

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. – C.I. PROBAN S.A.- (ANTES EXPOCARIBE S.A.) CONTRA INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.

A las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.), del tres (3) de septiembre de dos mil nueve (2009), los árbitros Guillermo Montoya Pérez, Ramiro Rengifo Higueta y Álvaro Francisco Gaviria Arango, con la asistencia del secretario Juan David Posada Gutiérrez, profirieron el siguiente laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por la sociedad **C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. – C.I. PROBAN S.A.- (ANTES EXPOCARIBE S.A.)** contra la sociedad la **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.**. La decisión se profiere en derecho y en forma unánime.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

Con fecha tres (3) de septiembre de 2008 la sociedad **C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. – C.I. PROBAN S.A.- (ANTES EXPOCARIBE S.A.)** presentó, ante el CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que este dirimiera el conflicto que dijo tener frente a la sociedad **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.**, y con invocación de la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Consignación de Banano para la Exportación con Representación, suscrito por las partes el (20) de abril de 1999, que agregó con la solicitud y cuyo texto es el siguiente:

"TRIGESIMA PRIMERA.- CLAUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que se presenten entre las partes, por razón del presente contrato o de sus prórrogas, e igualmente por la terminación del contrato de mandato para la venta de banano, serán obligatoriamente sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento que funcionará en Medellín, fallará en derecho y estará integrado por tres (3) ciudadanos colombianos, en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos, los cuales serán nombrados por la Cámara de Comercio de Medellín, a solicitud de cualquiera de las partes."

El veintiséis (26) de septiembre de 2008 la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio por sorteo designó, como árbitros a los abogados Guillermo Montoya Pérez, Ramiro Rengifo Higueta y Álvaro Francisco Gaviria Arango, quienes aceptaron su encargo dentro del término previsto en el artículo 10 del Decreto 2279 de 1989.

II. DILIGENCIAS ARBITRALES.

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el veinticuatro (24) de octubre de 2008, luego de lo cual admitió la demanda arbitral mediante el Auto No. 2 de la misma fecha.

Surtido el traslado correspondiente, la convocada replicó en tiempo oportuno formulando oposición y excepciones a las pretensiones del libelo, y proponiendo además, demanda de reconvenición la cual, luego de ser inadmitida y de cumplirse con los requisitos exigidos por el Tribunal, fue puesta en traslado a la demandante inicial, quien en tiempo contestó, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones.

Posteriormente, se realizó reforma a la demanda de reconvenición y con ocasión de ello, se dio traslado de la misma a la parte convocante – reconvenida, quien oportunamente, se opuso a las pretensiones reformadas y propuso excepciones de fondo frente a éstas.

Verificada la consignación de gastos y de honorarios, realizada en su totalidad por la parte convocante - reconvenida, se procedió a la celebración de la audiencia de conciliación sin resultado favorable. El veintiuno (21) de abril de 2009 se llevó a cabo la PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, momento en el cual, el Tribunal asumió competencia para procesar el asunto sometido a su conocimiento y decretó las pruebas pedidas por las partes.

En el entretanto del proceso la parte convocante reconvenida acreditó que la sociedad EXPOCARIBE S.A. en razón de su disolución que consta en la escritura pública 7261 del 29 de diciembre de 2008 otorgada en la Notaría 29 del Círculo de Medellín e inscrita en el registro mercantil el día 30 de marzo de 2008, en adelante se denominará C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. –C.I. PROBAN S.A.-, ya que ésta recibió, en virtud de su escisión parte del patrimonio de EXPOCARIBE S.A., y de manera especial las cuentas por cobrar a la sociedad convocada reconviniente, INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U., lo anterior conforme a la certificación expedida por el revisor fiscal de C.I. PROBAN S.A. y al certificado de la Cámara de Comercio de Medellín aportado al proceso.

El Tribunal de arbitramento por encontrar la solicitud ajustada a lo previsto por el artículo 60 del estatuto procesal civil en auto dictado en audiencia del 20 de marzo de 2009 aceptó la sucesión procesal que operó en la persona jurídica de la demandante reconvenida, por lo cual en adelante, dicha parte para todos los efectos procesales asumirá el nombre de **C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. –C.I. PROBAN S.A.-**

Las pruebas decretadas se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la contradicción y se atendieron algunos desistimientos solicitados por la parte convocante - reconvenida que, de acuerdo con la estimación del Tribunal, no afectaban la debida instrucción del proceso.

Precluido el período probatorio la parte convocante – reconvenida presentó por escrito su alegato de conclusión.

Agotadas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir de la

primera audiencia de trámite (artículo 103 de la Ley 23 de 1991), comenzó a correr el veintiuno (21) de abril de 2009 y vencerá el veinte (20) de octubre de 2009, por lo cual, se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

En el escrito de convocatoria la parte convocante narra, en resumen, los siguientes hechos que dan cuenta de la litis planteada:

1. EXPOCARIBE S.A., celebró con INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. (Antes INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI S. en C.), un contrato denominado CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN el día 20 de abril 1999, por el término de cinco años, el cual fue prorrogado el 20 de abril de 2004 por un periodo igual al inicialmente pactado, razón por la cual, su vigencia sería hasta el 19 de abril del año 2009.
2. En razón del contrato de Consignación de Banano para la Exportación con Representación, la empresa unipersonal INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI se obligó a entregar a EXPOCARIBE S.A., de forma exclusiva, la totalidad de la fruta que se produce en la finca LA RESERVA, para que ésta pudiera comercializar la totalidad de dicha fruta. Esta previsión fue plasmada por las partes en la cláusula primera del contrato aludido y la cual denominaron "Objeto" del acuerdo negocial.
3. Además de haber sido calificada la anterior obligación, en la Cláusula Octava del Contrato, como principal a cargo INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U., las partes señalaron en las Cláusulas Décima Novena y Vigésima, el mecanismo mediante el cual INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. informaría a EXPOCARIBE S.A. la cantidad de fruta estimada que se produciría en la finca LA RESERVA y, la forma que ésta emplearía para informarle a INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. la cantidad de fruta que debía entregarle para cada embarque.
4. El contrato de Consignación de Banano para la Exportación con representación se desarrolló y se ejecutó de manera ininterrumpida y con apego a lo pactado hasta el día 12 de febrero de 2008. A partir de ese momento, la empresa unipersonal INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI, comenzó a incumplir sus obligaciones contractuales, al dejar de entregar, de forma exclusiva, a EXPOCARIBE S.A. la fruta que se producía en la finca LA RESERVA.
5. El incumplimiento grave de la obligación principal contractual a cargo de INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. se hizo notorio en la semana 7 de 1998, particularmente desde el 13 de febrero de 2008, fecha desde la cual se dejó de entregar a EXPOCARIBE S.A. parte de la producción de fruta de la finca LA RESERVA, para ser entregada a personas diferentes, tal como consta en el cuadro citado en el hecho Décimo Quinto de la demanda.
6. En razón de lo antes mencionado, el día 21 de febrero de 2008, EXPOCARIBE S.A. dirigió a INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U., la comunicación 8-3921, mediante la cual se le requería para el

