

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. (CONTRATANTE) CONTRA APOYO P.O.P. LTDA. (CONTRATISTA)

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, nueve (9) de agosto de dos mil cuatro (2004)

Habiendo cumplido a cabalidad el trámite arbitral, agotadas cada una de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento (decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, decreto 2651 de 1991 y 1818 de 19998) y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal dentro del término legal a decidir el conflicto planteado en las pretensiones sometidas a su consideración, profiriendo la correspondiente decisión de mérito con la cual pone fin al presente proceso promovido por ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA, contra APOYO P.O.P. LTDA.

I. ANTECEDENTES

EL PACTO ARBITRAL

La estipulación del pacto arbitral se concretó en la cláusula octava del documento privado de fecha 30 de mayo de 2000 (Fol.24 C.1), la cual textualmente dice así:

“CLAUSULA OCTAVA.- CLAUSULA COMPROMISORIA.- Las diferencias o controversias que se presenten entre EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA por su condición de tales y por razón del contrato social, durante la vigencia de éste, o a su

terminación, o durante el período de liquidación, serán sometidas a la decisión de un (1) árbitro que ha de ser ciudadano colombiano en ejercicio de sus derechos y abogado facultado para el ejercicio de su profesión, designado por la Cámara de Comercio de Santiago de Cali. Presentada la controversia, cualquiera de las partes podrá acudir a la Cámara de Comercio en solicitud del nombramiento del árbitro. La solicitud se hará por escrito y en ella se expresarán las diferencias materia del arbitraje. Si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes la Cámara de Comercio de Santiago de Cali no efectúa la designación, cualquiera de las partes podrá acudir al Juez del Circuito de Santiago de Cali en lo Civil en la forma y con las finalidades establecidas en el artículo 9º del Decreto Extraordinario 2279 de 1989. El Tribunal de Arbitramento funcionará en la ciudad y Municipio de Santiago de Cali y el árbitro decidirá en derecho.”

La sociedad ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA., en adelante sociedad A.B. Ltda. por conducto de su apoderado judicial, solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento, encargado de dirimir en derecho la controversia suscitadas con la sociedad Apoyo P.O.P. Ltda., como parte dentro del contrato del contrato denominado de “Representación Comercial Integral”, en razón a su presunto incumplimiento, pretendiendo el pago de los perjuicios derivados de dicha situación.

Recibida la solicitud por parte del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la dirección del mismo procedió a efectuar la designación del árbitro único, mediante sorteo público recayendo dicho nombramiento en la Doctora MARTHA ISABEL NAVIA RAFFO.

El 16 de julio de 2003, la Doctora MARTHA ISABEL NAVIA RAFFO aceptó la designación como árbitro único que se le hiciera.

El 18 de julio de 2003, la Dirección del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, señaló el 24 de julio de 2003 a las 2:30 p.m. como fecha para instalación del Tribunal y se realizaron las citaciones a las partes. Previo a la Instalación del Tribunal, se realiza por parte del Arbitro Único, declaración de independencia.

Realizada la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, se hicieron presentes además de la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje, doctora CAROLINA ROCHA BARRETO, el árbitro único, doctora MARTHA ISABEL NAVIA RAFFO, el apoderado de la parte convocante, la señora representante legal suplente de la sociedad Apoyo P.O.P. Ltda. y su abogada.

En esta audiencia se fijó como sede del Tribunal de Arbitramento y de la secretaría, las dependencias del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, ubicada en la Calle 8 No. 3-14 Piso 4, Edificio Cámara de Comercio, de la ciudad de Cali, se reconoció al doctor FRANCISCO OCTAVIO HERNÁNDEZ BARONA , como apoderado de la parte convocante y se designó al señor LUIS MIGUEL MONTALVO PONTON como secretario, se fijaron los honorarios del árbitro y el secretario así como las cantidades correspondientes a gastos de funcionamiento y de administración del Tribunal, de todo lo cual da cuenta el acta No. 01 de dicha fecha.

Encontrándose dentro del término legal de diez días las partes consignaron a ordenes del Presidente del Tribunal las cantidades fijadas por concepto de honorarios y gastos .

El 27 de agosto de 2003 se da inicio a la primera audiencia de trámite se declara competente el Tribunal, se admite la demanda arbitral, se reconoce personería a la doctora ALBA LUCIA MEJIA MINOTTA como apoderada de la sociedad convoca y se notifica dela del auto admisorio y se le corre traslado del escrito de demanda

Estando dentro del término legal, la apoderada de la sociedad demandada presentó la contestación a la demanda arbitral, propuso excepciones de mérito e igualmente presentó demanda de reconvención.

Teniendo en cuenta que la demanda de reconvención procuraba nuevas cuestiones para ser tenidas en consideración por el Tribunal, este de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 del decreto 1818 de 1998, procedió a adicionar la cantidad correspondiente a honorarios, habiendo las partes aceptado las cantidades fijadas sin objeción alguna, consignado los valores determinados dentro del término legal, de lo anterior da cuenta el acta No. 4 del 11 de Septiembre de 2003, audiencia en la que se continuo con el desarrollo de la primera audiencia de trámite

El 15 de octubre de 2003 se corrió traslado a la parte convocante de la demanda de reconvención, la cual procedió a contestar dentro del término proponiendo excepciones de mérito.

El 30 de octubre de 2003, se corrió traslado a las partes de las excepciones propuestas tanto al escrito de demanda principal como al de la demanda de reconvención, y se fijó fecha de audiencia de conciliación para el 11 de noviembre de 2003, fecha en la que esta no se realizó al haber sido presentado escrito de solicitud de aplazamiento por la parte convocada.

El 18 de noviembre de 2003, se realiza la audiencia de conciliación y estando presente los apoderados de las partes, se dejó constancia que no les asistía ánimo conciliatorio y en consecuencia por medio de auto No.10 del 18 de Noviembre de 2003, se declara fracasada la conciliación.

La parte convocada a través de escrito presentado por su apoderado solicitó la aplicación de lo dispuesto en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, al no haber estado presente el representante legal de la parte convocante en la audiencia de conciliación, dicha petición fue resuelta desfavorablemente, de ello da cuenta el auto No. 11 del 2 de diciembre de 2003. En esa misma audiencia y por medio de auto No. 12. procedió el Tribunal a decretar las pruebas solicitadas tanto por la para la parte convocante como por la convocada, finalizando así la primera audiencia de trámite, en esta misma audiencia los apoderados de las partes en virtud de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, solicitaron la suspensión del proceso arbitral desde el 3 de diciembre de 2003 hasta el 19 de enero de 2004 inclusive, solicitud que fue resuelta favorablemente por el Tribunal a través de auto No. 14 del 2 de diciembre de 2004, contando a partir del 20 de enero de 2004, el término de 6 meses para proferir el laudo arbitral. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991.

El 29 de junio de 2004a través de escrito presentado ante la secretaría del Tribunal, las partes solicitaron la prorroga del término previsto en un mes adicional a los seis meses iniciales lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, venciendo el término para proferir el laudo el 20 de agosto de 2004.

El 19 de julio de 2004, se efectuó la audiencia de alegaciones, recibiendo por escrito los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las partes; y se señaló como fecha y hora para emitir el laudo, el día 11 de agosto de 2004 a las 8:30 p.m. en el lugar de funcionamiento del tribunal.

II. DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA, LAS PRETENSIONES, SU CONTESTACIÓN, DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SU CONTESTACIÓN

SÍNTESIS HECHOS DEMANDA

1. La sociedad A.B. LTDA. suscribió con APOYO P.O.P. LTDA. el 30 de mayo de 2000 contrato denominado de representación comercial integral de los productos fabricados por A.B. LTDA. en todas las tiendas o almacenes de cadena especialmente en el canal de autoservicios, a nivel nacional, bajo las políticas y condiciones de la contratante y a su nombre.
2. En la cláusula octava se pactó entre las partes cláusula compromisoria.
3. Desde el inicio de la ejecución del contrato se presentaron fallas en la prestación del servicio de representación comercial integral.

Precaria y deficiente gestión que se reflejaba en disminución ostensible y comprobable de ventas, pérdida de mercado y degradación de la marca que llevaron al contratante a dar por terminado unilateralmente el contrato mediante decisión comunicada el día 08 de julio de 2002.

4. Inadecuada infraestructura en materia logística que llevaron a la demandada a subcontratar la labor encomendada en materia de bodegaje y distribución.
5. Inadecuada tecnología informativa para el manejo confiable y oportuno de inventarios, facturación y ventas por distrito.
6. Despachos inoportunos y/o incompletos.
7. Falta de oportunidad en los informes estadísticos respecto a ventas, inventarios, cartera, recaudos, etc.
8. Inadecuado manejo de productos que requerían refrigeración.
9. Deficiente elaboración de facturas.
10. Carencia de infraestructura para garantizar el adecuado cubrimiento nacional en la representación de los productos.
11. La precaria e inestable gestión como operador logístico impidió la salida al mercado de la línea D'Oro por falta de codificación.
12. Recaudos no entregados en fechas previstas, cobro de cartera deficiente e irregular.
13. Representación de otros fabricantes de pasta no obstante la prohibición contractual.

PRETENSIONES

1. Que se declare que hubo cumplimiento imperfecto del contrato de representación comercial integral al no haberse observado la responsabilidad correspondiente a la modalidad del contrato.
2. Que como consecuencia se declare la existencia de perjuicios de daño emergente y lucro cesante y la obligación de ser indemnizados por vía compensatoria y moratoria.

SÍNTESIS CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. Acepta la existencia del contrato y hace notar que no aparece que la demandada se haya obligado a representación comercial en tiendas pequeñas o de barrio, ni en mini mercados, graneros y todo punto de venta que no sea canal de auto servicios.
2. Acepta la existencia de la cláusula compromisoria y advierte que cualquier relación contractual de hecho, por fuera del contrato, no debe ni puede revisarse, ni estudiarse y menos dirimirse haciendo uso de dicha cláusula.
3. Que la demandada no ofreció sus servicios sino que fue solicitado por la demandante que conocía de su desempeño.
4. Que no es cierto que la marca Laura gozara de tanto prestigio ni del good will que cree el demandante, la marca Laura estaba deteriorada y el volumen de ventas y calidad por debajo de otras marcas como Doria y La Muñeca.
5. Que del volumen entregado por el demandante, más del 30% se daba en canales de venta que el demandado no asumía contractualmente y en igual porcentaje el precio de Laura era mayor al de Doria y La Muñeca.
6. En cuanto a las ventas, pérdida del mercado y degradación de la marca sucedió porque el demandante, a) No hacía inversiones promocionales no obstante estar, de acuerdo con el contrato, obligado a destinar el 8% del valor de las ventas, b) inasistía a eventos promocionales, c) presentó problemas de calidad y empaque del producto, d) adolecía de suficiente flujo de caja y, a veces, se veía impedido para llevar a cabo los despachos hasta las bodegas del demandado, e) no peleaba espacios dentro del lineal de ventas, f) nunca quiso sufragar costos de codificación.
7. Las facturas correspondían a un porcentaje de ventas por mes y un porcentaje de cartera mensual recaudada. La demandada no

podía tener interés en dejar caer las ventas ni errar en la facturación porque sus ingresos iban en proporción directa a gestión de ventas y recaudos.

8. La demandante engañó cuando le planteó, cerró el negocio y suscribió el contrato, hablando de un volumen de clientes correspondientes a determinada cifra y la realidad era totalmente diferente, pues eran el doble.

9. No era obligación de la demandada codificar la línea D'Oro.

10. Las existencias de productos no se agotaron por falta de información sino por falta de recursos del empresario para producir lo requerido por el mercado y el perjuicio fue para la demandada que no pudo llevar a cabo su gestión y por ende las utilidades y expectativas proyectadas.

11. La cartera se recuperó en la medida en que ésta lo permitía, pero por su naturaleza y mala asignación de crédito a clientes que no calificaban se hizo imposible un recaudo exitoso.

12. El mal manejo de cartera que se hizo por parte de dos empleados de la demandada en cuantía de \$12.494.000, fue reconocido y se ofreció descontar de lo adeudado por la demandante.

13. La razón para conciliar el 22 de marzo de 2002, fue el cobro ejecutivo por no-cancelación de \$163.541.814 a cargo de la demandante y a favor de la demandada por concepto de servicios de representación comercial.

14. No es cierto que la demandada haya representado a otros fabricantes de pastas alimenticias.

15. La demandada no ha causado perjuicio alguno que deba ser indemnizado. ¿Si el servicio prestado no era idóneo, si la empresa contratada no llenaba las expectativas de experiencia que el demandante buscaba, por qué no dio por terminado el contrato desde el inicio cuando se percato de esta situación? La subcontratación de servicios no estaba prohibida en el contrato.

