2. El mencionado contrato fue modificado mediante otrosíes No. 1 de fecha 26 de junio de 2015 y No. 2 de fecha 25 de mayo de 2018.

2.3. En virtud del referido contrato TERKIM se comprometió, entre otras, a lo siguiente:

"2. **APORTES.** LAS PARTES se obligan a efectuar los siguientes aportes con destino exclusivo al desarrollo del objeto del presente contrato:

a) APORTES DEL PARTÍCIPE: (...)

- **EL PARTÍCIPE aporta su canal de clientes a nivel nacional de forma permanente** a el GESTOR CIAMSA para la comercialización directa del producto.
- El PARTÍCIPE aporta la materia prima zeolita (Zeoter-a) necesaria para llevar a cabo la elaboración del producto (urea + zeolita) para la venta a los clientes (...).
- El partícipe aporta su conocimiento técnico y experiencia en el manejo de la materia prima zeolita (Zeoter-a)."

"5. **OBLIGACIONES DEL PARTÍCIPE:** Son obligaciones especiales del partícipe las siguientes:

¹⁵ Transcrito al pie de la letra.

1. El PARTÍCIPE **procurará la consecución de clientes** para el beneficio, ejecución y desarrollo de la OPERACIÓN MERCANTIL. (...)

6. El PARTÍCIPE proveerá **de manera exclusiva** para el GESTOR CIAMSA, la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita) (...)"¹⁶

9. RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES: (...)

EL PARTÍCIPE: es responsabilidad del partícipe asegurar el suministro de la zeolita dentro de los términos y condiciones acordadas por las partes (...)"¹⁷

2.4. CIAMSA por su parte se obligó a adquirir la urea y demás insumos necesarios para la elaboración del NITRO EFFI 100; a aportar su infraestructura física y equipos necesarios para hacer la mezcla; a realizar la gestión administrativa de coordinación del transporte, recibo de productos, planeación de la producción, coordinación de despachos; a aportar su experiencia y canal de distribución para la comercialización del producto; y a efectuar la facturación y cobro¹⁸.

2.5. Según las cláusulas 7 y 8 del contrato¹⁹ las partes convinieron dividirse las ganancias o pérdidas resultantes del negocio objeto del contrato, en un 20% para TERKIM y el 80% restante para CIAMSA.

2.6. A efectos de la distribución de utilidades o pérdidas CIAMSA debía presentar liquidaciones periódicas según lo estipulado en la cláusula 8 del contrato, modificado mediante otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015.

2.7. Durante la ejecución del contrato TERKIM no puso a disposición de CIAMSA su canal de clientes ni procuró la consecución de los mismos para beneficio de la operación mercantil.

2.8. En el transcurso de los 3 años y medio de vigencia del contrato TERKIM solo aportó un cliente cuyas ventas representaron un nimio porcentaje en los ingresos, lo cual incidió negativamente en los resultados del negocio.

¹⁶ Este numeral fue modificado mediante otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015.

¹⁷ Modificado a través de otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015.

¹⁸ Cláusula 2, literal b) del contrato.

¹⁹ La cláusula 8 fue modificada mediante otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015.

2.9. La omisión en la consecución de clientes constituye un incumplimiento por TERKIM de las obligaciones contenidas en las cláusulas 2, literal a) y 5 numeral 1) del contrato de cuentas en participación.

2.10. Durante la ejecución del contrato TERKIM suministro zeolita a terceros tales como Cosmoagro S.A., Colinagro S.A., Finca S.A.S.

2.11. El suministro de zeolita a terceros, en vigencia del contrato de cuentas en participación implica un incumplimiento de TERKIM de las obligaciones contenidas en las cláusula 5, numeral 6 y cláusula 9 del mismo.

2.12. El incumplimiento por TERKIM de las obligaciones referentes al aporte del canal de clientes y consecución de los mismos y del deber de suministro exclusivo de zeolita a CIAMSA contenidas en las cláusulas 2 (literal a), 5 (numerales 1 y 6) y 9 del contrato, convierten a TERKIM en deudora de CIAMSA en una suma equivalente a la cláusula penal estipulada en la cláusula 17 del contrato.

2.13. En vigencia del contrato CIAMSA presentó las liquidaciones periódicas de los resultados.

2.14. De acuerdo a las liquidaciones realizadas por CIAMSA las partes presentaron las correspondientes facturas de venta e hicieron las compensaciones o cruces contables de saldos a favor y en contra.

2.15. Durante el semestre diciembre a junio de 2015 el desarrollo del negocio NITRO EFFI 100 arrojó una utilidad \$31.000.000 como puede apreciarse en documentos aportados con la demanda visibles a folios 322 y 547.

2.16. De acuerdo a la participación de TERKIM en el negocio NITRO EFFI 100, le correspondía \$6.200.000 moneda legal colombiana de utilidad para el mencionado periodo.

2.17. Pese a lo anterior TERKIM facturó por el semestre diciembre a junio de 2015 \$7.600.000 moneda legal colombiana, suma que fue pagada por CIAMSA.

2.18. La anterior operación generó un pago en exceso a TERKIM de \$1.400.000 moneda legal colombiana.

2.19. Teniendo en cuenta la participación estipulada en el contrato a favor de TERKIM esta se encuentra obligada a reembolsar el \$1.400.000 moneda legal colombiana pagado en exceso por CIAMSA por el periodo diciembre a junio de 2015.

2.20. La liquidación del semestre julio a diciembre de 2016 arrojó una pérdida a cargo de TERKIM de \$39.880.000 moneda legal colombiana la cual fue cobrada por CIAMSA mediante factura No. 190476 del 14 de febrero de 2017.

2.21. La liquidación del periodo enero a febrero de 2017 dio como resultado una utilidad a favor de TERKIM de \$16.640.000 moneda legal colombiana la cual fue cobrada por esta mediante factura No. 1606 de 11 de agosto de 2017.

2.22. De las dos facturas anteriormente mencionadas a la fecha existe un saldo pendiente de pago a CIAMSA por valor de \$3.300.000 moneda legal colombiana.

2.23. A la fecha TERKIM se encuentra en mora de realizar el pago de \$3.300.000 moneda legal colombiana como saldo pendiente de la factura No. 190476 del 14 de febrero de 2017.

2.24. En las diferentes liquidaciones presentadas por CIAMSA se omitió incluir el gasto correspondiente a transporte del NITRO EFFI 100 a los clientes, el cual tiene un valor de \$148.565.865 moneda legal colombiana.

2.25. La inclusión del referido gasto modifica los resultados obtenidos en los diferentes periodos, generándose un saldo a favor de CIAMSA por valor de \$29.713.173 moneda legal colombiana.

2.26. Según la participación de TERKIM en los resultados del contrato está obligada a pagar a CIAMSA los \$29.713.173 moneda legal colombiana en los que se

modifican los resultados del negocio NITRO EFFI 100 con la inclusión de los gastos de transporte a los clientes.

CAPÍTULO IV

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La apoderada de la parte convocante se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvencción, mediante escrito que fue recibido el día dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2.018), de la siguiente manera:

- 2.1. *ES CIERTO, conforme términos y especificaciones del numeral 1 OBJETO del contrato, y su posterior modificación conforme otro sí de 26 de junio de 2015, atendiendo el devenir del desarrollo del objeto contractual.*
- 2.2. *ES CIERTO, el contrato fue modificado en primer lugar por OTRO SI del día 26 de junio de 2015, conforme el cual se modificaron las cláusulas: "PRIMERA, SEGUNDA, QUINTA, SEXTA, OCTAVA, DOCEAVA y DIECISIETEAVA", atendiendo el devenir del desarrollo del objeto contractual; y el 25 de mayo de 2018, se modificó la cláusula compromisoria previamente acordada por las partes.*
- 2.3. *ES PARCIALMENTE CIERTO aquello que cita al tenor literal a del numeral 2 del contrato, y conforme el alcance que se dió a este numeral en otro sí del 26 de junio de 2015 atendiendo el devenir del desarrollo del objeto contractual. ACLARO: que TERKIM cumplió las prestaciones a su cargo en ejecución del contrato en su carácter de PARTÍCIPE, para el efecto:*
 1. *proveía al gestor de la materia prima zeolita, cuyo destino era llevar a cabo la a elaboración del producto NITRO EFFI 100.*
 2. *TERKIM dispuso de personal a su cargo para que prestara soporte técnico, científico y de atención a clientes a CIAMSA durante toda la ejecución del CONTRATO.*

3. *La zeolita se proveía a CIAMSA exclusivamente para elaborar el producto NITRO EFFI 100 en desarrollo del contrato de cuentas en participación y para ninguna otra finalidad se hacia el suministro de dicha materia prima a CIAMSA.*
 4. *El contrato de cuentas en participación en su alcance no comprendía que las partes limitaran el desarrollo de objeto social a la ejecución del contrato de cuentas en participación, sino que cada parte conservaba si autonomía y manejo de sus negocios.*
- 2.4. *ES PARCIALMENTE CIERTO aquello que cita al tenor literal a numeral 2 APORTES del contrato suscrito el 6 de agosto de 2015 y la modificación que se hizo del mismo conforme OTRO SI del 26 de junio de 2015, a la cláusula SEGUNDA en sus 2 párrafos y lo que establece el numeral 4 del contrato OBLIGACIONES DEL GESTOR. ACLARO que las obligaciones a cargo del gestor conforme el contrato no fueron cumplidas a cabalidad.*
 - 2.5. *ES CIERTO que el contrato señalaba porcentajes para efectos de participación en el mismo en cabeza del GESTOR y en cabeza del PARTICIPE. A numerales 7 y 8, en concordancia con lo que se acordó en el otrosí de 26 de junio de 2015 modificando la cláusula octava. ACLARO que el GESTOR en desarrollo de la administración del negocio no entregó a satisfacción los estados de resultado del mismo por tanto las utilidades y pérdidas reportadas son inciertas.*
 - 2.6. *NO ES CIERTO, CIAMSA no dio cabal cumplimiento a lo establecido por la cláusula OCTAVA del contrato, posteriormente modificada por el otro sí de 26 de junio de 2015, ACLARO que el GESTOR en desarrollo de la administración del negocio no entregó a satisfacción los estados de resultado del mismo.*
 - 2.7. *NO ES CIERTO TERKIM dispuso de personal a su cargo para que prestara soporte técnico, científico y de atención a clientes a CIAMSA durante toda la ejecución del CONTRATO, además de que personal a su cargo se encargó de promocionar y presenta el producto ante clientes siendo el ingeniero CRISTIAN GUTIERREZ*

- 2.8. *el responsable para el efecto a cargo de TERKIM, así mismo en ferias y stands se hizo contacto de clientes que fueron oportunamente referenciados a CIAMSA.*
- 2.9. *NO ES CIERTO TERKIM dispuso de personal a su cargo para que prestara soporte técnico, científico y de atención a clientes a CIAMSA durante toda la ejecución del CONTRATO, además de que personal a su cargo se encargó de promocionar y presenta el producto ante clientes siendo el ingeniero CRISTIAN GUTIERREZ, el responsable para el efecto a cargo de TERKIM, así mismo en ferias y stands se hizo contacto de clientes que fueron oportunamente referenciados a CIAMSA.*
- 2.10. *NO ES CIERTO TERKIM dispuso de personal a su cargo para que prestara soporte técnico, científico y de atención a clientes a CIAMSA durante toda la ejecución del CONTRATO, además de que personal a su cargo se encargó de promocionar y presenta el producto ante clientes siendo el ingeniero CRISTIAN GUTIERREZ el responsable para el efecto a cargo de TERKIM, así mismo en ferias y stands se hizo contacto de clientes que fueron oportunamente referenciados a CIAMSA por tanto el incumplimiento endilgado no existió.*
- 2.11. *ES CIERTO Y ACLARO:*
1. *La zeolita se proveía a CIAMSA exclusivamente para elaborar el producto NITRO EFFI 100 en desarrollo del contrato de cuentas en participación y para ninguna otra finalidad se hacía el suministro de dicha materia prima a CIAMSA.*
 2. *El contrato de cuentas en participación en su alcance no comprendía que las partes limitaran el desarrollo de objeto social a la ejecución del contrato de cuentas en participación, sino que cada parte conservaba si autonomía y manejo de sus negocios.*
 3. *CIAMSA Y TERKIM, desarrollaron sus objetos sociales en paralelo a la ejecución del contrato de cuentas en participación.*

2.12. *NO ES CIERTO* La zeolita se proveía a CIAMSA exclusivamente para elaborar el producto NITRO EFFI 100 en desarrollo del contrato de cuentas en participación y para ninguna otra finalidad se hacía el suministro de dicha materia prima a CIAMSA. siendo además pertinente anotar lo acordado por las partes en el otro sí del día 26 de junio de 2016, que a la sazón establecía: “EL PARTICIPE proveerá de manera exclusiva para el Gestor CIAMSA la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita), de acuerdo con las condiciones de calidad del producto inicialmente convenidas entre las partes. Dicho producto será utilizado por el GESTOR CIAMSA en forma exclusiva para la realización de la mezcla de que trata el contrato. La exclusividad pactada no constituye transferencia de la propiedad intelectual y de creación de la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea-zeolita) que en todo caso continuará en cabeza del Participe”.

2.13. *NO ES CIERTO:*

1. La zeolita se proveía a CIAMSA exclusivamente para elaborar el producto NITRO EFFI 100 en desarrollo del contrato de cuentas en participación y para ninguna otra finalidad se hacía el suministro de dicha materia prima a CIAMSA.
2. TERKIM dispuso de personal a su cargo para que prestara soporte técnico, científico y de atención a clientes a CIAMSA durante toda la ejecución del CONTRATO, además de que personal a su cargo se encargó de promocionar y presentar el producto ante clientes siendo el ingeniero CRISTIAN GUTIERREZ el responsable para el efecto a cargo de TERKIM, así mismo en ferias y stands se hizo contacto de clientes que fueron oportunamente referenciados a CIAMSA por tanto el incumplimiento endilgado no existió.

2.14. *NO ES CIERTO*, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o pérdidas, nunca entregó estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjunto soportes de los resultados obtenidos.

2.15. *ES PARCIALMENTE CIERTO Y ACLARO* CIAMSA no dió cabal cumplimiento a lo establecido por la cláusula OCTAVA del contrato,

posteriormente modificada por el otro sí de 26 de junio de 2015, ACLARO que el GESTOR en desarrollo de la administración del negocio no entregó a satisfacción los estados de resultado del mismo.

- 2.16. *NO ES CIERTO, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjunto soportes de los resultados obtenidos, por tanto los resultados anotados no fueron debidamente presentados ni soportados.*
- 2.17. *NO ES CIERTO, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjunto soportes de los resultados obtenidos, por tanto los resultados anotados no fueron debidamente presentados ni soportados.*
- 2.18. *ES CIERTO en cuanto anota que se hizo pago de dicha suma ACLARO que el GESTOR en desarrollo de la administración del negocio no entregó a satisfacción los estados de resultado del mismo*
- 2.19. *NO ES CIERTO, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjunto soportes de los resultados obtenidos, por tanto los resultados anotados no fueron debidamente presentados ni soportados.*
- 2.20. *NO ES CIERTO, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjunto soportes de los resultados obtenidos, por tanto los resultados anotados no fueron debidamente presentados ni soportados.*

- 2.21. *ES CIERTO en cuanto anota que se hizo pago de dicha suma ACLARO que el GESTOR en desarrollo de la administración del negocio no entregó a satisfacción los estados de resultado del mismo.*
- 2.22. *ES CIERTO en cuanto anota que se estableció por parte del gestor dicha suma como utilidad para el periodo enero a febrero de 2017, ACLARO que el GESTOR en desarrollo de la administración del negocio no entregó a satisfacción los estados de resultado del mismo.*
- 2.23. *NO ES CIERTO, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjunto soportes de los resultados obtenidos, por tanto los resultados anotados no fueron debidamente presentados ni soportados.*
- 2.24. *NO ES CIERTO, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjunto soportes de los resultados obtenidos, por tanto los resultados anotados no fueron debidamente presentados ni soportados, por tanto las perdidas establecidas son inciertas y por tanto no existe la mora endilgada.*
- 2.25. *NO NOS CONSTA, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjuntó soportes de los resultados obtenidos, las omisiones en que haya incurrido, siendo el obligado a presentar estados de resultado de la línea en su carácter de gestor no son endilgables al participe.*
- 2.26. *NO NOS CONSTA, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o*

perdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjuntó soportes de los resultados obtenidos, las omisiones en que haya incurrido, siendo el obligado a presentar estados de resultado de la línea en su carácter de gestor no son endilgables al participe.

2.27. *NO NOS CONSTA, CIAMSA no remitía estados de resultados en los términos del contrato y la modificación a él operada en el mes de junio de 2015, CIAMSA presentaba solo una tabla relacionando utilidades o pérdidas, nunca entrego estados de resultados en desarrollo del contrato como tampoco adjuntó soportes de los resultados obtenidos, las omisiones en que haya incurrido, siendo el obligado a presentar estados de resultado de la línea en su carácter de gestor no son endilgables al participe.”*

EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Con fundamento en los hechos contestados y la oposición categórica a todas y cada una de las pretensiones del **CONVOCADO** en la demanda de reconvención, presentadas con el escrito con el cual se dio contestación a la demanda de reconvención por la parte **CONVOCANTE**, la misma se permitió proponer las siguientes excepciones de mérito que a continuación se enuncian.

“[...] **COBRO DE LO NO DEBIDO.**

La demandante pretende que la demandada le satisfagan unas presuntas acreencias en virtud de unos daños que no le son atribuibles a mi representada. por lo mismo ésta última no tiene obligaciones a su cargo respecto de la demandante que deba satisfacer.

1. BUENA FE.

La demandada en reconvención actuó de buena fe en la ejecución del contrato traído a arbitramento.

2. COMPENSACIÓN.

3. PRESCRIPCIÓN.

4. MALA FE DEL GESTOR.

5. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA DEMANDADA EN RECONVENCIÓN

La demanda señala hechos, circunstancias y situaciones acaecidas sin la intervención por acción u omisión de mi representada, pretendiendo que ella asuma una responsabilidad resarcitoria por cuenta de presunta pérdidas y omisiones que no le son atribuibles a mi mandante.

6. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE GESTIÓN EN CABEZA DE CIAMSA COMO GESTOR.

7. INCUMPLIMIENTO DEL GESTOR A SU OBLIGACIÓN DE PRESENTAR ESTADOS DE RESULTADOS DEL NEGOCIO en los términos del contrato y en concordancia con lo reglado por el artículo 512 del CODIGO DEL COMERCIO

8. AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS

9. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, "not adimpleti contractus".

En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos.

10. LA GENERICA QUE RESULTE DEMOSTRADA DENTRO DEL PROCESO.

Solicito al honorable Tribunal que declare probada toda excepción que se demuestre en el proceso y que permita enervar las pretensiones de la demanda"

CAPÍTULO V

EL ACERVO PROBATORIO

1.- PRUEBAS DOCUMENTALES:

Se tuvieron como prueba, con el valor que les asigna la Ley, todos los documentos aportados por las partes.

2.- INTERROGATORIOS DE PARTE:

Fueron recepcionados los interrogatorios de parte tanto del Representante Legal de **TERKIM S.A.S.** como del representante legal de **CI AZÚCARES Y MIELES CIAMSA S.A.**

3.- TESTIMONIOS:

Durante el curso del proceso arbitral se recibieron las declaraciones de todas las personas solicitadas por los apoderados de las partes y las de los testigos decretados de oficio.

Así entonces, fue como se recibieron los testimonios de las siguientes personas: **LILIANA PALACIOS MEJÍA, EDGAR EDUARDO PINZÓN GARZÓN, CARLOS ARTURO LUNA SALAZAR, WILLIAM ERNESTO CADAVID GARCÍA, JHONATAN SATIZABAL MENDOZA Y CRISTIAN GUTIERREZ.**

4.- PERITACIÓN:

En este Tribunal se decretó como dictámenes aportados por las partes los rendidos por el señor **JAIRO ABADÍA SERRANO**, aportado por la parte **CONVOCANTE** y los rendidos por el perito **CAMILO SUAREZ**

CASAS y la firma **RSM ASSURANCE & AUDIT (CESAR MAURICIO OCHOA PÉREZ y GERMÁN CAMILO OCHOA PÉREZ)**, aportado por la parte **CONVOCADA**. Todos los peritos fueron interrogados en ejercicio del derecho de contradicción de las partes.

Por su parte, se ordenó y decretó a petición de la parte convocante, prueba pericial que incluyó además de las preguntas formuladas por la parte interesada en su recaudo, una pregunta de oficio por parte de este Tribunal; dictamen contable que estuvo a cargo de la Señora Contadora **MIRYAM MELVA CAICEDO ROSAS** y que fue oportuna y debidamente presentado y corrido su traslado.

En el curso de tal traslado a las partes, las mismas solicitaron aclaraciones o complementaciones al aludido dictamen, que dentro del término previsto fueron aportadas por la perito. Igualmente, la parte **CONVOCADA CIAMSA S.A.** optó según su derecho, por presentar un dictamen pericial de contradicción de autoría de los mismos peritos que rindieron su dictamen de parte, esto es, por la firma **RSM ASSURANCE & AUDIT (CESAR MAURICIO OCHOA PÉREZ y GERMÁN CAMILO OCHOA PÉREZ)**.

El Tribunal ordenó escuchar a todos los peritos en desarrollo de audiencia prevista para tal fin, permitiendo a las partes actuar conforme a la ley en ellas. Por la firma **RSM ASSURANCE & AUDIT** la sustentación de su dictamen de parte, como del dictamen de contradicción se surtió en audiencias separadas por parte del perito **CÉSAR MAURICIO OCHOA**.

Es así, como los peritos **CESAR MAURICIO OCHOA PÉREZ y MIRYAM MELVA CAICEDO ROSAS** fueron interrogados frente a su dictamen de contradicción el primero; y frente a sus aclaraciones o complementaciones la segunda; el día dieciséis (16) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) de conformidad con lo regulado por el artículo **31** de la ley 1563 de 2012 en concordancia con el artículo **228** del Código General del Proceso.

CAPÍTULO VI

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos verbales y expusieron sus argumentos para sustentar sus respectivas pretensiones y excepciones. La apoderada de la parte convocante presentó, además, ante Secretaría, versión escrita de sus alegatos.

CAPÍTULO VII

CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES:

Antes de entrar a decidir sobre las diferencias surgidas entre las partes, este Tribunal procederá a examinar si se reúnen los presupuestos procesales, que son los requisitos necesarios para la validez del proceso y el ejercicio de la facultad de administrar justicia.

Las partes son personas jurídicas, constituidas de acuerdo con la ley y debidamente representadas.

El Tribunal fue integrado de acuerdo con lo pactado en la cláusula compromisoria y se encuentra debidamente instalado.

Las partes consignaron oportunamente el valor de los honorarios y gastos de administración del trámite arbitral, valor éste, que fue oportunamente entregado al árbitro Dr. **LUIS FELIPE GONZÁLEZ GUZMÁN**.

Las controversias objeto de este proceso tienen un contenido patrimonial y son susceptibles de transacción y las partes son plenamente capaces para transigir.

El Árbitro examinó las demandas y concluyó que ellas, reunieron efectivamente cada una (principal reformada y la de reconvención) los requisitos formales establecidos en la ley procesal.

Teniendo en consideración los anteriores presupuestos el Árbitro asumió la competencia para conocer y decidir este proceso en el desarrollo de la primera audiencia de trámite tal y como la ley dispone.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

Las pretensiones contenidas en la demanda se refieren en general, según estima **LA PARTE CONVOCANTE**, a la existencia de un contrato de cuentas en participación, terminado por mutuo acuerdo entre las partes; pero injustamente liquidado, lo cual en sentir de la parte demandante reconvenida da derecho al pago de sumas por concepto de saldos a favor o utilidades, intereses comerciales sobre estas y a la sanción a que hace referencia la Cláusula penal del contrato.

La acción que se ejerce a través de las pretensiones anteriores es a todas luces declarativa, lo cual implica un proceso de conocimiento para evaluar y decidir si hubo errores o desconocimientos en la liquidación de gastos y utilidades en el contrato de cuentas en participación celebrado por las partes, si hubo o no incumplimiento contractual de alguna de las partes que lo conformaron y si de este se deriva o no una condena que dé lugar a la sanción establecida en la cláusula penal del mismo.

En últimas, se buscará establecer si existe o no responsabilidad contractual de la parte **CONVOCADA** frente a la parte **CONVOCANTE**

o viceversa que merezca ser declarada, de conformidad con las pretensiones expresas que le fueran formuladas a este Tribunal en la demanda arbitral y en la demanda de reconvención correspondientes.

Ello indica que este Tribunal sí tiene claras tanto la Jurisdicción, como la Competencia, necesarias ambas, para dirimir el presente conflicto, lo cual ya había sido manifestado al inicio del trámite arbitral, pero que el Tribunal considera necesario reafirmar luego de haber escuchado prudentemente a cada una de las partes.

3. LA CALIDAD DE LAS PARTES INMERSAS EN LA DISPUTA ARBITRAL.

3.1. TERKIM S.A.S:

Es una sociedad comercial, según se desprende del certificado de la Cámara de Comercio que reposa en el expediente como prueba documental.

La actividad comercial **PRINCIPAL**, descrita en el citado certificado de la cámara de comercio para la **CONVOCADA**, es la de Producir, comercializar, distribuir, exportar e importar, comprar y vender insumos para la nutrición agrícola, materia prima, maquinaria y equipos de insumos requeridos para la explotación agrícola, de fertilizantes químicos, orgánicos minerales y ecológicos. la Exploración, explotación y comercialización de minerales e hidrocarburos, así como de todos los equipos, montajes e insumos para el efecto, así como todo lo relacionado con los estudios geológicos para la extracción de minerales. La prestación de servicios relacionados con las actividades de producción, comercialización, exploración, explotación etc. relacionadas en principio. Entre otras actividades relacionadas o conexas.

El artículo 20 del Código de Comercio describe tales actividades como de carácter mercantil, de manera que es indiscutible que conforme reza el artículo 10 del Código de Comercio, la **CONVOCADA** es una persona jurídica, que ostenta la calidad ineludible de comerciante.

3.2. CI DE AZUCARES Y MIELES CIAMSA S.A.:

Es una sociedad comercial, según se desprende del certificado de la Cámara de Comercio que reposa en el expediente como prueba documental.

La actividad comercial **PRINCIPAL**, descrita en el citado certificado de la cámara de comercio para la **CONVOCADA**, es la comercialización y exportación de azúcares y mieles, así como la venta de operación portuaria y servicios logístico y producción y venta de fertilizantes.

El artículo 20 del Código de Comercio describe tales actividades como de carácter mercantil, de manera que es indiscutible que conforme reza el artículo 10 del Código de Comercio, la **CONVOCADA** es una persona jurídica, que ostenta la calidad ineludible de comerciante.

4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE:

Identificada la calidad jurídica de las partes, conviene determinar cuál será en esencia el entorno jurídico dentro del cual se puede encontrar la normatividad aplicable al caso puesto bajo consideración del Tribunal.

Claro entonces que ambas partes intervinientes en el contrato son comerciantes, por lo que queda determinado que el Tribunal deberá regirse por la ley comercial o mercantil para la búsqueda de la solución justa al conflicto suscitado entre las partes, conforme a lo indicado por

el artículo 22 del Código de Comercio²⁰ pero con observancia plena desde luego de lo anotado por el artículo 822 del Código de Comercio.²¹

5. DEL ANÁLISIS DE LA PRUEBA

LOS MEDIOS DE PRUEBA ALLEGADOS AL PROCESO:

El Tribunal entra ahora a efectuar un análisis de los elementos, instrumentos o medios de prueba utilizados por las partes y por el propio Tribunal con el propósito de obtener las razones que le generen certeza o convicción sobre los hechos manifestados, señalando que los diferentes medios de prueba serán estudiados en conjunto, como un todo, ya que la prueba es el resultado de todos los elementos probatorios tomados en su conjunto, como una “masa de pruebas”, pesando el valor de cada elemento o instrumento aportado.