cumplimiento de lo convenido en el contrato, so pena de iniciar las acciones legales en procurar del cumplimiento forzoso del mismo y la aplicación de las sanciones correspondientes. No obstante el citado requerimiento, el productor a partir del 24 de marzo del 2008 y hasta la fecha de presentación de la demanda, no volvió a entregar la fruta a EXPOCARIBE, ni mucho menos los informes de sus estimativos, pese que hasta la fecha se le continúan remitiendo a la demandada las solicitudes de fruta, tal y como consta en el cuadro relacionado en el hecho Décimo Octavo de la demanda.

7. La parte demandante ha tenido conocimiento por los informes plasmados en las actas de coordinación y control realizadas por sus funcionarios encargados de la inspección de calidad de producción, que la fruta que se le dejó de entregar oportunamente a EXPOCARIBE está siendo entregada a C.I. PRODJUSTA S.A, quien exporta la fruta a través C.I. FRUTAS DEL CAMPO y por medio de C.I. DALL ORTO SA., lo cual corrobora el incumplimiento grave de la obligación principal del contrato asumida por el productor.
8. Al producirse el incumplimiento a partir del 13 de febrero del 2008, en el cuarto año de la vigencia del contrato, de conformidad a lo señalado en dicho cuerpo normativo, la parte cumplida tiene la potestad de ejercer el derecho a pedir la resolución o el cumplimiento del contrato y a exigir la sanción pecuniaria equivalente a 15 salarios mínimos mensuales por cada hectárea contratada, y al ser el número de hectáreas contratadas 34.27, arroja un resultado de 514.05 salarios mínimos mensuales, el cual para el año 2008 es la suma de \$461.500, por ende la sanción asciende a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETENTA PESOS M.L. (\$237.234.070).

IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La convocante con base en lo expuesto, solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRINCIPAL. Declárese que *INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.* incumplió el contrato de consignación de banano para la exportación, con representación, al dejar de observar su obligación principal consistente en entregar a *EXPOCARIBE S.A.*, en forma exclusiva la fruta que se produce en la finca *LA RESERVA.*"

"PRIMERA CONSECUCIONAL. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a *INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.* a pagar a *EXPOCARIBE S.A.*, a título de sanción por incumplimiento, la suma de *DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (SIC) (\$237.234.070).*"

"SEGUNDA CONSECUCIONAL. Que se indexe la sanción por incumplimiento, desde el momento en que se produjo el mismo, hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral."

"TERCERA CONSECUCIONAL. Condénese a *INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.* al pago de costas y agencias en derecho que se causen en este proceso arbitral."

V. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

La convocada contestó oportunamente la demanda arbitral, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la convocante, negando unos, aceptando otros total o parcialmente o formulando aclaraciones relativas a ellos, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y formulando excepciones que se resumen así:

1. **"PRIMERA EXCEPCIÓN PRINCIPAL DE FONDO. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO POR ILICITUD DE SU OBJETO"**. Al imponerse la exclusividad como objeto del contrato de consignación de banano por parte de EXPOCARIBE S.A. en la producción de la finca LA RESERVA de propiedad de INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U. se impidió totalmente el desarrollo del objeto social de ésta, dicho pacto abusivo se encuentra expresamente prohibido en las normas imperativas que regulan la sana competencia en el mercado previstas en la ley 256 de 1996, particularmente, en su artículo 19, el cual condena aquellos pactos desleales de exclusividad que restrinjan el acceso de los competidores al mercado o que monopolizan la distribución de productos o servicios, situación ésta que se evidencia sin mayores esfuerzos interpretativos en el contrato suscrito, por lo cual, al estar viciado el citado pacto por contrariar norma imperativa y al desconocer lo reglado por los artículos 899 del Código de Comercio y 1523 del Código Civil, el objeto del contrato es nulo de forma absoluta.
2. **"SEGUNDA EXCEPCIÓN PRINCIPAL DE FONDO. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO POR VIOLACION DE NORMAS IMPERATIVAS"**. La nulidad invocada tiene como base normativa el Art. 830 del Código de Comercio el cual establece que: *"El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause..."*, y se origina en la totalidad de las cláusulas que conforman el contrato que dio origen a la presente controversia contractual, y puntualmente, en el hecho de haber abusado la sociedad demandante de su posición dominante contractual al imponer cláusulas abusivas, que sumadas al abuso de su posición dominante dentro del contrato, eliminaron el poder de negociación que le asistía a INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U.