16. Las obligaciones pactadas entre las partes fueron siempre de medio y la representación comercial integral era “**bajo las políticas y condiciones del contratante**”

17. Para que haya lugar a condena de pago de perjuicios deberá probarse culpa y daño a cargo de la demandada

A LAS PRETENSIONES

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones con los siguientes argumentos:

1. Cumplimiento del contrato con el esmero y cuidado de un padre de familia.
2. Para cobrar perjuicios hay que demostrar culpa, daño, responsabilidad de la demandada y monto de los perjuicios.
3. Es la demandante quien debe indemnizar a la demandada pues por su culpa se cayeron las ventas, no se llevaron a cabo despachos, productos de baja calidad y empaque, precios superiores a los de la competencia, lo que ocasionó baja en utilidad proyectada y pérdida de inversiones.
4. La cartera se asignó conforme con las instrucciones de la demandante.
5. Las obligaciones contenidas en el contrato eran de medio y no de resultado.
6. Los errores normales dentro del desempeño de cualquier contrato fueron reconocidos por la demandada.

RESUMEN DE EXCEPCIONES

La denominación y fundamento de estas excepciones son las que a continuación se resumen por el Tribunal:

1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN E ILEGITIMIDAD EN LA CAUSA.

Apoyo P.O.P. Ltda. no causó perjuicio alguno a Alimentos Bonfiglio Ltda. porque no fue culposa ninguna de sus actuaciones en desarrollo del contrato. SI NO HAY CULPA NO HAY DAÑO Y, por consiguiente, NO HAY LUGAR A EXISTENCIA DE PERJUICIOS Y MENOS CONDENA y la causa de la situación de la empresa fue la no-inversión necesaria en el desarrollo de la operación.

2. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO Y MORA DE LA PARTE CONTRATANTE.

EL CONTRATANTE habiendo podido, dada su inconformidad con el servicio, pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, dejó pasar dos años continuos e ininterrumpidos y tampoco se allanó a cumplir sus obligaciones contractuales de pago del servicio.

3. CARENCIA DE BUENA FE EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Alimentos Bonfiglio Ltda. no fue claro ni preciso con EL CONTRATISTA al llevar a cabo la negociación porque siempre se dijo y se entendió que solo se atenderían almacenes de cadena y lo que pretendía era la representación en tiendas de barrio en todo el país pues, firmado el contrato informa sobre el listado de clientes, resultando el doble de los presupuestados y proyectados, lo cual implicaba una infraestructura mayor a la ofrecida por EL CONTRATISTA.

4. EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Art.1609 del C.C. para el evento de que el Tribunal determinare el acaecimiento de incumplimiento de la contratista.

5. EXCEPCION DE MORA EN EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE HACER

EL CONTRATANTE se obligó a invertir el 8% sobre las ventas en promoción de sus productos, a realizar actividades de impulso del producto, a dictar seminarios sobre todo lo concerniente a los productos, participar y apoyar eventos programados por clientes y no cumplió lo cual no lo legitima para cobrar perjuicios sino para pagarlos.

6. EXCEPCION DE NO CONTENER EL CONTRATO DENTRO DE SU OBJETO LA ATENCIÓN A PEQUEÑOS CLIENTES Y PRETENDER QUE LA CLAUSULA COMPROMISORIA DIRIMA LA RELACION DE HECHO O POR FUERA DEL CONTRATO.

7. EXCEPCION INNOMINADA

SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN AL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES EFECTUADO POR EL CONVOCANTE

1. Apoyo P.O.P. incurrió en la omisión sistemática de los siguientes deberes que le impone la ley como mandataria, además de sus obligaciones contractuales:

- Incumplimiento en la información sobre la marcha del negocio.
- Reintegros tardíos y apropiaciones indebidas de dineros.
- En muchas ocasiones se produjeron averías en productos de AB LTDA. por malos manejos en el transporte y guarda de los mismos, labor que fue delegada a Distriexpress S.A.

2. Es obvio que si los ingresos de la contratante dependían de la buena gestión a cargo de la contratista, al fallar esta, AB Ltda. se veía abocada al incumplimiento en los pagos. Tan buena fe observó

AB Ltda. en el cumplimiento del pago al servicio, que aun con recursos propios del representante legal, Señor Bonfiglio, como cuando le entregó en dación en pago un apartamento en San Andrés.

3. Si la convocada creyó estar contratando para la prestación de un servicio de rango más limitado y específico de clientes por qué al darse cuenta de ello no intentó rescindir el contrato sino que continuó ejecutándolo? No implicaría ello un allanamiento o una RATIFICACIÓN TACITA de dicha situación en los términos del art.1754 del C.C.

4. La excepción de contrato no cumplido no puede ser propuesta ni admitida bajo la lupa en que se ha de analizar el contrato suscrito entre las partes por el mismo tratamiento que la ley le confiere al mandato. Al mandatario que tiene representación general no le asiste el derecho de escudarse en el supuesto incumplimiento de su mandante para excusar el suyo propio sino que la ley lo faculta para renunciar a su cargo legítimamente conforme a los arts. 1286 del C.Co. y 2185 del C.C.

5. La inversión del 8% en promoción de productos a cargo del convocante, lo era, en la medida en que hubiera plan de mercadeo sólido sugerido a instancias de la labor del convocado que no se dio.

6. AB Ltda. depositó toda la operación comercial de la empresa en APOYO P.O.P. Ltda. quien se obligó a representarla en forma integral en los términos de los arts.1263 del C.Co. en concordancia con el art.2156 del C.C.

SÍNTESIS HECHOS DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1. En el contrato celebrado entre las partes se pactó la representación comercial integral de los productos del contratante, **para lograr su venta**, detallados en el anexo 1, en todas las tiendas o almacenes de cadena especialmente en el canal de autoservicios a nivel nacional bajo las políticas y condiciones del contratante y a su nombre.
2. La principal característica del servicio de representación comercial es que “básicamente el fabricante no pierde en ningún momento el manejo del producto”. El impulso de las ventas, la publicidad, el mercadeo y promoción para lograr rotación de productos eran obligaciones del contratante que no cumplió.
3. Incumplimiento en pago de servicios de representación comercial integral, en entrega completa y detallada de información de productos, características, técnicas de manipulación, valor agregado y diferencial respecto de la competencia, número de referencia, número PLU (Código de Barras) y clientes a cargo del contratista, siendo su número el doble de lo proyectado y sobrepasó la infraestructura ofrecida, no dictó seminarios y sólo se dictó una capacitación con conferencista traído por el contratista, no elaboró plan de mercadeo.
4. Jamás informó cuál era ni cómo era su producción ni el sugerido de inventario a manejar en bodegas del contratista para garantizar el no-rompimiento de la cadena de abastecimiento.
5. Nunca dio respuesta oportuna y satisfactoria al participar en la gran mayoría de eventos promocionales, no realizaba degustaciones ni programas de ofertas comerciales efectivas.
6. En almacenes Éxito el producto estaba descodificado desde que lo vendía R.R. y no contaba con programas y sistemas EDI exigidos por las tiendas de cadena.

7. La terminación unilateral del contrato de representación comercial integral causó grandes perjuicios a la contratista, al punto que tuvo que sacar de su portafolio ese servicio para sus clientes.
8. No daba de baja las devoluciones en inventarios ni las averías y luego no le coincidían los inventarios
9. Ante el incumplimiento en el pago de servicios de representación comercial integral se realizó conciliación el 22 de marzo de 2002 fecha en que la deuda en mora a cargo del contratante era de \$163.541.814 más \$11.975.314 de intereses.
10. El señor Bonfiglio suscribió pagaré como garantía e incluyó dos cláusulas condicionando el pago para después excepcionar dentro del proceso ejecutivo.
11. Cambio de precios con menos de 30 días de anticipación que era lo acordado.
12. El contratante negoció con La 14 fabricación de marca propia y se ubicó en estantería lineal seguida de pastas Laura a mayor precio lo que rebajó las ventas y rotación del producto y afectó financieramente al contratista.
13. El señor Bonfiglio solicitó modificación de facturas en el sentido de no colocar a la sociedad como deudora sino a la persona natural para no afectar el balance de la empresa y presentar mejores estados financieros a las entidades crediticias. Esto afectó al contratista que se quedó sin la garantía de las maquinarias de la empresa porque la persona natural tampoco canceló.
14. Laura estaba descodificada en varios almacenes de cadena y el contratante hizo creer lo contrario al momento de contratar y no quiso pagar los costos de codificación.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION

1. Declarar la existencia de culpa en algunas actuaciones del contratante por impericia y negligencia en el cumplimiento de sus

obligaciones contractuales e imprevisión de los efectos nocivos de sus actos y omisiones.

2. Declarar la mala fe y astucia del contratante al pretender cumplimiento exitoso del contrato pese a su incumplimiento.

3. Declarar la existencia de daño y perjuicio económico.

SÍNTESIS CONTESTACIÓN RECONVENCIÓN

1. No es cierto que las actividades de impulso de ventas, publicidad, mercadeo y promoción estén a cargo de AB Ltda. En la propuesta de APOYO P.O.P. consignada en la cartilla que obra en el expediente dice: EJECUCIÓN DE TODAS LAS ACTIVIDADES INHERENTES A LAS VENTAS y en las cláusulas 3 No.5 y 4 del contrato, se pactó como deberes del contratista: 5. Visita periódica de ventas, y el contratista representará y mercadeará...

2. No es cierto. La representación comercial integral se caracteriza en que el fabricante no pierde en ningún momento el manejo del producto, que llega al comercio a nombre propio. Y no es cierto que se haya pactado representación únicamente en el canal de autoservicios sino especialmente en el canal de autoservicios ni únicamente representación para lograr una venta.

3. No es cierto. Al asumir bajo su responsabilidad las ventas de productos de la contratante, la contratista debía propender por un efectivo y permanente flujo de información sobre comportamiento del producto en el mercado y consecuentemente implementar estrategias reales y efectivas para lograr mejor rotación del producto y en la medida que ello se hubiera dado y la atención a todos los clientes de AB Ltda. no circunscritos a los almacenes de cadena, los deberes a cargo del contratante su hubieran reflejado de manera más participativa pues el mismo comportamiento del mercado así lo hubiera exigido. El haber condicionado el 8% del valor de la venta a promoción y mercadeo del producto, supone la

necesidad de que el contratista presentar informe detallado de ventas.

4. No es cierto. La falta de una prestación adecuada del servicio al que se obligó la contratista fue la verdadera causa de la disminución en ventas pues no se contaba con infraestructura propia ni la experiencia requerida para el éxito de su gestión.

5. No es cierto. Es normal en toda relación contractual de tracto sucesivo que el desgaste de una de las partes sea consecuencia del incumplimiento progresivo y sistemático de la otra que termina por romper el vínculo comercial a través de la terminación unilateral del contrato.

6. No es cierto. El negocio con la 14 no le estaba vedado al contratante.

7. No es cierto. Perjuicios a cargo del contratante por haberse imposibilitado al contratista continuar ofreciendo servicios de representación comercial es afirmar que toda su estructura de costos estaba soportada sobre la base de la relación con AB Ltda., vinculación nueva comparada con experiencia de 9 años que se prodigaba en promocionar como fortaleza de sus servicios, lo que indica su incursión en dicho campo con AB Ltda.

8. No es cierto. No puede ni debe justificarse el irregular manejo de facturación y de cuentas por recaudar por simple instrucción de cambio de cuenta para efectuar consignaciones, esto corrobora la falta de preparación e infraestructura que adolecía la contratista.

9. No es cierto. El contrato celebrado entre las partes era integral y no estaba circunscrito a almacenes de cadena y es inapropiado endilgar el fracaso de ventas a la falta de codificación en este tipo de almacenes y si aceptara que la falta de codificación se produjo por falta de disposición para sufragar costos, se debe tener en cuenta que tanto esta situación como la falta de pago oportuno al contratista se originaron por los deficientes resultados de su gestión.

10. No es cierto. Es una afirmación irrelevante y especulativa. Se trata de una conjetura pues dichos pretendidos perjuicios quedan subsumidos en el proceso ejecutivo que cursa en el juzgado 9 civil del circuito de Cali.

11. No es cierto. Lo que se puede concluir de estos argumentos es que el contratista sólo estaba en condiciones de ofrecer servicios de mercaderismo, impulso y manejo de promociones de productos en almacenes de cadena pero no contaba con la experiencia e infraestructura ofrecida para representar el producto en todo el territorio nacional y en los diversos puntos de venta a través de todas las actividades que le son propias como visita periódica de ventas, manejo de pedidos, bodegaje, despacho de pedidos, mercaderismo, cobro de cartera, etc.

12. No es cierto. La falta de facturación fue producto de su deficiente gestión que afecto injustificadamente a AB Ltda. y no puede la parte convocada argumentar su propio incumplimiento como causa de perjuicio.

13. No es cierto. El desmonte de su línea de servicio de representación integral comercial demuestra una compañía carente de infraestructura y logística adecuada.

EXCEPCIONES A LA DEMANDA DE RECONVENCION

1. CARENIA DE DERECHO. CARENIA DE ACCION Y CARENIA DE CAUSA.

No le asiste derecho a APOYO P.O.P Ltda. para perseguir vía demanda reconvención perjuicios que de haberse dado, son fruto del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por deficiente e indebida prestación del servicio de representación comercial integral.