Lo anterior de acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso que consagra:

“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”

Norma desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo en Sentencia de mayo 05/98, expediente 495, que precisó:

“Las autoridades judiciales deben examinar y aquilatar según las reglas de la sana crítica la totalidad de las pruebas rendidas

²⁰ ART. 22. —Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial.

²¹ ART. 822.—Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

siempre que sean conducentes y tengan en verdad la importancia necesaria para ser valoradas individualmente acerca de la justicia del fallo proferido y, de su estudio comparativo, fijar en términos procesales los hechos que han de servirle de fundamento.”

Por otra parte, el Tribunal considera importante resaltar que los medios probatorios fueron allegados al proceso dentro de los términos establecidos, que se efectuó el traslado de los mismos para garantizar el derecho de contradicción y defensa de las partes y que se garantizó el debido proceso en todas las pruebas recopiladas en el proceso. Además, ninguno de los medios probatorios utilizados fue objeto de tacha por las partes. Es así, entonces, como este Tribunal estudiará la prueba recaudada junto con los demás elementos probatorios, bajo el principio de “Unidad Probatoria”, valorándose la misma en la forma señalada por la ley, como anteriormente se explicó y fundamentó.

1.- Medios de prueba documentales.

De acuerdo con las normas que reglan la materia, los documentos privados allegados al proceso, se valorarán por el Tribunal de conformidad con el artículo 262 del Código General del Proceso el cual determina que *“Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación”*.

Es así como los documentos se presumirán auténticos, al tenor del artículo 262 ibídem. Por otra parte, no fueron tachados de falsos por ninguna de las partes, de manera que se constituyen en plena prueba.

2.- Medios de prueba testimoniales.

Respecto de los testimonios o declaraciones de terceros recibidos durante el proceso, el Tribunal señala que todos gozan de validez

jurídica, como quiera que cumplen con los requisitos necesarios para su existencia procesal, puesto que: a) - Fueron ordenados en forma legal, b) – Quienes pidieron la prueba, las partes del proceso, se encontraban legitimadas para hacerlo, c) – Los testimonios fueron recibidos por el Tribunal, quien los ordenó, d) – Los testigos gozaban de capacidad jurídica para rendir su testimonio, e) – Así mismo, los testigos gozaban de habilidad, aptitud física, moral e intelectual en el momento de rendir sus declaraciones, f) – Los testimonios fueron rendidos de manera espontánea, natural, libres de cualquier tipo de coacción, g) – Los testigos rindieron su declaración, luego de haber prestado juramento de veracidad y honestidad, h) – Se cumplieron las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar, i) – Los testimonios recibidos carecen de vicios que pudieren afectarlos.

Es por lo anterior, que este Tribunal analizará cada una de las intervenciones en lo que considere de mayor relevancia para la decisión que habrá de adoptar, tarea que abordará en el análisis y resolución de las excepciones propuestas por la parte convocada.

3 - Interrogatorio de Parte.

Los interrogatorios de parte a la convocante y a la convocada se recepcionaron debidamente, conforme a las normas legales, ambos bajo la gravedad del juramento, recogándose valiosos aspectos sobre los hechos del proceso de las preguntas que le fueron formuladas a cada interrogado por los apoderados de las partes, así como por el propio Tribunal.

4.- Prueba Pericial.

La perito contadora doctora **MIRYAM MELVA CAICEDO ROSAS** rindió oportunamente su dictamen ante este Tribunal. Del mismo se corrió traslado y ambas partes, convocante y convocada, solicitaron

aclaración y complementación. Por su parte, la convocada reconviniendo, con el ánimo de generar conforme a la ley una controversia sobre algunos aspectos contenidos en el dictamen pericial, aportó una experticia proveniente de la firma **RSM ASSURANCE & AUDIT**.

Luego de ello, el Tribunal optó por escuchar a los peritos **MIRYAM MELVA CAICEDO ROSAS** y a uno de los peritos que suscribieron el dictamen rendido por la firma **RSM ASSURANCE & AUDIT**, doctor **CESAR MAURICIO OCHOA PÉREZ** en representación de la firma en alusión, dando así trámite formal a la controversia planteada y permitiendo a cada parte contradecir en lo que bien tuvo cada dictamen alegado por las vías y medios indicados al proceso arbitral.

6.- SOLICITUD DE ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO POR LA PERITO MIRYAM MELVA CAICEDO ROSAS POR AMBAS PARTES y PRESENTACIÓN DE EXPERTICIA PARA CONTROVERTIR TAL DICTAMEN PERICIAL POR PARTE DEL EXTREMO CONVOCADO Y RECONVINIENTE:

Oportunamente, los apoderados de las partes convocante y convocada reconviniendo, una vez rendido el dictamen pericial técnico, pretendieron obtener unas aclaraciones y complementaciones del mismo. Igualmente, dentro del término preciso, la perito rindió las respectivas aclaraciones y complementaciones solicitadas.

Por su parte, el extremo **CONVOCADO** quiso controvertir tal dictamen y sus conclusiones, presentando en tiempo una experticia que en su sentir, implicaría en los aspectos allí contenidos, evidenciar algunos errores contenidos en el dictamen rendido por la perito Miryam Melva Caicedo Rosas.

Acto seguido, este Tribunal optó como ya se indicó, por llevar a cabo audiencia para interrogar a los peritos, así como para permitir igual

derecho a cada una de las partes y con ello poder reunir conclusiones que le permitieran evaluar debidamente el dictamen pericial principal y la experticia controversial allegada, en el laudo que hoy se profiere.

CAPITULO VIII

DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN OBJETO DE DISPUTA ENTRE LAS PARTES. GENERALIDADES, EXISTENCIA Y EFECTOS:

Es un contrato nacido de la aceptación expresa e incondicional de cada una de sus partes, que como contratantes se avinieron al mismo y lo suscribieron en la forma como lo concibieron, naciendo así a la vida jurídica.

El contrato de cuentas en participación está definido y desarrollado por la Ley en el Título X del Código de Comercio; particularmente entre los artículos 507 a 514 del mismo. Igualmente remite, para lo que las partes no hayan previsto en el cuerpo el mismo a las reglas legales establecidas para la sociedad en comandita simple y ante su insuficiencia, a las generales del contrato de sociedades.

En términos generales, la Ley permitió libertad de estipulación y por ello no existe limitación legal impuesta para alguna de las partes frente al acuerdo de voluntades que alcanzaran al respecto.

Para el caso que ocupa la atención de este Tribunal, es evidente que existió la celebración formal de un contrato de cuentas en participación entre las partes que lo convocan y que a partir de su ejecución, han surgido diferencias que constituyen los problemas jurídicos que el Tribunal debe resolver en éste Laudo.

Es entonces incuestionable, que dicho contrato por lo mismo, resulta ser ley para las partes, y por ende se someten ambas a su clausulado.

El contrato contiene a su vez un objeto central modificado mediante el otrosí que las partes acordaron frente al contrato objeto de contradicción, que se describe a continuación así:

“PRIMERA: OBJETO. Constituye el objeto del presente contrato el desarrollar y explotar operaciones mercantiles relacionadas con la elaboración, distribución, comercialización y venta de NITRO EFFI 100, en adelante El producto en beneficio de las partes.. [....]”.

A respecto se debe indicar que, pese a constituir una pretensión de la parte convocante el que se declare la existencia del contrato de cuentas en participación celebrado entre las partes y con el objeto referido, ninguno de los intervinientes ha negado su existencia, objeto o constitución del mismo, ni se ha manifestado la presencia de algún vicio del consentimiento, por ello se parte del hecho probado de la innegable existencia del negocio jurídico de cuentas en participación celebrado por las partes en disputa y con el objeto señalado, así como del acuerdo de voluntades respecto del contenido total del contrato.

Por tanto se concluye que entre el **CONVOCANTE** y la **CONVOCADA**, existió un contrato bilateral, el cual constó por escrito, de carácter conmutativo y además oneroso.

Al ser un contrato bilateral surgen como ya se ha indicado obligaciones para cada una de las partes que intervienen, más aún cuando estamos frente a un contrato válido, por gozar de capacidad las partes que en él participaron, por ser lícito su objeto y causa. Obligaciones unas legalmente establecidas y otras convenidas contractualmente de manera expresa.

El contrato de cuentas en participación celebrado por los intervinientes nació a la vida jurídica el seis (6) de agosto del año dos mil trece (2013) y tal como se adujo en la demanda terminó por mutuo acuerdo entre las partes el veintiocho (28) de febrero del dos mil diecisiete (2017), afirmación a la que la **CONVOCADA** se allanó absolutamente, y que

además fue puesto de relieve sin duda alguna por todos los demás medios de prueba recaudados.

Como ya se indicará, es un hecho cumplido que el contrato que la parte convocante solicita que se declare existir, en efecto existe y que al respecto no existe contradicción entre las partes y así lo tiene por establecido el Tribunal.

CAPITULO IX

ANÁLISIS Y DESARROLLO DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA Y DE PASO, EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA PARTE CONVOCADA EN RELACIÓN CON LAS PRUEBAS RECAUDADAS DENTRO DEL PROCESO ARBITRAL:

1. EXISTENCIA DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN CELEBRADO POR LAS PARTES:

Tal y como acaba de indicarse al desarrollar la generalidad del contrato de cuentas en participación y si el mismo existía o no para poder desplegar el consecuente análisis de los problemas jurídicos reales puestos a consideración de éste Tribunal, es evidente que el contrato existió, que las partes involucradas en éste proceso lo celebraron y a su vez lo terminaron por mutuo acuerdo; así como que, sometieron sus diferencias a la justicia arbitral; todo lo cual legitimó a éste Tribunal para resolverlas conforme a la Ley.

Por ende, es una pretensión que aunque obvia, se acepta y se abre paso a su declaración.

2. DEL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN DE LAS PARTES EN EL NEGOCIO JURÍDICO:

Pretende la parte demandante, que se declare la participación que en su calidad de partícipe del contrato de cuentas en participación cuya existencia se ha reconocido en éste Laudo se declare que le corresponde el 20% sobre la participación de la utilidad neta que arroje su explotación.

Al tratarse de un contrato de cuentas en participación se pactó por las partes en las condiciones del mencionado negocio jurídico, al compás del artículo 507 del Código de Comercio las condiciones en que intervenían el partícipe y el gestor y en la cláusula SÉPTIMA del contrato se convino el porcentaje de participación sobre la utilidad neta de cada uno de los intervinientes, de la siguiente manera:

“RESULTADOS: Al partícipe le corresponderá el 20% de la participación sobre la utilidad neta efectuada por el Gestor CIAMSA a nivel nacional y el porcentaje restante, es decir el 80% será para el Gestor CIAMSA”

Con posterioridad, mediante Otrosí del veintiséis (26) de junio del dos mil quince (2015) la cláusula **OCTAVA** del contrato fue modificada y mediante ésta las partes convinieron expresamente la manera en la que se realizaría la distribución de tales resultados o utilidad neta planteada en la cláusula SÉPTIMA antes referida (Del contrato primigenio), estableciéndose lo siguiente:

“OCTAVA. DISTRIBUCION DE RESULTADOS. Para efectos de distribuir utilidades y/o pérdidas obtenidas como consecuencia de la participación porcentual en los resultados comerciales de los servicios prestados en virtud de este contrato, las partes establecen el siguiente procedimiento:

La liquidación se efectuará trimestralmente por el GESTOR CIAMSA

El pago de las utilidades se efectuará simultáneamente al Partícipe y al Gestor CIAMSA en el porcentaje establecido en la cláusula

séptima del presente contrato una vez efectuado el respectivo corte trimestral.

En todo caso antes de distribuir utilidades, estas deberán ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar en cualquier periodo anterior y finalizado en este proceso, deberá ser previamente avalado tanto por el partícipe como por el Gestor Ciamsa, mediante documento escrito que avale dicha rendición de cuentas que proponga enjugar las posibles pérdidas.”

Atendiendo el tenor literal del convenio alcanzado por las partes, no cabe duda del porcentaje de participación de cada una en el negocio jurídico que nos ocupa y claro se encuentra la manera en que se repartirían las utilidades netas o utilidades después de descontar gastos, costos, impuestos y reserva legal, sumar ingresos no operacionales y restar gastos no operacionales. A su vez, en la cláusula subsiguiente también transcrita²², las partes especificaron la manera o el procedimiento para su repartición y simultáneamente plantearon el tratamiento de las pérdidas a las que se vieran enfrentadas.

Igualmente, sobre el particular, las declaraciones obtenidas por los testigos comparecientes dieron cuenta o confirmaron la manera en que en efecto participaron del negocio jurídico la convocante y convocada, obsérvese algunas manifestaciones sobre el particular:

“.....y pues obviamente dijeron bueno ellos son los del desarrollo pues me parece interesante déjelo y hablamos posteriormente, y bajo ese esquema dicen no 80/20, vimos en eso una oportunidad muy grande, hay que decirlo pues obviamente una empresa como CIAMSA...” Edgar Pinzón

Sencillamente doctora y doctor, obviamente fueron las condiciones explícitas dentro del contrato, ahí decía o dice claramente que realmente se va en el 20% para TERKIM y en el 80% para CIAMSA en las pérdidas y en las ganancias” William Cadavid García.

²² Qu es la octava del otrosí celebrado y que modificó la misma octava del contrato primigenio.

“...y sobre ese resultado pues se hacía 80% y 20% el valor que correspondía de utilidad o pérdida a cada participante.”
Interrogatorio de parte Diego Ortíz.

De manera que, corroborado mediante todos los instrumentos probatorios la participación en costos y utilidades por parte de ambos extremos procesales, queda claramente establecido, tal como quedó convenido contractualmente, los porcentajes de participación y de esta manera el desarrollo contractual correspondiente.

En otras palabras, que ni siquiera convencionalmente las partes modificaron lo que literalmente habían pactado.

Así las cosas, se declara que efectivamente al partícipe; en este caso la sociedad convocante le corresponde el 20% de las utilidades netas que se obtuvieron en desarrollo del contrato de cuentas en participación por parte del Gestor.

3. DE LA TITULARIDAD DE LA MARCA NITRO EFI 100:

La razón de ser del contrato de cuentas en participación, tal como se expuso en el objeto del mismo, era la elaboración, distribución y comercialización del producto **NITRO EFFI 100**, actividad u operación respecto de la cual los extremos procesales ostentaban la titularidad en cuanto a la administración y ejecución, tal como quedó consignado en la cláusula TERCERA del contrato, así:

***“TITULARIDAD Y EJECUCION DE LA OPERACIÓN MERCANTIL:
Conforme a las disposiciones propias del presente contrato, las partes acuerdan que el Gestor y Partícipe administrarán y ejecutarán conjuntamente todas las operaciones correspondientes a la operación mercantil reputándose para todos los efectos legales ante terceros como los propietarios del negocio, El Gestor será el único responsable de las obligaciones***

que contraigan en el desempeño y giro ordinario de la ejecución de la operación mercantil”.

A su vez, en el texto de las obligaciones de cada parte se convino en el **numeral 8 de la cláusula CUARTA** del texto del contrato que los unió, la titularidad de la marca en el desarrollo de su publicidad y mercadeo, así:

“El Gestor CIAMSA y El Participe serán titulares de la marca NITRO EFFI 100 que es la marca que se utilizará para identificar el producto (urea + zeolita) objeto del presente contrato, en las proporciones de participación en el negocio. Ambos se encargarán de la publicidad y mercadeo de la misma... ”

Atendiendo los convenios alcanzados respecto de las responsabilidades y obligaciones de ambas partes en el negocio, tal como se describe en los apartes de las cláusulas citadas, se aprecia respecto del producto, actividades, publicidad y mercadeo de la marca, que su titularidad y ejecución son compartidas en el desarrollo de la operación mercantil, sin embargo, nada se adujo respecto de la titularidad marcaría una vez finalizada la relación contractual, y en el decurso procesal tal titularidad no fue debatida, lo que sí se puso de presente al Tribunal fue la existencia de otro proceso enfocado en tal discusión²³, por ende y ante la ausencia de probanza respecto de lo pretendido, lo que se logra observar y le corresponde a este Tribunal señalar, es que en el desarrollo contractual, en el marco de responsabilidades y obligaciones de las partes, la titularidad y despliegue comercial del **NITRO EFFI 100** fue y tenía que ser compartido, en proporción al porcentaje de participación de las partes en el contrato objeto del trámite arbitral.

A pesar de lo anterior es definitivo y concluyente para este Tribunal, determinar que el alcance específico de la cláusula compromisoria tal y como quedó pactada luego de su modificación por mutuo acuerdo de

²³ Así lo dio a entender en audiencia celebrada el día 1 de abril de 2019 el Señor Edgar Pinzón, testigo de la propia parte CONVOCANTE.

las partes, y que dotó de facultad jurisdiccional conforme a la ley al mismo, claramente dispuso que lo sometido a su consideración eran “[...] **las controversias o diferencias relativas al CONTRATO (...) PARA LA ELABORACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN de nitro effi 100 [...]**” de donde deviene concluir que el tema puramente marcario si acaso se estimase que esta jurisdicción es competente para resolverlo, es un asunto por fuera de la competencia dada por las partes al Tribunal pues no tiene relación con la elaboración, ni con la distribución, ni con la comercialización pactada propiamente tal.

Además, indíquese que como lo dispone la norma especializada en la materia que es la Decisión 486 del 2.000, artículo 134 y ss. el titular de una marca es aquel que conforme a derecho **procede a su registro ante la autoridad competente** y que por lo mismo, sin haberse probado si dicha marca está o no registrada, por quien, ni cómo; este Tribunal entenderá como ajeno plenamente a su competencia el asunto; por cuanto debe concluir que esta pretensión no tiene vocación de prosperidad.

4. DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE LA CONVOCADA CIAMSA S.A. FRENTE A TERKIM S.A. Y DEL CORRELATIVO INCUMPLIMIENTO ADUCIDO POR CIAMSA S.A. DE PARTE DE TERKIM S.A. SEGÚN DEMANDA DE RECONVENCIÓN. TODO CON BASE EN EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN:

Entendido por éste Tribunal que el objeto de disputa central entre las partes nace del presunto incumplimiento que una achaca a otra y viceversa, frente a las obligaciones que a cada una le correspondieron durante la ejecución del contrato de cuentas en participación por ellas celebrado y que la parte convocante principal expone en los **numerales 2.4 a 2.12 de su demanda reformada**; así como que la parte convocada reconviniendo deja ver en los **numerales 3.1.1 y 3.1.2 de su**

demanda de reconvención; se procederá a tratarlas todas ellas a continuación, al paso que se analice lo acontecido entre las partes.

El negocio jurídico entre las partes nace de un contrato de cuentas en participación válido y en el que se establecieron claramente las obligaciones contractuales para cada uno de los intervinientes, de manera que, teniendo en cuenta las manifestaciones de incumplimiento en la demanda y en la demanda de reconvención, el Tribunal pasará a determinar en efecto la existencia o no de tales faltas.

Las obligaciones concertadas por **TERKIM** y **CIAMSA** en el contrato de cuentas en participación de conformidad con las cláusulas **CUARTA** y **QUINTA** fueron:

“OBLIGACIONES DEL GESTOR: Son obligaciones especiales del GESTOR las siguientes:...

- 1. El Gestor CIAMSA realizará la negociación y compra en el mercado internacional del principal insumo (urea) de la línea de negocios y proveerá ese producto así como todos los insumos necesarios para que el producto final esté listo para su comercialización*
- 2. El Gestor CIAMSA realizará la compra al partícipe de la zeolita (Zeoter-a) como insumo de la línea de negocio, a razón de cuatrocientos ochenta mil pesos (\$480.000) por tonelada métrica en términos FOB Ipiales. Este precio se mantendrá mientras esté vigente el presente contrato, siempre y cuando la TRM no supere los \$2.000. De llegarse a una TRM mayor a \$2.000, se reajustará el precio del insumo zeolita (zeoter-a) de común acuerdo entre las partes.*
- 3. El Gestor CIAMSA en su precio de venta al negocio denominado cuentas en participación, incluirá todos los costos y gastos en los que se incurra para tener disponible la urea para ser mezclada con la zeolita*
- 4. Destinar los aportes de que trata la cláusula segunda del presente contrato de manera adecuada y exclusiva al desarrollo y ejecución de la operación mercantil y administrarlos con criterios de máxima eficiencia, rentabilidad y responsabilidad.*
- 5. EL GESTOR CIAMSA debe contar con la disponibilidad de productos (NITRO EFFI 100) para las mezclas, en las diferentes presentaciones en tiempo y condiciones acordadas entre las partes, las cuales deberán contar por escrito y estar suscritas por cada una de ellas.*

6. *El Gestor CIAMSA ejecutará de acuerdo con su conocimiento de la actividad de Despacho, Entrega, Facturación y Comercialización de (NITRO EFFI 100) inherentes a la realización de la operación mercantil con un criterio de minimización de costos y maximización de beneficios.*
7. *El Gestor CIAMSA cancelará directamente el precio del flete al transportador por los gastos de transporte de la zeolita en el trayecto (Ipiales/Nariño a planta Buga/Valle). En esta gestión, se contará con el apoyo logístico por parte del partícipe en conseguir y coordinar el transporte de la zeolita desde (Ipiales/Nariño a planta Buga/Valle)*
8. *El Gestor CIAMSA entregará al partícipe en el porcentaje y forma establecidos en el presente contrato, las utilidades que se deriven del ejercicio y desarrollo de la Operación Mercantil. En caso de generar pérdidas, las partes asumirán sus respectivos porcentajes.*
9. *EL GESTOR CIAMSA facturará y recaudará a los respectivos clientes las sumas de dinero que se generen como consecuencia de la ejecución de la OPERACIÓN MERCANTIL, de acuerdo a los previstos en el presente contrato.*
10. *EL GESTOR CIAMSA responderá por el cuidado, custodia, integridad, buen estado, de los productos que se almacenen en planta Buga, salvo en casos de fuerza mayor o caso fortuito.*
11. *El Gestor CIAMSA y El Partícipe serán titulares de la marca NITRO EFFI 100 que es la marca que se utilizará para identificar el producto (urea + zeolita) objeto del presente contrato, en las proporciones de participación en el negocio. Ambos se encargaran de la publicidad y mercadeo de la misma*
12. *Las demás que les imponga la Ley y este contrato.”*

“OBLIGACIONES DEL PARTÍCIPE: Son obligaciones especiales del partícipe las siguientes:

1. *El partícipe procurará la consecución de clientes para el beneficio, ejecución y desarrollo de la operación mercantil*
2. *El partícipe garantiza que durante la ejecución del presente contrato, cumplirá con los requerimientos necesarios para mantener la concesión de explotación minera que tiene actualmente, concedida por el Gobierno de Ecuador, mediante la cual adquieren la zeolita objeto del presente contrato. Una copia del contrato de concesión hará parte integral del presente contrato.*
3. *Si el partícipe, por razones no imputables a este, perdiera la concesión*

para la explotación de zeolita, proveerá dicho producto a el Gestor, en las mismas condiciones de calidad. [el precio de la zeolita de otro origen será revisado y acordado por las partes por escrito.

- 4. El partícipe entregará los volúmenes necesarios de zeolita en la almacenadora (Almafrontera Ltda) ubicada en la Avenida Panamericana 48-81 en Ipiales-Nariño, acorde con el plan de entregas que se defina entre las partes, cumpliendo con los estándares de calidad requeridos acorde con la ficha técnica del producto. A partir de este momento se considera entregado el producto para los efectos del presente contrato.*
- 5. El Partícipe deberá anexar ficha técnica de la zeolita emitida por laboratorio registrado ante el ICA, trimestralmente al Gestor.*
- 6. El partícipe proveerá de manera exclusiva para el Gestor, la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita) de acuerdo con las condiciones de calidad del productos inicialmente convenidas entre las partes. Dicho producto será utilizado por el Gestor en forma exclusiva para la realización de la mezcla de que trata este contrato.*
- 7. La demás que le imponga la Ley y este contrato.”*

Adicionalmente, las partes concertaron en las Cláusulas Segunda y Octava otras conductas que éste Tribunal estima como reputables a obligaciones de las partes, así:

CLÁUSULA SEGUNDA: APORTES: *Las partes se obligan a efectuar los siguientes aportes con destino exclusivo al desarrollo del objeto del presente contrato:*

a) APORTES DEL PARTICIPE:

El partícipe aporta su experiencia para la comercialización del producto NITRO EFFI 100 en las diferentes zonas que atienden tanto al GESTOR CIAMSA, como el partícipe a nivel nacional y de manera permanente a través de conferencias, días de campo y todo el proceso necesario en publicidad y mercadeo que facilite el posicionamiento del producto.

El PARTÍCIPE aporta su canal de clientes a nivel nacional de forma permanente al GESTOR CIAMSA para la comercialización directa del producto.

El PARTÍCIPE aporta la materia prima zeolita (Zeoter-a) necesaria para llevar a cabo la elaboración del producto (urea + zeolita) para la venta a los clientes en las cantidades y presentaciones requeridas, según acuerdo entre las partes. El producto aportado es de su exclusiva propiedad.

El partícipe aporta su conocimiento técnico y experiencia en el manejo de la materia prima zeolita (Zeoter-a). Dicho conocimiento técnico aportado es de su exclusiva propiedad intelectual”

...”

b) APOORTE DEL GESTOR:

· El Gestor CIAMSA aporta su experiencia para la comercialización del producto NITRO EFFI 100 en las diferentes zonas que atienden tanto el GESTOR CIAMSA, como el PARTICIPE, a nivel nacional de manera permanente a través de conferencias, días de campo y todo el proceso necesario en publicidad y mercadeo que facilite el posicionamiento del producto.

El Gestor CIAMSA aporta se canal de distribución (Fuerza de Ventas y Distribuidores) en el territorio nacional.

El Gestor CIAMSA aporta su infraestructura física y equipos requeridos para la elaboración de la mezcla, proceso de empaque y apoyo logístico para la entrega del producto a sus clientes.

El Gestor CIAMSA aporta toda la gestión administrativa del negocio, es decir, coordinación del transporte, recibo de los documentos (urea y zeolita) a la planta Buga, planeación de la producción de la mezcla (urea + zeolita para elaboración del producto (NITRO EFFI 100) coordinación de los despachos, facturación y cobro de cartera.

El Gestor CIAMSA aporta la materia prima urea necesaria para llevar a cabo la elaboración del producto (NITRO EFFI 100) para la venta a los clientes en las cantidades y presentaciones requeridas, según acuerdo entre las partes. El producto aportado es de su exclusiva propiedad.

PARAGRAFO PRIMERO: Se parte del costo de los productos para establecer el precio de venta y rentabilidad del producto (NITRO EFFI 100)

PARAGRAFO SEGUNDO: El Partícipe y el Gestor CIAMSA tienen derecho en cualquier tiempo a revisar todos los documentos inherentes a la ejecución de este contrato. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, de este contrato....”