"DE MANERA SUBSIDIARIA Y TAN SOLO EN EL EVENTO EN QUE NO SEA DE RECIBO EL MEDIO EXCEPTIVO ANTERIORMENTE PROPUESTO NOS PERMITIMOS PROMOVER EN SU ORDEN":

3. **"PRIMERA EXCEPCION SUSIDIARIA. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO:** *Este medio exceptivo, contrario sensu, al anterior medio de defensa, presupone la existencia de un contrato válido. De ahí su carácter subsidiario".*

En el presente asunto se le endilga a la sociedad demandada, incumplimiento por la obligación principal de entrega a la que el contrato le obligaba. Pero acontece, que previamente al supuesto incumplimiento, existió por parte de EXPOCARIBE un grave y

determinante incumplimiento del contrato, puesto que ésta desconoció el pacto establecido como obligación principal en el parágrafo 10 de la CLÁUSULA CUARTA DEL CONTRATO DE CONSIGNACION DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN, a través del cual, EXPOCARIBE se obligó a pagar a INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. un valor de siete centavos de dólar americano (0.07 USD) por cada caja de 18.86 kilos de fruta PREMIUM TURBANA o su equivalente, entregada y efectivamente exportada, como sobreprecio de permanencia en la ejecución del contrato aludido, dichas sumas de dinero no fueron pagadas en el desarrollo del contrato sin justificación jurídica válida, por lo que habiendo un incumplimiento grave y previo al endilgado a la demandada, se hace necesaria la declaración judicial de la excepción de contrato no cumplido.

VI. SINTESIS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

En la demanda de reconvencción y su reforma **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.** expuso los siguientes hechos que se compendian así:

1. Entre la empresa reconviniante y la sociedad reconvenida se suscribió el 20 de abril de 1999, un contrato que fue denominado por ésta como "**CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN**", pero lo que realmente se ejecutó fue un contrato de suministro de banano.
2. Los términos del mencionado contrato de "CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN", fueron redactados e impuestos en su totalidad por la sociedad demandada en reconvencción, impidiéndole con ello a **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.** ejercer el poder de negociación a que tenía derecho, al punto que un contrato que a todas luces es de suministro, se le restringió sus efectos y se le rotuló como contrato de consignación.
3. Expresiones de la imposibilidad de ejercer el poder de negociación por parte de la sociedad demandante en reconvencción, y el abuso del derecho contractual realizado por parte de la demandada en reconvencción, se encuentran materializados en las cláusulas del contrato citadas en el hecho No. 4 de la demanda de reconvencción, cuestión ésta que a la par evidencia la realidad del negocio, esto es, un contrato de suministro.
4. La ejecución del citado contrato en las condiciones ya señaladas conllevó insalvablemente a la situación actual de notoria insolvencia de la reconviniante, y al estado de cesación de pagos que se avecina, especialmente con ocasión de la cláusula de EXCLUSIVIDAD que le fue impuesta por la sociedad contratante.
5. En el contenido del parágrafo 1º de la Cláusula Cuarta del mencionado contrato de suministro, se consignó una prestación de contenido dinerario que nunca se cumplió por parte de su obligada, puesto que EXPOCARIBE no pagó a favor de la empresa reconviniante la suma equivalente a siete centavos de dólar (0.07

USD) por cada caja de 18.86 Kilos de PREMIUM TURBANA o su equivalente, entregada durante toda la ejecución del contrato, incumplimiento fundado con el falaz argumento de una compensación a una deuda inexistente, esto aunado al pacto ilícito de exclusividad en la venta de la producción de la fruta, deterioró de manera grave la situación económica de la reconviniendo.

VII. PRETENSIONES DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA.- "DECLÁRESE que entre la sociedad demandante *INVERSIONES O'BYRNE AYCARDY E.U.* y la sociedad demandada *EXPOCARIBE S.A.* se celebró un contrato de suministro para la exportación de banano que las partes denominaron "CONTRATO DE, CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACION, CON REPRESENTACIÓN".

SEGUNDA.- "DECLÁRESE que la Sociedad *EXPOCARIBE S.A.*, en ejecución del contrato de suministro llamado *CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE, BANANO PARA LA EXPORTACIÓN CON REPRESENTACIÓN* celebrado con la sociedad *INVERSIONES O'BYRNE AYCARDY E.U.*, abusó del derecho y de su posición dominante dentro del mismo".

TERCERA.- "A consecuencia de las dos declaraciones anteriores *DECLÁRESE, LA TERMINACIÓN* del contrato de suministro llamado *CONTRATO DE, CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN* por *ABUSO DEL DERECHO* de la sociedad demandada *EXPOCARIBE S.A.*, contrato que no tiene que soportar mi poderdante en los términos abusivos en que le fue impuesto."

CUARTA.- "A consecuencia de la terminación del contrato por *ABUSO DEL DERECHO CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD DEMANDADA EXPOCARIBE S.A.*, condénese a la sociedad *EXPOCARIBE S.A.* a indemnizar a la sociedad *INVERSIONES O'BYRNE AYCARDY E.U.* los perjuicios irrogados a ésta."

QUINTA.- "A consecuencia de la pretensión anterior *CONDÉNESE A LA SOCIEDAD DEMANDADA EXPOCARIBE S.A. A PAGAR A LA SOCIEDAD INVERSIONES O'BYRNE AYCARDY E.U. LAS SIGUIENTES SUMAS DE DINERO:*

A. Bajo la modalidad de *DAÑO EMERGENTE:* La suma de por lo menos doscientos millones de pesos (200.000.000 de pesos) o las sumas de dinero que se declaren probadas dentro del proceso, que debieron pagarse por la sociedad *EXPOCARIBE S.A.*, toda vez que esta suma es la resultante de la multiplicación del número de cajas *EXPORTADAS* de 18.86 kilos de *PREMIUM TURBANA* cada una, entregadas por *INVERSIONES O'BYRNE AYCARDY E.U.* a la sociedad *EXPOCARIBE S.A.*, y sobre las cuales se convino en la *CLÁUSULA CUARTA PARÁGRAFO 1º* del llamado *CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN CON*

REPRESENTACIÓN, un sobreprecio de centavos 7 (0,007 USD) de dólar por caja.

- B. Los intereses moratorios causados calculados a la máxima tasa legal permitida por la Superfinanciera sobre todas y cada una de las sumas de dinero indicadas en el literal anterior, causados a partir de la fecha en que debería efectuarse dicho pago y no se hizo, hasta la fecha efectiva de pago de los mismos”.