2. CONTRATO NO CUMPLIDO.

No es posible pretender perjuicios por supuestas comisiones dejadas de facturar pues sería tanto como alegar su propia culpa como fuente generadora de ellos.

3. LA INNOMINADA

SÍNTESIS DE LO QUE CONTESTA EL CONVOCADO

1. No existe fundamento jurídico para que se estime la solicitud descabellada de proponer excepción de carencia de acción y derecho. En ningún momento la demandante se dispone a sustentar su excepción con la descripción de hechos que impidan, extingan y excluyan los efectos jurídicos que tienen las afirmaciones de la demanda de reconvención cuando expresa clara y concretamente los incumplimientos de la empresa AB Ltda. en el desarrollo del contrato que causaron perjuicios y que el convocado cobra y la mala fe y conducta dolosa que acompañó al representante legal de la contratante.

2. Correspondía al demandado motivar esta excepción pero se limita a argumentar que la demandante en reconvención pretende “unos perjuicios por unas supuestas comisiones dejadas de facturar,..” cuando en realidad lo que no se canceló por la contratante fue más del 90% de lo facturado durante la vigencia del contrato y lo que se allanó a pagar la contratante fue en virtud de conciliación en la que se dignó participar la contratante presionada por el hecho de que la contratista había decidido no continuar prestando el servicio por incumplimiento en el pago y las obligaciones pactadas y le manifestó que iniciaría cobros judiciales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

III. LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS PROCESALES

- a. El Tribunal de Arbitramento es competente para decidir en concreto el conflicto entre ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. como convocante y APOYO P.O.P. LTDA. como convocada.
- b. La convocante y la convocada gozan de capacidad para ser partes, por ser sujetos de derecho y tener capacidad procesal o para comparecer al proceso (art. 44 C.P.C.)
- c. La demanda es formalmente admisible, esto es, reúne los requisitos formales que exigen los artículos 75, 76, 77 del C.P.C. Fue presentada el día 26 de mayo de 2003
- d. La convocada se notificó el día 27 de agosto de 2003 y oportunamente contestó, propuso excepciones de mérito el día 10 de septiembre de 2003 y formuló demanda de reconvenición que fue contestada por la convocante quien propuso, a su vez, excepciones de mérito el día 05 de noviembre de 2003.

El Tribunal una vez estudiados los presupuestos procesales considera que estos se han dado ab initio, siendo estos la, capacidad para ser parte, capacidad procesal, la competencia del juez, Demanda en forma y Trámite adecuado, presupuestos que fueron tenidos en cuenta al asumir competencia en la primera audiencia de Trámite. Por consiguiente, al verificarse la presencia de los presupuestos procesales como de los presupuestos materiales, el Tribunal encuentra que no hay lugar a laudo inhibitorio, por consiguiente, es procedente el estudio de las pretensiones para proferir sentencia de fondo.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a) DEL CONTRATO

Se encuentra plenamente probada la existencia del contrato de Representación Comercial Integral suscrito el día 30 de mayo de 2000 por ALIMENTOS BONFIGILO LTDA. como contratante y APOYO P.O.P LTDA. como contratista.

Se trata de un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y de ejecución sucesiva.

En esta relación contractual estaba obligada a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato denominado de REPRESENTACIÓN COMERCIAL INTEGRAL, la sociedad contratista APOYO P.O.P. LTDA.

En efecto, primero se ejecutaba la representación día a día, se prestaba el servicio y después se recibía el pago.

“El contrato o la ley pueden determinar quién tiene que hacer primero la prestación en un contrato bilateral. Si nada se ha determinado, cada una de las partes puede exigir y demandar la prestación, pero la otra puede oponerle una excepción dilatoria, que se basa en la injusticia de esta exigencia, la excepción de contrato no cumplido. Por tanto, el deudor tiene un derecho de retención, pero este derecho de retención ofrece la singularidad de no poder ser eliminado mediante caución, porque no tiende únicamente a la seguridad del contra crédito, sino que también está destinado a evitar la injusticia que implica la exigencia de la prestación previa... La excepción es un contra derecho del obligado que hace ineficaz la pretensión del acreedor, pretensión que se fundamenta por sí sola. No obstante el demandado no tiene que probar su derecho a la excepción, ya que el nacimiento del mismo resulta automáticamente del contrato bilateral alegado por el demandante. Antes bien, el demandante tiene que desvirtuar la excepción mediante la réplica, que él tiene que probar, del cumplimiento o del deber de prestación previa del demandado.” LUDWIG ENNECCERUS, DERECHO DE OBLIGACIONES, EDITORIAL BOSCH, PAG.166

“Por consiguiente, el remedio de la exceptio non adimpleti contractus no es pertinente y, por ende, no puede proponerlo con exitosos resultados, quien por razón de lo pactado o por la naturaleza misma de la convención se encuentre obligado a satisfacer en primer lugar sus obligaciones, pues en su defecto quedarían subestimados algunos principios que informan las relaciones contractuales bilaterales, tales como la buena fe, la equidad y la simetría o equilibrio de intereses de las partes, exigidos

por la reciprocidad de las obligaciones nacidas de la convención. Si el acuerdo expreso de las partes o la naturaleza del contrato le imponen a uno de los contratantes la ejecución de su prestación antes que la del otro, en esa forma deben realizarse o cumplirse las obligaciones, porque si el contratante que debe tomar la iniciativa en la ejecución de las prestaciones no se comporte así, se coloca entonces en el plano del incumplimiento y, por tanto, no se encuentra amparado en la acción alternativa de resolución o cumplimiento que consagra el artículo 1546 del Código Civil, ni de la defensa de contrato no cumplido” CSJ. Cas. Civil, Sent. Oct.11/77

“la excepción non adimpleti contractus es, pues, un medio de defensa de buena fe que el que se halla obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la contraprestación que incumbe a la otra parte” (LUIS CLARO SOLAR. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO, TOMO XI, No.1728, PAG. 786)

b) CARENCIA DE BUENA FE EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Hablar de engaño y mala fe de la contratante “cuando planteo un negocio de representación de un determinado número de clientes y entregó el doble de lo planteado”, resulta apresurado si se recuerda que, está demostrado, que la contratista sabía que ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. venía, desde 1992, de una distribución a cargo de Rica Rondo S.A. y que, en consecuencia, la información sobre clientes no era prioritaria para la contratante, ni de su manejo.

En la demanda de reconvención HECHO 3.7 se dice: “ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. antes de contratar con mi mandante llevaba a

cabo su labor de distribución mercadeo y ventas con la sociedad Rica Rondo S.A., al momento de suscribir el contrato de representación integral que nos ocupa, manifestó abiertamente a los representantes legales de APOYO P.O.P. que no contaba con información alguna de los clientes cuyo manejo trasladó a la sociedad contratista por cuanto eso lo manejaba con R.R. y él tenía un “desorden inmenso y carecía de información absoluta” al menos eso dijo, sin embargo, y dado que estas condiciones eran peligrosas y dificultosas para el manejo de la labor de la contratista, este se comprometió contractualmente de conformidad con el numeral 7 de la cláusula segunda...”

“CLAUSULA SEGUNDA: Son deberes del contratante:

7. Suministrar la información precisa y adecuada de cada uno de los clientes a manejar evitando el inadecuado manejo de los mismos.”

Se trata de una obligación de resultado a cargo del contratante, que cumple imperfectamente, según pruebas aportadas, el 29 de junio de 2000 cuando envía comunicación dirigida a Ricardo Bernal en que adjunta listado de clientes. Fol.011 C.7

En el sentido de suministrar información está la carta del 13 de marzo de 2000 en que la entidad contratante a la contratista “*le solicita que coordine con los representantes de Rica Rondo S.A. y así obtener mejores resultados.*” Fol.003 C.7

Afirma el señor JUAN CARLOS LOZANO en su testimonio: “*él no sabía dónde estaba el billete esos son los problemas de la distribución.. Él sabía que vendía X numero de toneladas pero no sabía adónde las despachaba ni siquiera a que ciudad, entonces la información que nos llegó nos mostró una cosa muy diferente a la que él inicialmente nos había dicho... el otro punto es que en marzo*

nos habían hablado de 384 puntos de venta y la realidad fueron 691. y el número de poblaciones que hablamos en marzo era de 45 y cuando nos pasaron el listado el 07 de julio, eran 65, eso genera un problema logístico muy grave para poder entregar pedidos a poblaciones tan pequeñas.. lo otro, encontramos que el 37% de las ventas eran clientes que no eran objeto del negocio pues nosotros no nos habíamos comprometido a atender ese canal y se empiezan a generar problemas, uno, la dispersión geográfica y dos, ese canal no es tan sano en cartera..”

Por su parte la señora Ana María Piedrahíta afirmó: *“quiero recordar que cuando APOYO P.O.P inició su relación comercial con Alimentos Bonfiglio, venía de recibir una línea que era distribuida más no representada por Rica Rondo... una vez iniciada la relación nos dimos cuenta por comunicados inclusive enviados por Alimentos Bonfiglio que los autoservicios no constituían el 100% de las ventas sino que el 37% aproximadamente estaba representado por tiendas, distribuidores mayoristas, restaurantes, los cuales son líneas que APOYO P.O.P. no atiende y nunca ofreció atender... y que finalmente Rica reportó y el número de poblaciones atendidas se aumentaron en un 40 a 45% de lo acordado, APOYO P.O.P. en aras de ayudar y sacar adelante una línea de un empresario, siguió dándole el apoyo necesario y consiguiendo clientes. **APOYO P.O.P. tenía la experiencia, el conocimiento para garantizar el éxito del contrato siempre y cuando fuera única y exclusivamente en autoservicios y en las poblaciones que se habló inicialmente... no a tiendas ni distribuidores mayoristas, supermercados en poblaciones... la distribución en municipios y poblaciones nunca estuvo en el contrato original** y ese fue el servicio que Distriexpress le prestó a APOYO P.O.P.”*

En la Cláusula Primera del contrato de Representación Comercial Integral se lee: “OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga a hacer la

Representación Comercial Integral de los productos de EL CONTRATANTE que se detallan en el anexo 1 de este contrato **en todas las tiendas o almacenes de cadena, especialmente en el canal de autoservicios, a nivel nacional**, bajo las políticas y condiciones de EL CONTRATANTE y a su nombre.” (negritas fuera de texto)

Al mismo tiempo, en el cuadernillo de presentación del servicio de Representación Comercial Integral de la empresa APOYO P.O.P. LTDA. que constituye plena prueba y aparece a folio 0031 del Cuaderno Principal, se lee: “OBJETIVO Y DEFINICIÓN.. En Apoyo P.O.P. Ltda. hemos sido conscientes de la problemática comercial en la ejecución de actividades marketing y los costos que representa. Hemos liderado la solución de los mismos durante nueve años de existencia **a nivel nacional, especialmente manejando el canal de autoservicios**, generando mayor eficiencia de los recursos de productores, fabricantes y de comerciantes que nos han depositado su confianza.” (negritas fuera de texto)

Tanto en la cláusula Primera del contrato de Representación Comercial Integral como en el texto del cuadernillo de presentación del servicio de Representación Comercial Integral, no se establece un servicio exclusivo en el canal de autoservicios sino, especialmente, en el canal de autoservicios.

En jun.13 de 2000 aparece el MEMORANDO de reunión en mayo 29 de 2000 de Alexander Ardila para Ricardo Bernal: “9. *Pagos de Facturas, las cadenas hacen consignación en cuenta nal., el resto de almacenes por cobro en oficinas;* 10. *Volumen de Facturación, grandes almacenes 3 veces por semana y pequeños supermercados 2 veces por semana.*” FI.392 Cuaderno 6-1

Aquí, antes de iniciarse la ejecución del contrato en esta comunicación del contratante de fecha junio 13 de 2000, hay una clara referencia y hay una expresa manifestación al manejo de los clientes grandes y pequeños, a las cadenas y al resto de los almacenes.

De otro lado, aparece carta del 16 de agosto de 2000 dirigida por Ricardo Bernal de APOYO P.O.P. a AB LTDA., en la cual APOYO P.O.P. LTDA. muestra extrañeza por la diferencia en el número de clientes (384) y poblaciones (45) planteada el 10 de marzo de 2000, antes de contratar, y el número que conocen el 07 de julio de 2000 una vez reciben la información de clientes (691) y poblaciones (65) que manejaba Rica Rondo y que el resultado de estas diferencias es que ***“la venta también se ve afectada ante la imposibilidad de APOYO P.O.P. LTDA. de atender canales diferentes a los de su especialización”***. Fl.0207 a 0210 C.5

El día 07 de julio, esto es, siete días después de iniciada la ejecución del contrato de Representación Comercial Integral, Apoyo P.O.P. conoce la realidad acerca del negocio: número de clientes, poblaciones y canales. ¿No hubiera sido el momento para que la contratista cayera en cuenta de su imprudencia inicial *“dado que estas condiciones eran peligrosas y dificultosas para el manejo de la labor de la contratista”*, como se advierte en la demanda de reconvencción (H.3.7), por su falta de precaución al tomar como cierta la información de un contratante que tenía un *“desorden inmenso y carecía de información absoluta”* porque no manejaba sus clientes?