CLÁUSULA OCTAVA “DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS: Para efectos de distribuir las utilidades y/o pérdidas obtenidas como consecuencia de la participación porcentual en los resultados comerciales de los servicios prestados en virtud de este contrato, las partes establecen el siguiente procedimiento:

- I. La liquidación se efectuará trimestralmente por el Gestor CIAMSA.
- II. El pago de las utilidades se efectuará simultáneamente al partícipe y al Gestor en el porcentaje establecido en la cláusula séptima del presente contrato una vez efectuado el respectivo corte trimestral.
- III. En todo caso antes de distribuir utilidades, estas deberán ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar en cualquier periodo anterior. ”

Sobre este aspecto particular, teniendo en cuenta entonces que el contrato como negocio jurídico existe y que de él se derivan obligaciones para cada una de las partes que lo suscriben, deberá el Tribunal centrarse en lo que es el objeto de esta acción y el tema central de discusión procesal, contenido en las pretensiones de la demanda principal reformada y en las de la demanda de reconvención, partiendo del estudio de la responsabilidad que le cabe a ambas partes por el presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Se impone para este Tribunal, luego de evaluar las pruebas recaudadas válidamente a lo largo del trámite arbitral, el deber de examinar las

condiciones particulares de las pretensiones invocadas por el **CONVOCANTE** en su demanda arbitral; así como evaluar conforme a derecho su procedencia. Igualmente, desde luego evaluar las consideraciones que sirvieron de sustento a la contestación que frente a dicha demanda arbitral expresó la parte **CONVOCADA**, a través de su apoderado judicial, junto con las excepciones que sirvieron de sustento a su expresa y manifiesta oposición, así como indagar en las pretensiones expresadas en la demanda de reconvención propuesta por el **CONVOCADO** y a su vez, evaluar igualmente la contestación que de ella dispuso la parte **CONVOCANTE**.

4.1. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y SU SUSTENTO TEÓRICO Y JURÍDICO:

Para ello considera conveniente este Tribunal, delantamente, expresar las consideraciones generales de derecho que frente al tema objeto de discusión, esto es, el de la **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**. Expresan la Jurisprudencia y la Doctrina, para que las mismas sean precisamente el sustento teórico de las conclusiones a las que habrá de arribar éste Fallador, una vez culminado el presente análisis, sin perjuicio que a medida que las vaya desarrollando simultáneamente realice apreciaciones conclusivas y prácticas frente al objeto del litigio.

Presupuesto esencial de éste tipo de responsabilidad, es el manifiesto y demostrado incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que ate a las partes en una relación negocial. Esa relación negocial o contractual, puede tener origen en forma directa y primaria en un contrato convenido por las partes y por ello las condiciones o cláusulas que constituyeron ese contrato, constituirán el régimen contractual que este Tribunal debe analizar, si por supuesto la denominación contractual que las partes le dieron, corresponde a la realidad. Por consiguiente, estaremos en los terrenos propios de la

responsabilidad contractual si una parte estima haber cumplido el contrato mientras que la otra por el contrario, lo estima incumplido; o como es el caso, ambas estiman un incumplimiento de la otra parte en puntos o convenciones distintas y ambas reputan el efectivo cumplimiento de lo que la otra arguye

También es claro para éste Tribunal, que la relación negocial entre las partes, sustentada en el acuerdo de voluntades surgido de la suscripción de su vínculo contractual, es un acto mercantil y por lo tanto regido principalmente por el Código de Comercio y por remisión del Artículo 822 ibídem²⁴ por el Código Civil; en especial en lo que refiere a los efectos de las obligaciones. Dicha remisión precisamente es la que obliga que tengamos que hacer referencia constante y permanente al Código Civil en el desarrollo de éste marco teórico general.

Es por lo anterior, que en Colombia los efectos de las obligaciones están regidos por el Título XII del Libro IV del Código Civil y entre tales normas están las que aluden a la eventual obligación de reparar un daño que se infiera a un acreedor por el incumplimiento del deudor. Entre dichas normas se encuentra, por ejemplo, la del artículo 1.602 del Código Civil, que dispone que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; la del artículo 1.603, que determina en función del principio de la buena fe, cuál es el contenido obligacional de tales contratos; la del artículo 1.611, que concede efectos restringidos a la promesa de celebrar contrato futuro; en fin, la del artículo 1.609, que regula la llamada excepción de contrato no cumplido.

Es que sin entrar en mayores disquisiciones teóricas sobre la conveniencia de distinguir la responsabilidad civil contractual o extracontractual, es claro que en general hoy, la actitud que la Doctrina

²⁴ **ART. 822.**—Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

y la Jurisprudencia Civil pregonan en Colombia, es la de que la **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL** tiene su propia y autónoma fisonomía, desde cuando la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, acogió la tesis Francesa que hasta hoy se conserva idéntica en ese sentido.

Es así entonces, cómo debemos revisar las condiciones de la acción de responsabilidad contractual que es, en síntesis, el ejercicio por el acreedor de una acción encaminada a lograr la efectividad de su derecho de crédito.

Para ser eficazmente ejercida esa acción, es necesario que entre las partes pre exista un contrato válido, del cual como ya se expresó, haya nacido no sólo la obligación del deudor para con el acreedor, sino también el derecho correlativo de éste acreedor para exigir de aquel deudor el cumplimiento en naturaleza o la indemnización del perjuicio que el incumplimiento le infiera.

Por tanto, es claro para éste Tribunal, que el ejercicio de ésta acción supone la presencia en el proceso del acreedor que alegue haber sufrido daño por el incumplimiento de la prestación correlativa del deudor y la del deudor a quien se impute haber inferido el daño cuya reparación es reclamada por el acreedor.

Pero, además de aquella legitimación para demandar y ser demandado, es necesario que concurren otras condiciones exigidas por la ley como subordinantes de la pretensión de reparación del daño sufrido por el acreedor, sin cuya prueba en el proceso la acción ejercida no podría prosperar.

El incumplimiento total, la ejecución defectuosa de una obligación y el retardo, son manifestaciones del incumplimiento que determinan a su vez el alcance de la reparación del daño que pretenda quien se sienta acreedor. Pero de cualquier manera, un eventual incumplimiento demostrado, **más allá de toda duda razonable**, es distinto de la lesión o detrimento que puede sufrir el acreedor por el incumplimiento del

deudor, como quiera que éste detrimento consiste en la privación de la ventaja patrimonial que el contrato tendía a asegurarle. Y la ocurrencia del daño es, por el contrario, lo único que permite al acreedor pedir la reparación del detrimento sufrido por causa de los variados hechos que configuran el eventual incumplimiento de alguna obligación: sea inejecución total, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío.

Es precisamente por todo lo anterior, que para éste Tribunal, al igual que para la Jurisprudencia y Doctrina, es necesario que concurren requisitos o condiciones estructurales para dicha acción como son los siguientes:

A.- Que exista incumplimiento, violación o falta de pago de una obligación imputable a hecho voluntario del deudor (El Incumplimiento).

B.- Que ésta violación haya inferido al acreedor un daño que consista en la lesión a su derecho de crédito (El Daño); y

C.- Que el daño sufrido por el acreedor sea una consecuencia directa y además previsible del incumplimiento del deudor (El Vínculo de Causalidad).

4.2. OBLIGACIONES EN LAS QUE SE CENTRA LA DISCUSIÓN PROCESAL ENTRE LAS PARTES:

Una vez surtidas todas las etapas del presente trámite arbitral, se concluye con claridad que el objeto de litigio se basa, tal como se expuso con antelación, en las obligaciones que se deprecian incumplidas por cada una de las partes y sus eventuales consecuencias, además de las diferencias en la liquidación final del contrato; por ello, al tenor contractual, una vez dilucidado que las partes se circunscribieron con absoluta autonomía al contrato de cuentas en participación y por ende se sometieron a los acuerdos allí estipulados, aspecto por demás, aceptado en todo el devenir procesal y a través de todos los medios probatorios; se procederá a extraer en primer lugar las obligaciones que se reputan incumplidas, en primera medida por la

parte **CONVOCANTE** y subsiguientemente por la parte **CONVOCADA**, con el fin de considerar lo que en el decurso procesal se delimitó al respecto y resultó probado.

4.2.1 OBLIGACIONES QUE EN EL SENTIR DE LA CONVOCANTE TERKIM S.A.S SE REPUTAN INCUMPLIDAS POR PARTE DE LA CONVOCADA CIAMSA:

a) IMPUTACIÓN DE CULPA POR EJERCER INDEBIDAMENTE LAS FUNCIONES QUE COMO GESTOR LE COMPETÍAN A CIAMSA EN LA FIJACIÓN DEL PRECIO DEL NITRO EFFI 100²⁵:

La primera obligación que se reputa incumplida por parte de **CIAMSA** de conformidad con los señalamientos de la **CONVOCANTE**, es la atinente o concerniente a lo establecido en el **PARÁGRAFO PRIMERO** de la **Cláusula SEGUNDA** literal **b)** aportes del Gestor y en el **numeral 3** de la **cláusula CUARTA** de las obligaciones del **GESTOR**:

Dichos apartes contractuales a la letra indican lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA

(...) APOORTE DEL GESTOR:

PARÁGRAFO PRIMERO: Se parte del costo de los productos para establecer el precio de venta y rentabilidad del producto (NITRO EFFI 100).

“CLÁUSULA CUARTA:

[...] Obligaciones especiales del GESTOR, son [...]:”

“[...] El Gestor CIAMSA en su precio de venta al negocio denominado cuentas en participación, incluirá todos los costos y gastos en los que se incurra para tener disponible la urea para ser mezclada con la zeolita. [...]

²⁵ En referencia específica a las pretensiones 2.6. y 2.7 de las pretensiones de la demanda reformada; con las demás que sean concordantes.

De tal modo, que del análisis de esta obligación contractual en cabeza del **GESTOR** surgen dos aspectos relevantes que a su vez, son dos de los problemas jurídicos principales que deberán resolverse: Uno genérico, sobre si el precio final de venta era aceptable para ambas partes o no; y el otro, la forma como se calculaban e imputaban los costos y los gastos por parte de **CIAMSA** para hallar ese precio final de venta, y si dicha forma era aceptable para las partes o no, entendido que ellas por sí mismas no establecieron un mecanismo particular de fijación o de asignación de tales costos y gastos al precio final del producto, distinto al genérico de indicar que el mismo incluyese o contuviese todos los costos y los gastos, como es obvio en una operación de comercialización.

Para comenzar con el primer punto sobre si la fijación final de precio de venta era acorde a lo previsto en el contrato o no lo era, y si era aceptada o no por ambas partes, se indicará, previo análisis probatorio, lo siguiente:

Sobre el particular, las pruebas revelaron:

A la pregunta concreta No. 2.3 realizada a la perito Miryam Caicedo sobre:

“determinar o dictaminar si el precio que estableció CIAMSA para la comercialización del NITRO EFFI 100 se acoge a lo acordado por las partes en el contrato, esto es, que tendrá en cuenta costos y gastos para la determinación del mismo”

La perito expresamente refirió:

“Atendiendo los dos puntos anteriores del contrato firmado entre las partes y de acuerdo a lo revisado en la Contabilidad de CIAMSA, esta Entidad manejó en sus registros contables todos los costos y gastos asociados a la comercialización del producto NITRO EFFI 100, pero de forma general en su línea de negocios de Fertilizantes, sin embargo, estos no fueron un punto de partida

para determinar el precio de venta de dicho producto, ya que este se establecía básicamente por un mercado internacional y competencia local, esto teniendo en cuenta que el mayor componente del NITRO EFFI 100 es la Urea con un porcentaje del 87% según lo indica la ficha técnica del Nitro Effi100, la cual se adjunta al presente dictamen, por lo anterior, el precio del Nitro EFF1100 no fue calculado como lo establecen los puntos mencionados del contrato”.

Así mismo, a la subsiguiente pregunta del dictamen en mención, la No. 3 que refería:

“Hecha tal verificación se sirva determinar el precio de venta de producto NITRO EFFI 100, atendiendo que para su establecimiento se debe tener en cuenta costos y gastos y comparar si el mismo corresponde al que se usó en cada periodo para poner en venta el producto al público en general, este ejercicio debe hacerse a partir de la revisión de costos, gastos totales en periodos mensuales desde el mes de agosto de 2013 y hasta febrero de 2017 y la facturación de ventas emitida por cuenta del producto NITRO EFFI 100 para cada periodo”,

La perito adujo:

“Para dar respuesta a este punto es importante tener en cuenta que la Sociedad CIAMSA no registró en su contabilidad las operaciones del contrato de cuentas en participación de manera independiente, por lo tanto no es posible evidenciar de manera clara y exacta, los costos y erogaciones necesarios para producir el fertilizante NITRO EFFI 100.

Por otra parte, para la determinación del precio de venta del producto NITRO EFFI 100, el factor principal a tener en cuenta es el mercado nacional e internacional de la urea, fertilizante que compone el 87% de este producto y el 13% restante está compuesto por la Zeolita; cabe anotar que la participación de CIAMSA en cuanto a la importación del producto UREA a nivel nacional es tan solo del 9%, y esto lo convierte en un seguidor de

precios establecidos por los grandes oferentes nacionales relacionados en el punto anterior 2.3”

Por su parte, en el testimonio rendido por el señor Carlos Luna, ante la pregunta realizada por la apoderada de la sociedad convocante:

“Entonces teniendo en cuenta con lo que usted ha dicho quiero que por favor, como usted participó directamente en la gestión del Contrato de Cuentas en Participación, quiero que le informe a este Despacho quién establecía el precio de venta final del producto Nitro Effi 100,

Este respondió:

“Lo establecíamos con la parte comercial teniendo en cuenta los precios internacionales, o sea lo hacía directamente la empresa, William, y William me daba la retroalimentación de cómo era el precio local, entonces yo tengo que tener en cuenta cuál es el precio local que está vendiendo la competencia y también yo tenía en cuenta cuál era el precio internacional, o sea con esas dos variables íbamos estableciendo qué iba a pasar, porque si había que bajar el precio pues había que bajarlo, independientemente que hubiera pérdida había que bajar el precio porque los mercados se estaban cayendo”.

William Cadavid, por su parte, sostuvo:

“DR. VALLEJO: ¿Con esa participación porcentual que representa la línea Nitro Effi 100 estaba en condiciones CIAMSA de fijar un precio en el mercado?, o cómo era el proceso de fijación de precio de Nitro Effi 100 para la venta.

SR. CADAVID: Como lo comentaba, es un producto que en la Urea granular formando parte del 87% de la composición del Nitro Effi 100 pues debemos recurrir permanentemente a las compras internacionales y tenemos unas fluctuaciones que no dependen directamente del manejo de CIAMSA, entonces los mercados internacionales marcan la pauta del comportamiento de los precios que se definen en el mercado interno de Colombia”.

Ante los interrogantes sobre el particular planteados por la apoderada de la convocante, al indagar lo siguiente:

“DRA. MUÑOZ: Teniendo en cuenta su respuesta anterior quien era, o sea usted ya nos explicó que ustedes establecían precios, volúmenes, todo lo demás; siendo así, ¿quién era el que tomaba las decisiones en el negocio, ustedes o TERKIM?”

El señor Cadavid refirió:

“SR. CADAVID: Por supuesto, el detalle de las decisiones normalmente se efectúan a través de una serie de costos, a través de una serie de situaciones que tienen que ver gradualmente con el precio final; en muchas oportunidades y en varias reuniones que tuvimos con los señores de TERKIM, nos comentaron inclusive que para efectos de una posibilidad introductoria en el mercado era preferible ir muy por debajo, inclusive de la Urea que se tenía en el mercado, para qué, para realmente tener una posibilidad de posicionamiento; entonces la situación independiente de que de pronto se pueda soslayar, que realmente sea de carácter unilateral, la toma de decisiones siempre hubo un consenso en las diferentes reuniones que establecimos, siempre me estaban llamando telefónicamente, fundamentalmente Héctor López, para consultarme: William qué precio tenemos, qué posibilidades podemos estar manejando para que realmente seamos partícipes en el mercado y en las posibilidades de que realmente estemos ahí en la situación nacional.”

Así entonces, con base en el material probatorio recaudado y existente en el proceso, se observa que **respecto de la fijación del precio del producto objeto del contrato, NITRO EFFI 100**, los parámetros establecidos en el predicho contrato de cuentas en participación, aunque no fueron claramente expresados por las partes, estableciendo fórmulas exactas o métodos, distintos a la fórmula genérica que implicaba que contuviese al menos los costos y los gastos causados,

entre ellos el de la adición de la urea; es por lo que no puede a este respecto, entenderse incumplida tal obligación, o cumplida imperfectamente, pues las partes consintieron a lo largo del proceso contractual en la estimación del precio de venta final al público y nunca fue objeto de debate o de cuestionamiento. Es más, en algunos periodos contractuales generó utilidades netas; cosa aceptada por ambas partes.

Ahora bien, frente al punto más crucial para la discusión puesta en consideración de este Tribunal, referente a la fijación de costos y gastos dentro del precio de venta, aspecto particularísimo, pero inherente a la comercialización que como cometido procuraban ambas partes, debe indicarse que se hizo evidente que nunca fueron establecidas reglas especiales o pactadas de forma individual frente al producto objeto de comercialización; sino que se establecieron partiendo de consideraciones generales derivadas de los costos y de los gastos a su vez generales que al respecto tenía **CIAMSA** para cumplir su misión como **GESTOR** y que como ya se anotó, las partes nunca impusieron un mecanismo especial de asignación de tales costos y de tales gastos y que en todo caso, dentro del precio final se entendían estar considerados pues era un imperativo que así fuera, sin importar si estaban mal asignados o bien asignados; y en todo caso; **TERKIM SAS** siempre estuvo de acuerdo con ese precio final de venta bajo esos parámetros generalísimos.

Este Tribunal puede afirmar hoy que costos y gastos individualmente impuestos al producto no aparecen a título de centro de costos y gastos para el **NITRO EFFI 100** pero que tampoco se impuso que así debiera ser, ni tampoco se probó que ese fuera un mecanismo contable imperativo y que haberlos asignado de forma general como en su momento lo hacía **CIAMSA** fuera un error que atentase contra la disciplina contable.

En otras palabras, que los gastos y los costos de la operación del negocio celebrado por las partes, no se valoraron individualmente, ya que el Gestor no particularizó el negocio referido en su contabilidad, pues tales costos y gastos se contabilizaron generalmente en la línea global de fertilizantes de **CIAMSA**, por ende la fijación del precio del producto **NITRO EFFI 100** se obtuvo inspeccionando el mercado de la Urea, su precio internacional y nacional y el comportamiento de otros fertilizantes con características similares y de la Urea en sí misma, en concordancia con los costos y los gastos que tenía que asumir **CIAMSA** y que eran conforme al contrato transferibles a las partes a título de utilidades o de pérdidas al final.

Y por otro lado, era evidente que el factor de volatilidad del insumo más participativo en el producto **NITRO EFFI 200** como era la **UREA** estaba siempre sujeto a variables de precio en el mercado del mismo y de la fluctuación de moneda extranjera como el dólar que implicaba que con los costos y gastos asignados a la comercialización **y con la condición que el producto fuera vendido por debajo del precio de la urea individualmente considerada**²⁶; implicaba que el negocio debiera soportar periodos de pérdidas inevitables; que participantes del mercado con experiencia como las partes del proceso, lo entendieran y lo asumieran; como en efecto lo hicieron mientras dio utilidades, e igual debían hacerlo cuando diese pérdidas; siendo cuestionable la obligación de entregar información financiera de la comercialización como otro de los puntos coyunturales de este laudo para las partes; que adelante se tratará por ser un aspecto diferente.

En efecto, la manera de establecer el precio final del producto **NITRO EFFI 100** lo describieron suficientemente los testigos entrevistados, notándose claramente que el producto estaba absolutamente atado a las particularidades de la materia prima mayoritariamente usada en la

²⁶ Aspecto de suma importancia para la gestión comercial y reiterado por todas las partes como conveniente.

elaboración del mismo, como efectivamente es la **UREA**, por ser éste un commodity.

Por su parte, respecto de la fijación del precio del producto objeto del negocio jurídico, el representante legal de **TERKIM** manifestó ante la siguiente pregunta de la apoderada que representaba la sociedad:

“DRA. MUÑOZ: Pregunta 9.- Informe por favor al Honorable Tribunal para efectos de llevar a cabo el Contrato de Cuentas en Participación cuáles fueron los acuerdos que ustedes hicieron para efectos de fijar el precio de venta del Nitro Effi 100.”

Lo siguiente:

“SR. LÓPEZ: Pues nosotros siempre habíamos hablado con CIAMSA, con William, y con todo el mundo, de que el precio tenía que ser por debajo del precio de la Urea por qué, una ventaja competitiva en precios y posicionamiento de marca; ellos siempre querían ponerlo por encima pero siempre se logró llegar a un consenso inicialmente de colocarlo por debajo, una vez ya nos retiramos y aun así cuando el producto estuvo a la par de la Urea es tan bueno y tan eficiente que la gente prefería comprar el Nitro Effi 100 en vez de la Urea hasta cuando estuvo en el mercado, hoy en día todavía nuestro cliente de Bogotá que se llama Soluciones Terra que fue referido y que distribuía nos pide que si va a volver a haber el producto”.

Se hace evidente entonces que la **CONVOCANTE**, conoció de antemano y desde el principio de la relación contractual los parámetros observados por el Gestor para fijar el precio final de dicho producto, conviniendo por demás que el precio de su producto nunca fuese superior al precio de la Urea, lo que podría haber ocurrido indubitadamente si el precio se hubiese fijado de conformidad a lo establecido contractualmente; esto es, imponiendo el real costo de la urea que era superior; por lo cual se generaron las pérdidas en los períodos deficitarios de ejecución del contrato.

Así las cosas, con meridiana claridad se observa del material probatorio recopilado, que **LA CONVOCANTE** siempre tolero la manera de fijación del precio del producto **NITRO EFFI 100** y no se opuso a la forma en que se realizaba la asignación de dicho precio de venta al público, de conformidad con las manifestaciones de testigos y de los representantes legales de ambos extremos procesales. Lo único que se discutía era, si se debía o no promover el producto al público con un precio superior o inferior a la Urea, consiguiendo las partes conciliar en dejarlo por debajo del precio de la Urea con el fin de introducir el producto en el mercado.

Ciertamente, como lo describe el representante legal de la **CONVOCANTE**, **“siempre se llegó a un consenso”** en el precio del producto objeto del contrato de cuentas en participación, con el fin de mantenerlo por debajo del precio de su componente principal, la Urea y así las cosas, se torna ostensible el hecho de que la manera en que se establecía el precio del **NITRO EFFI 100**, siempre fue mutuamente convenida y pese a existir una diferencia de criterios, el producto siempre se ofreció al público a un valor inferior al de la **UREA**, siendo ésta materia prima, como principal componente, la que regía la mayor parte del precio final de venta del **NITRO EFFI 100**. Al respecto el deponente Edgar Pinzón ante las preguntas realizadas por el Tribunal advirtió tal cual el convenio y los efectos de éste sobre el negocio, así:

“DR. GONZÁLEZ: Igualmente se hablaba en ciertas exposiciones de que hay una composición final del producto que es un 87% de Urea contra un 13% de Zeolita para sacar el Zeoter-A para sacar el producto de Nitro Effi100 al mercado, ese precio de la Urea por lo tanto es determinante en el precio final que se impusiese al producto final; ¿es así?

SR. PINZÓN: Obvio, si es así, es la mayor parte del producto final.

DR. GONZÁLEZ: *Lo que pasa con ese precio debería reflejarse en el precio final del Nitro Effi 100 no habría otra alternativa para que fuera rentable el asunto.*

SR. PINZÓN: *Sí, tanto así que en una reunión con Mauricio yo dije mire el Zeoter-A cuando se mezcla abarata ya la fórmula económica del producto para que le llegue al agricultor más económica, en principio era eso, entonces CIAMSA decía pero si tiene mejores opciones por qué lo vamos a abaratar, por qué no lo ponemos más caro, le damos un plus; yo le dije pues no es el objetivo nuestro, el objetivo nuestro es hacer que un fertilizante sea más económico y podamos vender más productos para ganar más nicho del mercado y quitar los competidores como Urea, ese era el enfoque y el principio, que nos funcionó, nos fue funcionando, y nos fue excelente”*

Ciertamente, al observarse un convenio entre las partes respecto de la fijación del precio del producto **NITRO EFFI 100**, y además del hecho de haberse mantenido dicho precio por debajo del precio de la **UREA** como recomendación de la **CONVOCANTE TERKIM** durante todo el desarrollo del contrato, se advierte una aquiescencia de ambas partes de la relación contractual en cuanto a la manera de actuar al respecto, por ende mal podría sugerirse la causación de un daño devenido de tal causa y tampoco podría predicarse si acaso hubiera ocurrido, como una consecuencia directa de no haberse fijado el precio del producto como dice la parte actora que lo señalaba el contrato de cuentas en participación que unía a las partes, ya que se apreció en el devenir procesal, que por la mecánica del negocio la manera en que se fijó el precio del **NITRO EFFI 100** dio buenos resultados y que las pérdidas posteriores no fueron producto de la fijación de tal precio, sino de factores relacionados con la volatilidad o fluctuación del precio de la **UREA**.

Examinado el dictamen pericial rendido por la doctora Miryam Caicedo Rosas, se observa que al dar respuesta a la pregunta No. 2.3

adicionada por la parte convocante, indicó a folio 18 que en su sentir ***“el precio del Nitro Effi 100 no fue calculado como lo establece los puntos mencionados del contrato”*** aspecto que de forma alguna puede compartir este Tribunal y que por lo mismo desecha pues como ya se ha venido indicando, lo único que pactaron las partes fue que el Gestor fijaría el precio del producto, teniendo en cuenta sus costos y gastos sin más consideraciones. Consecuentemente no existe ningún punto en el contrato que indique algo diferente. Es así como no se probó a esta altura que los costos y gastos hubieran sido indebidamente calculados por **CIAMSA** para fijar el precio final de venta al público; y que en tratándose de un contrato de cuentas en participación, atentos a su finalidad primordial las partes contratantes persiguen como el sentido común lo indica, que haya utilidades y que en caso de haberlas sean repartidas. Que igualmente de haber pérdidas las mismas sean repartidas. Es decir, que la suerte de uno es la suerte del otro y que probado está con certeza que el negocio dio utilidades durante varios períodos de su ejecución lo que al tenor de la buena fe contractual que se presume, implica considerar que el gestor hizo lo mejor que pudo para obtener tales resultados y que considerar hoy que sí hubiera sumado o restado costos y/o gastos diferentes a los que tuvo en cuenta, el resultado hubiera sido diferente sería un supuesto subjetivo que no puede aceptar este Tribunal. Aclárese que solo sería aceptable que se hubieran impuesto en forma determinada costos y gastos y que alguno de esos determinados por las partes, no se hubieran aplicado para el precio final del producto al público. Pero en este caso, el partícipe dejó a buen criterio del Gestor su determinación y por lo tanto debe someterse a su propio gesto contractual sin poder cuestionar que determinado costo o determinado gasto, hiciese falta. Ello sin dejar de lado la consideración probada testimonialmente por dichos de parte, mediante prueba pericial e incluso documental de que el comportamiento del precio de la Urea en el mercado era relevante para la comercialización final del producto Nitro Effi 100 en el mercado, por lo que ya hallado un precio final para el mismo; con los costos y gastos

que se consideraron debidos y estando el producto almacenado para su comercialización; esto es en inventario físico almacenado, bajaba el precio de la Urea individualmente considerada y por lo tanto resultaba siendo vendida a un precio inferior a aquel al que había sido comprada para la mezcla, implicaba que el gestor para honrar el convenio contractual tuviera que salir a venderla por debajo de ese precio; con el objeto de liquidar el inventario existente por supuesto por debajo del precio estimado al público sacrificando el margen de ganancia e incluso el precio puro del producto sin margen de ganancia, generando con ello pérdidas que como el contrato y la Ley indica, debían ser compartidas entre las partes.

De lo anterior surge que ese presunto incumplimiento en la técnica de fijación del precio que se imputa al gestor no esté probada a esta altura del debate y que tampoco pueda ser inferida de alguna razonable forma por este Tribunal. Así como que finalmente a lo que se contrae toda la discusión en términos monetarios, será a determinar si hubo utilidades netas no reconocidas a la parte convocante de alguna forma; si la liquidación del contrato fue debida y justa; y paralelamente con lo anterior si la obligación principal de hacer que tenía el Gestor, cual era la de conforme lo dispone la Ley y el contrato mismo, la de rendir cuentas de su gestión al partícipe fue oportuna y debidamente cumplida o no y qué importancia pudo tener su incumplimiento para el resultado final del negocio y para la estimación o no de las penalizaciones correspondientes.