SEXTA.- "SE CONDENE a la sociedad demandada a FAVOR DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE A LAS COSTAS Y GASTOS INCURRIDOS EN LA INTEGRACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, así como las AGENCIAS EN DERECHO, incluidas en éstas.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

"PRIMERA (1ra) PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA

PRETENSIÓN PRINCIPAL: De no encontrarse probado el abuso del derecho de la posición contractual por parte de EXPOCARIBE S.A., DECLÁRESE que la Sociedad demandada EXPOCARIBE S.A. INCUMPLIÓ el contrato de suministro nominado como CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN SUSCRITO CON LA SOCIEDAD DEMANDANTE INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U."

"SEGUNDA (2da) PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA

PRINCIPAL: A consecuencia de las dos declaraciones anteriores DECLÁRESE LA TERMINACIÓN del llamado CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN por INCUMPLIMIENTO de la sociedad demandada EXPOCARIBE S.A."

"TERCERA (3ra) PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA CUARTA

PRINCIPAL: A consecuencia de la TERMINACIÓN del llamado CONTRATO por INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD DEMANDADA EXPOCARIBE S.A., CONDÉNSE A LA SOCIEDAD EXPOCARIBE, S.A. A INDEMNIZAR A LA SOCIEDAD INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U. LOS PERJUICIOS IRROGADOS A ESTA."

"CUARTA (4ta) PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA

PRETENSION PRINCIPAL: Que a consecuencia de las declaraciones anteriores, se CONDENE a La sociedad EXPOCARIBE S.A. a PAGAR A FAVOR DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U., LAS SIGUIENTES SUMAS DE DINERO, causados con ocasión de su INCUMPLIMIENTO:

- A. Bajo la modalidad de DAÑO ENMERGENTE: La suma de por lo menos doscientos millones de pesos (200.000.000 de pesos) o las sumas de dinero que se declaren probadas dentro del proceso, que debieron pagarse por la sociedad EXPOCARIBE S.A., toda vez que esta suma es la resultante de la multiplicación del número de cajas EXPORTADAS de 18.86 kilos de PREMIUN TURBANA cada una, entregadas por INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U. a la sociedad EXPOCARIBE S.A., y sobre las cuales se convino en la CLÁUSULA CUARTA PARÁGRAFO 1º del llamado CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN CON

REPRESENTACIÓN, un sobreprecio de centavos 7 (0,007 USD) de dólar por caja.

B. Los intereses moratorios causados calculados a la máxima tasa legal permitida por la Superfinanciera sobre todas y cada una de las sumas de dinero indicadas en el literal anterior, causados a partir de la fecha en que debería efectuarse dicho pago y no se hizo, hasta la fecha efectiva de pago de los mismos”.

VIII. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

La parte reconvenida, **C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A.- (ANTES EXPOCARIBE)**, contestó oportunamente la demanda y su posterior reforma, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la reconviniente, negó unos, aceptó otros total o parcialmente, formuló aclaraciones relativas a ellos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso excepciones que se sintetizan:

1.- **“AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR”**. Esta excepción se fundamenta en la no existencia de evidencias fácticas que permitan concluir el alegado abuso del derecho o de la posición dominante, en atención a que el contrato se celebró con pleno conocimiento y participación del productor INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la causa que generaba el pago del sobreprecio de permanencia, además de ser un acuerdo ajeno a EXPOCARIBE, éste correspondía única y exclusivamente a la existencia de la obligación por déficit o faltantes de comercialización, lo que en efecto siempre se hizo, toda vez que EXPOCARIBE S.A. durante todo el tiempo de ejecución del contrato, dio cumplimiento a la orden impartida por INVERSIONES AYCARDI O´BYRNE E.U. de abonar el denominado sobreprecio de permanencia a la obligación a cargo de ésta, por concepto de faltantes o déficit de comercialización.

2.- **“TEMERIDAD Y MALA FE”**. Constituye mala fe y temeridad de INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U., pretender mediante la demanda de reconvencción la justificación de su incumplimiento, aduciendo para ello, un supuesto abuso del derecho que nunca existió y desconociendo las obligaciones a su cargo por conceptos de déficit o faltantes de comercialización y los pagos que en su favor realizó EXPOCARIBE S.A. en virtud de la cláusula relativa al sobreprecio de permanencia.

Instruido debidamente el proceso, como se indica en esta providencia, la parte convocante presentó sus alegaciones cuyo contenido se resume a continuación: Manifestó que se encontraban acreditados los presupuestos para hacer exigible la sanción prevista en la cláusula penal del contrato denominado por la partes de consignación de banano para la exportación con representación, ya que se halla probado, mediante escrito, el citado acuerdo negocial, y en él se pueden identificar, sin lugar a dudas, las consecuencias que aparejaría su incumplimiento.

Verificado lo anterior, se ocupó de precisar en qué se fundamentó el desconocimiento del pacto principal por parte de la demandada, puesto que al no entregar de forma exclusiva al demandante la fruta producida en la Finca La Reserva, el contrato quedó huérfano de objeto, por tal razón, al acreditarse el incumplimiento grave del contrato, necesariamente habrá de imponerse la sanción preestablecida por las partes en el acuerdo negocial a título de pena.

Así mismo, establecido probatoriamente, que el incumplimiento contractual es únicamente imputable a la convocada reconviente, no habrá lugar a que se acojan las pretensiones planteadas por la empresa unipersonal en su escrito de demanda de reconvención, puesto que no tienen amparo fáctico ni jurídico.

CAPITULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. DE VALIDEZ

Los tres elementos constitutivos del debido proceso, que son la presencia de juez natural, la bilateralidad de la audiencia y la legalidad de los actos y procedimientos, se encuentran satisfechos. En efecto:

1.1.1. Presencia de Juez Natural. Al tratarse de un proceso arbitral, el ámbito de la competencia, esto es, los linderos dentro de los cuales los árbitros pueden actuar válidamente están dados por la autonomía de las partes al suscribir éstas un pacto arbitral que en sí mismo reviste el carácter de acto habilitante para aquellos. Esa autonomía no es ilimitada, pues aunque la facultad otorgada a las partes está consagrada en la Constitución, el legislador le ha impuesto algunos límites como el de la arbitrabilidad del conflicto. En el caso que se decide se encuentra que el conflicto sometido al Tribunal es transigible y por ende, susceptible de ser dirimido por la vía arbitral, tal y como se concluyó en la primera audiencia de trámite.