Art.2185 del C.C. “El mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo.”

Hay, pues, una ostensible ambigüedad en tres puntos, a saber: Lo pactado en el contrato en las cláusulas PRIMERA y DE NO EXCLUSIVIDAD y lo ofrecido por la contratista en su cartilla de presentación del servicio de Representación Comercial Integral.

No obstante, a juicio del Tribunal, esta ambigüedad queda manifiesta y aclarada con la comunicación de fecha agosto 16 de 2000 suscrita por Ricardo Bernal, mencionada arriba en la que reconoce su imposibilidad de atender canales diferentes a los de su especialización y con comunicación del 21 de septiembre de 2000 (Fl.433 C.6-1) que dice: *“La pérdida para APOYO P.O.P. en los dos primeros meses es muy grande.. como lo hemos venido mencionando nuestro cubrimiento y especialización es el canal de autoservicios pero sabemos que las ventas en los otros canales son muy representativas. Sugerimos la consecución de un mercaderista junior por 90 días el cual cumplirá la función de revisar este tipo de clientes, su potencial de compras y si es posible, continuar atendiéndolos..”* que es consecuente con la cláusula de NO EXCLUSIVIDAD, cuyo texto indica:

“EL CONTRATANTE Y EL CONTRATISTA aceptan expresamente que no existe exclusividad alguna a favor del EL CONTRATISTA para la distribución, comercialización y venta de los productos de EL CONTRATANTE para supermercados pequeños, tiendas, graneros y todo punto de venta que no sea del canal de autoservicios..”

Aquí se reitera la posición de la contratista en el sentido de cual es la clientela que atienden: (Fl.441 C.6-1)

Nov.18 de 2000 de R. Bernal a AB. LTDA. *“La clasificación de los clientes a los que vendía R.R. es bastante amplia, diferente a la clientela que atendemos nosotros que son autoservicios de*

cadena que coincide con lo registrado por ustedes en nuestra negociación inicial... esperamos realizar un trabajo en equipo.”

“La culpa es un error de conducta, supone descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios” ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL. IMPRENTA UNIVERSAL. PAG.172

Si ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. tenía la expectativa de que la contratista lo representara en canales distintos al de autoservicios, con todas estas manifestaciones pudo comprender y conocer, desde el 16 de agosto de 2000, que estaba corriendo el riesgo de una insuficiente representación amparada por la cláusula de No Exclusividad, y hoy vemos que ese riesgo conocido y asumido por la contratante, fue imprudente en la medida en que le ocasionó perjuicio.

Art.1270 C.Co. SILENCIO DEL MANDANTE: “Si el mandante no respondiere a la comunicación del mandatario en un término prudencial, su silencio equivaldrá a aprobación...”

Y, asimismo, fue imprudente la contratista, después de conocer el 07 de julio de 2000 la verdadera cantidad y calidad de clientes de su representado, teniendo en cuenta que *“APOYO P.O.P. tenía la experiencia y el conocimiento para garantizar el éxito del contrato siempre y cuando fuera única y exclusivamente en autoservicios”* como declaró la señora Ana María Piedrahíta, seguir representando a quien tenía un 37% de clientes en canales a los que no le era posible llegar, y tenía la expectativa, conforme con la cláusula

CUARTA del contrato, de una representación integral en todo el territorio de la República de Colombia.

“Desde luego, es obvio que la culpa de la víctima puede - cuando no es exclusiva – haber intervenido en mayor o menor grado en la producción del perjuicio. Así, pues, tendremos que considerar por este aspecto tres situaciones: la culpa del demandado es mayor que la de la víctima, ambas son iguales y la culpa de la víctima es superior a la del demandado... Dos extremos parecen haber sido definidos en la materia: aquel en que la víctima quiso, es decir, buscó intencionalmente el daño, aquel en que solamente conoció los riesgos.

“He aquí como plantean y resuelven el problema los hermanos Mazaud: .. Considerado únicamente desde el punto de vista de la culpa civil, el problema es el siguiente: Si la víctima del perjuicio no hubiera aceptado los riesgos, el acto del demandado sería culpable: un individuo avisado no lo habría ejecutado. El consentimiento de la víctima ¿borra ese carácter culpable? ¿Ejecutaría o no un individuo avisado el acto en contra de una persona que lo consiente? Perjudicar a alguien que acepta los riesgos, perjuicio personal o patrimonial, poco importa, ¿constituye o no un error de conducta? No vacilamos en responder que un hombre avisado no obra en esta forma. Aunque la víctima ejerza presión sobre él, aunque solicite su intervención perjudicial, debe resistir: en este caso no puede hablarse de coacción, ni siquiera moral. Con mayor razón cuando la víctima lo único que acepta es correr los riesgos. Lo que constituye una imprudencia respecto de cualquier persona sigue siendo una imprudencia respecto de quien consiente en que aquello se realice. Tenemos el deber de mostrarnos prudentes aun respecto de quienes nos piden que no lo seamos.” ALVARO PEREZ VIVES, TEORIA DE LAS OBLIGACIONES, TOMO II, EDITORIAL TEMIS, PAG.329.

El contrato de representación comercial integral es de tracto sucesivo, se cumple día por día, tomar conciencia del real compromiso el día 07 de julio de 2000 fecha en que reciben la información que manejaba Rica Rondo, esto es, siete días después de iniciada la ejecución del contrato, es tiempo para renunciar si, como está probado, tenían la experiencia, el conocimiento para garantizar el éxito del contrato siempre y cuando fuera única y exclusivamente en el canal de autoservicios, la infraestructura de la que disponían era insuficiente y les exigió hacer uso de los servicios de Distriexpress.

Asimismo, empezar EL CONTRATANTE a recibir manifestaciones en el sentido de que LA CONTRATISTA no maneja un canal distinto de los autoservicios desde el 16 de agosto de 2000 es tiempo para desistir, por prudente previsión, de un contrato en que le estaban advirtiendo que no lo iban a representar ante la totalidad de sus clientes y no sólo permanece en él, sino que guarda silencio.

“Afirman los hermanos Mazaud que, sin exageración, en la inmensa mayoría de los casos, la víctima participa en la realización del perjuicio que la afecta. En esta forma, ya por acción, ora por abstención, el hecho de la víctima figura entre las causas del perjuicio junto con la culpa del demandado.. De allí continúan los referidos autores, el papel fundamental que desempeña, en la responsabilidad del demandado” ALVARO PEREZ VIVES ibidem PAG.315

“Hay relación de causalidad cuando el hecho o la omisión dolosa o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él éste no se habría producido.” ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ibidem PAG.241

“Cuando la causa del daño es una, el problema de la relación causal no ofrece dificultad. Pero no es eso lo que ocurre en la práctica. De ordinario las causas que generan un daño son múltiples, a veces concurrentes, a veces sucesivas, en términos que si una hubiere faltado, aquel seguramente no se habría producido. En rigor cualquiera de ellas puede ser considerada como causa de todo el daño. En tales casos, basta que entre esas causas se encuentre un hecho o una omisión doloso o culpable para que exista relación causal, siempre que ese hecho u omisión ya sea próximo o remoto, inmediato o mediato haya sido elemento necesario y directo del daño, es decir, que sin él éste no se habría producido, aunque concurriesen las demás causas.” ARTURO ALESSANDRI, IBIDEM. PAG.242

Ahora bien, al referirse la contratista a *“la relación contractual de hecho que se dio entre las partes y por fuera del contrato, cuando la contratista decidió atender de buena fe y voluntariamente pese a no estar pactado ni menos en la oferta de servicios, tiendas pequeñas o de barrio no debe ni puede revisarse ni estudiarse y menos dirimirse haciendo uso de la cláusula compromisoria que nos ocupa por no ser estas situaciones de hecho parte integrante del objeto del contrato...”*

Olvida la contratista que el art.1603 del C.C. dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo 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.”

Adicionalmente en tratándose de una relación comercial, habría que acudir a lo dispuesto en el art.831 del C. Co. que al respecto dice. “ 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”.

En este orden de ideas, es cierto lo afirmado por la parte demandada, en el sentido en que actuó de buena fe respondiendo, porque LA CONTRATISTA se había obligado a representar al CONTRATANTE en todas las tiendas o almacenes de cadena, especialmente en el canal de autoservicios en todo el territorio de la República de Colombia de acuerdo con las cláusulas Primera y Cuarta del contrato.

Decir que “Apoyo P.O.P. prestó servicio de representación de la marca Laura a otros clientes pequeños minimercados, tiendas de barrio y puntos de venta pero esto es de anotar fue producto de una relación contractual de hecho no sujeta al pacto de la cláusula compromisoria consagrada dentro del contrato que nos ocupa” como lo afirma la convocada en el HECHO SEGUNDO de su demanda de reconvención, es desconocer el espíritu y la letra del contrato.

En efecto, ya hemos analizado la letra y en cuanto al espíritu podemos decir que no solo el nombre del contrato REPRESENTACIÓN COMERCIAL INTEGRAL indica que el objeto es, representar comercial e íntegramente al contratante, sino que se aparta de la realidad y demuestra impericia e inexperiencia acerca del tema quien piensa que un productor va a celebrar contrato de Representación Comercial Integral para ser representado ante algunos de sus clientes.

“. la línea representada como línea de negocios era nueva para nosotros en el año 2000, nosotros creamos esa línea con

experiencia de lo que sabemos hacer...” manifestó Juan Carlos Lozano durante la diligencia de Inspección Judicial.

Y qué viene después? Pues que ante la evidencia de que los clientes eran más de los previstos y en lugares a los que no llegaban, APOYO P.O.P. contrata a Distriexpress y las proyecciones del volumen de ventas no se cumplen.

“La culpa del acreedor a la que ha de imputarse el incumplimiento, justifica mejor que cualquier otra causa la irresponsabilidad del deudor. Produce sus efectos liberatorios aun cuando haya sido acompañada de culpa por parte del deudor. Pero en este último supuesto, y salvo el caso en que una de las dos culpas fuese insignificante en relación con la otra, se dividirá la responsabilidad, de conformidad con la teoría del la culpa común...” MARCELO PLANIOL, JORGE RIPERT, TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES, TOMO VI, EDITORIAL CULTURAL S.A. PAG.550

c) VENTAS

De acuerdo con la cláusula Quinta del contrato de Representación Comercial Integral, el contratante pagará a la contratista como contraprestación por la ejecución de las labores objeto del presente contrato: El 5% de la facturación neta, por transporte necesario para la entrega de los productos que se vendan; el 5% del inventario que se venda mensual, por bodegas en las diferentes ciudades bases para el depósito de productos que van a vender y promocionar y el 5% de la venta neta mensual, por la ejecución de la venta.

Es indudable que convenía a los intereses de la contratista, vender la mayor cantidad posible. Y hay comunicación de AB. Ltda. en que

manifiesta que hay cumplimiento del 89.8% del presupuesto de ventas, el 04 de abril/01. (C 5 Fl.256)

*“ ..la pasta Laura vendía, más o menos, el 13% de las pastas al huevo pero el total del negocio de pastas yo creo que era el 0.5% de todo el mercado colombiano de pastas, o sea, que estamos hablando de volúmenes muy grandes.. el contrato terminó a mediados del año 2000, se vendían alrededor de **\$180' millones mensuales**”* FERNANDO DE FRANCISCO REYES, Gerente de Rica Rondo S.A.

EFRAIN MARQUEZ *“. entonces nosotros estimábamos unas ventas sobre las cuales íbamos a percibir ingresos por servicio, en la medida en que más vendiéramos más ingresos obtendríamos, pero el incumplimiento y no conocimiento del inventario, nos generaba perjuicios porque no se pudo vender todo lo proyectado...”*

“No todo daño obliga a la reparación sino el causado con dolo o culpa y el problema consiste precisamente en determinar cuándo existe aquel o ésta. La obligación de reparar no proviene de haberse irrogado un perjuicio, sino de haberse ejecutado un hecho doloso o culpable que irrogó ese perjuicio.” ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Ibidem.* PAG. 169

No aparece ninguna base real para el proyecto de la contratista de vender 50.000 kilos mensuales equivalentes a \$200' mensuales. En ninguno de los informes de ventas reales enviados por la contratante antes de firmar el contrato y al inicio de este aparece que, en algún momento, se haya vendido esa cantidad. (Mar.08/00 Fls.337 a 340 AZ; Jun.14/00 Fl.396, 397 C.6-1; Sep.21/00 Fl.430 C 6-1; Jul.13/00 Fls 132 a 133 C 5; Dic.04/00 Fl.426 C 6-1). Lo único

que aparece es un estimado hacia futuro de \$201' que hace RR para el mes de mayo de 2000. (May.11/00 FI.005 C 7)

Vemos como el 09 de mayo de 2000 Ricardo Bernal Castro de APOYO P.O.P. dirige comunicación a AB Ltda. en la que analiza documentos enviados en mayo 02 de 2000 y considera como significativa la caída de ventas en 1999 y primer trimestre de 2000 y que entre la afirmación de ventas por \$200 millones de fecha marzo 10 de 2000 comparada con la información actual hay una diferencia del 27% menos. Fol.007 cuaderno No.7

En la contestación al H.3 de la demanda dice la contratista: *“Vale la pena anotar que en el término en que Apoyo Pop prestó el servicio citado de mercaderismo e impulso aproximadamente 11 meses Alimentos Bonfiglio llegó a facturar como resultado de la gestión de mi representada ventas por la suma de Setenta y dos millones de pesos \$72.000.000..”*

La economía se ha definido como la ciencia de la incertidumbre porque cuenta, para su resultado, con el imponderable de la conducta humana. Nadie puede asegurar que cantidad, de cualquier producto, va a vender en el futuro y si alguien se permite asegurar venta futura de una cantidad determinada, es imprudente creerle.