Es así entonces, como no podría este Tribunal con base en lo revisado, aceptar que el precio estimado y fijado para salir a la venta del producto final al mercado era impuesto contra ley contractual y en violación del contrato por el **GESTOR** o que no haber asignado costos y gastos individuales al producto, sino calculados en forma general como se hizo, fuera un contrasentido contractual o incluso una afrenta frente a las normas contables.

b) IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE INSPECCIÓN: DE TERKIM POR PARTE DE CIAMSA S.A:

Aduce la parte **CONVOCANTE** que la **CONVOCADA** obstaculizó el derecho de inspección del que ésta gozaba sobre los documentos contables atinentes al contrato de cuentas en participación que las unió y que contempla dicho convenio en la cláusula segunda, párrafo segundo, que refiere literalmente, lo siguiente:

“PARÁGRAFO SEGUNDO: El Partícipe y el Gestor CIAMSA tienen derecho en cualquier tiempo a revisar todos los documentos inherentes a la ejecución de este contrato. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, de este contrato, se obtendrá por parte del GESTOR el estado de resultados del negocio objeto de este contrato”

Además de plasmarse expresamente en el texto del contrato el derecho de inspección del **GESTOR** y **EL PARTÍCIPE**, el artículo del código de comercio que regula lo particular para el contrato de cuentas en participación, precisa:

“ARTÍCULO 512. DERECHO DE REVISIÓN DEL PARTÍCIPE NO GESTOR. En cualquier tiempo el partícipe inactivo tendrá derecho a revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuentas de su gestión.”

Por su parte, lo que se regula al respecto para la sociedad en comandita simple, dicta:

“ARTÍCULO 328. DERECHO DE INSPECCIÓN Y PÉRDIDA EN LA SOCIEDAD EN COMANDITA. El comanditario tendrá la facultad de inspeccionar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, los libros y documentos de la sociedad.

Pero si tiene un establecimiento dedicado a las mismas actividades del establecimiento de la sociedad o si forma parte de una compañía dedicada a las mismas actividades, perderá el derecho a examinar los libros sociales.”

Así las cosas, efectivamente, el **PARTÍCIPE**, convocante en el asunto que nos ocupa, tenía garantizado el derecho de inspección bajo los lineamientos contractuales y legales anotados, derecho que en su parecer le fue vulnerado y sobre el que se basa la pretensión **2.8** del libelo reformado.

Sobre el particular, entonces hay que indicar que no observa este Tribunal que el **GESTOR** haya impedido o le haya negado el ejercicio de tal prerrogativa al **PARTÍCIPE**, por el contrario, se dejó ver en el trámite arbitral que ante los requerimientos éste último, aquél habría una invitación a acudir a sus instalaciones con el fin de apreciar sus documentos contables.

En efecto, de conformidad con las afirmaciones de **LA CONVOCANTE**, la primera persona que requirió hacer uso del derecho de inspección fue la contadora adscrita a **TERKIM S.A.S.**, Señora Liliana Salazar, sin embargo, ella en su declaración afirmó haber recibido la documentación correspondiente al contrato de cuentas en participación y aunque menciona que no le fueron puestos de presente los gastos y costos asociados al negocio, es claro, como lo adujo la perito Miryam Caicedo Rosas, que los gastos y costos se relacionaban en general para todos los negocios de la compañía **CIAMSA**, toda vez que el Gestor no llevo la contabilidad en particular para el contrato de cuentas en participación, dicho sea de paso, no estando obligado a ello, de conformidad con las normas **NIIF**; según ya hubo de esbozarse en el examen realizado frente al cargo o pretensión de incumplimiento del **GESTOR** derivado de la fijación de precio tratado en acápite anterior.

Ciertamente, la testigo en mención manifestó siempre permiso para inspeccionar la contabilidad del **CONVOCADO**, pero echando de

menos que no encontraba la relación de gastos y costos individualizados del negocio entre las partes, pues en su parecer el **GESTOR** estaba obligado a relacionarlo así, sin embargo, como se expuso precedentemente y coincidieron los expertos en la materia, no existía una fórmula inescrutable bajo la cual hacer dicho registro y por lo mismo, el sentir de la profesional constituía una opinión subjetiva de cómo sería la mejor forma de registrar los gastos y costos de la operación del contrato de cuentas en participación objeto de debate; pero no un deber ser que pudiera constituirse en un motivo de impugnación.

Observemos apartes de la declaración de la contadora, señora Liliana Salazar al ser interrogada en el desarrollo de la etapa probatoria del presente trámite:

“DR. VALLEJO: Señora Liliana, ha afirmado que no obtuvo información precisa sobre la línea del negocio Nitro Effi 100, sin embargo en el expediente obran varios documentos suscritos por usted donde afirma haber recibido cierta información de la línea; entonces quisiera pedirle al Tribunal, por tener que ver con las respuestas anteriores, que se le ponga de presente los documentos para hacer unas preguntas sobre eso. Folios 141 a 153.

DRA. SALAZAR: Cuaderno número 1, Tomo 1.

SRA. PALACIOS: Sí, correcto, estas corresponden a las...

DR. VALLEJO: Entonces permítame yo le hago la pregunta. En los documentos que usted acaba de ver se indica que usted recibió facturas de Nitro Effi 100, facturas de importación de la Urea, otra información contable, algunos soportes que solicitó; cómo explica que en preguntas anteriores usted haya respondido que nunca recibió información concreta de la línea Nitro Effi 100.

SRA. PALACIOS: Sí, me refiero a la información concreta de los gastos, porque aquí están las ventas y el costo, o sea está el

ingreso y el costo, el tema de gastos fue el que nunca fue claro, gastos, aquí tengo perfectamente la información que recibí que fue los ingresos que son las ventas, lo de la importación de la Urea que es el costo, pero el tema de gastos es el que no, por eso aquí no está.”

Ahora bien, pese a la advertencia de la citada Señora Salazar, al tenor de la cual en su sentir existía falta de claridad en la relación de los gastos y los costos de la operación por no haberse constituido un centro de costos y gastos precisos para el producto **NITRO EFFI 100** y en general para el contrato de cuentas en participación objeto del debate en la contabilidad del **GESTOR**, ella de todos modos precisa haber accedido a la contabilidad general del **CONVOCADO** e incluso advierte haber realizado operaciones con base en tal información para conocer a su parecer, cuáles eran los gastos y costos del negocio, de manera que no se observa una negativa o restricción al derecho de inspección por parte de la **CONVOCADA** a la **CONVOCANTE**, por el contrario, lo que resultó probado en el trámite arbitral fue la anuencia del **GESTOR** para enseñar la documentación inherente al desarrollo del contrato. En el mismo sentido, no se observa por parte de **CIAMSA**, mala fe en su actuar y por el contrario, un acatamiento a los derechos de la **CONVOCANTE**, pues en el entendido de no haber realizado el partícipe un aporte económico al negocio, **CIAMSA** no estaba obligada, ni existe recomendación al respecto para detallar en su contabilidad los activos, pasivos y patrimonio del negocio particular, por ende cuando se hace referencia a la contabilidad general de **CIAMSA**, esta no contiene o no ostenta la calidad de documento inherente al contrato de cuentas en participación celebrado con la **CONVOCANTE** y pese a ello se dispuso a dar a conocer toda la información contable de la compañía, por demás, llevada en debida forma de conformidad con el dictamen practicado por la perito Miryam Caicedo Rosas.

Adicionalmente, sobre el asunto en particular, el perito de la parte convocante, el Señor Jairo Abadía, quien también tuvo acceso a la

contabilidad de la **CONVOCADA** en el desarrollo de la prueba anticipada llevada a cabo ante el **Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali (V)**, al ser interrogado en uso del derecho de contradicción por parte del representante jurídico de la **CONVOCADA CIAMSA**, refirió respecto de si la contabilidad de éste extremo procesal se llevaba de manera correcta a la luz de las normas contables vigentes, lo siguiente:

“SR. ABADÍA: Voy a empezar por la página 37. En la página 37 está la respuesta a la pregunta No. 1 del cuestionario, que dice palabras más palabras menos: Diga señor perito si se lleva la contabilidad de CIAMSA conforme a las normas de contabilidad generalmente aceptadas. Entonces esa pregunta hace referencia a la contabilidad de CIAMSA y no del contrato de cuentas en participación. Entonces por esos años, 2013, 14, 15 y 16 existe estados financieros certificados por el contador, dictaminados por el revisor fiscal, y firmados por el representante legal de CIAMSA, en donde en ninguna parte de esa certificación ni en el dictamen del revisor fiscal dice que la contabilidad se lleve en forma irregular, entonces aquí se parte de un principio de buena fe, y es que si ellos lo han afirmado así se presume que la contabilidad se lleve en debida forma. Ahora bien, en relación ya con el contrato de cuentas en participación al ir al análisis de los gastos administrativos, los gastos financieros, y los gastos de ventas, no existe una claridad en la forma en que se cargaron esos gastos al contrato de cuentas en participación; dicho de otra forma, en la contabilidad de CIAMSA dice que el sueldo del gerente general es X y que ha pagado aportes patronales, prestaciones sociales, etc., pues esto es cierto, como perito no puedo decir cosa contraria, que los ingresos, costos y gastos son tanto como perito mal podría decir que no se lleva la contabilidad en debida forma porque en ese caso tendría que demostrarlo y yo no puedo demostrar por esos años que CIAMSA no lleve la contabilidad en debida forma.

Ahora bien, en relación con el contrato de cuentas en participación sí existe dificultad en la distribución de esos gastos frente a este contrato porque no corresponde a unas bases razonables. No sé si me explico.”

Así mismo, en el decurso del interrogatorio a éste perito, se estableció que el criterio respecto del tratamiento contable que daba el **GESTOR** al contrato de cuentas en participación, era subjetivo y que no existía obligación respecto de un tratamiento individual o distinto a la contabilidad de la **CONVOCADA** tal como se llevó.

Así entonces, al revisar y apreciar que quienes requirieron en su momento ejercer el derecho que se reputa infringido, efectivamente tuvieron acceso directo y en tiempo oportuno a la contabilidad completa de la **CONVOCADA**, no es posible acceder a la pretensión que invoca por **LA CONVOCANTE** y en ese mismo sentido, el reproche a **CIAMSA** por éste concepto, carece de fundamento.

c) REPROCHE SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS EN LA OPORTUNIDAD Y CON LAS CARACTERÍSTICAS CONVENIDAS:

Aduce la parte **CONVOCANTE** en la pretensión **2.9** del libelo, un incumplimiento contractual en virtud de la acción de rendición de cuentas y distribución de resultados por parte de la **CONVOCADA**, según sus manifestaciones, al pasarse por alto las formas y tiempos acordados en en la **CLÁUSULA OCTAVA** del contrato de cuentas en participación celebrado entre las partes, que literalmente refiere:

“DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS: Para efectos de distribuir utilidades y/o pérdidas obtenidas como consecuencia de la participación porcentual en los resultados comerciales de los servicios prestados en virtud de este contrato, las partes establecen el siguiente procedimiento:

I. La liquidación se efectuará trimestralmente por el Gestor CIAMSA.

II. El pago de las utilidades se efectuará simultáneamente al partícipe y al Gestor en el porcentaje establecido en la cláusula séptima del presente contrato una vez efectuado el respectivo

corte trimestral.

III. En todo caso antes de distribuir utilidades, estas deberán ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar en cualquier periodo anterior. ”

Mediante otrosí del 26 de junio de 2015, las partes modificaron parcialmente el contrato de cuentas en participación en el que la mencionada **CLÁUSULA OCTAVA, numeral III**, quedó así:

“ III. En todo caso antes de distribuir utilidades, estas deberán ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar en cualquier periodo anterior y finalizado este proceso, deberá ser previamente avalado tanto por el partícipe como por el Gestor CIAMSA, mediante documento escrito que avale dicha rendición de cuentas que proponga enjugar las posibles pérdidas.”

Se logra apreciar del convenio alcanzado, que las partes acordaron un procedimiento especial al que debían sujetarse para la distribución de resultados; siendo el primer acto, una obligación que recaía en cabeza del **GESTOR, CONVOCADO** en éste trámite arbitral y que consistía en la realización de un corte trimestral del negocio, corte financiero que de conformidad con el numeral III antes citado, debía ponerse en conocimiento del **PARTÍCIPE**, entendiéndose ello como un acto de rendición de cuentas, denominación literalmente señalada en el último numeral de la cláusula transcrita, modificado por otro si.

En la cláusula en cita, también se pactó, con posterioridad a la realización del corte trimestral por parte del **GESTOR** y una vez informada al partícipe tal operación, la liquidación de resultados una vez enjugadas las pérdidas, esto también cada trimestre.

Ahora bien, de lo relativo al envío y recepción de los informes de rendición de cuentas, de conformidad con la prueba documental obrante en el expediente, se tiene que, en correo enviado desde la cuenta WCadavid@ciamsa.com a Terkim, entre otros, el dieciocho (18) de diciembre de dos mil catorce (2014), se envía el informe de resultados

de los meses de enero a noviembre del mismo año, es decir, la rendición de cuentas de once (11) meses de operación y todo, de conformidad con el texto del mensaje, por petición puntual de **TERKIM**. Posteriormente, el veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015), el mismo remitente envía informe de resultados de la operación mercantil de los meses de diciembre a junio de dos mil quince (2015), es decir de siete (7) meses de operación; y el dos (2) de diciembre de ese mismo año, los resultados de los meses de julio a septiembre. Para el cuatro (4) de marzo de dos mil dieciseis (2016) **CIAMSA** a través del mismo remitente, William Cadavid, da a conocer a **TERKIM** los resultados del negocio de los meses de octubre a diciembre de dos mil quince (2015) y el cuatro (4) de junio del dos mil dieciséis (2016), se obtuvo la información relativa a los resultados de la operación durante los primeros cuatro (4) meses del año dos mil dieciséis (2016).

En reunión celebrada el veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016), se dan a conocer los resultados de abril a julio de ese año, y posteriormente, sólo hasta el veinticinco (25) de enero del dos mil diecisiete (2017), **TERKIM** conoce los resultados del negocio de los últimos seis (6) meses de operación y finalmente, para el veinte (20) de febrero del dos mil diecisiete (2017), el delegado para asuntos comerciales en **TERKIM S.A.S.**, requiere de **CIAMSA** el envío de la información de los resultados de la operación en el último mes según acuerdo entre las partes, sin constancia posterior de respuesta a su petición.

De otro lado, respecto de tal obligación de rendición de cuentas concertada por la partes, puntualmente concerniente a cómo efectivamente se realizó tal actividad, lo siguiente adujo el representante legal de la sociedad **CONVOCADA**:

“DRA. MUÑOZ: Pregunta 5.- Informe al Honorable Tribunal la periodicidad de emisión de estados de resultados del Contrato de Cuentas en Participación que hayan sido remitidos al partícipe.

SR. ORTIZ: ¿Periodicidad?

DRA. MUÑOZ: Sí.

SR. ORTIZ: El contrato establecía que era cada tres meses; en muchas ocasiones lo entregamos de esa manera, en otras ocasiones nos retrasábamos un poco, pero finalmente siempre entregábamos toda la información requerida por TERKIM.

DRA. MUÑOZ: Pregunta 6.- Teniendo en cuenta su respuesta anterior informe cómo era la información que usted remitía a TERKIM, qué contenía, el alcance de la misma, si tenía o no soportes, cómo era.

SR. ORTIZ: Pues lo que estaba, lo que se había establecido era entregar un P y G específicamente lo que era la venta de la Zeolita, y nosotros pues eso era lo que hacíamos, se entregaba un P y G de ingresos, costos, gastos y el resultado final, y sobre el resultado final se aplicaba como establecía el contrato el 80/20; soportes pues siempre estábamos dispuestos a lo que ellos necesitaran, pues validar, en algunas ocasiones estuvieron en nuestras oficinas y estuvimos analizando resultados.

DRA. MUÑOZ: Pregunta 7.- Teniendo en cuenta su respuesta anterior podría usted informar al Honorable Tribunal entonces en cuántas ocasiones al serle requeridos por cuenta de soportes y comprobantes con relación a los cálculos que ustedes enviaban de pérdidas o utilidades ustedes remitieron los respectivos soportes, cuántas veces.

SR. ORTIZ: No pues las veces la verdad no recuerdo cuántas veces, lo que sí recuerdo es que siempre que los solicitó estuvimos atentos, como les digo ellos estuvieron en nuestra oficina revisando en detalle los gastos implicados al negocio; en cuanto a reportes pues la verdad no lo recuerdo exactamente.

DR. GONZÁLEZ: El contrato como usted lo ha referido y como en efecto lo muestra tenía como obligación con una de las partes la

de hacer la entrega trimestral de esos P y G de los que usted ha hecho mención y los resultados finales derivados de esos estados financieros y hacer la repartición respectiva, para las partes esa obligación esencial refería usted que no recuerda cuántas veces pero que en algunas ocasiones se hizo en forma trimestral, en otras pues que no recuerda, pero finalmente entregaban esos ejercicios contables.

SR. ORTIZ: Sí, nosotros entregábamos todo siempre; lo que ella me dice son los soportes, a eso es que me refiero que no recuerdo cuántas veces.

DR. GONZÁLEZ: Pero lo que el Tribunal le está preguntando es por los estados financieros, el resultado en forma trimestral.

SR. ORTIZ: En algunas ocasiones no fueron trimestral pero siempre se hacía el corte completo y se entregaba, al cumplir un periodo se completaba y se entregaba independiente de los trimestres, trimestre 1, 2, 3, 4.

DR. GONZÁLEZ: O sea no se entregaba, vamos a suponer que lo hiciera semestral, no lo entregaba consolidado el semestre sino trimestre y bimestre, sino que se reunían y lo discutían al semestre.

SR. ORTIZ: Correcto.

DR. GONZÁLEZ: Cuando culminaba un trimestre en ejercicio de ese contrato, ¿recuerda usted o puede manifestar a este Tribunal si TERKIM específicamente en algún momento de forma expresa requirió a CIAMSA para que entregara cumplido ese trimestre lo que no le habían entregado que era esos estados financieros?

SR. ORTIZ: No siempre, pero en algunas ocasiones sucedió que ellos nos pedían pues no exactamente vencido el tercer mes, pero si posteriormente, y pues igual nosotros dábamos la respuesta.

DR. GONZÁLEZ: Producto de las peticiones.

SR. ORTIZ: *Sí, producto de las peticiones, exactamente.*

DRA. MUÑOZ: *Pregunta 8.- Si yo quisiera entonces teniendo en cuenta sus previas respuestas, infórmeme si usted efectivamente entregaba estados financieros a TERKIM relacionados con el ejercicio del Contrato Cuentas en Participación sí o no. Estados financieros y particularmente lo que usted mencionó P y G, o sea Pérdidas y Ganancias.*

SR. ORTIZ: *Sí, nosotros entregamos el listado de pérdidas y ganancias de lo que era el negocio de Nitro Effi 100.*

DRA. MUÑOZ: *¿Pero entregaban estados financieros, pérdidas y ganancias?*

SR. ORTIZ: *Pero no te entiendo exactamente a dónde quieres llegar.*

DRA. MUÑOZ: *Usted me dice, yo entregaba P y G; quiero que me conteste sí o no entregaban P y G o estados financieros a TERKIM, es lo que quiero que me conteste sí o no.*

SR. ORTIZ: *Pues es que yo ya respondí, entonces no entiendo que más.*

DR. GONZÁLEZ: *De pronto para efectos de claridad, lo que pasa es que el P y G es 1, los estados financieros; entonces concretamente si se entregaron.*

DRA. MUÑOZ: *O más bien formulemos de esta manera. Yo ya se lo había preguntado, cómo era la información que usted le remitía a TERKIM para aclararle los resultados, cómo la presentaba, tabla, estados financieros, un correo electrónico, usted que hacía, como enviaba la información.*

SR. ORTIZ: *Se hacía por correo electrónico, se enviaba el estado específicamente de ese producto; como te dije ahora, ingresos, costos, gastos, y resultados.*

DR. GONZÁLEZ: *¿Y con cierre trimestral?*

SR. ORTIZ: *Con cierre trimestral.*

DR. GONZÁLEZ: *¿Así fueran enviados 2 o 3 en un solo momento?*

SR. ORTIZ: *Exacto, y el máximo período fueron dos, y sobre ese resultado pues se hacía 80% y 20% el valor que correspondía de utilidad o pérdida a cada participante.*

Por su parte el señor Carlos Luna que se desempeña como gerente financiero de la sociedad **CONVOCADA**, expresó al respecto:

“DR. VALLEJO: *Ha mencionado una reunión realizada, o reuniones realizadas en el año 2015; cuénteles al Tribunal si en el año 2016 que fue donde se presentó la mayor pérdida en CIAMSA y TERKIM, se reunieron a analizar los resultados de la ejecución del contrato.*

SR. LUNA: *Pues digamos que no; ellos al final ya cuando vieron que el resultado no correspondía pues fue que ya vinieron y dijeron que cancelaban el contrato pero pues ya había pasado, ya habíamos generado las pérdidas.”*

A su vez, el señor Edgar Eduardo Pinzón, quien se había desempeñado como Director Comercial de la **CONVOCANTE TERKIM**, ante la pregunta en diferentes oportunidades del apoderado de la **CONVOCADA**, respecto de haberse las partes reunido a mediados del año dos mil dieciséis (2016) para examinar los resultados del negocio, expuso:

“SR. PINZÓN: *Yo creo que estábamos atónitos de que ustedes no nos presentaran los informes, y obviamente me había reunido para*

saber ese informe financiero para decir qué pasa, no aguantamos más; y sí, me reuní, y si es esa fecha la corroboraríamos, pero si me reuní, y muchas veces, y esa fecha yo creo que sería para recalcar el tema de que no aguantábamos más.

DR. VALLEJO: *Pero que pena por favor conteste la pregunta, y es si tuvo una reunión para analizar los resultados correspondientes al año 2016.*

SR. PINZÓN: *Doctor creo que le estoy contestando, sí tuve una reunión con ellos para analizar eso y en las cuales puse la objeción de decir qué pasa, por qué no me han enviado todo el resto hacia atrás, obviamente lo debimos hacer y no solamente en esa fecha, atrás, atrás y atrás; quisiera, y podríamos pedirle a CIAMSA que me dijeran cuántas veces entré a CIAMSA allá con el carnet”*

La contadora de la sociedad **CONVOCANTE**, Liliana Palacio Mejía, corroboró acontecimientos relacionados con la información convenida, al indicar igualmente lo siguiente:

“DR. GONZÁLEZ: *Una cosa es que usted tenga acceso a la contabilidad y otra distinta que usted tenga acceso a unos informes que fueran trimestrales o semestrales de estados financieros, particularmente como refería el representante legal de CIAMSA de pérdidas y ganancias por el período respectivo usted recibía esa información y venía a tratar de auscultarse esa información corresponde a la realidad o usted no recibía ni siquiera esa información.*

SRA. PALACIOS: *Inicialmente eran cortes trimestrales, cuando yo llegué a la compañía nunca llegaban a tiempo, una vez llegaron tres cortes casi un año después con una pérdida casi de \$88 millones de pesos, fue cuando nos reunimos aquí en la ciudad de Cali, yo les dije que quería ver eso entonces ellos se reunieron y dijeron que no que ya después iba a ver una ganancia, no sé qué, entonces dilataron otra vez y yo nunca pude revisar, lo que me*

enviaban a mí era un estado muy pequeñito, solamente el ingreso, el gastos, el costo, y ya, digamos que no habían detalles de qué conformaba ese costo o qué conformaba ese gasto, entonces era como solamente lo que informaban ahí y ya”

De las declaraciones obtenidas durante el desarrollo procesal, así como de la prueba documental obrante en el expediente, éste Tribunal tiene que arribar a la conclusión de que **LA CONVOCADA** pasó por alto en repetidas oportunidades acatar el procedimiento claramente establecido para la rendición de cuentas y por ende de la repartición de utilidades tal como lo habían convenido las partes, igualmente se evidenció que es a petición de la **CONVOCANTE**, también en diversas ocasiones, que se ofrecía información de la operación habiéndose superado los tiempos establecidos contractualmente para su realización. Ahora, es claro para éste Tribunal que no se convino un medio específico mediante el cual se presentase la información en la que se evidenciara los resultados del negocio, contrariamente, sí se aprecia con meridiana claridad el pacto de periodicidad de tal rendición de cuentas, por demás ajustada en los últimos meses de la ejecución del contrato, tal como se advierte del correo electrónico del veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017) enviado por comercial@terkim.com.co a Carlos Arturo Luna y otros, en el que la **CONVOCANTE**, como en otras oportunidades, echa de menos el informe de resultados o la rendición de cuentas de parte de la **CONVOCADA**, informe del que no se tiene constancia de envío durante el término de ejecución del contrato.

Resultó irrefutable entonces el envío extemporaneo de la información relativa a los resultados de la operación mercantil por parte del **GESTOR** al **PARTÍCIPE** en relación con los términos claramente acordados por las partes, pues la masa probatoria sin duda revela la entrega tardía de la misma frente a los términos convenidos.

Así, aunque la administración del negocio entre las partes por acuerdo entre ellas y por mandato legal se encuentra en cabeza exclusiva del Gestor a éste le concernía la obligación de rendir informes cada trimestre respecto de los resultados del negocio, informes que de conformidad con las probanzas recaudadas hubiesen podido incidir en la evaluación de los riesgos que estaba dispuesta a asumir la **CONVOCANTE** al tiempo en el que ésta iba conociendo el estado de la operación comercial.

Así las cosas, pese a que, como ha quedado comprendido mediante todos los medios probatorios recaudados, la causa de la generación de pérdidas en la operación mercantil en la que participaron los extremos procesales durante el último año del convenio, se debió a la volatilidad o fluctuación del precio de la Urea, principal componente del **NITRO EFFI 100**, y que ello definitivamente constituía un aspecto no controlable por parte del Gestor; ante la ausencia de información oportuna dirigida por el Gestor al Partícipe, al tenor de lo convenido contractualmente, las decisiones de éste último respecto de las reservas, previsiones o acciones a tomar frente a sus obligaciones contractuales y a la continuidad o no en el desarrollo del contrato pudieron resultar afectadas y aunque no es posible establecer cuál hubiese sido la conducta del **CONVOCANTE** de haber recibido los informes escritos trimestrales, ni la consecuencia de sus acciones, sin duda alguna, el espacio para actuar frente al devenir comercial y financiero de la operación resultó afectado y con ello, la oportunidad de tomar las medidas empresariales que dicha parte hubiese estimado como las más convenientes.

De manera que, si bien es absolutamente imposible ahora, conocer las decisiones de la **CONVOCANTE** en otro escenario y ante otra situación informativa, sí es posible aceptar que las pérdidas a asumir posiblemente hubiesen sido inferiores y definitivamente, sí es palmaria la vulneración de sus derechos contractuales y como producto de ellos,

un daño irrogado cuya reparación se entenderá verificada con la activación de la sanción pactada a título de **CLÁUSULA PENAL** como estimación anticipada de los perjuicios de conformidad con las pretensiones de la **CONVOCANTE**, sobre la cual se ahondará adelante.

Se concluye entonces que esa obligación formal, clara y exigible en cabeza del **GESTOR** no fue oportuna, ni adecuadamente cumplida conforme se pactó, pues dicho cumplimiento no estaba sujeto a que el negocio diera utilidades o diera pérdidas; atendidos al tenor literal y a la voluntad de las partes, era una obligación de hacer claramente incumplida en unos periodos y cumplida imperfectamente en otros. Materia ésta que sí permite aseverar que ni la parte convocante la toleró; porque de hecho la exigió y la obtuvo por esa vía del reproche a tal conducta y por ese mismo medio; de modo que ello no le permitió en forma oportuna enterarse detalladamente según se había convenido, del resultado del negocio y de las pérdidas que con futuras utilidades debería enjugar; ni tampoco, si los gastos y costos eran aceptables; ni si las pérdidas eran reales o no; etc.