Adicionalmente la competencia se encuentra limitada por el tiempo y se extingue con la llegada del término para proferir el laudo. A este respecto ya se vio como esta providencia, que pone fin a la competencia de los árbitros, se pronuncia dentro del término de vigencia del arbitramento.

1.1.2. Bilateralidad de la audiencia. Se refiere al derecho de defensa o al derecho de contradicción. Al revisar minuciosamente todo el trámite arbitral se concluye que las partes recibieron un igual tratamiento procesal en cuanto a sus solicitudes y petición y práctica de pruebas. A ambas se les garantizó el derecho a la contradicción y se les permitió actuar sin restricciones en todas las etapas propias del proceso arbitral y recibieron los traslados en la forma y términos previstos por la ley.

1.1.3. Legalidad de actos y procedimientos. En lo atinente a este elemento, el Tribunal encuentra que el proceso se ciñó, con rigor, al trámite previsto por el legislador, regulado en el Capítulo I del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con los ajustes que le son propios al proceso arbitral.

No se advierte, pues, ningún vicio que afecte la actuación procesal.

1.2. DE EFICACIA

Los elementos necesarios para la eficacia del proceso están presentes. En efecto:

1.2.1. Capacidad para ser parte. De la actuación arbitral y de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, aparece que las partes están integradas por personas jurídicas regularmente constituidas que acreditaron, en legal forma, su existencia y representación. La capacidad para ser parte se predica, entonces, de ambas.

1.2.2. Capacidad para comparecer. Se observa que las partes de este proceso son personas jurídicas que comparecieron a través de sus representantes legales y estuvieron asistidas de abogados a quienes se les reconoció personería para actuar en el proceso.

1.2.3. Legitimación en la causa. En los procesos en los cuales se debaten cuestiones relativas a un contrato como el de autos, deben tenerse como legítimos contradictores ordinarios a las partes actuales de dicho contrato, a las que les asiste el derecho para pretender, para obrar y para resistir, valga decir, se encuentran facultadas para actuar como legítimos contratantes y contratistas, razón por la cual, el laudo habrá de referirse, precisamente, a esa relación.

1.2.4. Demanda en forma. La demanda arbitral, la de reconvenición y su reforma cumplen con todos los requisitos formales establecidos en la legislación procesal, tal como se dijo al momento de la admisión de éstas.

Por lo anterior habrá de proferirse, consecuentemente, un laudo de fondo.

II. LA PRUEBA PRACTICADA

La instrucción del proceso agotó los diferentes medios probatorios invocados por las partes. A instancia de la convocante reconvenida se recibieron las declaraciones de Iván Lobo Altahona, Boris de La Hoz Leal, Yovanis Enrique Campo Redondo, Gabriel Jaime Hurtado Restrepo, y se citó al representante legal de la parte convocada reconviniente pero éste no asistió a la diligencia y tampoco presentó excusa por su falta de comparecencia, por lo que el Tribunal en auto dictado en audiencia del 19 de mayo de 2009, dio aplicación a lo previsto en el artículo 210 del C. de P. C., modificado por la Ley 794 de 2003.

A su turno, la convocada reconviniente pidió que se recibiera el interrogatorio de parte del representante legal de la convocante reconvenida, señor Juan Luis Botero Giraldo y la declaración de la señora Susana Gómez Gustafson, pero esta última no compareció oportunamente ante el Tribunal y la parte interesada en su declaración no aseguró su asistencia posteriormente.

La apoderada de la parte convocante desistió de la recepción de los testimonios de los señores Frank Jiménez Blanco, José Coronado Robillo, Norman Gutiérrez Lobato, Sevigne Pérez, Iván Darío Palacio, Marcela María Velásquez Jaramillo, Jorge Iván Pérez Maquiud, Carlos Alberto López Román y Fernando Arias García, lo que fue aceptado por el Tribunal por encontrarlo ajustado a la ley.

La prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda principal y la contestación de ésta, con la demanda de reconvenición y su contestación, y durante el traslado de las excepciones. Toda la prueba documental aportada fue legalmente incorporada al proceso.

Igualmente se practicó prueba pericial pedida por ambas partes, pero sólo fue atendido el cuestionario presentado por la parte convocante reconvenida puesto que la convocada reconviniente, no pagó oportunamente los gastos de la pericia ordenados por el Tribunal a petición del auxiliar de la justicia designado para el efecto, ni tampoco se pronunció frente a dicha tasación, en virtud de lo anterior el Tribunal ordenó tener por desistida la solicitud probatoria presentada por convocada reconviniente, mediante el Auto No. 10 dictado el 23 de julio de 2009 conforme a lo establecido en la regla No. 6 del artículo 236 del estatuto procesal civil, el cual fue notificado a las partes del proceso.

El Tribunal encuentra que la pericia practicada, en lo que corresponde a aspectos estrictamente técnicos, goza de firmeza en sus conceptos por encontrarse debidamente sustentada y estar acreditada la idoneidad del perito, lo cual asegura su alcance probatorio.

Finalmente, el Tribunal por no encontrar pruebas pendientes que fueran necesarias de practicar para la verificación de los hechos materia de la litis, declaró cerrada la etapa instructiva del proceso en la audiencia celebrada el trece (13) de agosto de 2009.

III. JUICIO DE MÉRITO. EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Los problemas jurídicos planteados:

3.1. Naturaleza jurídica del contrato.

El primer problema jurídico planteado al Tribunal gira alrededor de la naturaleza del contrato porque la parte convocante afirma haber celebrado un contrato de "consignación de banano para la exportación, con representación" y la parte convocada afirma estar en presencia de un "contrato de suministro".