En ago.16 de 2000 P.O.P. dice: *“El resultado de estas diferencias es que la venta también se ve afectada ante la imposibilidad de APOYO P.O.P. Ltda. de atender canales diferentes a los de su especialización y se castiga desde ese punto de vista, el valor de la comisión y la posibilidad de ganar los 3 puntos de bonificación como cumplimiento de cuotas que tenemos que replantear.”* FI. 0209. Cuaderno 5

“Los requisitos para que proceda la responsabilidad contractual: 1.º un contrato o, a lo menos, una obligación anterior; 2.º que el daño sea causado por una de las partes en perjuicio de la otra; y 3.º que el daño provenga de la inejecución de ese contrato u obligación.”
 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ *ibidem* PAG.58.

¿Existía la obligación a cargo del CONTRATANTE de que LA CONTRATISTA vendiera \$200' mensuales equivalentes a 50.000 kilos de producto?

“El problema de la carga de la prueba, en el campo contractual radica en saber a quién corresponde establecer: a) la existencia de la obligación; b) su incumplimiento; c) el perjuicio....

a)...El acreedor debe demostrar la existencia de la obligación, sus límites y contenido y precisar si el deudor asumió una “obligación determinada” o solamente una “obligación general de prudencia y diligencia” y en este último caso, el grado de diligencia que, por ley o por la convención, corresponde al deudor.

b) Es preciso que tal obligación haya sido incumplida. Pero ¿quién debe probar la inejecución? Hay que diferenciar dos hipótesis: la acción de cumplimiento y la de reparación por incumplimiento.

Cuando se pide el cumplimiento de una obligación, debe el acreedor demostrar su existencia; hecho lo cual, es de cargo del deudor probar su extinción.... Cuando se trate, no ya de exigir el cumplimiento de la obligación, sino la indemnización por inejecución, el principio varía. Corresponde al acreedor suministrar la prueba de que la obligación fue incumplida; sin esto no habrá lugar a responsabilidad contractual... Lo dicho es apenas una consecuencia del carácter de fuente de la obligación que tiene la culpa; como tal, hay que probarla para que surja el deber de indemnizar.” ALVARO PEREZ VIVES, *TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, VOLUMEN II, EDITORIAL TEMIS.*” PAG.18

En materia comercial todas las proyecciones son un riesgo para quien las asume, no obstante lo cual el contratante debe procurar su cumplimiento, toda vez que se trata de hacer buenos negocios y un negocio es bueno, en la medida en que beneficia a ambos contratantes.

“Cuando la imposibilidad de cumplir proviene de una “causa extraña no imputable al deudor” el incumplimiento y el perjuicio que del mismo se derive para el acreedor constituyen un riesgo que éste debe sufrir...Pero esta regla favorable al deudor, al que libera gratuitamente y sin compensación para el acreedor, queda reducida en la practica a la categoría de excepción, como consecuencia de una serie de presunciones y de reglas especiales fundadas en la siguiente idea: al deudor corresponde velar porque nada venga a obstaculizar el cumplimiento de su obligación y que, por el contrario, todo venga a hacerla posible... Para apreciar si existe culpa, hay que determinar primeramente a qué estaba obligado el deudor. Este extremo deberá examinarse con relación a cada tipo de contrato y aun para cada caso concreto. Además el art.1135, C. Civ., enuncia una regla de considerable importancia: “los contratos obligan no solamente a lo en ellos expresado, sino también a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza”. Este concepto precisa, de conformidad con la tradición romana, la obligación de actuar según la buena fe. Entre nosotros, todos los contratos son de buena fe y ésta es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente, no sólo en la formación, sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse a la letra del mismo.” MARCELO PLANIOL, JORGE RIPERT, Ibidem PAG.526, 530.

De acuerdo con el dictamen pericial, durante los períodos del 2º semestre de 2000 y 1er semestre de 2002 que la empresa AB.

LTDA. comercializó sus productos con Apoyo P.O.P., las ventas promedio, disminuyeron en un 101%. En el 2º semestre de 2002 la empresa comercializa sus productos sin intermediario y recupera ventas en un 3.8%. Comparando las ventas comercializadas por Rica Rondo y por Apoyo P.O.P., las ventas disminuyeron en un 68%..

Las ventas venían bajando desde 1997 en un 5% y cuando asume la representación P.O.P., la disminución es dramática: 101%.

La obligación de vender a cargo de la contratista es una obligación de medio porque nadie puede asegurar vender una determinada cantidad de cualquier producto.

Había sí, una obligación de resultado a cargo del contratista contenida en la cláusula 3.7: "Informar periódicamente sobre el desarrollo de las actividades propias de la venta." Y hay varias comunicaciones del contratante en que se queja sobre la desinformación sobre el tema. (Fls.069 C 7; 0266 C 5; 067 C 7)

".. Si la obligación es de medio allí se debe probar culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil.." CSJ, Cas. Civil, Sent. Abr 19/93 M.P. Pedro Lafont Pianetta

d) CODIFICACION

Está demostrado que APOYO P.O.P. sabía que ALIMENTOS BONFIGLIO venía de un contrato de distribución con Rica Rondo S.A. que era, en tal calidad, la que estaba codificada para distribuir los productos de ALIMENTOS BONFIGLIO quien, al terminar el

contrato de distribución, tenía que codificarse como proveedor para poder seguir vendiendo sus productos.

Al respecto la demandada al contestar el HECHO QUINTO de la demanda dice: *“cuando mi representada contrató con Alimentos Bonfiglio se recibió la marca de pastas Laura con muchos problemas y desgastada en las cadenas y supermercados independientes por falta de calidad y cumplimiento. **Situación que era conocida por cuanto ya Apoyo P.O.P. había trabajado en el mercaderismo de la misma.**”* Negrilla fuera de texto.

En consecuencia, resulta contradictoria la afirmación que hace la parte demandada en el sentido de *“que la contratante manifestó estar codificada en los almacenes de cadena y en la práctica eran muchas tiendas de cadena donde la marca Laura no estaba codificada”*.

ANA MARIA PIEDRAHITA declaró: *“caso contrario, en el caso de distribución donde el distribuidor es el que se codifica... quiero recordar que cuando APOYO P.O.P. inició su relación comercial con Alimentos Bonfiglio, venía de recibir una línea que era distribuida más no representada por Rica Rondo...”*

Recordemos lo que dice el señor JUAN CARLOS LOZANO: *“decidimos montar una línea de negocios llamada línea representada en virtud de que las competencias esenciales que maneja la compañía son las mismas que se utilizan para hacer la labor... nosotros sabemos manejar la cadena de valor inherente a los supermercados y a los autoservicios y a las ventas en general... de ahí arrancamos la labor con contrato que básicamente buscaba la parte de representar la línea en lo que era presentar y codificar los productos de AB a su nombre pues el previamente tenía*

*distribución con RR que era el que estaba codificado y no podía despachar directamente a las cadenas hasta tanto no se hiciera esa labor.. y nosotros sabemos hacerla y la hicimos.. **de ahí arrancamos la labor con contrato que básicamente buscaba la parte de representar la línea en lo que era presentar y codificar los productos de Bonfiglio, a nombre de Bonfiglio, él previamente tenía distribución con Rica Rondo entonces el que estaba codificado era Rica Rondo no Alimentos Bonfiglio, entonces él no podía despachar directamente a las cadenas hasta tanto no se hiciera esa labor.***”

Si el señor Lozano afirma: “.. *de ahí arrancamos la labor con contrato que básicamente buscaba la parte de representar la línea en lo que era presentar y codificar los productos de AB a su nombre pues el previamente tenía distribución con RR que era el que estaba codificado..*” resulta sorprendente la afirmación contenida en la respuesta al HECHO SÉPTIMO de la demanda en el sentido de que *“Agregamos además que el almacén de cadena NEGOCIA personalmente con el representante legal de la empresa productora de la marca y no con el operador que la representa cuando va a iniciar el proceso de codificación..”*

RICARDO BERNAL CASTRO en su testimonio dijo acerca de trámite de la codificación y la necesidad de que sea el propio representante legal de la empresa productora quien negocia la codificación: *“No necesariamente, digamos los trámites que hay es presentación de documentación, ese tipo de cosas se registra y va a la evaluación del departamento comercial de las cadenas, entonces verifica algún tipo de informaciones que puedan pedir adicionales, pero no necesariamente tiene que ir el representante legal..”*

El señor Fernando De Francisco Reyes, Gerente de Rica Rondo manifestó: *“...el producto estaba codificado, la referencia estaba codificada lo que él tenía era que presentarse ahora como nuevo proveedor... yo creo que el producto estaba descodificado por ahí del año 95-96 y fueron dos razones fundamentales: una era el tema de calidad con producto por debajo del peso, del gramaje y rotación del producto. y fuera de eso un diferencial de precio, la pasta Laura era casi 15% por encima de las otras pastas porque era al huevo y entonces el Éxito no quiso volver a codificar y esa es una decisión unilateral que uno la tiene que respetar..”*

JUAN CARLOS LOZANO afirmó: *“. nosotros nos encontramos con otro problema que no habíamos visto y es que codificar un producto es muy duro y muy difícil, pero recodificar es casi imposible porque las cadenas dicen: ya tuve la experiencia, es un producto que no me sirvió entonces no hay motivo para volver a codificar...”*

ANA MARÍA PIEDRAHITA dijo: *“APOYO P.O.P. hizo lo posible para recodificar a AB con su marca Laura que había sido descodificada por mala rotación y servicio en la gran mayoría de las cadenas nacionales...cuando nosotros realmente comenzamos a laborar y hacer la labor de representación comercial para AB, en su marca Laura, encontramos que la marca estaba descodificada de los grandes autoservicios.”*

El señor Efraín Márquez manifestó en su testimonio: *“siempre se pide información para aceptar dicho compromiso específicamente ventas, presupuesto de las mismas, clientes de ellos y se pide su cobertura y codificaciones actuales ante cada una de las cadenas y supermercados del país... ante un supermercado lo primero que se codifica es el producto, entrando el producto entra el productor... en el caso de Cafan que se había comunicado la imperiosa necesidad*

de participar en sus eventos del 1 al 17 de marzo de 2002, se tenía todo listo y a la fecha no habían llegado los productos lo que generó la descodificación en dicha cadena y nosotros habíamos movilizado personal adicional contratado aparte para dicha actividad pero sin producto....”

ALEXANDER ARDILA, “fui la persona encargada por AB de hacer todo lo que tenía referencia al contrato, al entrenamiento de la fuerza comercial de P.O.P. para hacer la actividad de representación... nosotros arrancamos con P.O.P. en julio y unos tres meses antes se hizo un pre-acercamiento con ellos... una vez las partes llegaron a acuerdos empecé con el señor Ricardo Bernal, hicimos un empalme para que conociera todo el manejo del negocio, elaboración de la pasta, procesos de producción, portafolio de productos y listado de clientes que teníamos codificados para que pudiera transmitir sus conocimientos.. toda esa información hacía su fuerza comercial, seguido se hizo lanzamiento o presentación formal a la fuerza de ventas contratada por ellos, luego continuamos con el tema de los acompañamientos a los señores de P.O.P. para presentar nuestros productos a las cadenas de almacenes, dándoles soporte en la parte técnica del producto y ellos hacían la presentación para poder codificarse ante la cadena como nuestros representantes... se descodifica un producto por baja rotación, reclamos permanentes por mala calidad del producto... cuando yo estuve vinculado a AB en la cadena Éxito vendíamos pasta, raviolis, caspiroleta y palitroques en todos los almacenes Éxito pues al estar codificado, lo está en todos los puntos de venta del país..”

MARIA DEL CARMEN CARDENAS PLATA “se descodifica un producto por baja rotación, reclamos permanentes por mala calidad del producto... cuando yo estuve vinculada a AB en la cadena éxito

vendíamos pasta, raviolis, caspiroleta y palitroques en todos los almacenes Exito pues al estar codificado, lo está en todos los puntos de venta del país..”