Ahora, de las mismas bases probatorias que permiten a éste Tribunal concluir el reproche antedicho, nace el subsiguiente planteamiento y es el relacionado con el hecho de que, si no se realizó la rendición de cuentas en la oportunidad debida, por ende la distribución de utilidades siguió el mismo comportamiento, es decir que, las subsiguientes obligaciones al informe del corte trimestral de los resultados del negocio, tampoco tuvieron lugar en los periodos convenidos; sin embargo, ésta última conducta, que finalmente debiera haber tenido lugar, de conformidad con el texto de la obligación transcrita en el contrato de cuentas en participación, luego de un análisis y consenso entre las partes, no parece extrañada por el partícipe, pues el pedido de éste siempre se centró en conocer el comportamiento del negocio a tiempo.

En efecto, como se adujo párrafos atrás, el **PARTÍCIPE** en repetidas oportunidades solicitó la rendición de cuentas de parte del **GESTOR**, tal como había sido contractualmente pactado y se interesó por el informe de los resultados del negocio, según los dichos de sus representantes con el fin de tomar decisiones en momento oportuno, sin embargo, respecto de la distribución de utilidades, realizada también a destiempo, en ningún momento las partes instaron circunscribirse a su temporalidad según lo estipulado, de manera que se entiende que toleraron tal acto y es que los actos tendientes a dicha distribución, subsiguientes obligaciones en la cláusula que aquí se menciona, ya no correspondía a una obligación unilateral, pues exigía un compromiso de ambos contratantes, obligación de la que ninguno expresó una disconformidad por la temporalidad en la que lograban concretarla.

4.2.2. OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE EN SENTIR DE LA PARTE CONVOCADA Y RECONVINIENTE CIAMSA, SE REPUTAN INCUMPLIDAS EN CABEZA DE LA CONVOCANTE RECONVENIDA, ESTO ES, DE TERKIM SAS:

Reputa el **CONVOCADO** el incumplimiento de **LA CONVOCANTE** de las obligaciones contenidas en el contrato de cuentas en participación y puntualmente de las siguientes:

“2. APORTES. LAS PARTES se obligan a efectuar los siguientes aportes con destino exclusivo al desarrollo del objeto del presente contrato:

a) APORTES DEL PARTÍCIPE: (...)

El partícipe aporta su canal de clientes a nivel nacional de forma permanente a el GESTOR CIAMSA para la comercialización directa del producto.”

“5. OBLIGACIONES DEL PARTÍCIPE: Son obligaciones especiales del partícipe las siguientes:

1. El PARTÍCIPE procurará la consecución de clientes para el

beneficio, ejecución y desarrollo de la OPERACIÓN MERCANTIL. (...)

6. El PARTÍCIPE proveerá de manera exclusiva para el GESTOR CIAMSA, la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita) (...)"[1]

9. RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES: (...)

EL PARTÍCIPE: es responsabilidad del partícipe asegurar el suministro de la zeolita dentro de los términos y condiciones acordadas por las partes (...)"

[1] Este numeral fue modificado mediante otrosí No. 1 de 26 de junio de 2015.

a) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSECUCIÓN DE CLIENTES POR PARTE DEL PARTÍCIPE:

La primera obligación que **CIAMSA** reputa incumplida por parte del partícipe **TERKIM S.A.S** y sobre la que funda las pretensiones **3.11, 3.1.3, 3.1.4, 3.2.1, 3.2.2** de la demanda de reconvención, se refiere a la convenida en el literal **a)** de la cláusula segunda y en el numeral 1° de la cláusula quinta del contrato de cuentas en participación que se refirieron a la obligación de la **CONVOCANTE** demandada en reconvención de procurar la consecución de clientes para el beneficio, ejecución y desarrollo de la operación mercantil;

Textualmente, los apartes contractuales de los que se reprocha incumplimiento, contenidos el primero en la **CLÁUSULA SEGUNDA** modificada mediante otrosí y mediante la **CLÁUSULA QUINTA** original, rezan:

"SEGUNDA. APORTES LAS PARTES se obligan a efectuar los siguientes aportes con destino exclusivo al desarrollo del objeto del presente contrato:

(....)

. EL PARTÍCIPE aporta su canal de clientes a nivel nacional de forma permanente al GESTOR CIAMSA para la comercialización directa del producto”...

“5. OBLIGACIONES DEL PARTÍCIPE. Son obligaciones principales de EL PARTÍCIPE, las siguientes:

1. EL PARTÍCIPE procurará la consecución de clientes para el beneficio, ejecución y desarrollo de LA OPERACIÓN MERCANTIL”

Respecto del incumplimiento que se señala, como pruebas referentes sobre el particular, se obtuvieron, por aporte documental de la **CONVOCANTE**, sendos mensajes de correos electrónicos en los que se da cuenta de las acciones tomadas con el fin de promocionar o promover el producto objeto del contrato de cuentas en participación en diferentes espacios; se observa igualmente la promoción del mismo en las páginas web de los contratantes; y sobre el tema en cuestión trataron los señores **EDGAR EDUARDO PINZÓN** y **CRISTHIAN GUTIÉRREZ**, quienes estuvieron directamente relacionados con la parte comercial del producto **NITRO EFFI 100** y quienes atestiguaron directamente sobre actividades comerciales desarrolladas por **TERKIM S.A.S** para lo propio.

En efecto, se plantearon a los deponentes en mención, sobre éste aspecto particular, preguntas relacionadas con el esfuerzo comercial por procurar la consecución de clientes, que era la obligación de la sociedad **CONVOCANTE TERKIM SAS** y al respecto, en primer lugar, el señor **EDGAR EDUARDO PINZÓN** refirió:

“DRA. MUÑOZ: Bien. Quiero que, usted ya lo mencionó seguramente, pero sí me gustaría que comentara, pues porque la labor que ustedes principalmente acometieron era hacer la presentación técnica del producto; ¿recuerda usted dónde

estuvieron, con quién estuvieron, qué hicieron para posicionar ese producto?

SR. PINZÓN: Eso es lo más bonito, estuvimos en muchas ferias, estuvimos en Corferias presentando el producto naciente de Nitro Effi 100, le mostramos a los agricultores no en uno sino a varios donde CIAMSA estaba, TERKIM colocó sus stand, colocó esto, y donde CIAMSA mandaba sus técnicos y tomaba los datos de sus clientes, e inclusive nos veían los de al frente que era Monómeros y Abocol que era la competencia de CIAMSA, les digo una cosa Monómeros me llamó una vez a decirme venga Eduardo yo quiero su producto, le dije no yo una vez fui y lo busqué a usted y usted me dijo que eso no, y hoy tengo algo con CIAMSA, entonces yo una vez le dije a la reina que fuera parte de nosotros y hoy tengo a una princesa la cual voy a volver reina, que era CIAMSA, y ese era mi objetivo y lo logramos con ferias en Medellín, en Expo Agrofuturo, en Caldas, en Risaralda, en cafés, pues yo creo que el gerente técnico, que se excusa porque creo que esta fuera del país, el que era gerente técnico en ese entonces se conoce de aquí hasta Ipiales lo que quiera y hacia arriba en el Valle y todo, en ferias, hay publicidad, hay de todo, o sea se generó una expectativa muy bonita y un crecimiento del producto, ya después de que lo conoció la gente empezó a rodar el tema; pero sí, obviamente creo que la mejor etapa del desarrollo fue esa parte técnica que fue emocionante.

DRA. MUÑOZ: Quisiera por favor, teniendo en cuenta la respuesta anterior, que nos comentara si usted recuerda lugares puntuales a donde envió al gerente técnico, quisiera que le aclarara al Tribunal quién es el gerente técnico y a dónde ustedes lo desplazaron.

SR. PINZÓN: El Gerente Técnico se llama Cristian Gutiérrez; y a dónde fue, pues le digo Urabá, Medellín, el Valle, todo lo que es Cartago, Roldanillo, todos los ingenios azucareros, en ferias estuvimos en el Eje Cafetero, en los distribuidores porque ellos tienen una red de distribuidores o tenían una red de distribuidores a los cuales acompañábamos en Caldas, en Manizales, en

Armenia, en Quindío, Risaralda, en todos los sitios ellos tienen unos distribuidores por los cuales se mueve los canales de comercialización, obviamente la que factura siempre es CIAMSA pero lo soportan los distribuidores en la zona, eso era en ese momento no se hoy en día si la figura siga siendo la misma, pero en ese momento se hacía así, y nosotros como TERKIM estábamos presentes ayudando a esos distribuidores diciéndoles esta es la Urea, esto es Nitro Effi 100, esto funciona así y esto vale esto, esto vale esto, y esto funciona así. Y sí, en todos los lugares que yo le he dicho, Cartago, Norte del Valle, aquí en la parte de abajo la parte de panela, bueno.”

Por su parte, el ingeniero **CRISTIAN GUTIÉRREZ**, encargado del desarrollo técnico y comercial del producto **NITRO EFFI 100** por parte de Terkim, sobre el particular mencionó:

“DR. VALLEJO: ¿Durante la vigencia del Contrato de Cuentas en Participación cuántos clientes aportó TERKIM para la comercialización del Nitro Effi 100?

SR. CADAVID: Los señores de TERKIM aportaron concretamente dos razones sociales, SOLUCIONES TERRA, y un señor EDWIN HERNÁNDEZ que tiene su sede en Antioquia.

DR. VALLEJO: Y a parte de las dos razones sociales que corresponden a los clientes aportados por TERKIM durante la vigencia del contrato, ¿dicha compañía refirió otros clientes, envió correos, cartas, comunicaciones de cualquier tipo refiriendo clientes adicionales?

SR. CADAVID: Realmente nosotros participamos en muchas ferias, pero por supuesto parte de la obligación de CIAMSA era tener parte de nuestra propia fuerza de ventas para realmente tener allí una serie de catálogos de esos clientes; pero que realmente de manera directa TERKIM efectuara ese tipo de circunstancias, solo lo que acabo de mencionar con esos dos nombres o razones sociales.

DR. GONZÁLEZ: El suministro de clientes propios por parte de TERKIM para que se pudiera ejecutar ese contrato con CIAMSA cómo funcionó o se desarrolló.

SR. GUTIERREZ: El gran volumen de ventas fue con canal CIAMSA, siendo concretos, los grandes volúmenes fue apalancados en el canal de distribución y clientes directos de CIAMSA, nosotros igual fueron unos clientes que manejábamos anteriormente y el modelo de negocio que se tenía con TERKIM nosotros traíamos algunos clientes a que fueran consumidores ya no de TERKIM directamente sino de CIAMSA; pero el gran volumen y el mayor porcentual de ventas se hizo a través del canal directo de CIAMSA.

DRA. LINA: Teniendo en cuenta lo que usted había explicado previamente, que usted estaba en la parte técnica y abriendo mercado, necesito pedirle por favor que me indique usted digámoslo comercialmente qué hizo, si promocionó el producto, cómo lo hizo, ante quién lo hizo, si participó de feria, cómo hizo eso (..)

SR. GUTIERREZ: Nosotros reitero y repito lo que le había comentado anterior al doctor, nosotros estuvimos en el desarrollo con clientes directos y canal de distribución, y comerciales del equipo CIAMSA, ellos dispusieron un modelo de comerciales en zonas, en algún momento fueron alrededor de 12 ingenieros agrónomos contratados directamente de CIAMSA, su red comercial en la que nosotros participábamos haciendo promoción directa en almacenes, ayudando a visitar clientes y montar planes donde vincularan el Nitro Effi 100 en los planes nutricionales, y las participaciones siempre estaban apalancadas y ayudábamos a ser soporte en el desarrollo y portafolio de CIAMSA vinculando el Nitro Effi 100 en las mezclas, de ahí tuvimos participación en el tema de Agro Expo, ellos estaban con su stand como CIAMSA y nosotros con el Stand de TERKIM, pero yo en algunos casos apalancábamos a los dos stand, ayudaba a estar ahí haciendo atención al cliente, y como las ferias era en Medellín nos acompañamos más, las ferias muy locales, o sea eventos muy puntuales en veredas, muy puntuales con cooperativas, ahí

estuvimos siempre, yo no facturaba, yo ayudaba a llevar la relación pero diariamente siempre era el comercial el que estaba en el punto de venta que era distribuidor de CIAMSA, ese era el modelo.

DRA. LINA: *Adicionalmente a eso tiene usted conocimiento si TERKIM adicionalmente a sus redes o de otra manera presentaban productos Nitro Effi 100 al comercio?*

SR. GUTIÉRREZ: *Nosotros sí lo tenemos expuesto en nuestras páginas y manejábamos material publicitario, pero de CIAMSA lo teníamos nosotros y nosotros también distribuíamos ese material en algunos eventos porque éramos dueños en el desarrollo del 20%, entonces nos permitía hacer eso.*

DRA. LINA: *Podría usted decir en qué zona lograron además del área de influencia de CIAMSA en el Valle, en qué zona geográfica además del área de influencia de CIAMSA, se hizo la apertura de mercados para el producto?*

DR. GUTIERREZ: *Nosotros estábamos atendiendo las zonas en Antioquia, Eje Cafetero donde teníamos Risaralda, Quindío, Caldas, todo el Eje Cafetero, teníamos todo el Valle del Cauca, todo el Cauca, Nariño, y con red de distribuidores atendíamos Cundinamarca y Boyacá, Llanos Orientales, y entre los Llanos se tenía a Meta y Casanare; esa era la presencia directa y muy puntual que contaba CIAMSA. La atención de clientes en el Norte por un tema de administración geográfica el mismo CIAMSA no era tan competitivo porque allá está la gran competencia, y toda la parte Andina desde Antioquia hacia la zona de Caucasia y Urabá hasta la parte Sur del país, y yo ya hice presencia en todo el país, ayudaba a la coordinación y al desarrollo del producto en todo el país, que CIAMSA me facturaba todo este tema de traslados y parte de los honorarios.*

DRA. LINA: *Le quería preguntar si había estado en diferentes partes o diferentes lugares donde se hace mercado estuvo con el acompañamiento de CIAMSA y de TERKIM.*

SR. GUTIÉRREZ: *Sí, en todos."*

De los medios de prueba recopilados, se puede extraer que si bien al inicio de la relación contractual la sociedad **TERKIM**, solo refirió dos clientes que ya estaban en su haber, como clientes de productos agrícolas, de la información documental y testimonial antes referida, se puede apreciar, primero, que la venta de fertilizantes no era propiamente el objeto comercial de la sociedad **TERKIM** y que pese a ello aunó esfuerzos por articular apoyo en stands de ferias agrícolas en distintas ciudades del país para promover el producto creado con **CIAMSA**; contaba, aunque no en igual proporción que la **CONVOCADA**, con expertos en agricultura con el fin exclusivo de promover y comercializar el **NITRO EFFI 100**. Por tanto, se puede concluir que la **CONVOCANTE** desarrolló o tomó acción con el fin de promover, dar a conocer y captar consumidores para el producto para cuya comercialización se unieron los intervinientes en éste trámite y también que los interesados en la consecución del producto que se captaron en dichos eventos, fueron direccionados a la sociedad **CONVOCADA** para la adquisición del mismo.

Ahora bien, calificar la suficiencia del esfuerzo de la **CONVOCANTE** respecto de las acciones que tomó para la consecución de clientes que adquirieron el fertilizante **NITRO EFFI 100**, y los medios o canales que usó para remitirlos a **CIAMSA**, no puede ser objeto de análisis por cuanto los textos en los que se consignó la obligación, no imponen una forma, un medio o una cantidad especiales para el efecto; lo que sí se estipuló fue un esfuerzo permanente para aportar clientes; y *procurar* fue el verbo usado para tal estipulación, de manera que, si bien no se acredita un número o cierta calidad de clientes aportados por **TERKIM**, mediante las pruebas recaudadas, tal como se acreditó, se realizó un esfuerzo permanente en tal sentido para en efecto procurar la consecución de clientes durante todo el devenir contractual por parte de la **CONVOCANTE** a la par de los esfuerzos comerciales de la **CONVOCADA**.

Como corolario, dígase puntualmente entonces que así como no fue exigible para **CIAMSA** el incumplimiento fundado en inobservancia de medios para fijar precio final del producto y que como allá en desarrollo de tal punto se indicó, las partes nunca precisaron que medios o qué modos debían haberse usado para establecer la asignación de costos y de gastos a la fabricación y comercialización del producto **NITRO EFFI 100**; acá tampoco precisaron las partes a título de imposición contractual un modo específico por el cual **TERKIM SAS** colaborase con ese proceso de comercialización; aunque no fuera el **GESTOR** y aunque se hubiera asociado con **CIAMSA** precisamente para conseguir ese plus requerido en su producto estrella que era la **ZEOLITA** con la **UREA** como producto estrella de **CIAMSA**, que tenía además una infraestructura relevante para lograr tal comercialización en su medio; todo de lo cual carecía **TERKIM SAS** por cuanto pensar que los medios dispuestos para la consecución de clientes por ésta fueron insuficientes a esta altura del contrato sería contrariar el texto literal del mismo y su espíritu; todo por lo cual no es una obligación que pueda aceptar este Tribunal como incumplida por parte de **TERKIM SAS** según lo propone **CIAMSA**.

b) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN REFERENTE A LA PROVEEDURÍA EXCLUSIVA DE LA ZEOLITA (ZEOTER -A) QUE REFIERE CIAMSA POR PARTE DE TERKIM:

El incumplimiento que se reputa acerca de la obligación asumida por el partícipe respecto de una proveeduría exclusiva del mineral Zeolita (zeoter-A) y que da lugar al planteamiento de las pretensiones **3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.2.1 y 3.2.2**, se estableció textualmente de la siguiente manera:

“5. OBLIGACIONES DEL PARTÍCIPE: Son obligaciones especiales de EL PARTÍCIPE, las siguientes:

.....[...] 6.El partícipe proveerá de manera exclusiva para el

Gestor, la zeolita (zeoter-a) para la mezcla de (urea + zeolita) de acuerdo con las condiciones de calidad del producto inicialmente convenidas entre las partes. Dicho producto será utilizado por el Gestor en forma exclusiva para la realización de la mezcla de que trata este contrato.[...]"

"9 RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES:

***EL PARTÍCIPE:** Es responsabilidad del partícipe asegurar el suministro de la zeolita dentro de los términos y condiciones acordadas por las partes y en las condiciones de calidad requeridas. Cualquier incumplimiento a esta responsabilidad, salvo casos demostrados de caso fortuito o fuerza mayor, se considera como una justa causa para dar por terminado el contrato, facultando al gestor para reclamar cláusula penal y cualquier perjuicio que pudiese sufrir por ésta razón"*

De los textos que contiene la obligación que se aduce incumplida, se puede extraer que, primero, en efecto se pactó una obligación para el partícipe de proveer en los términos y condiciones de calidad pactados y de manera **exclusiva** al Gestor, el producto Zeolita (zeoter -A), y a su vez el Gestor se comprometió en forma **exclusiva** a usar dicho mineral para la realización de la mezcla que producía el **NITRO EFFI 100** y que tal proveeduría se haría en los términos y condiciones de calidad acordadas por las partes.

Sea lo primero precisar que, luego de múltiples ilustraciones por parte de los deponentes sobre lo que es en sí el mineral volcánico de la Zeolita y sus usos en diversos campos del desarrollo económico (Principalmente el agrario y el pecuario), se conoció que de conformidad con el procesamiento que se realice de la Zeolita ésta puede usarse en distintas actividades empresariales. También se dilucidó que **TERKIM** comercializaba su producto bajo diferentes presentaciones y dependiendo del destino que se le dé a cada presentación, se le designaba y designa, un calificativo o nombre, como es el caso de la

Zeolita para usos agrícolas en una presentación pulverizada, a la que se denominó o denomina Zeoter-A. Procesamiento que fue el usado para el desarrollo del producto objeto del contrato de cuentas en participación, el **NITRO EFFI 100**.

Sobre la materia, el Ingeniero Cristian Gutierrez, a las preguntas por parte del Tribunal, refirió:

“DR. GONZÁLEZ: Perfecto. Entre las características del producto que usted describe que se encargó de ayudar en la comercialización y en el desarrollo, que es la Zeolita, Zeolita es un digámoslo y me perdona la expresión, es un genérico, un producto genérico, y luego ustedes por razones internas lo denominan Zeoter A y Zeoter P, y simplemente es lo mismo, solo que para un uso diferente. ¿Nos puede aclarar eso doctor?”

SR. GUTIERREZ: Así es. El producto es un mineral y pues puede ser genérico, pero pues por cuestiones técnicas pero pues por ser mineral también varían y fluctúan dependiendo del lugar de origen, que el de nosotros siempre fue origen Ecuatoriano, y la presentación del Zeoter A y Zeoter P básicamente también con una condición de malla que es lo llamamos, que sea polvo o que fuera granulada, o sea una roca molida, entonces había una condición; y para obtenerlo, para salir del sistema genérico tenía su marca comercial, que es la marca Zeoter A y Zeoter P, esas son las dos marcas.”

Y acercándonos al procesamiento de la Zeolita usado en la operación comercial llevada a cabo bajo el ropaje del contrato de cuentas en participación, el deponente, conocedor del asunto, adujo:

“DR. GONZÁLEZ: De esas dos marcas doctor Gutiérrez cuál fue la que hizo parte de ejecución del contrato que celebró TERKIM SAS con CIAMSA?”

SR. GUTIERREZ: Zeoter A.

DR. GONZÁLEZ: El uso de Zeoter A era particularmente cuál.

SR. GUTIÉRREZ: *Uso agrícola, básicamente es un potencializador de la función del fertilizante, el fertilizante tiene un rendimiento uno, con la Zeolita buscamos que ese rendimiento se pudiera aumentar, eso es lo que hace pues la Zeolita, pues ya es un tema químico que no viene al caso, pero es un potenciador del fertilizante por ende su producto, su registro ante el ICA es como un acondicionador inorgánico de suelos.*

DR. GONZÁLEZ: *Por lo tanto el otro producto que con base en la Zeolita producían en TERKIM que era la Zeoter P, para usos entendemos pecuarios, no hacía parte del contrato ni de la correlación comercial entre TERKIM y CIAMSA. ¿Es correcto o no?*

SR. GUTIÉRREZ: *Es correcto, es un producto que incluso se hicieron fue unas pruebas pues para un tipo bien detallado, pero fue unas pruebas de laboratorio, no fue nada comercial, pero básicamente es un producto que se ha destinado en la industria de alimentación animal, que son pues grandes consumidores las empresas que hacen concentrados y los nutricionales”.*

Así las cosas, además de haberse aclarado suficientemente que el producto del cual el partícipe debía proveeduría exclusiva al Gestor, era la Zeolita en su presentación **Zeoter – A**, no la **ZEOLITA** en su generalidad y que las condiciones de suministro siempre fueron las que en efecto fuesen requeridas para la elaboración de la mezcla final o producción del **NITRO EFFI 100** de manera que se ratifica que la **CONVOCANTE** sólo debía exclusividad según pacto contractual frente a la Zeolita Agrario o Zeoter-A pero no frente a la Zeolita Pecuaria o Zeolita-P.

Ciertamente, de la percepción de la voluntad de las partes contenida en el contrato bajo examen, no es posible inferir que **TERKIM** debiese proveer la totalidad de su Zeolita y de sus productos en general, sólo al Gestor. En el contrato de cuentas en participación que nos ocupa quedó expresamente manifiesto que dicha exclusividad recaía sobre la presentación o marca **ZEOTER – A**.

Claro ello, se procederá a establecer con base en el recaudo probatorio si en efecto el **PARTÍCIPE**, obvió la obligación convenida, es decir, no proveyó en los términos y condiciones de calidad establecidas contractualmente la **ZEOLITA ZEOTER-A**, es decir, se examinará si el **GESTOR** no recibió en conformidad el producto proveído por el **PARTÍCIPE** y si éste último además del **GESTOR** proveyó a otro u otros sujetos comerciales la misma presentación de la **ZEOLITA**, el **ZEOTER-A**. Para el efecto, en primer lugar, examinaremos lo constatado mediante prueba documental allegada por las sociedades requeridas como presuntas proveídas, para informar sobre el particular, a petición de la **CONVOCADA**.

Al respecto se relacionan las sociedades oficiadas y la respuesta ofrecida por estas:

ITALCOL DE OCCIDENTE: Mediante misiva del 11 de junio de 2019 refirió su relación comercial con **TERKIM**, informando la cantidad y precio de la Zeolita, **Zeoter – P** que compró a la **CONVOCANTE** entre el 06 de agosto de 2013 y el 28 de febrero de 2017.

NESTLE DE COLOMBIA: Mediante mensaje de correo electrónico enviado el 29 de marzo de 2019, informó haber realizado compras de Zeolita, sin especificar su marca o presentación detallando la cantidad y precio, entre los años 2016 y 2017.

C.I. CARGUILL DE COLOMBIA LTDA.: Mediante misiva del 04 de junio de 2019 informó que no había adquirido de **TERKIM S.A.S.** el producto denominado Zeolita – Zeoter-A entre el 06 de agosto de 2013 y el 28 de abril de 2017.

COSMOAGRO S.A.: Mediante comunicación del 29 de marzo de 2019 informó que no había adquirido de **TERKIM** el Zeoter -A. entre el 06 de agosto de 2013 y el 28 de abril de 2017, sin embargo advirtió que su

controlada **TRIADA EMA S.A.** sí adquirió el producto, sin embargo ante la complementación solicitada por el Tribunal mediante Oficio No 16, las sociedades en mención aclararon que el producto adquirido de la **CONVOCANTE** fue el **ZEOTER - P**.

COLINAGRO: Mediante comunicación del 01 de abril de 2019 informó que sí había tenido relación comercial con **TERKIM S.A.S.** y envió relación de compra de productos, evidenciándose que su última adquisición del **ZEOTER - A** fue el 09 de mayo de 2013, y en adelante relaciona la adquisición hasta el 2017 de **ZEOTER -P**

Con posterioridad, a petición de la parte **CONVOCANTE**, aceptada por el Tribunal, se solicitó a las entidades mencionadas que indicaran el uso que se le daba a los productos proveídos por **TERKIM**, procediendo las sociedades **ITALCOL DE OCCIDENTE S.A.** y **COSMOAGRO** a realizar la complementación solicitada de la siguiente manera:

ITALCOL DE OCCIDENTE S.A. mediante correo electrónico el día 29 de julio de 2019, informó que el Zeoter - P proveído por **TERKIM S.A.S.** tuvo un uso pecuario.

Por su parte, **COSMOAGRO** confirmó que a través de su controlada **TRIADA EMA S.A.** compró a **TERKIM S.A.S.** en las proporciones certificadas en oficio anterior, el producto **ZEOTER - P** como materia prima para la fabricación de fertilizantes sólidos en polvo y granulares para aplicación agrícola a suelo, en su ejecución de contrato de maquila celebrado con **COSMOAGRO**.

Así entonces, con el correo complementario o aclaratorio ofrecido por **COSMOAGRO**, se pudo corroborar que la presentación de la **ZEOLITA** proveída por **TERKIM** fue **ZEOTER -P**.

Y ahora bien, aunque indica esta última sociedad que el uso de tal

mineral era agrícola, en todo caso lo adquirido era presentación **ZEOTER -P** cuya comercialización no fue exclusiva para **CIAMSA**. Con la complementación de la información allegada por parte de **COSMOAGRO**, siendo su informe inicial el generador de dudas respecto del cumplimiento contractual del que trata este punto, se puede establecer que la obligación convenida en particular no fue objeto de infracción, ni de la vulneración señalada que finalmente no logró probar documentalmente, ni por otro medio, la parte **CONVOCADA** y por el contrario, sí esclarecer a la inversa las condiciones de calidad del producto proveído a **CIAMSA** y la exclusividad de dicha proveeduría.