Con el fin de proveer sobre la pretensión declarativa impetrada y las peticiones consecuenciales de condena solicitadas, se impone, como tarea de verificación previa, elucidar lo relativo a la existencia y validez del contrato aducido como fuente generativa del litigio a componer, toda vez que ello hace parte del "*THEMA DECIDENDUM*", de imperativo examen por el fallador en las acciones como la que aquí se ha ejercitado, según lo tiene bien averiguado la doctrina y la jurisprudencia.

El vínculo negocial que unió a las sociedades contrincantes lo fue el que se documentó con el nombre de "*CONTRATO DE CONSIGNACION DE BANANO PARA LA EXPORTACION, CON REPRESENTACIÓN*", de fecha 20 de abril de 1999, sobre el cual las partes no han cuestionado su existencia, así la convocada, en la demanda de reconvención, haya discutido su naturaleza jurídica, al tipificarlo como contrato de suministro.

Observados los extremos subjetivos y los elementos objetivos del contrato vertido en el documento indicado, el Tribunal descubre que el acto de formación bilateral cumple con los requisitos exigidos por el artículo 1502 del Código Civil, lo que conduce a predicar la validez del negocio jurídico celebrado. En efecto, los contratantes actuaron dentro de la esfera de sus respectivos objetos sociales, circunstancia que determina su capacidad para obrar en la vida de esa precisa relación jurídica; no se aprecia en ninguna pieza del plenario la incidencia de vicio de error, fuerza o dolo en el mutuo consentimiento otorgado, fuera de que si alguno se configuró no fue alegado expresamente como fundante de excepción de nulidad relativa, debiéndose hacer como lo ordena el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil; y, finalmente, por el objeto y la causa no se advierte contravención a normas imperativas, trasgresión del orden público o atentado contra las buenas costumbres.

En aparte posterior de este laudo se analizará el cargo de nulidad absoluta del contrato, por "ilicitud de su objeto", que la convocada le endilga al negocio jurídico en la contestación de la demanda, planteado como excepción de mérito, así como lo pertinente a la posición dominante y al abuso del derecho que la misma parte ha propuesto en la demanda de reconvención.

Valga resaltar que por virtud del contrato, la demandada se obligó a entregar, con carácter exclusivo, a la demandante, para su comercialización, la totalidad del banano "Premium Turbana", producido en la finca denominada "LA RESERVA", situada en el Municipio de Ciénaga (Magdalena). También conviene destacar el plazo de duración convenido, el que inicialmente fue por cinco (5) años y en el año de 2004 se prorrogó hasta por otro tanto.

INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U. contrademandó a EXPOCARIBE S.A. para que el Tribunal declare que entre la sociedad demandante en reconvención y la demandada en ésta "*se celebró un contrato de SUMINISTRO para la exportación de banano que las partes denominaron CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACION, CON REPRESENTACION*". Y de tal declaración despachar otras pretensiones que tienen por cimiento la que se deja señalada.

Se trata entonces de desentrañar la naturaleza jurídica del negocio jurídico que entrelazó a las partes.

"El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios" (artículo 968 C. de Co.).

"Por el contrato de consignación o estimatorio una persona, denominada consignatario, contrae la obligación de vender mercancías de otra, llamada consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste.

El consignatario tendrá derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancías y deberá pagar al consignante el precio de las que haya vendido o no le haya devuelto al vencimiento del plazo convenido, o en su defecto, del que resultare de la costumbre" (artículo 1377 íbidem).

La diferencia entre una y otra figura contractual estriba en que en el suministro el obligado se hace dueño de la mercancía, ya para consumirla o bien para revenderla bajo su cuenta y riesgo, en tanto que en la consignación no ocurre tal cosa.

Ha dicho la Corte Suprema:

"Una de las características del contrato de suministro, como la ha señalado la jurisprudencia, es la de que el distribuidor es propietario de las mercancías que vende y no tiene facultad de representar al empresario como agente ni como mandatario".

En el contrato estimatorio no hay transferencia de la propiedad sobre los bienes entregados en consignación.

Confrontadas estas características tipificantes de ambos negocios jurídicos con las previsiones del contrato del 20 de abril de 1999, es evidente que esta convención no configura suministro, sino consignación de productos, acompañada de representación del consignante por el consignatario. En la actividad negocial EXPOCARIBE nunca se hace dueño del banano, lo recibe a título precario para venderlo en el mercado internacional y de ello percibe una contraprestación en dinero. El punto lo ilustra con singular precisión el doctor GABRIEL JAIME HURTADO RESTREPO en su testimonio que obra a folios 1475 y 1476 del Cuaderno No. 3 y se desprende de una sana hermenéutica del contexto del documento contractual, partiendo de lo estipulado en la cláusula primera.

3.2. Consideraciones del Tribunal sobre las pretensiones y las excepciones planteadas en las Demandas (Inicial y Reconvención) y en las contestaciones respectivas.

3.2.1. Respecto de las pretensiones de la Demanda Inicial.

La parte actora pretende que:

- * Se declare que la demandada incumplió el contrato de consignación de banano para la exportación.
- * Se condene a la convocada pagar a la convocante, a título de sanción por el incumplimiento contractual, la suma de \$237'234.070.
- * Se condene a la demandada a pagar a la demandante indexación de la sanción reclamada por incumplimiento.
- * Se condene a la convocada a pagar a la convocante las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso arbitral.

El Tribunal encuentra que el contrato de fecha 20 de abril de 1999, obra en el proceso y frente a la naturaleza, existencia y validez del mismo, ya se han precisado las consideraciones necesarias para dilucidar cualquier duda sobre tales temas.

La parte convocante afirmó en la demanda que la convocada incumplió el contrato de fecha 20 de abril de 1999 al no entregar la fruta que produce en la finca conocida con el nombre de "La Reserva".