CRISTIAN ALBERT KUMIN *“en el momento que usted espera que le salga la orden de compra y ya no aparece en el sistema entonces el encargado de tomar el pedido ve que no aparece en la lista, que de pronto desapareció y así puede quedarse meses y usted esta llorando para que lo codifiquen.. yo diría que al tiempo se entera el productor y el mercaderista también se tiene que dar cuenta porque ve listados, yo diría que ambos, al tiempo, si hay interés..”*

Apoyo P.O.P. LTDA. tuvo relación comercial con AB. LTDA., prestando servicios de mercaderismo, antes de iniciar la ejecución del contrato de Representación Comercial Integral, lo que le permitió conocer si sus productos estaban o no codificados en los diferentes almacenes de cadena, además sabía que en su trabajo como representante comercial integral, tenía que codificarlo como productor ya que quien estaba codificado, al momento de contratar, era Rica Rondo su anterior distribuidor. (C.7 Fls. 20,115 a 121; C.6-1 Fls.437, 383 a 390; C.AZ. Fl.320)

La labor de codificar al productor fue cumplida por la contratista. (C 5 Fl.123)

“La responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause”. ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Ibidem. PAG.42.

Ahora bien, hay otro elemento en este tema que es la descodificación, que ocurre por baja rotación y calidad de un producto, incumplimiento de volúmenes de ventas, cuantías de descuentos. (C.AZ Fls.320, 67, 251) En la labor de recodificación, el contratista tenía una obligación de medio.

e) CARTERA

ANA MARIA PIEDRAHITA, (declaración de parte) “el distribuidor es responsable del 100% de la gestión de cartera, en la representación comercial, la cartera es conjunta ya que está dentro de la contabilidad del productor todas las facturas, notas crédito, devoluciones y averías, es el productor quien debe reportar permanentemente la cartera y autorizar si paran o continúan los despachos a los diferentes clientes que previamente él, como productor, tiene que haber autorizado su distribución”

Como quiera que la gestión de cartera es conjunta en la representación comercial, el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia debe dejar constancia de que se advierte y requiere al representado que no ha dado orden de no hacer despachos a clientes con cartera atrasada.

*JUAN CARLOS LOZANO en su testimonio dijo: “. lo otro, encontramos que el 37% de las ventas eran clientes que no eran objeto del negocio pues nosotros no nos habíamos comprometido a atender ese canal y se empiezan a generar problemas, uno, la dispersión geográfica y dos, **ese canal no es tan sano en cartera.***

ANOTONINO BONFIGLIO “.. no pagamos porque la plata esta en cuentas por cobrar que eran 220' y pico de millones de pesos y ella (A.M.) nos aseguró que en 30 a 60 días se ponía con la cuenta por

cobrar, en marzo 22 de 2002 día de la conciliación, entonces dentro de toda la cuenta quedamos que nosotros le hacíamos un pagaré por \$75' para ser pagado en cuatro cuotas y que ellos mismos en un plazo de 30 a 60 días recaudan la factura cuenta por cobrar para que nosotros pudiéramos estar pagando... yo dejo de pagar porque no recibo cuenta por cobrar..”

EFRAIN MARQUEZ “. con respecto a la cartera desde comienzos del 2002 o mediados de diciembre, se empezó a solicitar al señor Javier Burbano y al señor Carlos Wiston que nos entregaran una relación de cartera de cada una de las regionales que llegó, la primera, el 24 de enero de 2002 donde el total adeudado a más de 60 días era \$4.300.000, cifra muy normal dentro de manejo de cartera, cuando ya se pidió que realmente nos conciliara una cartera generalizada, distrito por distrito, llegó el 11 de abril de 2002... AB nos hizo cambiar los tipos de consignación a diferentes cuentas, por embargos, en agosto 30 de 2001, en enero 5 de 2001, en enero 25, en mayo 16 y no pudieron conciliar porque no sabían qué les habían embargado y la conciliación de cartera final vino a llegar el 11 de abril, distrito por distrito... nosotros no podíamos tener conocimiento de toda la cartera de AB porque las cadenas, en algunos casos, no en todos, consignaban directamente a AB, más o menos en un 45%....”

Desde dic.29 de 2000 la contratante expresa que hay cartera por recaudar, y ya en febrero 20 de 2001 dice que la cartera tiene un valor de \$189.5' equivalente a casi dos meses de facturación. (C.5 Fls. 57, 59,60,61,62,63,81,63,68,269 a 270,64 a 67,68 a 69,70 a 72, 73 a 75, 81 a 90; C.7 Fl. 35; C.6-1 Fl. 317 a 342; C.4 Fls.18 a 22)

Se impone nuevamente el tema de la imprudencia e incumplimiento de ambos contratantes. La contratista tenía conciencia de que la

cartera de los almacenes pequeños no es tan sana y que para ellos era imposible llegar a canales distintos de los grandes almacenes. La contratante venía recibiendo manifestaciones en ese sentido y ahora comprueba la ineficacia de la contratista para atender a todos sus clientes y no puede cumplirle con el pago de sus servicios. La contratista no recibía pago por concepto de representación (C.5 Fls. 159,152,183,165)

“La culpa es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias “externas” que el demandado.”

“HENRI, LEON Y JEAN MAZEAUD, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, PARTE SEGUNDA, VOLUMEN II, EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMERICA, BUENOS AIRES. PÁG.123”

“.. el incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico que por sí mismo entraña una culpa del deudor. De aquí que se haya dicho que ese incumplimiento constituye una presunción de culpa, presunción legal que el deudor puede destruir acreditando su diligencia o cuidado o el caso fortuito.” CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 13/62

CRISTIAN ALBERT KUMIN *“yo le decía por mí, yo no he podido girar comisiones porque no ha habido ventas... desde un principio fue planteado que ellos no nos iban a recaudar cartera.. no le vendemos a tiendas, ni cacharrerías, ni perfumerías independientes, o sea nosotros estamos enfocados a cadenas de almacenes y esas cadenas ya hacen giros electrónicos..”*

Es claro y elemental pensar que quien tiene un negocio, paga sus gastos y costos con el producto de dicho negocio. Tanto el señor Bonfiglio como el señor Kumin manifiestan la necesidad de las

ventas y su consiguiente recaudo para poder cumplir con sus obligaciones de pago de comisiones.

LILIANA GARCIA GARCIA “ cuando yo inicié mi labor en febrero de 2003 en AB el contador me indicó, me mostró el contrato que tenía P.O.P. con AB, me pasó la lista que tenía todos los clientes que presentaban cartera morosa en el momento por facturas no canceladas y esa era mi labor, verificar que era lo que había sucedido, eran 142 clientes, era una cartera aproximada de unos cien millones de pesos... y la primera anomalía que encontré es que de estos 142 clientes el 50% no existían, clientes que los teléfonos ni las direcciones coincidían, la segunda anomalía que encontré, todo fue telefónico, es que clientes que no tenían las facturas.... de no haberlas recibido ni la mercancía ni la factura y que ellos no debían absolutamente nada.. en Confenalco, por ejemplo, Risaralda y Santander donde se les facturó mercancía y nunca les llevó la mercancía, es más, ellos dicen nosotros si solicitamos esa mercancía pero ellos nunca la entregaron ni la mercancía ni la factura... entonces Cadenalco dijo, yo cancelé esas facturas con este número de cheque, cuando se fue a revisar contablemente en el extracto bancario nos encontramos que las facturas de Mercar fueron canceladas con el cheque de Cadenalco.. eso significa que el efectivo que recibieron de Mercar nunca fue reembolsado”

Resultaba difícil, para ambas partes, llevar estricto control de la cartera, habiéndose presentado varios cambios en el lugar de consignación. C 5. Fls.286; C 6-1. Fls.314,315,316

“De otra parte, hay que descartar de los perjuicios a que está obligado el deudor aquellos que son consecuencia del hecho o culpa del acreedor, puesto que no entran ni en los previstos ni en los previsibles al momento de celebrarse el contrato. O en otros

términos, el deudor no responde de los perjuicios que se cause el acreedor por su culpa, ni de aquellos que la imprudencia o negligencia de éste haya hecho más graves. Es natural apenas, que al deudor sólo se cargue el daño que es consecuencia de su culpa. Esto supone, desde luego, una posibilidad de compensar las culpas contractuales de las partes.” ALVARO PEREZ VIVIES, *ibidem*, Pág.28

f) INVENTARIOS, FACTURACIÓN, NOTAS CREDITO

JUAN CARLOS LOZANO, (inspección judicial) *“la línea representada como línea de negocios era nueva para nosotros en el año 2000, nosotros creamos esa línea con experiencia de lo que sabemos hacer...”*

Todo indica que la experiencia en mercaderismo de la contratista no fue suficiente para representar, con éxito, al contratante, como quiera que en la representación se debe poner la misma atención e interés que tiene el productor y en el caso que nos ocupa la contratista no recibía estímulo para ello porque no se le cancelaba su servicio conforme con lo pactado.

La experiencia e idoneidad de la contratista en materia de mercaderismo es incontestable pero no hay prueba de su experiencia en el tema de facturación dentro de un contrato de representación (C.4 Fls. 7, 8,14,15,16,17,107; C.7 Fls. 29, 69, 22, 72; C.1. Fls. 5 3, 61, 55, 54; C. 6-1 Fl. 420, 390), manejo de inventarios (C.7 Fls. 32,36,42,48,63,72) y despachos (Fol.390 C. 6-1).

Tenemos el testimonio del señor Kumin quien dijo que ellos mismos facturaban, el del señor Botero que dijo que ellos mismos hacían los

despachos y hay varias comunicaciones de AB. LTDA. sobre errores en facturación. Además, se observa que, no obstante hay comunicación de P.O.P. en la que aclara que lo acordado es enviar notas y facturas cada 15 días, no hubo un regular envío, por parte de la contratista.

CRISTIAN ALBERT KUMIN: *“era básicamente la parte de entrega logística en Medellín, ellos tenían un pedido, nosotros lo facturamos en Cali, mandamos la factura y cuando llega la factura ellos toman la mercancía y la entregan..”*

ALVARO DE JESÚS BOTERO *“a principios del año 2000 fue contactado APOYO P.O.P. para prestarnos el servicio de mercaderismo en los diferentes almacenes de cadena.. ahí pasamos a un servicio de representación con algunas variables, por ejemplo que nosotros éramos los que despachábamos directamente de Medellín a cada almacén porque si lo enviamos a bodegas de P.O.P. pues incurriamos en un costo mayor debido a que el transporte a la ciudad que enviábamos era el mismo..”*

En efecto, conforme a la cláusula 3 numerales 7 y 9 del contrato de representación comercial integral, había obligación de resultado a cargo de la contratista de informar periódicamente (no se especifica lapso) sobre el desarrollo de la venta y enviar al contratante, los comprobantes, facturas, remisiones de la actividad con una periodicidad quincenal.

En cuanto al tema de los INVENTARIOS, tal como aparece en el contrato, ambas partes tenían obligaciones. El contratante debía informar la cantidad de producto terminado para evitar la ruptura de la cadena de abastecimiento y la contratista informar la cantidad de mercancía que tenía en bodega para que el productor pudiera

proyectar producción. Ambas partes tuvieron cumplimiento defectuoso de esta obligación.

ANA MARIA PIEDRAHITA *“..en la representación comercial, la cartera es conjunta ya que está dentro de la contabilidad del productor todas las facturas, notas crédito, devoluciones y averías..”*

ANTONIO BONFIGLIO *“nunca he podido negociar facturas en el tiempo de P.O.P. porque no coincidían con la totalidad...”*

EFRAIN MARQUEZ: *“.. P.O.P. llegó a representar unas 16 empresas pero, de estas, AB representaba un 45% o 50% de la facturación más no del recaudo para poder sufragar todos nuestro gastos y costos operativos... nunca tuvimos información de sus niveles de producción o de stop de producto terminado en sus bodegas que era necesario para los sugeridos y en muchas oportunidades se nos rompió la cadena de abastecimiento como en el caso de los Éxitos, se piden 150 unidades y sólo llega la mitad..”*

ALEXANDER ARDILA: *“en ese momento había debilidades en la parte de los inventarios.. yo nunca pude recibir una estadística de parte de P.O.P. porque nosotros no facturábamos, o sea, nosotros les entregamos facturas en limpio, hojas membreteadas en limpio, sello y ustedes hacen todo, la información fue muy deficiente y por eso el señor Lozano ofreció conseguir un software.. nosotros no necesitábamos software especial porque en ese momento nosotros no teníamos contacto con ningún cliente porque P.O.P. era nuestro representante...”*

g) LOGÍSTICA Y MERCADEO

Art.2161 del C.C.: “EL mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado como de lo suyos propios.—Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, y el delegado era notoriamente incapaz o insolvente.”

En consonancia con la norma legal transcrita está la obligación contenida en la cláusula 3.4 del contrato de representación comercial integral.