Además, de la prueba documental anterior, se obtuvieron las siguientes declaraciones, que dicho sea de paso, resultaron concordantes con la prueba documental recaudada:

Declaración de quien fue director comercial de **TERKIM S.A.S.** Edgar Eduardo Pinzón:

“DR. GONZÁLEZ: Durante el desarrollo del contrato también se ha hablado aquí en el desarrollo de esta esta audiencia, pero lo queremos ratificarlo con usted, ¿ese material, esa zeolita que era materia prima para el producto final Nitro Effi 100, mientras estuvo en ejecución este contrato siguió siendo vendida por ustedes a parte de lo que le vendían a CIAMSA para la ejecución de ese producto final la consecución de ese producto, o no?”

SR. PINZÓN: Tanto así que hubo tres compañías que estuvieron detrás del producto diciéndome si se le acabo CIAMSA déjemelo o entreguemos, usted me vende la materia prima; y como reza de pronto ahí en el dialogo dije, yo me casé con CIAMSA para volverla reina, o sea que no hubo para sacar Nitro Effi100 que es lo que reza, o sea hubo personas venga quiero sacar Nitro Effi 100, o pongámosle cualquier nombre y hagamos la mezcla de Urea, que es lo que está el contrato, Urea con Zeolita para crear Nitro Effi 100, y hoy en día no hay ninguna compañía en el país hasta la

fecha, hasta no resolver esto, que tenga ese producto, nosotros le vendemos a otras compañías otros productos pero no Zeoter-A que es la referencia de la Zeolita para la parte agrícola para crear Nitro Effi 100.

DR. GONZÁLEZ: *Zeoter-A no la venden y mientras estuvo en ejecución el contrato tampoco la vendían.*

SR. PINZÓN: *No, o sea se vendía para hacer Nitro Effi 100, es la parte agrícola para crear Nitro Effi 100, aunque hubo compañías que querían hacerlo porque ya veían que la decadencia del Nitro Effi 100 iba y la gente lo estaba preguntando, entonces si hay un hueco en el mercado la gente va a decir venga, y nosotros como vendíamos la materia prima pues nos decían venga pues eso es fácil cojamos la Urea que la importa varios y hagamos la mezcla y saquemos un nombre, pero a la fecha no ha habido una venta nuestra a una compañía para sacar Nitro Effi 100.*

Declaración del ingeniero Cristian Roberto Gutiérrez.

DR. GONZÁLEZ: *Perfecto. Entre las características del producto que usted describe que se encargó de ayudar en la comercialización y en el desarrollo, que es la Zeolita, Zeolita es un digámoslo y me perdona la expresión, es un genérico, un producto genérico, y luego ustedes por razones internas lo denominan Zeoter A y Zeoter P, y simplemente es lo mismo, solo que para un uso diferente. ¿Nos puede aclarar eso doctor?*

SR. GUTIERREZ: *Así es. El producto es un mineral y pues puede ser genérico, pero pues por cuestiones técnicas pero pues por ser mineral también varían y fluctúan dependiendo del lugar de origen, que el de nosotros siempre fue origen Ecuatoriano, y la presentación del Zeoter A y Zeoter P básicamente también con una condición de malla que es lo llamamos, que sea polvo o que fuera granulada, o sea una roca molida, entonces había una condición; y para obtenerlo, para salir del sistema genérico tenía su marca comercial, que es la marca Zeoter A y Zeoter P, esas son las dos marcas.*

DR. GONZÁLEZ: De esas dos marcas doctor Gutiérrez cuál fue la que hizo parte de ejecución del contrato que celebró TERKIM SAS con CIAMSA?

SR. GUTIERREZ: Zeoter A.

DR. GONZÁLEZ: El uso de Zeoter A era particularmente cuál.

SR. GUTIERREZ: Uso agrícola, básicamente es un potencializador de la función del fertilizante, el fertilizante tiene un rendimiento uno, con la Zeolita buscamos que ese rendimiento se pudiera aumentar, eso es lo que hace pues la Zeolita, pues ya es un tema químico que no viene al caso, pero es un potenciador del fertilizante por ende su producto, su registro ante el ICA es como un acondicionador inorgánico de suelos.

DR. GONZÁLEZ: Por lo tanto el otro producto que con base en la Zeolita producían en TERKIM que era la Zeoter P, para usos entendemos pecuarios, no hacía parte del contrato ni de la correlación comercial entre TERKIM y CIAMSA. ¿Es correcto o no?

SR. GUTIERREZ: Es correcto, es un producto que incluso se hicieron fue unas pruebas pues para un tipo bien detallado, pero fue unas pruebas de laboratorio, no fue nada comercial, pero básicamente es un producto que se ha destinado en la industria de alimentación animal, que son pues grandes consumidores las empresas que hacen concentrados y los nutricionales.

DR. GONZÁLEZ: Recuerda usted si con base en el contrato, objeto de discusión, entre TERKIM y CIAMSA el propósito era destinar con exclusividad para CIAMSA el mercado de Zeoter A?

SR. GUTIÉRREZ: No, era exclusivo tener un producto con una mezcla que era, que era 85/15 o 87/13, mezcla 85% urea y 13% zeolita, no solamente podíamos vender Zeoter A porque el negocio antes de comprar zeolita era vender directamente a los agricultores para mantenimiento de suelos fertilizantes de la zeolita y eso se siguió haciendo de manera paralela, pero sí había un “pink” que era sacar Nitro Effi100, no podíamos desarrollar otro nivel químico u otra especie de fertilizantes, pero seguir vendiendo otro tipo para el desarrollo del producto no igual a este (...).

DR. GONZÁLEZ: Es decir Zeolita genérica pues.

SR. GUTIÉRREZ: Y Zeoter A, el Zeoter A es el producto que se vende en bultos de 50 kilos

DR. GONZÁLEZ: Correcto. Y con base en el Zeoter A hicieron la mezcla que los llevó al Nitro Effi 100.

SR. GUTIERREZ: Así es, exacto, pero nosotros no podemos desarrollar con otra empresa otro nombre de producto donde era exactamente la misma mezcla, no, eso no estaba permitido, pero nosotros sí le vendíamos a otras casas comerciales que ya eran negocios anteriores a CIAMSA pero que no se sacaba ese producto igual, digamos materia prima para otro desarrollo de no productos competencia.

DR. VALLEJO: En el expediente obra un oficio de la empresa TRIADA EMA S.A. SUCURSAL COLOMBIA donde dice que el Zeoter P suministrado por TERKIM se ha utilizado para usos agrícolas. Entonces vuelvo y le pregunto, ¿es posible que se use el Zeoter P para usos agrícolas?

SR. GUTIERREZ: Sí claro, es el mismo origen, es la misma Zeolita, ya es el modelo como ellos lo manejaban, no lo utilizaban como una mezcla física para generar (..) y es otro proceso, es un proceso más químico y científico no tan simple como el de la mezcla física que tiene CIAMSA, por qué porque desde su origen funciona así, el uso le da la condición, si yo lo utilizo mal pues me sale mal, pero sirve para la parte de fertilizantes, incluso con CIAMSA logramos hacer un ensayo de laboratorio buscando el tema de bajarle la humedad al producto pero no nos funcionó.”

Y finalmente la declaración del Director Nacional de Ventas de **CIAMSA**, Señor William Ernesto Cadavid, que al respecto mencionó:

DR. VALLEJO: Señor William, ¿sabe si TERKIM suministraba Zeolita o Zeoter-A a compañías diferentes de CIAMSA durante la vigencia del Contrato de Cuentas en Participación?

SR. CADAVID: Ese tema obviamente después de que entramos en una circunstancia pues de demanda pues definitivamente hicimos algunas serie de investigaciones donde realmente hay algunas razones sociales ubicadas en el País como COLINAGRO, FINCA, ITALCOL, donde definitivamente TERKIM pues colocaba el productos Zeolita para diferentes usos.

DR. GONZÁLEZ: Perdón, y cuando usted se refiere que colocaban productos Zeolita, ¿era la tipo A?

SR. CADAVID: Simplemente estamos hablando de la Zeolita, las diferentes denominaciones que seguramente TERKIM hacia el interior tenga pues realmente las desconozco; producto comercial que nosotros estábamos utilizando a través de CIAMSA, Zeoter, pero por supuesto las características fisicoquímicas de la Zeolita eran exactamente las mismas, que cambie o no de pronto de algún nombre específico con características comerciales, distinto.

DR. GONZÁLEZ: Solo para ilustración. Se nos refería y se nos explicaba que una cosa era por ejemplo Zeoter-A para efecto agrícola, Zeoter-P para efectos pecuarios, y que así había Zeoter x, y, z, pues mil digamos de denominaciones porque su uso no era genérico, su uso era particularizado a cada necesidad o a cada situación de cada sector digamos; por eso hablar de Zeolitas pues entendería, no soy experto en la materia, pero que habla de un componente genérico, pero cuando ya nos adentramos en la parte puntual de este contrato si lo que estamos preguntando en el Tribunal es si durante la ejecución de ese Contrato de Cuentas en Participación ese Zeoter-A, que era lo que ustedes específica y puntualmente mezclaban con la Urea para el Nitro Effi 100, eran envíos a terceros para sacar el Nitro Effi 100, usted dice Zeolitas, ¿pero era Zeoter A?, o no le consta.

SR. CADAVID: Hay un detalle supremamente importante para clarificar, dada la situación neófita del conocimiento. Estamos hablando de que los señores de TERKIM tenían o tienen la oportunidad de adquirir el producto directamente en una mina en el Ecuador, las características de perfil y fisicoquímicas son

exactamente iguales, no se pueden pues cambiar salvo otro tipo de esquemas que desconozco, y ese producto es el que luego de triturarlo y colocarlo en presentación de 50 kilos, es el que era colocado en Ipiales; por supuesto estoy considerando que indiscutiblemente es el mismo producto que estaban entregando a otras razones sociales. Vuelvo y reitero, si realmente tienen una condición distinta en la denominación comercial, es diferente, pero las condiciones fisicoquímicas son exactamente iguales en esa Zeolita.”

De las pruebas allegadas al proceso y las declaraciones recopiladas, de las cuales se trajo a colación lo atinente al punto que se trata, no es posible afirmar entonces que la **CONVOCANTE** entre el 06 de agosto de 2013 y el 28 de febrero de 2017 haya proveído la **ZEOLITA** en la presentación o marca **ZEOTER-A** a un sujeto diferente a la **CONVOCADA**, pues si bien, sí es evidente que **TERKIM**, continuó comercializando **ZEOLITA** en presentación **ZEOTER-P**, la exclusividad en los términos convenida con **CIAMSA** no se contravino y es que del recaudo probatorio es posible indicar como ya se advirtiera antes, que la **CONVOCANTE** nunca concertó con la **CONVOCADA** dedicación exclusiva de toda su actividad comercial al negocio suscrito entre ellas. Además, los deponentes con conocimiento profesionales en el desarrollo de la mezcla **NITRO EFFI 100** coincidieron en advertir que por las propiedades físicas de la Zeolita en una presentación diferente al **ZEOTER – A**, no ofrecía la posibilidad de usarse para elaborar el **NITRO EFFI – 100**, es decir, si a ello hubiese lugar, el producto no conservaría las condiciones de calidad, tal como se convino inicialmente entre las partes, lo que por supuesto constituiría una afrenta incluso a la misma obligación contractual que se trata en éste capítulo.

Como se adujo, el objeto comercial de la sociedad **TERKIM S.A.S.** entre otras actividades relacionadas, era proveer **ZEOLITA** en diferentes presentaciones y una vez celebrado el negocio jurídico con **CIAMSA S.A.** que suscitó el presente trámite arbitral, se condicionó a proveer

sólo a ésta última sociedad dicha **ZEOLITA** en una de sus presentaciones, no a proveer con exclusividad a **LA CONVOCADA** todo su producto y por ende dedicar su actividad mercantil únicamente al convenio con **LA CONVOCADA**.

De esta forma no se abre paso la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reproche a la presunta falta de exclusividad por las razones claramente expresadas.

5. UTILIDADES Y PÉRDIDAS LIQUIDADAS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, DIFERENCIAS:

Los intervinientes en el trámite arbitral, **CONVOCANTE** y **CONVOCADA**, enunciaron una liquidación incorrecta del contrato de cuentas en participación en cuanto a pérdidas y utilidades y con base en esa acusación, cada parte, **TERKIM** en el escrito de demanda y **CIAMSA** en la demanda de reconvención, consignaron diversas pretensiones en el sentido de incluir diferentes sumas, en su sentir, debidas a cada una por la parte contraria, razón por la que, tanto las partes como éste Tribunal acudimos a la prueba pericial para aclarar realmente si existían o no tales diferencias luego de la terminación del contrato de cuentas en participación, concretamente en cuanto a la liquidación de resultados en el ejercicio del contrato cuyo análisis ocupa al Tribunal en aquello que las partes discreparon.

Así, pudo concluirse que en efecto si existieron diferencias en cuanto a las liquidaciones efectuadas; conclusión a la cual se llegó por la vía pericial y el análisis de tal recaudo probatorio.

Es definitivo que la liquidación final del contrato de cuentas en participación no reflejó fielmente las pérdidas y las utilidades efectivamente generadas.

Pero debe decirse que las pruebas aportadas por los extremos procesales con base en las cuales basaron sus pretensiones y reclamaron mutuamente un yerro liquidatorio a favor de sí mismos, resultaron estimadas subjetivamente, fundados en dictámenes periciales de parte.

Por ello, se obtuvo mediante el dictamen pericial rendido en el curso del trámite arbitral, por la perito doctora Miryam Caicedo Rosas, oportunamente contradicho y aclarado, cuenta precisa de las diferencias entre las utilidades y pérdidas realmente acaecidas con base en un examen pormenorizado en lo atinente al problema de marras, a la contabilidad de **CIAMSA**.

Así entonces, en virtud de los señalamientos de la existencia de diferencias a la liquidación de resultados, esgrimidos por cada parte, pero ostensiblemente diferentes y en beneficio propio, así como pretendidos con base en medios probatorios inexactos o fragmentados; éste Tribunal en el entendido de considerar la efectiva existencia de diferencias en la liquidación final y entendiendo que la relación de gastos, costos e ingresos fue fielmente consignada en la contabilidad de la línea general de fertilizantes de **CIAMSA**, tal como se acreditó, debió acudir al medio probatorio que concluyentemente exhibió tales yerros y presentó la operación final, como en efecto fue el dictamen pericial rendido por la perito **MIRYAM CAICEDO ROSAS** y su posterior aclaración.

Del mismo emergieron las diferencias contables en la liquidación de resultados, que a pesar de haber sido controvertidas en ciertos apartes, fueron confirmadas de todos modos en el mismo dictamen de contradicción ofrecido por la parte **CONVOCADA** y emitido por la firma **RSM ASSURANCE Y AUDIT S.A.**, dictámenes enfocados precisamente en dilucidar el tema expuesto en éste acápite.

En el mismo sentido, las declaraciones que cada uno de los profesionales rindió en el ejercicio de sustentación y de contradicción de cada dictamen al tenor de lo normado en el artículo 228 del C.G.P., audiencias en las cuales, cada uno, ofreció mayor claridad y profundidad para el desarrollo del tema a tratar.

Ciertamente, la perito **CAICEDO ROSAS** en su dictamen inicial, al requerimiento planteado por éste Tribunal sobre *determinar con precisión la existencia de un error en la liquidación de las utilidades del contrato de cuentas en participación objeto del debate y determinar a cuánto asciende tal valor y la razón por la cual llegó a tal conclusión, ésta con base en los soportes documentales y revisiones efectuadas a la contabilidad de CIAMSA*, acotó:

“Sí se presentaron diferencias en la liquidación de utilidades y pérdidas, el valor al cual asciende la diferencia es de \$69.437.044 a favor de Terkim S.A.S.”

Tal diferencia en la liquidación final de resultados del contrato, la obtuvo la perito luego de los análisis y operaciones contables a los cuales hace referencia en el peritaje y a la información amplia de la contabilidad de **CIAMSA** a la que tuvo acceso.

Ahora bien, como producto del traslado del dictamen rendido por la Doctora **CAICEDO** se formularon solicitudes de aclaración por parte de ambos extremos procesales, y también se presentó como contradicción otro dictamen pericial.

Producto de las aclaraciones solicitadas, una de ellas tendiente a requerir la liquidación trimestral de utilidades y no anual, el resultado final de las diferencias entre la suma liquidada por **CIAMSA** al concluir la relación contractual y la liquidada via dictamen pericial, tuvo una variación consistente en la disminución de la suma señalada como diferencia, concluyendo la doctora **CAICEDO** que ésta en realidad ascendía a la suma de **CINCUENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/cte (\$56.533.995)** y no a la suma de **SESENTA Y NUEVE**

MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CUARENTA Y CUATRO PESOS M/cte (\$69.437.044) resultado que se había obtenido inicialmente liquidando los resultados de la operación anualmente, corrección bien habida para el Tribunal, toda vez que los términos contractuales efectivamente indicaban una liquidación trimestral de los mismos. Tal corrección o aclaración quedó graficada de la siguiente manera:

AÑO	VR. LIQUIDADO INFORME DE ACLARACIONES	VR. LIQUIDADO CIAMSA	DIFERENCIA
2013	1.577.123	0	1.577.123
2014	33.211.419	21.060.000	12.151.419
2015	27.252.840	20.400.000	6.852.840
2016	(83.095.381)	(117.360.000)	34.264.619
2017	18.327.993	16.640.000	1.687.993
Total	(2.726.005)	(59.260.000)	56.533.995

Por su parte, mediante el Dictamen de contradicción propuesto frente al rendido por la Doctora Caicedo, los peritos de la firma **RSM ASSURANCE & AUDIT S.A.** hicieron constar que la factura de venta **#190476** elaborada por **CIAMSA** el **14 de febrero de 2017** por valor de **TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$39.880.000)** se había entendido compensada en su totalidad por la obligada **TERKIM**, pues se incluyó así en el dictamen elaborado por la perito **CAICEDO ROSAS** en las sumas que arrojó la liquidación de resultados para el año 2016, desconociendo la perito el hecho de que mediante correos electrónicos con fecha del 20 y 21 de febrero de 2017 cruzados entre los señores Héctor López de Terkim y Carlos Luna y Francia Patricia Muñoz de **CIAMSA**, habían acordado las partes compensar sólo el 50% de dicha factura, de manera que **TERKIM** no pagó en su totalidad tal factura correspondiente al ejercicio del negocio que unía a las partes y que para ese año 2016 no arrojó utilidades.

Puesto de presente el yerro enunciado con antelación, en la declaración que rindió la doctora **CAICEDO** con posterioridad, ésta afirmó que

efectivamente desconoció tal compensación parcial de la factura emitida por **CIAMSA** a **TERKIM** y que debía ser el Tribunal el que decidiese si tal ejercicio debía o no afectar las diferencias en la liquidación por ella presentada. Por lo que pasa el Tribunal a indicar que en efecto, de la diferencia en las liquidaciones para el año 2016 debe restarse el 50% del valor de la factura en mención, pues no es cierto que **TERKIM** pagó de más por concepto de pérdidas a **CIAMSA** la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$34.264.619)**, ya que a éste valor debe restarse la suma de **DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$19.940.000)** que **TERKIM** tenía que pagar a **CIAMSA** de la factura **190476** de febrero 14 de 2017, al haber compensado sólo el restante 50%. De manera que la suma real a la que asciende la diferencia en el año 2016, como valores de más cobrados por **CIAMSA** y pagados por **TERKIM** es de **CATORCE MILLONES TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/cte (\$14.314.619)**.

6. SOBRE LOS INTERESES MORATORIOS, INDEXACIÓN Y CLÁUSULA PENAL PRETENDIDOS:

Ahora bien, finalmente este Tribunal ante las pretensiones formuladas por ambas partes en los escritos de demanda (Demanda reformada y demanda en reconvención) atinentes a las sanciones y corrección de sumas que se solicitaron, primeramente realizará un examen general de la aplicabilidad, oportunidad y simultaneidad de conceptos como los intereses moratorios, la cláusula penal y la indexación, y en seguida se apreciará la procedencia o no de una u otra modalidad de sanción o actualización de sumas.

Sea lo primero evaluar el marco normativo que rige sanciones como la Cláusula Penal en los contratos, los intereses moratorios y la indexación

sobre sumas de dinero dejadas de pagar o simplemente menoscabadas por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Así, se tiene entonces que el asunto que está ahora bajo discusión se rige por las normas del Código Civil y el Código de Comercio en el entendido de tratarse de obligaciones adquiridas por las partes con ocasión o derivadas del contrato de cuentas en participación que las unió, regulado en el último ordenamiento referido, de manera que el marco normativo que aplica para las sanciones pecuniarias o la actualización de sumas dinerarias es el siguiente:

6.1 INTERESES MORATORIOS:

En principio debe indicarse que el Código Civil establece los eventos en que el deudor de una obligación se encuentra en mora, y, como lo señala el artículo 1608, son:

“ARTÍCULO 1608. MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

La misma legislación regula los efectos de la mora, así:

“ARTÍCULO 1615. CAUSACIÓN DE PERJUICIOS. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Pero la legislación mercantil sobre el particular refiere:

ARTÍCULO 870. RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN POR MORA. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes,

podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.”

Ahora, si bien se establece que el interés moratorio opera para el deudor una vez constituido en mora, atendiendo lo regulado mediante la Ley 45 de 1990, la constitución en mora opera automáticamente cuando en el acuerdo entre las partes se convienen los plazos de la obligación de pago.

Del análisis del espíritu de la norma sobre la constitución en mora del deudor, el Tratadista Guillermo Ospina Fernández en su obra “El régimen general de las obligaciones” (Editorial Temis, Bogotá, 1980, págs. 150 y 151) efectivamente refirió que:

“[...] por regla general, el deudor estará en mora “cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor” (num. 3); y, excepcionalmente, también lo está “cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado (*dies interpellat pro homine*); salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora [...].”

Por su parte, en **Sentencia 73001233300020140040401 (24752015) de Febrero 22/18** del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Gabriel Balbuena Hernández, como de vieja data se viene indicando, se indicó que los intereses moratorios son los que debe pagar el deudor desde la fecha en la que se constituya en mora y que cesan solo en el momento de cancelar la obligación contraída. Los mismos serán fijados por las partes, pero en caso contrario el artículo 884 del Código de Comercio especificó que:

“(...) si las partes no han estipulado el interés moratorio será equivalente a una y media veces del bancario corriente (...).”

Este tipo de intereses son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o la indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida.

La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación .”

En Colombia, el Código Civil define la mora como una indemnización derivada del retardo, la cual podrá ser convencional si es tasada por las partes o en su defecto legal, como es en el caso que nos ocupa. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en Casación de fecha veintisiete (27) de agosto de dos mil ocho (2008)²⁷

“[...]los intereses moratorios tiene un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio, representan la indemnización de perjuicios por la mora, la presuponen, se causan ex legge desde esta, sin ser menester pacto alguno- excepto en los préstamos de vivienda a largo plazo en los cuales no se presumen y requieren pacto expreso, art. 19, Ley 546 de 1999- ni probanza del daño presumido iuri et de iure (art. 1617) (2), Código Civil), son exigibles con la obligación principal y debe mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño, se establece en consideración a éste y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales. A partir de la mora respecto de idéntico periodo y la misma obligación, estos intereses no son acumulables ni pueden cobrarse de manera simultánea con los remuneratorios, con excepción de los causados y debidos con anterioridad. Producida la mora de la obligación principal sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido. Y señala más adelante, “ – Al tenor del artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la ley 510 de 1999, tratándose de negocios jurídicos mercantiles en los cuales deban pagarse réditos de un capital, en ausencia de estipulación, el interés remuneratorio “ será el

²⁷ Corte Suprema de Justicia, en Casación de fecha Veintisiete (27) de agosto de dos mil ocho (2008), expediente No.1997-14141-01 M.P. William Namén Vargas.

bancario corriente”, el moratorio de “una y media veces el bancario corriente [...]”

En el mismo sentido, en sentencia de 13 de mayo de 2010, esa misma Corporación indicó que la mora constituía **“un incumplimiento calificado que produce efectos jurídicos”**.

En esa oportunidad la Corte Constitucional²⁸ expresó:

“[...] los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación. [...]”

Y menciona a su vez la posición de tratadistas como Planiol y Ripert, que precisan sobre este punto lo siguiente:

“los daños y perjuicios moratorios tienen como carácter esencial, ser acumulables necesariamente con el cumplimiento efectivo de la obligación, puesto que representan el perjuicio resultante del retraso, perjuicio que no se repara por el ulterior cumplimiento de la obligación” y señala que, en este sentido, la doctrina francesa, italiana y alemana reconocen el carácter indemnizatorio de los intereses moratorios mientras que en Italia, los intereses moratorios tienen una función de resarcimiento del daño sufrido por el acreedor como consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación y Messineo lo define como “la medida del resarcimiento”.

Atendiendo todo lo expuesto con antelación, desde ya debe decir el Tribunal que las partes no pactaron un porcentaje determinado sobre el cual se debían liquidar intereses moratorios, de manera que en el entendido de considerarse los mismos como un mecanismo de indemnización de perjuicios ineludible ante un incumplimiento

²⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-604/12 pág. 18

contractual que pueda estimarse cuantitativamente, como es el caso del pago de sumas de dinero adeudadas por el impago de utilidades causadas, se acudirá definitivamente al criterio normativo que regula este punto para el caso de las relaciones jurídicas mercantiles, de manera que se dará aplicación a lo estipulado en el artículo 884 del Código de Comercio que establece puntualmente la aplicabilidad de los intereses moratorios para tal tipo de relaciones.

6.2 INDEXACIÓN:

Ahora bien, respecto de la indexación se debe decir que ésta tiene únicamente como objetivo mantener el valor actual de la moneda, y acerca de su propósito jurídico, se revela como una herramienta para traer una suma, cualquiera que sea su fuente, a valor presente, de manera que se emplee cuando no se tiene reglamentación específica sobre la fuente de la obligación, es decir, como una medida de justicia y equidad.

Respecto de su diferenciación con los intereses moratorios la Corte Suprema de Justicia ha mencionado a través de la Sala Civil mediante Sentencia 00161 de mayo 13 de 2010, MP Edgardo Villamil Portilla) lo siguiente:

“(...

2. En verdad, uno y otro concepto —indexación y mora— obedecen a causas jurídicas diferentes, que hacen que su naturaleza no resulte asimilable.

2.1. En efecto, la mora es la situación en que se coloca el deudor tras su incumplimiento y siempre que, además, se dé alguno de los supuestos del artículo 1608 del Código Civil, evento a partir del cual se autoriza al acreedor para reclamar el pago de los perjuicios que haya podido sufrir (arts. 1610 y 1615 ibídem). Desde luego que la mora supone la existencia de una obligación preexistente que en su momento no se satisface por el deudor, o dicho de otro modo, “la mora del deudor... consiste en “el retraso, contrario a

derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel” (Casación, jul. 19/36, G.J. T. XLIV, pág. 65)...” y “... supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, solo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento este a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil, o reclamarse el pago de la cláusula penal, que entonces se torna exigible de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil” (Sent. Cas. Civ., jul. 10/95, Exp. 4540).