El hecho del incumplimiento está debidamente probado no sólo por las declaraciones de terceros y por los documentos obrantes en el expediente sino también por la confesión de parte que está contenida en la contestación de la demanda cuando acepta que ha incumplido pero afirma que el incumplimiento está justificado, sobre esta afirmación volverá el Tribunal más adelante (folio 263 del cuaderno principal). Con fundamento en los documentos obrantes en el expediente a folios 39 al 94 del Cuaderno 1, se puede establecer que la convocada incumplió parcialmente entre las semanas 7 a 12 del año 2008 e incumplió totalmente a partir del 24 de marzo del año 2008.

Esgrime la sociedad demandante que *"INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U. a partir de la semana 7 del año 2008, y concretamente a partir del día 13 de febrero de 2.008, comenzó a incumplir el contrato ..."* puesto que *"dejó de entregar a EXPOCARIBE S.A. parte de la producción de fruta de la finca LA RESERVA, para entregarla a personas diferentes a mi representada"* (hecho décimo cuarto de la demanda); y que *"...INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U a partir de la semana 13 del año 2.008 ... no volvió a entregar la fruta a EXPOCARIBE S.A. ..."*, por lo que *"a partir del día 24 de marzo del año 2008 y hasta la fecha de la presentación de esta demanda el incumplimiento de la obligación de entregar fruta a mi mandante, es total"* (hecho décimo quinto).

O sea que entre la semana 7 y la 12, EXPOCARIBE efectuó los pedidos a través de los mecanismos convenidos por las partes, e INVERSIONES O'BYRNE AYCARDY EU sólo los atendió en parte; y entre la semana 13 y la 34, se hicieron los pedidos de la fruta habiéndose desatendido la entrega en su totalidad.

Con este proceder, la convocada violó la cláusula primera del contrato que le obligaba, como prestación de primer orden, *"entregar en consignación la totalidad de dicha producción (de banano), de manera exclusiva, a EXPOCARIBE. En consecuencia, no podrá entregar a ningún título a persona distinta a EXPOCARIBE o de quien esta le indique, parte alguna de dicha producción"*.

Con el propósito de acreditar la afirmación del incumplimiento en que cayó o incurrió INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U, inicialmente en forma parcial y luego total, la parte actora allegó como anexos de la demanda la relación de pedidos de fruta, y las respectivas guías de envío, así como los comprobantes de entrega de fruta y las correspondientes certificaciones de recibo. Tales documentos, sometidos a contradicción, no fueron tachados de falsos por la accionada y cumplen con las exigencias del régimen probatorio para apreciarlos en la realidad objetiva que manifiestan.

Sobre este particular, el señor perito dictaminó:

"Conclusiones: tenemos entonces que los pedidos fueron entregados y efectivamente realizados a través del aplicativo trópico hasta la semana 32 de 2008, que existen diferencias reflejas (sic) en el cuadro anterior respecto de lo pedido y lo entregado, que la fruta pedida hasta la semana 12 de 2008 fue por 12.573 cajas, y la fruta liquidada por embarques fue de 11.826 cajas, y que Inversiones O´byrne Aycardi E.U. no entregó fruta desde la semana 13 de 2008, los cuadros anteriores resumen los hallazgos".

El Tribunal confirma la total credibilidad y confianza que el peritaje aporta al esclarecimiento de la verdad real de lo ocurrido y a la formación del convencimiento de los árbitros para decidir con acierto la litis planteada.

Los declarantes IVAN LOBO ALTAHONA (folios 1464 y 1465 del Cuaderno No.3), responsable del área de calidad y producción de C.I. UNIBAN S.A., y YOVANIS ENRIQUE CAMPO RENDON (folios 1453 y 1454 del Cuaderno No. 3), Jefe de la Oficina de la misma comercializadora internacional en Santa Marta, en sus versiones testimoniales se refieren al tema, así:

El primero:

"PREGUNTADO: Infórmele al Tribunal si usted sabe el motivo por el cual ha sido citado a esta declaración. CONTESTO: Sí, claro, lo conozco, he sido citado a esta conciliación, reunión conciliatoria, como testigo, ya que existe un proceso por incumplimiento de contrato por parte de la finca Reserva o la compañía O´BYRNE AYCARDI. PREGUNTADO: Sírvase hacer una síntesis de lo que usted conoce de ese conflicto. CONTESTO: Desde el año dos mil ocho (2008), desde la semana siete, se vinieron presentando algunos incumplimientos por parte de la finca en cuanto a su compromiso contractual adquirido con la compañía, en donde a través de ese contrato se comprometía a colocar la totalidad de la fruta para la exportación a través de C.I. UNIBAN; entonces a partir de la semana siete del dos mil ocho (2008) eso se vino incumpliendo por parte de O´BYRNE AYCARDI. PREGUNTADO: ¿Usted cómo se enteró de eso que acaba de narrar? CONTESTO: En particular yo soy responsable del área de calidad y producción; todas las semanas ya sea personalmente o a través de los

funcionarios que tengo a cargo, vamos y visitamos todas las fincas; además de verificar que se esté procesando la fruta para la compañía, también brindamos apoyo y soporte técnico en todo lo que es la parte de cultivo; entonces en todas estas visitas semanales que veníamos haciendo con nuestro personal, pudimos evidenciar que la finca o INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI estaba procesando algunas cajas para una compañía distinta a nosotros. PREGUNTADO: Cuando ustedes observan esta situación, ¿dejan algún reporte, alguna constancia de ello? CONTESTO: Sí señor, mis supervisores en reiteradas ocasiones dejaron la constancia de que, al momento de la visita, encontramos la finca procesando una fruta con un sello distinto al de la comercializadora”.