“El que se hace asistir o sustituir por otro en el cumplimiento de su obligación se presume haber incurrido en culpa cuando el resultado prometido no se alcanza y del mismo modo que si hubiera obrado por sí solo: el fundamento de esa presunción impone esta solución: Cuando existe una promesa de servicios, no de un resultado, o cuando, habiéndose probado la causa precisa del incumplimiento, se trate de apreciar su imputabilidad, el deudor responderá asimismo de la culpa de su asistente o sustituto, en los mismos términos que por su propia culpa... es indiscutible que en materia contractual la responsabilidad por la culpa del auxiliar o del sustituto se funda en una presunción de culpa en la elección o en la vigilancia y también, ya que según los usos el contratista no puede estar obligado a ejercer una vigilancia efectiva en todos los momentos ni a emplear exclusivamente a personas absolutamente seguras, respondiendo a la idea de que el que para multiplicar sus actividades personales emplea servicios ajenos, obteniendo con ello un beneficio, debe sufrir los riesgos que resulten.” MARCELO PLANIOL, JORGE RIPERT, Ibidem PAG.534

Hubo deficiente servicio de parte del operador logístico Distriexpress (C.4 Fls. 9,10, 11, 12, 13), se aprecian quejas del contratante (C.7, Fls. 29, 33, 52, 56, 59, 69; C.6-1 Fl. 190; C.1 Fl. 52) y excusas de la contratista (C.5 Fl. 186) por su desempeño. Y AB. LTDA. sugiere adelantar pedidos para evitar demora en consecución de carros (C.6-1 Fl.424)

De igual manera la contratista se queja por la mercancía que le llega en mal estado y con fechas cortas de vencimiento (C.4 Fl. 126; C.5 Fls. 203, 204, 173, 184; 332 AZ)

“Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: <Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar> La culpa, pues, se presenta en dos casos: a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado. b) Cuando el autor no prevé el daño causado con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad. Conforme a esta definición la culpa se condiciona a un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber

confiado en poder evitarlo. ¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente? Si se aplica un criterio meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño. La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; es necesario un criterio objetivo o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo. De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..” (CSJ, Sent. Jun2/58)

JUAN CARLOS LOZANO: “.. entonces la información que nos llegó nos mostró una cosa muy diferente a la que él inicialmente nos había dicho...ahí hubo la primera falla lo que hacía que la infraestructura nuestra que habíamos montado de vendedores, bodegas y red de frío estaba sobredimensionada sobre lo se necesitaba... el otro punto es que en marzo nos habían hablado de 384 puntos de venta y la realidad fueron 691..y el número de poblaciones que hablamos en marzo era de 45 y cuando nos pasaron el listado el 07 de julio, eran 65, eso genera un problema logístico muy grave para poder entregar pedidos a poblaciones tan pequeñas... nosotros sin ser el objeto del negocio le dijimos, ensayamos llegar a esos canales..”

ANA MARIA PIEDRAHITA: “ AB conoció a APOYO P.O.P. por sus labores de mercaderismo y fue AB el que contacto P.O.P. por su nombre y reconocimiento a nivel nacional con los diferentes

autoservicios por su labor de ejecución de actividades de Merchandising y logística.. APOYO P.O.P. tenía la experiencia, el conocimiento para garantizar el éxito del contrato siempre y cuando fuera única y exclusivamente en autoservicios y en las poblaciones que se habló inicialmente... no a tiendas ni distribuidores mayoristas, supermercados en poblaciones... AB nunca entregó manual de procedimientos del área logística para el manejo del producto. Se dio a los vendedores capacitación por una sola vez... no conocí nunca un plan de mercadeo de parte de AB a pesar de que en repetidas reuniones donde se habló de contratar una persona externa para realizar plan de mercadeo que nunca se llevó a cabo y finalmente Ana María Piedrahita lo hizo gratuitamente el plan de mercadeo a corto plazo con el compromiso de que AB cumpliera una de las cláusulas del contrato que era la inversión del 8% en actividades promocionales cosa que nunca hizo a excepción de un mes antes de terminar el contrato que hizo promociones en Bucaramanga... “el principal problema de bodegaje y de infraestructura se presentó cuando se hicieron unos contratos con base en unos volúmenes que no resultaron ciertos, cuando se contrata con un operador logístico, el operador mide por volumen y movimientos de caja..”

Contrario a lo afirmado por la señora Piedrahita, aparece a Fls. 405 a 419 del C. 6-1 un completo manual de procedimientos enviado a la contratista en enero 18 de 2001 cuando ya van corridos seis meses del contrato y a Fl.033 C.7 el contratante anota como temas por resolver la retroalimentación del manual de procedimientos.

EFRAIN MARQUEZ: *“..en muchas oportunidades le solicitamos a AB que diera apoyo al producto, sólo después de mucho tiempo lo logramos y se realizó labor de impulso en dos o tres ciudades pero después se desmontó por incumplimiento de pago.. en el caso de Cafan que se había comunicado la imperiosa necesidad de*

participar en sus eventos del 1 al 17 de marzo de 2002, se tenía todo listo y a la fecha no habían llegado los productos lo que generó la descodificación en dicha cadena y nosotros habíamos movilizado personal adicional contratado aparte para dicha actividad pero sin producto.”

ALEXANDER ARDILA, “Fui la persona encargada por AB de hacer todo lo que tenía referencia al contrato, al entrenamiento de la fuerza comercial de P.O.P. para hacer la actividad de representación... nosotros arrancamos con P.O.P. en julio y unos tres meses antes se hizo un pre- acercamiento con ellos... una vez las partes llegaron a acuerdos empecé con el señor Ricardo Bernal, hicimos un empalme para que conociera todo el manejo del negocio, elaboración de la pasta, procesos de producción, portafolio de productos y listado de clientes que teníamos codificados para que pudiera transmitir sus conocimientos.. toda esa información hacía su fuerza comercial, seguido se hizo lanzamiento o presentación formal a la fuerza de ventas contratada por ellos,... ellos no tenían bodegas, estuve en una bodega que se llama Distriexpress y allá almacenan productos de muchas compañías, conocimos las instalaciones, la forma como operaban la entrega del producto, conocí lo cuartos fríos e hice observación de que había que mejorar el nivel de enfriamiento porque el producto se iba a deteriorar... ya como a finales del primer semestre empecé a encontrar falencias muy fuertes.. no volvieron donde clientes..si generé inconformidades porque no atacaron todo el portafolio de clientes activos... como en octubre o noviembre se empieza a mermar la comunicación con Ricardo Bernal hay quejas y P.O.P. comunica que se va Bernal y empieza Ana María Piedrahita y que esas deficiencias de información iban a mejorar con un software que hasta que yo me fui no lo vi.. pero la situación desmejoró totalmente, me prohibió el contacto con los asesores que era

importante que nosotros como productores tuviéramos contacto con los asesores para resolverles dudas porque todo debía ser canalizado a través de ella que era la gerente de P.O.P., total no había un representante de cuenta, ella viajaba mucho, estaba muy ocupada, no tenía tiempo para reuniones y ya todo me tocaba por escrito decirle los puntos pendientes y eso no le gustó y le dijo a AB que no quería trabajar conmigo, igualmente ya yo le había dicho a mi jefe que no sentía que mi posición en la empresa sirviera en ese momento para algo... de hecho nosotros pensábamos que P.O.P. podía hacer un excelente trabajo de representación comercial porque tenía la experiencia en el manejo de punto de venta por parte de impulsadoras, ellos manejaban mercaderismo directamente dentro de la cadena éxito, sabían cómo exhibir bien, nos los recomendaron, en el tema de las degustaciones eran muy buenos, luego aparece el señor Juan Carlos Lozano haciéndole la propuesta al señor Bonfiglio de que ellos querían explorar ya el mercado con una representación integral completa.... las estrategias y planes de mercadeo estaban en manos del representante comercial porque ellos eran básicamente los que tenían el contacto día a día con el mercado, con las tendencias, con la cadena y con el consumidor final, pero pagado por AB y hasta que yo estuve no habían presentado ningún plan, entiendo que después lo presentaron..”

MARIA DEL CARMEN CARDENAS PLATA: *“...cuando a nosotros nos entregaron la marca nos hicieron la capacitación, la inducción como tal, de lo que se trataba, de qué estaba hecho, nos dieron a conocer la planta pero no más.. siempre había dificultad para que ellos recogieran sus averías, dejaban acumular mucho y muchas veces hasta se decomponía.... cuando me dicen vendo 100 y estoy en todas estas cadenas y me encuentro que no que la realidad era*

que vendía 50, pues obviamente la infraestructura hubiera sido un poco más pequeña...”

CRISTIAN ALBERT KUMIN, *“ me pude dar cuenta que P.O.P. tenía una organización bastante sólida que manejaba muy bien el tema y que por eso habían sido certificados por el Éxito.. en el Éxito no iban a aceptar nuestras consultoras sino que nosotros teníamos que retirarlas o trasladarlas a un operador logístico que escogieramos... después con el caminar de los negocios me di cuenta que ellos tenían una división de línea representada y decidimos probar con ellos, eso fue a mediados de 2001..”*

En lo referente a promociones hay copiosa documentación que demuestra el ánimo dispuesto de la contratante (C.7 Fls.150,152,153,154,144,146,160,155,136,159,142,143,162,147,161,163,156 a 158,140; C.5 Fls.263,76,185; C.6-1 Fl.39. Sin embargo conforme al dictamen pericial sólo se invirtió el 3.06 de las ventas totales y no el 8% al que estaba obligado conforme al contrato.

Lo cual se explica dada la iliquidez que, conforme al dictamen pericial, se observa desde 1999 sumada a la falta de recuperación de cartera.

Siendo esto así, la contratista hubiera podido renunciar al mandato, conforme con el espíritu del Art.1286 del C.Co. que dice: RENUNCIA POR INSUFICIENCIA DE FONDOS. “Cuando el mandato requiera provisión de fondos y el mandante no la hubiere verificado en cantidad suficiente, el mandatario podrá renunciar su encargo o suspender su ejecución.” Y no continuar con la ejecución de una representación que por insuficiencia de mercadeo iba a decaer las ventas, elemento fundamental para sus intereses económicos.

En cuanto al punto de las bodegas de que disponía APOYO P.O.P. hay pruebas de contratos de arrendamiento en Cali de fecha abr.07/99 AZ FI.088; en Bogotá de fecha mar.23/00 AZ FI.106 y en Medellín de fecha feb.01/01 AZ FI.92 y de que contaba con las bodegas y transporte de Distriexpress.

De acuerdo con la Cláusula Primera. Parágrafo 1. El contratista acepta que mientras represente al contratante no podrá representar otros fabricantes de Pastas Alimenticias, Raviolis, Palitroques, Caspiroleta y Fiocopan.

Sin embargo, a Fls. 623 a 637 C. 6-1, con fecha 30 de abril de 2001 aparece una oferta de representación a Pastificio S.A., suscrita por Ana María Piedrahíta, Gerente de Apoyo P.O.P. y facturas por servicio de representación comercial. Se trata de una obligación de resultado a cargo de la contratista que fue incumplida.

h) INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

“Al igual que en materia extracontractual debe existir una relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio resultante del incumplimiento” PLANIOL Y RIPERT, Ibidem, PAG 532

“El vínculo de causalidad no existe, cuando se demuestra que el daño es producto de una de estas tres cosas: culpa de la víctima, fuerza mayor o intervención de un tercero... Entendiendo por tal, todo hecho, acontecimiento o condición exterior y ajena al demandado.” ALVARO PEREZ VIVES ibidem PAG.315

“Para que la inejecución de la obligación principal, o su ejecución defectuosa o retardada, dé al acreedor el correspondiente derecho a la indemnización de perjuicios, se requiere:

1º) que el incumplimiento sea imputable al deudor;

2º) que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento, y

3º) que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora...

... La mora debitoria es el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación...

“LA IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO. La inejecución o la ejecución imperfecta o retardada de la obligación puede provenir: 1º) de la mala fe o dolo del deudor; 2º) de la culpa de este, o sea de su negligencia o descuido; 3º) de un hecho imprevisible e irresistible que haya colocado al deudor en la imposibilidad definitiva o temporal de cumplir su obligación en la forma y tiempo debidos, y 4º) de la culpa exclusiva del acreedor.

*“Solamente en los dos primeros casos el deudor es responsable de los perjuicios sufridos por el acreedor, por serle imputable a aquel el incumplimiento que los ocasiona. En el tercer caso no hay lugar a indemnización de perjuicios: un hecho que el deudor no ha podido prever y que supera su buena voluntad de cumplir, lo libera de toda responsabilidad; y en el cuarto, la culpa exclusiva del acreedor produce este efecto exonerante, **y si es concurrente con la culpa del deudor, puede disminuir la responsabilidad de este y, consiguientemente, el monto de la obligación indemnizatoria.**”*

(negrilla fuera de texto) GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, SEGUNDA EDICIÓN CORREGIDA, EDITORIAL TEMIS, PAG.100 Y 105

i) OBLIGACIÓN PRINCIPAL A CARGO DE LA CONTRATISTA:

Es claro para el Tribunal, que la obligación principal de la contratista dentro del contrato de representación comercial integral, es una obligación de hacer representación comercial integral. Y conforme con la naturaleza del contrato, estaba obligada a ejecutar en primer lugar su obligación. Obligación cumplida imperfectamente, cuyo cumplimiento defectuoso tiene relación de causalidad con el perjuicio y es imputable a ambas partes por concurrencia de culpas. En consecuencia, disminuye su responsabilidad y consiguientemente el monto de la obligación indemnizatoria.