2.2. Mientras tanto, la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

2.3. Pero además de lo anterior, ha de destacarse que la mora surte sus efectos desde que hay reconvención judicial —salvo que la ley disponga otra cosa— con arreglo a las previsiones del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, mientras que la indexación se remonta, según cada caso, al tiempo desde el cual se debe medir un valor determinado que, por efectos de justicia y equidad, ha de permanecer constante a pesar del irresistible paso del tiempo”

6.3 CLÁUSULA PENAL:

La Cláusula penal se entiende como una sanción convenida por los contratantes para que el cumplido indemnice al incumplido de la relación, es decir, se trata de una compensación de los daños, que tasa de manera anticipada los perjuicios que pudiesen causarse con el

incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de alguna o algunas de las obligaciones contractuales.

Consiste en una prestación de castigo y de contenido patrimonial, fijada por los contratantes con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación.

El tratadista Fernando Hineirosa define la cláusula penal como una ***“Estipulación negocial accesoria a una relación obligatoria, para el caso de incumplimiento, con función conminatoria, a la vez que de estimación antelada de perjuicios, en cuantía fija preestablecida”***.²⁹

Definida finalmente la cláusula penal como una obligación accesoria que castiga el incumplimiento, debe determinarse primeramente, si la misma, que en efecto fue pactada por las partes, tiene cabida en este laudo, teniendo en cuenta la terminación por mutuo acuerdo del contrato que la contenía, esto es del contrato de cuentas en participación y su subsistencia o no frente a los asuntos analizados.

Ciertamente, por común acuerdo entre las partes, el contrato terminó el 27 de febrero de 2018. Pero debe entenderse que las actuaciones u omisiones previas a su terminación cubren asuntos no resueltos previamente por las partes. Es decir asuntos pendientes generados en vigencia del contrato. Efectivamente hay asuntos no resueltos que hoy son traídos ante este Tribunal para que sean dirimidos.

Entonces, en el entendido de que las partes discrepan sobre algunos puntos del desarrollo contractual generados durante su ejecución y conservan tales diferencias sobre aspectos que consideran no culminados, como la pendiente liquidación final de resultados y los mutuos reproches de incumplimiento, la cláusula penal debe cobrar eficacia pues indica con claridad la doctrina, que:

“ésta subsiste como acto jurídico por sí mismo en cuanto reúna los requisitos de la Ley y, por ello produce efectos después de extinguida dicha obligación; y como en el asunto que nos ocupa,

²⁹ HINESTROSA Fernando, “Tratado de las obligaciones”, Universidad Externado de Colombia, 2001, pág 218.

“precisamente, dicha cláusula sólo cobra eficacia cuando el deudor incumple la obligación principal”³⁰

Ciertamente, como lo indica el autor referido, se tornaría absurda la tesis de que como la obligación de indemnizar perjuicios es sucedánea o accesoria a la obligación principal, entonces terminada esta última el incumplimiento quedaría impune, es decir, no habría lugar tampoco a la indemnización de perjuicios; ya que, por el contrario, la voluntad de las partes reflejada en la cláusula penal se dirige a sustituir la obligación principal incumplida por la indemnización de perjuicios y como, precisamente dicha cláusula tuvo por objeto estimarlos anticipadamente, ***“la obligación penal subsiste y se hace exigible”***³¹

Ahora bien, habiendo quedado claro que la mentada Cláusula Penal excepcionalmente puede subsistir a pesar de la extinción de la obligación principal y atendiendo al hecho de que de todas maneras la cláusula penal tiene por objeto estimar voluntariamente la cuantía de los eventuales perjuicios ante un circunstancial incumplimiento, observemos ahora su compatibilidad o concomitancia con la indemnización de perjuicios o la imposición de intereses moratorios, que como vimos, cumple esa misma función. Sobre el particular, mediante Sentencia del 15 de febrero de 2018 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, se señaló que la cláusula penal compensa los perjuicios y por ende no es acumulable con la indemnización de perjuicios, objetivo que a su vez tienen los intereses moratorios, **salvo que se esté ante la existencia de convenio en contrario**, manifestando el máximo Tribunal, puntualmente lo siguiente:

“No obstante, excepcionalmente se pueden acumular ambos conceptos, siempre y cuando medie un pacto inequívoco, evento en el que el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización. En este caso la pena deja de

³⁰ “Régimen general de las obligaciones”, Guillermo Ospina Fernández, Editorial Temis, octava edición, Bogotá - Colombia 2005. Pag 138-139.

³¹ Ibídem, 140, 141

ser una liquidación pactada por anticipado para adquirir la condición de sanción convencional con función compulsiva”.

Por su parte, la legislación civil contempla en los artículos 1954 y 1600 como regla general, la incompatibilidad entre pena e indemnización de perjuicios, y a su vez, hace mención a la excepción de la regla general de dicha incompatibilidad.

Sobre el particular el doctor Guillermo Ospina Fernández en su obra antes citada, en las páginas 162 a 164, precisa:

“Cuándo es viable acumular la pena y la indemnización de perjuicios. "Fundándose también en la presunción de que la cláusula penal implica la estimación anticipada de todos los perjuicios que habrán de seguirse del incumplimiento o el retardo de la obligación principal, el art. 1600 del Código Civil declara: "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". De no ser así, el acreedor también podría recibir una doble indemnización: la preestipulada en la cláusula penal y la resultante de la estimación judicial de los perjuicios. De manera que si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues, de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal, a menos de que aparezca que la pena sólo se refiere a la indemnización moratoria, como tampoco al de aquélla y la indemnización compensatoria.

Parece que entre los arts. 1600 y 1594 existiese desarmonía en lo tocante al cúmulo de la pena moratoria, por una parte, y de la indemnización compensatoria o de la obligación principal, por la otra, respectivamente, porque según el 1594, basta que "aparezca" que la pena se pactó por el simple retardo para que pueda ser cobrada conjuntamente con la obligación principal, al paso que el 1600 exige la estipulación expresa que deje a salvo la indemnización compensatoria para que ésta pueda ser cobrada junto con la moratoria, aunque sea indudable que la pena se

refiera sólo a ésta, como en el ya propuesto ejemplo de que el contrato se limite a decir que el deudor pagará \$ 100 por cada día de demora en la ejecución de la prestación debida.

En nuestra opinión, esta aparente dicotomía debe ser superada a la luz de los principios generales que gobiernan la materia. El cúmulo de la indemnización compensatoria y la moratoria siempre es factible, porque ellas provienen de causas distintas: la primera, de los daños que experimenta el acreedor por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de la prestación que le es debida (damni compensatorii); y la segunda, de los perjuicios que a aquél se le ocasionan por no recibir oportunamente esa prestación (damni moratorii). Entonces, como la equidad exige que dicho acreedor sea indemnizado por ambos conceptos, la posibilidad de acumular las referidas indemnizaciones se impone. Por lo tanto, el art. 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que ésta se deje expresamente a salvo y, por ello, dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena sólo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución total o parcial, o por, la ejecución defectuosa de esa obligación en contra. Alessandri y Somarriva, Teoría de las obligaciones, Tomo III, num. 401, págs. 235, la solución contraria, a más de no compadecerse con el régimen general del cúmulo de las indemnizaciones, se opondría a las reglas sobre la interpretación de los actos jurídicos que mandan atender principalmente a la intención de los agentes (art 1618) y al sentido en que las cláusulas de aquellos actos puedan producir algún efecto en vez de ninguno (art. 1620). Al negársele al acreedor la facultad de cobrar los \$ 100 diarios estipulados por la demora, más los perjuicios compensatorios sufridos, se le restaría toda eficacia a la cláusula penal, so pretexto de aplicar a la letra el citado art.1600 que, según él mismo lo indica, es apenas una norma supletiva de la voluntad de los agentes.

En fin, a este respecto importa fijar la atención en el segundo colon del dicho art. 1600, que le otorga al acreedor, pese a la

estipulación penal, opción para acogerse a ésta o para prescindir de ella y exigir la indemnización de los perjuicios, lo que sucedería cuando estos fueran mayores que el monto de la pena pactada. Esta regla, que data del derecho romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por él, aunque la pena le haya sido pagada, tiene derecho a cobrar la diferencia. Estimamos nosotros que, como la regla en cuestión es de índole meramente supletiva, ella no puede tener aplicación cuando del acto aparezca claramente que la intención de los interesados ha sido la de limitar a la pena la responsabilidad del deudor, conforme a la expresa autorización que para el efecto les confiere el artículo 1616 del Código Civil”

Así, sólo resta precisar, que si bien, por regla general la cláusula penal y los intereses moratorios no son acumulables o no pueden ser concomitantes; si la voluntad de las partes se direcciona en sentido contrario, es decir, si además de establecerse la cláusula penal como sanción por el incumplimiento, se dejó a salvo la posibilidad para el cumplido de exigir la indemnización de perjuicios, ambas figuras se presentarían en simultaneidad sin que al exigirse la cláusula penal “quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza”.

De tal forma ambas reparaciones son exigibles según el pacto expreso de las partes contrastantes y sometidas a los efectos de este laudo.

CAPITULO X

CONSIDERACIONES

1.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE UNA DE LAS PARTES

Como es obvio, para el Tribunal es claro que la parte **CONVOCADA** incumplió una de las obligaciones convenidas en el contrato de cuentas

de participación, en especial la obligación de hacer pactada entre las partes,³² y ante ello, deviene como inmediata consecuencia, la de revisar los efectos de tal incumplimiento.

Se probó el incumplimiento contractual respecto de la obligación convenida en cabeza del Gestor en la **CLÁUSULA OCTAVA** del contrato de cuentas en participación, al acreditarse la deficiencia y en ocasiones la inexistencia de la realización del procedimiento establecido para distribuir los resultados del negocio celebrado entre las partes, lo que a su vez generaba un desconocimiento oportuno del estado de la operación por parte del Partícipe.

Tal procedimiento establecido contractualmente en cabeza del **GESTOR**, se contempló de la siguiente manera, al tenor literal del **OTRO SÍ** del 26 de junio de 2015:

“OCTAVA. DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS: Para efectos de distribuir utilidades y/o pérdidas obtenidas como consecuencia de la participación porcentual en los resultados comerciales de los servicios prestados en virtud de éste contrato, las partes establecen el siguiente procedimiento:

- I. La liquidación se efectuará trimestralmente por el GESTOR CIAMSA.***
- II. El pago de las utilidades se efectuará simultáneamente al PARTÍCIPE y al GESTOR CIAMSA en el porcentaje establecido en la cláusula séptima del presente contrato una vez efectuado el respectivo corte trimestral.***
- III. En todo caso antes de distribuir utilidades, estas deben ser enjugadas con las pérdidas que se hayan llegado a generar en cualquier periodo anterior, y finalizado este proceso, deberá ser previamente avalado tanto por el PARTÍCIPE como por el GESTOR CIAMSA, mediante documento escrito que avale dicha rendición de cuentas que proponga enjugar las posibles pérdidas”***

Ante tal manifiesto incumplimiento, tiene aplicación el consenso contractual pactado como cláusula penal como en efecto lo pretendió la

³² La de rendir cuentas en las condiciones de tiempo y modo pactadas entre las partes.

parte **CONVOCANTE**, por lo cual debe operar a su favor la sanción establecida en la cláusula penal pactada en el contrato subsistente precisamente ante el incumplimiento de la obligación principal mientras el contrato surtía efectos entre las partes y en razón a la discusión previa y posterior a la terminación de asuntos sin resolver por las partes, derivados todos ellos de la relación contractual que los unió. Cláusula que devela precisamente la intención inequívoca de los extremos procesales de sancionar el incumplimiento contractual.

Ahora bien, se deduce del sentido literal de la cláusula en mención no solo su forma de liquidación para hacer efectiva la sanción que contempla, sino también la posibilidad de acudir adicionalmente a la indemnización de perjuicios, así:

“DIECISIETEAVA. CLÁUSULA PENAL: En caso de incumplimiento de las obligaciones surgidas en éste contrato por alguna de las partes, la parte incumplida se convertirá en deudora de la parte cumplida de una pena como estimación anticipada pero no definitiva del incumplimiento del contrato equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la utilidad reportada por el producto NITRO EFFI 100 durante los tres (3) meses al acaecimiento del incumplimiento, la cual será exigible ejecutivamente sin necesidad de requerimiento previo para constitución en mora no impedirá hacer efectivo cumplimiento del contrato, ni la indemnización total de los perjuicios ocasionados. Para hacer efectiva la cláusula penal, bastará la simple declaración del GESTOR CIAMSA o del PARTÍCIPE del incumplimiento de la otra parte, Las partes reconocen el mérito ejecutivo de esta cláusula penal y por lo otro, ésta se podrá hacer efectiva a través de un proceso ejecutivo.”

Ahora, los argumentos expuestos por la parte **CONVOCADA** para oponerse al derecho allí contemplado, se dirigieron a excepcionar el efectivo cumplimiento de las obligaciones, arguyendo que desde el mes de julio del año dos mil quince (2015) **CIAMSA** si remitió la información acerca de la operación trimestral, apoyándose en los documentos referidos en la demanda y reforma de la demanda como pruebas

documentales obrantes, pero sin embargo lo que precisamente refieren tales documentos, es el envío tardío o por fuera de los términos establecidos por las partes, así como los requerimientos que en distintas oportunidades realizó **TERKIM** a **CIAMSA** para el envío de la información financiera o rendición de cuentas acordada.

A su vez la **CONVOCADA** confiesa la ausencia de la información referida en la **CLÁUSULA OCTAVA** del contrato desde el inicio de la relación contractual, Agosto de 2013 y hasta el mes de julio de 2015, pero al respecto aduce que en virtud de no existir pronunciamiento durante ese lapso por parte de la **CONVOCANTE** echando de menos tal información, debe entenderse esa acción como una conducta concluyente negocial, en el entendido en que las partes claramente convinieron un comportamiento distinto al concertado contractualmente, sin embargo, en primer lugar, los mismos documentos que refiere la **CONVOCADA** como soporte del cumplimiento de la obligación, dan fe que las partes no convinieron prescindir de la rendición de cuentas o del informe financiero trimestral, y que por el contrario, lo que se observa de la conducta negocial de las partes es que nunca la **CONVOCANTE** se atemperó al incumplimiento absoluto que de su obligación de rendir cuentas tuvo **CIAMSA**, que de hecho se presentó durante el primer año de la relación contractual ya que precisamente, como lo hace constar William Cadavid, en mensaje de correo electrónico del 18 de diciembre de 2014 dirigido a comercial y gerencia de Terkim, **CIAMSA** inicia la rendición de cuentas aunque por fuera de las oportunidades convenidas, a petición de la parte **CONVOCANTE**, presentando el informe financiero de los últimos once (11) meses, expresando al final del mensaje aludido ***“Lo anterior acorde a solicitud recientemente efectuada”***.

A partir de la fecha, si bien el subsiguiente informe vuelve a contener no tres meses, sino seis (dic 2014 - junio 2015), la conducta de **CIAMSA**, por el contrario a lo esgrimido en los argumentos de defensa expuestos por la **CONVOCADA**, revela un querer ceñirse a lo convenido

estrictamente en la **CLÁUSULA OCTAVA** del contrato, realizando a partir de la fecha informes trimestrales, solo que enviándolos para conocimiento de **TERKIM** todos a destiempo, sin ningún patrón de regularidad en el tiempo de extemporaneidad, pues se aprecia el envío inoportuno en adelante, por **2, 3, 6 y 9 meses después de realizado el corte correspondiente**.

Ahora, se expone adicionalmente que debe entenderse que la rendición de cuentas pasó a hacerse verbalmente por las reuniones sostenidas constantemente entre los intervinientes, sin embargo, tales reuniones no podrán entenderse como una conducta contractual que haya modificado el convenio alcanzado por las partes para la rendición de cuentas, pues las mismas no estaban encaminadas al efecto, no se hacían con la periodicidad establecida y no constituían para **TERKIM** el medio idóneo para conocer los resultados financieros de la operación, lo que se puede concluir de la conducta de **CIAMSA** de retomar los informes escritos a petición de **TERKIM**, evidenciándose la idoneidad de la rendición de cuentas de esta manera con el correo del 20 de febrero de 2017 enviado por Comercial de **TERKIM** a Carlos Luna de **CIAMSA**, en el que le indica ***“estar a la espera del corte de enero de la línea”*** de conformidad con lo convenido en reunión anterior y la posterior liquidación efectivamente de ese mes, aunque enviada o dada a conocer por **CIAMSA** una vez terminada la relación contractual, lo que por el contrario, si de conducta contractual concluyente se hablase, daba a entender la pertinencia de los cortes trimestrales realizados en los tiempos convenidos y dados a conocer de inmediato, pues con éste último actuar se evidencia un acuerdo de rendición de cuentas periódica para satisfacer la necesidad de la **CONVOCANTE** de enterarse oportunamente de los resultados del negocio con el fin de tomar las medidas que su capacidad financiera le permitiese.

Quedó probado el requerimiento por parte de **TERKIM** del envío de la información, lo que permitió deducir a este Tribunal no sólo una conducta encaminada a exigir del otro extremo el cumplimiento de la

obligación a su cargo, sino, en palabras del mismo deponente, el cumplimiento tardío de la obligación.

Así las cosas, para este Tribunal el incumplimiento de la obligación aca referida, reputada al **GESTOR** por parte del **PARTÍCIPE** no sólo, no fue desvirtuada, sino que por el contrario resultó confesada por la **CONVOCADA** y probada por otros medios ya indicados, todo por lo cual deberá igualmente aplicarse tal sanción (cláusula penal) al presente asunto tal como fue convenida.

Ahora, adentrándonos al contenido de la Cláusula penal del contrato de cuentas en participación que unió a los extremos procesales, debe decirse que sus indicaciones para liquidar la sanción carecen de claridad, pues si bien indica que ésta equivaldrá al ***“[...] diez por ciento (10%) del valor total de la utilidad reportada por el producto NITRO EFFI 100 durante los tres (3) meses al acaecimiento del incumplimiento [...]”***, no se define si esos tres meses señalados son **anteriores o posteriores**, por lo que tal imprecisión exige de éste Tribunal, a la luz de las reglas de interpretación de los contratos, entender conforme a la voluntad de las partes, el periodo a analizar para la liquidación de dicha sanción.

Acudiendo a la regla general de interpretación contenida en el artículo 1620, 1621 y cc. del Código Civil que direcciona el entendimiento de que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, por lo que ante el anotado error acerca de interpretar de cuáles tres meses usar para liquidar la pena, si los anteriores, o si los posteriores, debe el Tribunal entender que es evidente que no puede ser con base en cuentas posteriores al incumplimiento; **sino anteriores**.

Por otro lado, dado que se dieron múltiples incumplimientos, pues durante muchos trimestres las cuentas no se presentaron en el tiempo acordado, la cláusula penal se aplica al último incumplimiento, de lo contrario se multiplicaría exponencialmente desdibujando el querer de

las partes, de modo que por no ser una sanción acumulable en obligaciones periódicas incumplidas reiteradamente, sólo habrá de aplicarse con base en los rendimientos del último trimestre de existencia del contrato. Aclarando que de no haber rendimientos, la cláusula sería inaplicable en respeto a la voluntad de las partes.

Así las cosas deviene en lógica la conclusión, en primer lugar, de que el incumplimiento a sancionar es el último generado y ante el cual la parte agraviada decidió tomar acciones, y subsiguientemente, que los meses cuyas utilidades son el sustrato para liquidar la Cláusula Penal establecida en el contrato que nos ocupa, son los tres meses anteriores a la fecha del acaecimiento de tal incumplimiento, pues, la voluntad de las partes estaba encaminada precisamente a obtener un estado de los resultados del negocio con una periodicidad de tres meses anteriores a la terminación del contrato, si se tiene en cuenta que hasta el último mes de ejecución del contrato **CIAMSA** incumplió su obligación de rendir cuentas a **TERKIM**, tal como lo habían concertado, por ende, ante la inexistencia de operación comercial después del acuerdo de terminación del contrato, es imposible referir utilidades del negocio a futuro y deberá en ese entendido tomarse como fuente de liquidación las utilidades pasadas, de los tres últimos meses de operación.

Así entonces, comprobado el incumplimiento de la obligación de rendición de cuentas por parte de **CIAMSA**, incumplimiento último que se verificó en el mes de febrero de dos mil diecisiete (2017), deberá tomarse como referente para la liquidación de la pena los meses de diciembre, enero y febrero inclusive, pues la operación mercantil se llevó a cabo hasta el día veintisiete (27) de febrero de dos mil diecisiete (2017). De manera que es a la utilidad de estos tres meses sobre las cuales se aplicará el porcentaje del diez por ciento (10%) establecido en la Cláusula Penal para liquidar el monto de la sanción.

Así entonces, atendiendo la información anexa al dictamen pericial rendido por la perito Miryam Caicedo Rosas, quien aportó mediante CD

el estimado de gastos, costos y utilidades durante toda la operación, se extrajo el valor de las utilidades de los tres últimos meses aludidos, **diciembre del año 2016 y enero y febrero del año 2017** y con base en dicha información se procedió a liquidar la sanción contenida en la cláusula penal, de conformidad con lo acordado por las partes, liquidación que arrojó los resultados que se exponen así:

PERIODO	UTILIDAD (U)	CLÁUSULA PENAL (10% U)
DICIEMBRE 2016.	\$ 65.431.605	\$ 6.543.161
ENERO 2017.	\$ 81.579.635	\$ 8.157.964
FEBRERO 2017.	\$ 19.663.142	\$ 1.966.314
TOTAL		\$ 16.667.438

2.- CONSECUENCIAS DE LA DIFERENCIA ENTRE LA LIQUIDACIÓN DE UTILIDADES Y PÉRDIDAS EFECTUADA POR CIAMSA AL FINALIZAR LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y LA OBTENIDA VÍA DICTAMEN PERICIAL:

Sobre el aspecto a destacar en éste capítulo, debe decirse desde ya, que quedó probado y por sendos dictámenes periciales, la existencia cierta de diferencias a favor de la **CONVOCADA** en la liquidación de pérdidas y utilidades efectuada al contrato de cuentas en participación.

Ciertamente, mediante el dictamen contable rendido por la doctora Myriam Caicedo Rosales, perfeccionado con la contradicción presentada por la **CONVOCADA** mediante otro dictamen pericial sobre

la materia, se logró corroborar la existencia de una diferencia entre la liquidación de utilidades y pérdidas que generó **CIAMSA** al finalizar la relación contractual entre los intervinientes y las que verdaderamente se presentaron de conformidad con el examen profesional efectuado, fundado sobre la contabilidad del **GESTOR**.

La diferencia aludida resultó liquidada finalmente en la suma de **CINCUENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$56.533.995)**, luego de controvertido el dictamen inicial proveído por la perito Miryam Caicedo Rosas, quien aceptó la contradicción propuesta con respecto a ciertos yerros contenidos en su dictamen inicial, pero finalmente concluyendo la suma antes referida, como la diferencia cierta al finalizar la relación contractual entre las partes, resumiendo ello en el siguiente diagrama:

AÑO	VR. LIQUIDADO INFORME DE ACLARACIONES	VR. LIQUIDADO CIAMSA	DIFERENCIA
2013	1.577.123	0	1.577.123
2014	33.211.419	21.060.000	12.151.419
2015	27.252.840	20.400.000	6.852.840
2016	(83.095.381)	(117.360.000)	34.264.619
2017	18.327.993	16.640.000	1.687.993
Total	(2.726.005)	(59.260.000)	56.533.995

Ahora bien, en el transcurso de la controversia planteada frente al dictamen pericial prenotado, la perito fue enterada de la compensación parcial de la factura No. **190476** de febrero 14 de 2017 por valor de **TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$39.880.000)**, cuyo pago en una proporción del 50% fue aprobado por **TERKIM** el 20 de febrero de 2017, y aceptado por **CIAMSA** el 21 de febrero de 2017, todo mediante mensajes de correos electrónicos cruzados, de manera que, el pago que la perito Caicedo había tenido en cuenta de esa factura, en realidad no correspondía al 100% de la misma, sino al 50% de ella.

Efectivamente resultó probada la compensación parcial de la factura en alusión con los mensajes de correo electrónico aportados con la

demanda y por ende el pronunciamiento final de la perito fue afirmativo respecto de dicha compensación, siendo tal resultado claro para este Tribunal todo por lo cual procederá a tenerse como pérdida asumida por **TERKIM**, sólo el **50%** de la factura en mención, es decir el valor de **\$19.940.000**; por lo que la diferencia a favor de **TERKIM** en el año 2016 como sumas pagadas en exceso, se reducirá igualmente en la suma **\$19.940.000**, resultando entonces la diferencia final, en la suma de **TREINTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE (36.593.995)**.

AÑO	VR. LIQUIDADO INFORME DE ACLARACIONES	VR. LIQUIDADO CIAMSA	DIFERENCIA
2013	1,577,123	-	1,577,123
2014	33,211,419	21,060,000	12,151,419
2015	27,252,840	20,400,000	6,852,840
2016	(83,095,381)	(117,360,000)	(\$34.264.619 - \$19.940.000) 14,324,619
2017	18,327,993	16,640,000	1,687,993
Total	(2,726,005)	(59,260,000)	36,593,995

Claro como está, que en efecto existe una diferencia a favor de **TERKIM** entre las sumas liquidadas por **CIAMSA** una vez terminada la relación contractual y lo que verdaderamente resultó de la operación mercantil, evidenciada en el dictamen ofrecido por la doctora Caicedo Rosas y complementado una vez realizado el correspondiente trámite de contradicción al mismo, es necesario ahora argüir que, sin lugar a dudas, se materializaron consecuencias que deberán observarse a la luz de las pretensiones sobre el particular planteadas por la convocante. Pretensiones que precisaron al respecto, lo siguiente:

“2.19. Que se condene a CIAMSA a pagar a TERKIM los intereses moratorios causados respecto de la utilidades efectivamente generadas desde el día 28 de febrero de 2017 y hasta la fecha efectiva de pago.

2.20. Que se ordene indexar las sumas de dinero cuyo pago sea ordenado en favor de TERKIM, a título de

reembolso de dineros que fueron pagados a título de pérdidas, desde la fecha en la cual se hizo el cobro de tales sumas por parte de CIAMSA y a cargo de TERKIM.”

Así entonces, sin que le sea dable a éste Tribunal desconocer los linderos planteados en la demanda y su contestación, las consecuencias en éste capítulo enunciadas se atemperan al petitum, ya que exceder los límites planteados en ellos significaría emitir un pronunciamiento extra o ultrapetita, en flagrante vulneración al principio de la congruencia de que habla el artículo 281 del Código General del Proceso³³, el cual impone unos linderos formales y materiales al fallador, para que tenga que centrar su atención única y exclusivamente en aquello que fue objeto real de las pretensiones y hechos de una demanda.

Efectivamente, atendiendo este principio y sin que le sea posible apartarse de ello al Tribunal al no observar una afrenta a otro principio prevalente o fundamental como para desconocer ésta regla general, las consecuencias de la diferencia impagada a **TERKIM** debe circunscribirse a lo pretendido, entendiéndose entonces que se liquidarán intereses moratorios sobre las sumas reportadas como diferencia en las utilidades liquidadas, desde el 28 de febrero de 2017 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de las mismas. Y que se indexarán las sumas atribuidas a pérdidas que se cobraron en exceso, de conformidad con lo establecido en la prueba pericial aludida.

Así las cosas, se deberá liquidar intereses moratorios al tenor de lo normado en el artículo 884 del Código de Comercio, desde el 28 de febrero de 2017 y hasta que **LA CONVOCADA** realice el pago efectivo

³³ ART. 281. —**Congruencias.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. **(Negrilla y sombreados del Tribunal).**

de la obligación, sobre la suma de **VEINTIDÓS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$22.269.375)**, que es la suma que corresponde a utilidades dejadas de pagar durante los años 2013, 2014, 2015 y 2017, de conformidad con las diferencias entre la liquidación obtenida por la doctora **CAICEDO** una vez aclarado su dictamen y la liquidación efectuada por **CIAMSA** antes.

En consecuencia, procede éste Tribunal a realizar la operación de liquidar tales intereses hasta la fecha del presente laudo, advirtiendo, claro está, que deberá actualizarse la suma hasta la fecha efectiva del pago. Así entonces, los intereses moratorios sobre dicha cantidad ascienden a la suma de **DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHO PESOS (\$16.832.708)** se itera, hasta la fecha presente de este laudo. Es decir que por concepto de utilidades más intereses moratorios desde la fecha de terminación del contrato de cuentas en participación y hasta la fecha del pronunciamiento de la presente decisión, la suma que debe reconocerse a la **CONVOCANTE** por utilidades dejadas de pagar e intereses causados hasta la fecha del laudo, asciende en total a **TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO DOS MIL OCHENTA Y TRES PESOS (\$39.102.083)**.

Por su parte, el valor a que asciende el concepto de pérdidas pagadas en exceso por la **CONVOCANTE**, como se evidenció en la liquidación final que contiene las diferencias con la liquidación efectuada por la **CONVOCADA**, es la suma de **CATORCE MILLONES TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$14.324.619)**, suma que **indexada**, tal y como lo pidió la parte actora, desde las fechas de pago de cada una de las facturas que hacía referencia a pérdidas del ejercicio comercial objeto del contrato de cuentas en participación que nos ocupa pagadas en exceso por **TERKIM** y hasta la fecha del presente laudo, asciende finalmente al

valor de **DIECISÉIS MILLONES DOSCIENTOS SEIS MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$16.206.417).**

Liquidación que se obtuvo con base en el siguiente cálculo.

CÁLCULO INDEXACIÓN SEMESTRE 1-2 Y 3-4			
Liquidación indexación			
año 2016			
1 y 2 Trimestre			
Utilidad / Pérdida Liquidación MCR	Factura Ciamsa	Diferencia	
(54,603,743)	77,480,000	22,876,257	
Factura Ciamsa	Fecha	Valor	
178297	8/8/2016	\$ 77,480,000	
Liquidación Indexación			
Fecha inicial	8/8/2016		
Fecha final	11/29/2019		
IPC Agosto 2016	92.73		
IPC octubre 2019	103.43		
Cálculo Indexación	25,515,920		
Liquidación indexación			
año 2016			
3 y 4 Trimestre			
Utilidad / Pérdida Liquidación MCR	Factura Ciamsa	Diferencia	
(28,491,638)	19,940,000	(8,551,638)	
Factura Ciamsa	Fecha	Valor	
190476	2/14/2017	\$ 39,880,000	
Liquidación Indexación			
Fecha inicial	2/14/2017		
fecha final	11/29/2019		
IPC Febrero 2017	95.01		
IPC octubre 2019	103.43		
Cálculo Indexación	(9,309,503)		
Total Cálculo indexación	16,206,417		

3.- DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA Y CONVOCANTE

Obrando en este sentido y de acuerdo con el artículo 96 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 282 ibídem le corresponde al Tribunal estudiar y decidir sobre las excepciones de fondo propuestas por la parte **CONVOCADA** en la contestación de la demanda y por la **CONVOCANTE** en la contestación a la demanda de reconvención, bajo la premisa de que

“Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”.

En este caso, los apoderados de las partes para el momento de dar contestación a la demanda, y a la demanda de reconvención refirieron concretamente las siguientes excepciones de mérito:

Tituladas por la convocada en la contestación de la demanda: **CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, PROCEDENCIA DE LOS GASTOS FINANCIEROS, FALTA DE INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO. EXISTENCIA DE CAUSA EXTRAÑA, BUENA FE Y PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS HECHOS PROPIOS, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO ADMINISTRACIÓN CONJUNTA E IMPUTABILIDAD DEL RESULTADO A TERKIM, COMPENSACIÓN, GENÉRICA.**

Sobre el particular debe este Tribunal advertir que el desarrollo del Laudo Arbitral hasta este punto, contiene la resolución de las excepciones propuestas por ambos extremos procesales, sin embargo, debe volverse a indicar, en primer lugar, que respecto de las excepciones propuestas por el extremo **CONVOCADO**, sólo tiene asidero a la luz de lo resuelto, las denominadas **“PROCEDENCIA DE LOS GASTOS FINANCIEROS”, “INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO” y**

“EXISTENCIA DE CAUSA EXTRAÑA” atada a la denominada **“BUENA FE Y PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS HECHOS PROPIOS”**.

La primera denominada **“PROCEDENCIA DE LOS GASTOS FINANCIEROS”** en el entendido de que en efecto, como lo aduce la **CONVOCADA**, siendo **CIAMSA** el gestor, debía financiar toda la operación, sin que le haya sido impuesto un límite para el efecto, ya que ello no se observa en ningún aparte del contrato de cuentas en participación celebrado por los extremos procesales, ni constituye una conducta que pueda apreciarse como conclusiva de las partes que se entienda como modificación contractual. De manera que la obligación al respecto que se le debe imputar con fuente legal y contractual, es realizar su mejor esfuerzo por los resultados óptimos del negocio, de tal manera que los gastos financieros efectuados por el **GESTOR** no podían desconocerse, incluso hacen parte de la contabilidad y son propios de la operación para establecer la utilidad neta sobre la cual pactaron las partes distribuir ganancias en los porcentajes de participación.

Entendiendo los gastos de financiación como propios de la contabilidad del negocio, estos nunca fueron relegados de los estudios periciales efectuados y sobre ello nada se adujo en las contradicciones presentadas, aceptándose así su inclusión para finalmente establecer las diferencias existentes entre la primigenia liquidación de pérdidas y resultados y la realizada al interior del proceso arbitral, de manera que la prosperidad de esta excepción se torna automática, en la medida en que va atada necesariamente a la imposibilidad de desconocer este rubro como intrínseco en la contabilidad para establecer la utilidad neta de la que pendía la distribución a las partes de los resultados del negocio.

Ahora bien, frente a la excepción denominada **“INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO”** atada a la denominada **“BUENA FE Y PROHIBICIÓN DE**

IR EN CONTRA DE LOS HECHOS PROPIOS” debe indicarse, como bien se dijo al resolver la imputación que realizaba la **CONVOCANTE** respecto de no haberse fijado el precio del producto **NITRO EFFI 100** como se convino contractualmente, que la incidencia en gran parte del precio de este producto estaba condicionado por el precio de su principal componente, la Urea y como tal las pérdidas del negocio no son atribuibles a ninguna falla en la gestión, dado que sobre todo se debieron a la fluctuación del precio de tal materia prima.

En efecto, la manera de establecer el precio final del producto **NITRO EFFI 100** lo describieron suficientemente los testigos entrevistados, notándose claramente que el producto estaba absolutamente atado a las particularidades de la materia prima mayoritariamente usada en la elaboración del mismo, como efectivamente es la **UREA**, por ser éste un commodity.

De esta manera, en lo atinente a los resultados del negocio, ningún reproche se hizo a la **CONVOCADA**, pues indudablemente, las condiciones del mercado fueron las que marcaron el derrotero del mismo, y no actos de administración, como pretendió esbozar la **CONVOCANTE**.

Así, la excepción en mención también es llamada a prosperar.

Las demás excepciones deben despacharse desfavorablemente de conformidad con lo indicado por las pruebas recopiladas y el estudio practicado por este Tribunal.

Ahora, respecto de las excepciones expuestas por la **CONVOCANTE** en la contestación dada a la **DEMANDA DE RECONVENCIÓN** y tituladas así: **COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, COMPENSACIÓN, PRESCRIPCIÓN, MALA FE DEL GESTOR, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA DEMANDADA EN RECONVENCIÓN, INCUMPLIENDO DEL DEBER DE GESTIÓN EN CABEZA DE CIAMSA COMO GESTOR, INCUMPLIMIENTO DEL GESTOR A SU OBLIGACIÓN DE PRESENTAR ESTADOS DE**

RESULTADOS DEL NEGOCIO EN LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO Y EN CONCORDANCIA CON LO REGLADO POR EL ARTÍCULO 512 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS, EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO y LA GENÉRICA QUE RESULTE DEMOSTRADA DENTRO DEL PROCESO este Tribunal dispone, atendiendo lo ya aludido en el desarrollo del Laudo, que están llamadas a prosperar las denominadas **COBRO DE LO NO DEBIDO, INCUMPLIMIENTO DEL GESTOR A SU OBLIGACIÓN DE PRESENTAR ESTADOS DE RESULTADOS DEL NEGOCIO EN LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO Y EN CONCORDANCIA CON LO REGLADO POR EL ARTÍCULO 512 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS**, con base en los argumentos esgrimidos en los capítulos anteriores y concretamente en razón de las siguientes consideraciones.

Así entonces, es menester indicar que la primera “**COBRO DE LO NO DEBIDO**” y última “**AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS**” de las excepciones que se refiere que prosperan para el demandado en reconvención, tienen cabida en la medida en que las sumas pretendidas en la demandada en reconvención no tienen asidero probatorio, pues en primer lugar, el incumplimiento de dos de las obligaciones que se enrostran al partícipe **TERKIM S.A.S.**, no se acreditaron, ya que las conductas reputadas para su estructuración no se probaron y por el contrario fueron desvirtuadas por los medios probatorios documentales y testimoniales, y por ende la sanción por dicho incumplimiento no tiene ocasión. Por su parte, demostrado quedó que de la liquidación del contrato sí existe una diferencia, pero esta le favorece al **PARTÍCIPE**, demandante en reconvención, optando la **CONVOCADA**, finalmente por aceptar que en efecto era así, solo contradiciendo el dictamen que abrió paso a este reconocimiento, en cuanto a la suma adeudada al partícipe por concepto de liquidación de

resultados a la terminación del contrato de participación, debiendo así, declararse la prosperidad de estas dos excepciones propuestas.

Por su parte, la excepción denominada **“INCUMPLIMIENTO DEL GESTOR A SU OBLIGACIÓN DE PRESENTAR ESTADOS DE RESULTADOS DEL NEGOCIO” EN LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO Y EN CONCORDANCIA CON LO REGLADO POR EL ARTÍCULO 512 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**”, se sabe que ha prosperado en la medida que se accedió a las pretensiones que en el mismo sentido expuso esta parte pues cuando se analizó el cumplimiento o no de tal obligación, finalmente se concluyó que la prueba documental y testimonial respectiva, sin duda alguna refería un incumplimiento de esta en los términos establecidos contractualmente, es decir, **EL GESTOR**, no proporcionó la rendición de cuentas a la que se había comprometido, en los tiempos oportunos señalados en el contrato de cuentas en participación que unía a las partes, incluso hasta el último mes de ejecución del contrato.

La demás excepciones propuestas por la parte demandada en reconvención no prosperarán, ni encuentra este Tribunal alguna otra que deba reconocer oficiosamente.

4.- DE LA OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO Y SUS CONSECUENCIAS

Sobre el particular debe destacar este Tribunal que la parte demandada **CIAMSA** y la demandante **TERKIM**, al contestar la demanda y la demanda de reconvención, objetaron debida y oportunamente el Juramento estimatorio propuesto por la parte contraria.

La **CONVOCANTE** en la demanda reformada estimó la Cuantía en **CUATROCIENTOS DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. (\$402.750.000).**

La **CONVOCADA** en la demanda de reconvencción estimó la cuantía en **CUARENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS MIL CIENTO SETENTA Y TRES PESOS M/CTE. (\$47.300.173).**

Como de las pretensiones de las partes sólo resultaron probadas algunas propuestas por la parte **CONVOCANTE** y ninguna de la parte **CONVOCADA**, correspondiendo según liquidaciones anteriores a la suma de **SETENTA UN MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$71.975.938)**, a la fecha, es evidente que la estimación objetada respecto de la demanda, supera en más de un 50% el valor probado y liquidado de las pretensiones que resultaron probadas, lo que significa a primera vista, que la parte **CONVOCANTE** debería pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada³⁴.

A pesar de lo anterior, este Tribunal se ve en la obligación de analizar en detalle el origen de la diferencia aparecida, con el fin de concluir si es o no procedente la aplicación de la mencionada sanción y a reglón seguido, si la sanción es o no procedente en el mismo sentido en contra de la parte **CONVOCADA**.

Considera este Tribunal que a pesar de desestimarse parcialmente las pretensiones de la **CONVOCANTE**, respecto de las atinentes a utilidades no pagadas o pérdidas asumidas sin obligación de ello, que es en donde en esencia aparece una gran diferencia entre lo estimado por la parte actora y lo que habrá de conceder este Tribunal, dígase que no existió a criterio del Juzgador, actos de temeridad o mala fe, de la parte **CONVOCANTE**, ni de su apoderada judicial, para pensar que la

³⁴ **LEY 1743 DE 2014. Artículo 13. Modificación al Juramento Estimatorio.** “Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”

existencia de ésta diferencia aritmética, más no esencial, obedeciera a artimañas tendientes a reclamar derechos inexistentes; dado que la cuantía que marca la diferencia fundada en el valor que debía otorgarse como diferencia entre las utilidades y las pérdidas liquidadas al finalizar la relación contractual y la liquidación que realmente contiene las utilidades y pérdidas pendientes de adjudicar, obedece a criterios subjetivos válidos, como se pasa a explicar.

Quedó demostrado en el proceso, la existencia de un debate limpio y franco, que conlleva a este Juzgador a acogerse a los criterios claros y contundentes expuestos en la sentencia de la Corte Constitucional C-157 del 21 de Marzo del 2013, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González, que en su ratio decidendi³⁵ con acierto dictaminó para aquel entonces, al referirse a la exequibilidad o no de ese tipo de sanción que ella no debía aplicarse objetivamente y sin consideraciones de ninguna naturaleza, por estimar que podía existir desproporción en su aplicación. El mismo criterio se mantiene y en sentencia C-067 de 2016 en la que se precisó nuevamente que lo que se condena con las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso, es la realización de demandas temerarias o fabulosas, conceptos que sin duda alguna, refieren una actitud con mala fé del que demanda.

Así entonces, sea lo primero señalar que si bien la **CONVOCANTE** refirió una diferencia amplia entre la liquidación de pérdidas y resultados que presentó **CIAMSA** al finalizar la relación contractual que los unía y la que estimaba la contadora adscrita a **TERKIM**, la gestión del negocio por la misma naturaleza del contrato de cuentas en participación, la contabilidad y los soportes financieros y contables de todo tipo, recaían en cabeza y estaban en poder de la **CONVOCADA**, de manera que la **CONVOCANTE** con base en información disgregada y considerando el incumplimiento de la obligación de la **CONVOCADA** de incluir en el precio final del producto **NITRO EFFI 100** los costos y gastos en la forma

³⁵ Aclarando que para el Tribunal es claro que la norma vigente para la fecha de ese pronunciamiento no es la misma que hoy gobierna la materia, aunque su razón de ser es exactamente igual.

que ella estimaba procedente y no en la forma que finalmente lo hizo **CIAMSA**, subjetivamente estimó dicha diferencia, partiendo de sus propias estimaciones sobre cómo debía fijarse el precio final del producto en mención, sin observarse mala fe en su actuar, solo en su entender, un incumplimiento contractual al que le imputaba las pérdidas finales de la operación, en virtud del desconocimiento sobre el comercio de la Urea en su condición de commodity, tal como resultó probado y constituyó uno de los argumentos de defensa de la **CONVOCADA**, sujeto procesal que sí era vasto conocedor del comportamiento de una materia prima como esta. Sin embargo la **CONVOCANTE** era consciente del posible desfase en la estimación de sus pretensiones sobre el particular, razón por la que a su costa solicitó la exhibición de documentos contables de **CIAMSA** con intervención de perito contador para que estimara fehacientemente la diferencia señalada y también por la **CONVOCADA** en la demanda de reconvención.

Resulta entonces que a pesar de que la cifra tasada por la **CONVOCANTE** en la demanda como estimación de su cuantía es superior en grado sumo al 50% a la tasada por este Tribunal, es evidente que la diferencia se debe a un criterio de interpretación mediante el cual supuso la estimación errada del precio del **NITRO EFFI 100** y estimó a la vez la diferencia que reputaba de la liquidación final de pérdidas y resultados con base en ello, y no a actos de temeridad o mala fe, pues la parte convocante consideró que existía un incumplimiento en esta materia por parte de la **CONVOCADA** ante el desconocimiento del comercio de la **UREA** aceptado por la misma **CONVOCADA** y ante el acceso disgregado a la información contable de ésta en virtud de no haberse llevado la contabilidad del contrato de cuentas en participación por separado, como lo estimaba procedente la **CONVOCANTE**, sin que como finalmente se probó fuera esa una obligación legal o de técnica contable que hubiera dejado de observar la **CONVOCADA**.

Mientras que en su lugar este Tribunal acogió como suficiente y razonable lo probado mediante el dictamen pericial rendido por la Doctora Miryam Caicedo Rosas, el dictamen de contradicción y su posterior aclaración, sin que por esa causa se pueda deducir que la parte convocante actuó de forma temeraria y/o infundada.

Ahora, respecto del juramento efectuado por la **CONVOCADA** en la demanda de reconvención, debe decirse que pese a que no se declara la prosperidad de las pretensiones de ésta parte en absoluto, finalmente quedó probada la existencia de diferencias entre la liquidación de pérdidas y utilidades a la terminación del contrato y la realizada por la perito Miryam Caicedo en consonancia con la aclaración subsiguientemente realizada y en efecto se acreditó la existencia de pérdidas, sin embargo al enjuagarlas con utilidades, tal como se convino contractualmente, aquellas resultaron subsumidas y superadas por éstas, por ende se reconocieron diferencias en favor de la **CONVOCANTE**, más en ningún sentido resulta absurdo o de mala fe el actuar de la **CONVOCADA** en la reconvención, incluso es menester resaltar que ésta misma parte aportó dictamen pericial en el que se refirió que a pesar de no haber incluido en los informes la liquidación de los costos y gastos señalados, sí los contenía la contabilidad general de la línea de fertilizantes de la empresa, contabilidad que resultó analizada en su totalidad y fue tomada en cuenta en el examen pericial realizado por la doctora Miryam Caicedo Rosales y su consecuente aclaración.

Por lo anterior, es por lo que este Tribunal, a pesar de desechar parcialmente las pretensiones de la **CONVOCANTE** y por completo las de la **CONVOCADA** en la demanda de reconvención, no encuentra una actitud reprochable de ninguno de los extremos procesales para aplicar la sanción del mencionado artículo 13, de la ley 1743 del 2014 que modificó parcialmente el artículo 206 del Código General del Proceso.

5.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Al haberse declarado prósperas algunas de la pretensiones de la **CONVOCANTE**, aunque no en los términos concretos establecidos en las mismas y ninguna de la **CONVOCADA**, pese a la declaratoria de prosperidad de algunas excepciones tanto de la parte **CONVOCADA** al contestar la demanda como de la **CONVOCANTE** al contestar la demanda de reconvención, las excepciones prósperas de la parte **CONVOCADA** no fueron capaces de afectar las pretensiones reconocidas a la parte actora, pues aunque se reconoce la existencia de los hechos en que tales excepciones se fundaron, no se reconoce efectos prácticos que permitan desestimar las pretensiones incoadas por la **CONVOCANTE** y parcialmente reconocidas. Razones por las que este Tribunal procede a efectuar la liquidación de costas y agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, condenando a la parte vencida en este proceso.

De conformidad con el informe que obra en el expediente, en relación con los pagos efectuados por concepto de honorarios y gastos del proceso, se encuentra lo siguiente:

La **CONVOCANTE TERKIM S.A.S** canceló la cantidad de **DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL CIENTO TRECE PESOS M/CTE. (\$18.340.113.00)** correspondiente al **50%** de honorarios y gastos del Tribunal arbitral, fijados en **auto No. 15 del 28 de enero de 2019** y canceló la suma de **DOS MILLONES DE PESOS M/Cte. (\$2.000.000.00)** como gastos de pericia y **OCHO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$8.000.000.00) M/CTE.** más **UN MILLÓN QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS M/CTE. (\$1.520.000,00)**, correspondiente al 100% de honorarios definitivos más IVA a la Perito **MIRYAM CAICEDO ROSAS**, fijados mediante **auto No. 22 de abril 1 de 2019** y **auto No. 34 de septiembre 16 de 2019.**

En consecuencia, los valores referidos a cargo de la convocada y a favor de la convocante son los siguientes:

Por concepto del valor total pagado por la **CONVOCANTE** por honorarios del Árbitro, de la Secretaría, de los gastos de funcionamiento del Tribunal, de los Honorarios Periciales y Costos de Administración de la Cámara de Comercio, la suma total y única de **VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL CIENTO TRECE PESOS Mcte. (\$29.860.113.00)**, discriminado así:

1.- La cantidad de **OCHO MILLONES CIENTO SETENTA MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS M/Cte. (\$8.170.057.00)**, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del árbitro, incluido el IVA.

2.- La cantidad de **CUATRO MILLONES OCHENTA Y CINCO MIL VEINTIOCHO PESOS M/Cte. (\$4.085.028.00)**, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de la Secretaria del Tribunal, incluido el IVA.

3.- La cantidad de **CUATRO MILLONES OCHENTA Y CINCO MIL VEINTIOCHO PESOS M/Cte. (\$4.085.028.00)**, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los gastos de Administración a la Cámara de Comercio de Santiago de Cali (Valle del Cauca), incluido el IVA.

4.- La cantidad de **DOS MILLONES DE PESOS M/Cte. (\$2.000.000.00)**, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral.

5.- La cantidad de **DOS MILLONES DE PESOS M/Cte. (\$2.000.000.00)**, por el valor del cien por ciento (100%) como gastos de pericia cancelados a la perito **MIRYAM CAICEDO ROSAS**.

6.- La cantidad de **NUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS M/Cte. (\$9.520.000,00)**, por concepto de los honorarios definitivos más IVA, señalados a la Perito **MIRYAM CAICEDO ROSAS** por la realización de la diligencia solicitada.

En cuanto al valor correspondiente a las agencias en derecho, siguiendo una costumbre de los Tribunales de Arbitramento, se condenará a cubrir, por la parte convocada la cantidad de **TRECE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$13.731.187)**, igual a los honorarios fijados para el Árbitro.

6.- CONCLUSIÓN

Por concepto de costas y agencias en derecho, la parte convocada sociedad **CIAMSA S.A.** deberá pagar a la parte convocante sociedad **TERKIM S.A.S** la cantidad de **CUARENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE. (\$43.591.300)**, valor que deberá cubrirse a partir de la ejecutoria de este laudo. A partir del vencimiento señalado, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley.

CAPITULO XI

DECISIÓN

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas entre la **CONVOCANTE** sociedad **TERKIM S.A.S.** y la **CONVOCADA** sociedad **CIAMSA S.A.**, mediante decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

1.- Por las razones expuestas en las consideraciones anteriores, declarar la prosperidad parcial de las pretensiones esgrimidas por la **CONVOCANTE TERKIM S.A.S.**

2.- A su vez, declarar probadas las excepciones propuestas por la **CONVOCADA, CIAMSA S.A.** denominadas “**PROCEDENCIA DE LOS GASTOS FINANCIEROS**”, “**INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO**” atada a la denominada “**BUENA FE Y PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS HECHOS PROPIOS**” esgrimidas frente a la demanda.

3.- Declarar probadas las excepciones propuestas por la **CONVOCANTE, TERKIM S.A.S.**, denominadas “**COBRO DE LO NO DEBIDO**”, “**INCUMPLIMIENTO DEL GESTOR A SU OBLIGACIÓN DE PRESENTAR ESTADOS DE RESULTADOS DEL NEGOCIO EN LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO Y EN CONCORDANCIA CON LO REGLADO POR EL ARTÍCULO 512 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**”, y “**AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS**”, esgrimidas frente a la demanda de reconvención.

4.- Consecuencialmente, declarar por las razones expuestas a lo largo de las consideraciones del presente Laudo, que entre las partes se celebró y ejecutó un contrato de cuentas en participación para la elaboración, distribución y comercialización de **NITRO EFFI 100** y el mismo subsistió desde el **06 de agosto de 2013 hasta el 27 de febrero de 2017**, fecha en la que terminó por mutuo acuerdo entre las partes.

5.- Declarar que en dicho contrato se pactó como porcentajes de participación, los siguientes, **20%** para el partícipe **TERKIM S.A.S.** y **80%** para el Gestor **CIAMSA S.A.**

6.- Declarar que el **GESTOR CONVOCADO CIAMSA S.A.** incumplió la obligación de rendir cuentas sobre las utilidades y pérdidas del negocio celebrado con **TERKIM S.A.S.** de conformidad con lo concertado en la cláusula **OCTAVA numeral I** del contrato de cuentas en participación antedicho.

7.- Como consecuencia, condenar a la **CONVOCADA CIAMSA S.A.** a pagar a la sociedad **CONVOCANTE TERKIM S.A.S.** la suma de **DIECISÉIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/cte. (\$16.667.438.00)** por concepto de la **CLÁUSULA PENAL** convenida entre las partes en el Otrosí al contrato de cuentas en participación celebrado el 26 de junio de 2015.

8.- Condenar a la **CONVOCADA CIAMSA S.A.** a pagar a la **CONVOCANTE TERKIM S.A.S.** la suma de **VEINTIDÓS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/Cte. (\$22.269.375)** correspondiente las utilidades dejadas de pagar por **CIAMSA S.A.** durante el desarrollo del contrato de cuentas y participación.

9.- Condenar a la **CONVOCADA CIAMSA S.A.** a pagar a favor de la **CONVOCANTE TERKIM S.A.S.** la suma de **DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHO PESOS M/cte. (16.832.708)** por concepto de intereses moratorios liquidados a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera de Colombia desde el día 28 de febrero de 2017 y hasta la fecha del presente laudo y los demás que se generen hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago referido en el numeral inmediatamente anterior.

10.- Condenar a la **CONVOCADA CIAMSA S.A.** a pagar a favor de la **CONVOCANTE TERKIM S.A.S.** la suma de **CATORCE MILLONES TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/cte. (\$14.324.619)** a título de reembolso de las sumas pagadas por **TERKIM S.A.S.** como pérdidas asumidas sin lugar a ello.

11.- Condenar a la **CONVOCADA CIAMSA S.A.** a pagar a favor de la **CONVOCANTE TERKIM S.A.S** la indexación causada sobre la suma establecida por este Tribunal en el punto inmediatamente anterior (10) del **RESUELVE** desde las fechas señaladas en el capítulo **“CONSECUENCIAS DE LA DIFERENCIA ENTRE LA LIQUIDACIÓN DE UTILIDADES Y PÉRDIDAS EFECTUADA POR CIAMSA AL FINALIZAR LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y LA OBTENIDA VÍA DICTAMEN PERICIAL”** y hasta que se haga efectivo el pago de la misma, indexación que hasta la fecha del presente laudo, representa el valor de **UN MILLÓN OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/cte. (\$1.881.798)**

12.- Condenar a la parte **CONVOCADA CIAMSA S.A.** al pago de costas y agencias en derecho a favor de la parte **CONVOCANTE TERKIM S.AS.**, por la suma de **CUARENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS PESOS M/cte. (\$43.591.300)**, conforme la liquidación arriba realizada.

13.- Dispóngase que una vez esté en firme esta providencia, se devuelva la suma de dinero sobrante por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso.

14.- Expídase por secretaría copia de este Laudo a cada una de las partes y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santiago de Cali (Valle del Cauca). En la copia de la parte convocante se hará constar la ejecutoria del laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

15.- Disponer que en firme este Laudo Arbitral, el respectivo Laudo junto con el expediente se entregue para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, de conformidad a lo señalado por el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

**EL PRESENTE LAUDO QUEDA NOTIFICADO A LAS PARTES EN
ESTRADOS Y PRESTA MÉRITO EJECUTIVO.**

CÚMPLASE.

LUIS FELIPE GONZALEZ GUZMAN

Árbitro

MARIA DEL PILAR SALAZAR SANCHEZ

Secretaria