Había, adicionalmente, obligación de representación exclusiva del contratante, esto es, sin que pudiera representar otros fabricantes de pastas alimenticias; obligación de no hacer que fue incumplida y cuyo incumplimiento sólo le es imputable a la deudora y debe indemnización compensatoria, pues el art. 1615 C.C. dispone: “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.”.

j) OBLIGACIÓN PRINCIPAL A CARGO DE LA CONTRATANTE

Asimismo la obligación principal del contrato, a cargo del contratante, era el pago del servicio de representación comercial integral; obligación de dar que fue cumplida imperfectamente, cuyo cumplimiento defectuoso tiene relación de causalidad con el perjuicio y le es imputable a ambas partes porque hubo concurrencia de culpas pero, en este caso, no hay retardo culpable que configura la mora pues conforme con el art.1609 del C.C. “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora 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.” Y, por su

parte, la Corte ha dicho: “Por consiguiente, el remedio de la exceptio non adimpleti contractus no es pertinente y, por ende, no puede proponerlo con exitosos resultados, quien por razón de lo pactado o por la naturaleza misma de la convención se encuentre obligado a satisfacer en primer lugar sus obligaciones..” CSJ. Cas. Civil, Sent. Oct.11/77

A contrario sensu, puede proponer la excepción de contrato no cumplido quien conforme a la naturaleza del contrato no estaba obligado a satisfacer en primer lugar sus obligaciones.

Finalmente a juicio del Tribunal, no obstante que hay concurrencia de culpas, la culpa a cargo de APOYO P.O.P. LTDA. es mayor como quiera que la ejecución del servicio de representación de un empresario, es sustancial para el resultado del negocio representado; y existe copiosa documentación que prueba la diligencia de ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. estableciendo políticas y condiciones durante todo el tiempo de ejecución del contrato lo que demuestra que, en ningún momento, abandonó el manejo de sus productos. Productos que llegaban al comercio a nombre propio. El nombre del fabricante por una mala representación, sufrió pérdidas. Al representante se le salió de las manos el manejo del negocio como consecuencia de su imprudencia.

Además, la conducta procesal de la parte convocada ha sido equívoca. Olvido la elemental norma de que las sanciones no se aplican por analogía y quiso incluir sanciones que contempla el art.101 del C.P.C. en el Parágrafo 1 del art. 430 ibidem; presentó algunos testigos que pueden ser tachados de sospechosos en la medida en que hay razones de dependencia con la convocada; hay hechos indiciarios, por debidamente probados, que prueban que Apoyo P.O.P. mintió.

K) OBJECCIÓN AL DICTAMEN

Para determinar la procedencia o improcedencia de la objeción al dictamen pericial, debe el Tribunal referirse en primer lugar al alcance mismo de la objeción propuesta, de tal forma que la objeción recaer específicamente frente a la respuesta dada por los señores peritos respecto a la pregunta del apoderado de la parte convocante contenida en el literal B) del escrito de adición al dictamen pericial, siendo esta “Proyectar a través de sistema de mínimos cuadrados y/o a través del sistema de indexación, las utilidades dejadas de percibir por Alimentos Bonfiglio Ltda. durante el período comprendido entre el segundo semestre del año 2000 y el primer semestre del 2002 teniendo como base esa disminución de las ventas en un 68% con respecto a los años 1997, 1998 y 1999 (1 semestre del 2000 se da por terminado el contrato con Rica Rondo S.A. y por lo tanto las ventas empiezan a decrecer) Si los peritos estiman necesario deberán tener en cuenta como base de su proyección variables tales como el PIB así como el comportamiento del mercado de las pastas durante los años analizados certificado por la autoridad competente” a la pregunta referida los señores peritos respondieron así “... Si Alimentos Bonfiglio hubiese continuado con la tendencia del mercado partiendo de ventas del año 1999 hubiera generado unas utilidades operacionales adicionales de \$607.357.663 que a valor presente serían \$1.256.291.000”. Del estudio a la objeción y de la prueba pericial decretada para probar la existencia del error grave en la determinación del valor de las utilidades dejadas de percibir por la sociedad Alimentos Bonfiglio Ltda., encuentra el Tribunal que en el segundo dictamen se parte de una cifra sustancialmente inferior a la determinada por los peritos Jaime Olano Martínez y Liliana López de Zamorano, que la diferencia sustancial radica en el descuento que debe hacerse al valor tomado por los segundos peritos de las

ventas del establecimiento denominado "el arepazo", a cuyo resultado debe adicionarse la cantidad dejada de percibir por Alimentos Bonfiglio y que se trasladaba a la sociedad Rica Rondo S.A. durante la vigencia del contrato de distribución, de manera que el cálculo que hicieron los peritos iniciales fue basado en el contrato, todavía vigente para el año de 1999 con Rica Rondo S.A. que los autorizaba a cobrar un porcentaje del 30% sobre los precios de venta. En consecuencia, lo que hicieron los peritos fue una simple regla de tres: Si \$1.624.997 es el 70%, cuánto es el 100% para arrojar el resultado de \$2.321.424. Cifra esta de la que partieron los peritos iniciales para determinar las utilidades dejadas de percibir por AB LTDA. durante el período comprendido entre el segundo semestre del año 2000 y el primer semestre del año 2002. El nuevo perito dice que el 30% superior al precio de facturación de AB LTDA. corresponde al ingreso del distribuidor y no puede el 30% considerarse como ingreso para el productor tal y como se refleja en los estados financieros y adicionalmente no representa mayor volumen de unidades vendidas.

Para este Tribunal es claro, que el 30% superior al precio de facturación de Alimentos Bonfiglio Ltda. no representa un ingreso para él, en el año de 1999; pero sí representa el valor total de las ventas independientemente de que ese 30% fuera el ingreso del distribuidor, cantidad que fue determinada por los peritos Olano Martínez y López de Zamorano y que resulta acertada para establecer el punto de partida de las ventas reales efectuadas por la sociedad Alimentos Bonfiglio Ltda., Sin embargo, encuentra el Tribunal que los porcentajes de actualización aplicados por los señores peritos Olano Martínez y Liliana López de Zamorano no concuerdan con la tasa por ellos determinada del 6.49% anual contra el número de días a aplicar para traer las cantidades a valor presente, existiendo por ende un error en la actualización de la cantidad correspondiente a las utilidades dejadas de percibir por la

sociedad alimentos Bonfiglio Ltda., sin embargo, la actualización fue ajustada por el perito Francisco Javier Cabal Franco determinando el monto de las mismas en setecientos millones doscientos ochenta y dos mil seiscientos tres pesos (\$700.282.603). Así las cosas, el Tribunal encuentra que el error en que incurrieron los señores peritos iniciales no es determinante en el aspecto sustancial y conceptual del dictamen rendido tal y como se planteó en la objeción formulada por la señora apoderada de la parte convocada, en ese orden de ideas el Tribunal encuentra infundada la objeción propuesta por la parte convocada a la respuesta de la pregunta B) formulada en el escrito de adición al dictamen rendido por el apoderado de la parte convocante.

CONCLUSIONES RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL, DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

1. Que la sociedad APOYO P.O.P. LTDA. cumplió de manera imperfecta el contrato de Representación Comercial Integral suscrito con ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. al no haber observado el grado de responsabilidad que corresponde a un contrato que se hizo en beneficio recíproco de las partes.
2. Que en los perjuicios causados no sólo está presente la culpa del deudor sino también la del acreedor. La contratante participó en la realización del perjuicio que la afecta y, en consecuencia, se dividirá la responsabilidad, de conformidad con la teoría de la culpa común.
3. Que los perjuicios causados a la sociedad convocante, como consecuencia del cumplimiento defectuoso de la convocada,

le generan a ésta la obligación de indemnizarle a aquella, de acuerdo con la teoría de la culpa común.

4. Que la condena en costas será consecuente con las demás condenas.

A LAS EXCEPCIONES:

1. No se encuentra probada inexistencia de la obligación e ilegitimidad en la causa.
2. No se encuentra probado incumplimiento imputable únicamente al deudor en el pago y mora de la parte contratante.
3. No se encuentra probada la carencia de buena fe en la etapa precontractual.
4. No puede ser propuesta la excepción de contrato no cumplido por quien conforme a la naturaleza del contrato debía cumplir primero con sus obligaciones.
5. No se encuentra probado el incumplimiento imputable sólo al deudor de la obligación de invertir el 8% de las ventas en actividades de promoción y mercadeo.
6. No se encuentra probada la excepción de no contener el contrato dentro de su objeto la atención de clientes como graneros, tiendas pequeñas, minimercados etc.

A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

1. Que la sociedad ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. actuó con imprudencia al continuar con un contrato en el que su representante comercial, expresamente y desde el comienzo, le hizo conocer su imposibilidad de atender canales distintos

de los autoservicios y guardó silencio lo que equivale a aprobación del riesgo.

2. Que a la sociedad ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. no se le probó que actuó de mala fe sino con imprudencia al asumir un riesgo que conoció; y en cuanto al pagaré que garantizó las obligaciones vencidas y conciliadas el 22 de marzo de 2002, no se condicionó su pago sino la cuantía de la cuota conforme con lo conciliado.
3. y 4. Que el daño y perjuicio sufrido por la sociedad APOYO P.O.P., fue consecuencia de su propia culpa como quiera que tenía experiencia y conocimiento para garantizar el éxito del contrato siempre y cuando fuera única y exclusivamente en el canal de autoservicios, no a tiendas ni distribuidores mayoristas, supermercados en poblaciones, clientes todos ellos, del convocante.
5. Que los proyectos de facturación de la contratista no son responsabilidad contractual del contratante.

A LAS EXCEPCIONES:

1. Si se encuentra probada la llamada excepción de carencia de derecho, carencia de acción y carencia de causa.
2. Si se encuentra probada la llamada excepción de contrato no cumplido.

El tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia niéguese cada una de las excepciones de fondo propuestas por la señora apoderada de la sociedad Apoyo P.O.P. Ltda. en el escrito de contestación.

SEGUNDO.- Declarar que la sociedad APOYO P.O.P. LTDA. cumplió de manera defectuosa las obligaciones adquiridas con la sociedad ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. en desarrollo del contrato de Representación Comercial Integral de fecha 30 de mayo de 2000.

TERCERO.- Declarar que la sociedad ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. también cumplió de manera defectuosa las obligaciones adquiridas con la sociedad APOYO P.O.P. LTDA. en desarrollo del contrato de Representación Comercial Integral de fecha 30 de mayo de 2000.

CUARTO.- Declarar que tanto APOYO P.O.P. LTDA. como ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. deben asumir responsabilidad contractual de conformidad con la concurrencia de culpas imputable a ambas partes.

QUINTO.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condénase a la sociedad contratista APOYO P.O.P. LTDA. a pagar a favor de la sociedad contratante, ALIMENTOS BONFIGLIO LTDA. el 70% liquidado del monto total de los perjuicios probados dentro de este proceso, cantidad que asciende a \$700.282.603, siendo la cantidad a pagar a favor de la parte la sociedad Alimentos Bonfiglio Ltda. de cuatrocientos

noventa millones ciento noventa y siete mil ochocientos veintidós pesos (\$490.197.822).

SEXTO.- Respecto a la demanda de reconvención y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia se declaran probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la parte convocante.

SÉPTIMO.- Negar la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención

OCTAVO.- Condenar a la sociedad APOYO P.O.P. Ltda. a pagar a favor de ALIMENTOS BONFIGILO Ltda el 70% de las costas del proceso, a su cargo, cantidad que se estima en veintidós millones noventa y ocho mil cuarenta y tres pesos (\$22.098.043)

NOVENO.- Condenar a la parte convocada Apoyo P.O.P. Ltda. al pago de agencias en derecho, las que se determinan en la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000.oo).

DECIMO.- Desestimar la objeción por error grave propuesta por la parte convocada Apoyo P.O.P. Ltda.

DECIMO PRIMERO.- Ordenar a la Secretaría del Tribunal la expedición y entrega de copia auténtica de este laudo arbitral al apoderado de cada una de las partes, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 115 del C.P.C.

DECIMO SEGUNDO.- Por la Secretaría y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expídase copia del presente laudo.

DECIMO TERCERO. Por el Presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de gastos del Tribunal, una vez ejecutoriada la presente providencia protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Cali.

El presente laudo queda notificado en audiencia.

El Arbitro Único,

MARTA ISABEL NAVIA RAFFO

El Secretario,

LUIS MIGUEL MONTALVO PONTON