Y el segundo:

“PREGUNTADO: Sírvase infórmale al Tribunal si usted sabe la razón de haber sido citado a este Tribunal. CONTESTO: Sí, sí sé. PREGUNTADO: ¿Cuál es? CONTESTO: A raíz de un incumplimiento que se generó en el contrato que tenía firmado INVERSIONES O´BYRNE con la compañía. PREGUNTADO: ¿Puede hacer una síntesis de esa situación? CONTESTO: A partir de la semana siete del dos mil ocho (2008), la compañía INVERSIONES O´BYRNE dejó de colocarle a la compañía la totalidad de su fruta, y colocándole precisamente una fruta o unos palets (que allá llamamos “palets”, palets de cuarenta y ocho cajas es lo que llamamos palets), y colocándole los palets a una comercializadora diferente a la compañía que se llama Projusta. A partir de ahí se vino generando esos incumplimientos semana a semana, y es así como a partir de la semana trece (13) del dos mil ocho (2008), la compañía INVERSIONES O´BYRNE dejó de colocarle fruta definitivamente a nuestra compañía. PREGUNTADO: ¿Usted por qué sabe eso? CONTESTO: Primero, porque yo soy el jefe de oficina de la compañía en Santa Marta y tengo estrecha relación con esa información. PREGUNTADO: ¿Cómo reaccionó la compañía ante el incumplimiento que usted dice de este productor? CONTESTO: Nosotros tenemos un grupo de funcionarios, que los días de corte o embarque visitan cada una de nuestras fincas afiliadas o contratadas, y nos dimos cuenta, al darnos cuenta del incumplimiento en un corte paralelo de fruta, tanto para nosotros como para otra compañía que se llama Projusta, decidimos inmediatamente llamarle la atención al administrador, cuya respuesta que nos dijo fue que era orden de su jefe, a lo cual nos remitimos a dejarle automáticamente un documento por escrito, donde le consignábamos que en esa fecha le habíamos encontrado procesando fruta para una comercializadora diferente a la nuestra. Pensamos que de pronto con esa comunicación muy probablemente la compañía INVERSIONES O´BYRNE podía dejar de realizarle esas cajas a esa comercializadora y colocarnos la totalidad a nosotros. Sin embargo nos dimos cuenta que la siguiente semana fue igual, y así

sucesivamente hasta la presente, que a partir de la semana trece nos dejó de colocar también cero caja. La compañía tomó una decisión de enviarle una carta donde le notificaba el incumplimiento del contrato, por no colocarnos la totalidad de la fruta que le correspondía, a lo cual ellos ni siquiera se inmutaron en respondernos, sin embargo continuaron con el incumplimiento”.

Aunque la convocada no tachó de sospechosos a estos declarantes, el Tribunal, en ejercicio de su labor crítica de la prueba, aplica un estricto tamiz en la evaluación de sus dichos a raíz de la vinculación de trabajo con C.I. UNIBAN S.A. controladora de la convocante. Observado el examen minucioso a que fueron sometidos por los apoderados y los Árbitros, no se detectan en sus respuestas discrepancias que obliguen a descalificar sus testimonios. Por el contrario, son personas que por su nivel de injerencia en la organización empresarial y el conocimiento de que disponen sobre la dinámica de las relaciones con los productores de la fruta, hacen completamente creíbles sus exposiciones. Además, no trasuntan malicia o parcialidad, sino sinceridad y espontaneidad. Finalmente, lo que dijeron, según lo precedentemente transcrito, se acompasa y guarda coherencia con prueba documental incorporada en el expediente, tales como el acta del 3 de marzo de 2008 “INFORME VISITA DE CAMPO CONTROL SIGATOCA NEGRA” y actas de “COORDINACION DE CALIDAD Y PRODUCCIÓN” de la finca LA RESERVA. Se anota que BORIS JULIO DE LA HOZ LEAL, otro de los testigos traído por la demandante, reconoció en audiencia los reportes que produjo sobre las irregularidades que presenció en la finca LA RESERVA.

De idéntica manera, el doctor GABRIEL JAIME HURTADO RESTREPO (folios 1475 y 1476 del Cuaderno No. 3), Jefe Jurídico de Unibán desde hace quince (15) años, de quien no se puede poner en tela de duda el juramento que prestó de decir verdad en la declaración que rindió, y es el funcionario que domina como ninguno las negociaciones bananeras, se pronunció así:

“Lo que conozco es que INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. celebró un contrato de consignación de banano para la exportación con representación, con EXPOCARIBE S.A., respecto de la fruta producida en la finca denominada “La Reserva”. Ese contrato databa o anteriormente se tenía celebrado respecto de la misma finca con una señora de nombre Susana María Gómez Gustavson (me parece que es el segundo apellido de la señora Susana), y en un momento dado INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI compra la finca, y al comprar la finca esa relación contractual que antes se tenía con la señora Susana, se radica – en virtud de la celebración de un nuevo contrato – en cabeza de INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI y de EXPOCARIBE. Ellos venían cumpliendo de una manera correcta y regularmente el contrato, entregando la fruta según lo pactado, y a comienzos del año 2008 dejaron de entregar la fruta parcialmente. O sea, ellos en una semana, si la memoria no me falla, a finales del mes de febrero, la totalidad de la fruta no era entregada a EXPOCARIBE, sino que parte de esa fruta fue entregada a otra comercializadora, o a otra compañía,

hasta que finalmente unas semanas después, tal vez en marzo del mismo año pasado, del 2008, INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. decidió dejar de entregarle fruta a EXPOCARIBE. En virtud de esa decisión de INVERSIONES O´BYRNE, EXPOCARIBE en su momento consideró, vio en PROBAN, que se había generado la sanción por incumplimiento pactada en el contrato, y se inicia el Tribunal de arbitramento tendiente a que en el laudo se reconozca esa obligación, y O´BYRNE, la Empresa Unipersonal, la pague”.

Por contera, el incumplimiento específico atribuido encuentra prueba adicional en la confesión ficta y en la expresa relacionada con el contenido de los hechos décimo cuarto, décimo quinto y décimo séptimo del escrito de demanda.

3.2.2. La conducta contractual de C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. – C.I. PROBAN S.A.- (Antes Expocaribe).

Dado que el cobro de la sanción pecuniaria a la cual aspira la sociedad demandante tiene como causa y razón el incumplimiento de la demandada, es insoslayable escrutar si la convocante cumplió o no con las obligaciones que para ella devenían del contrato, puesto que el comportamiento de la actora se erige como presupuesto indefectible para la prosperidad de sus pedimentos, acorde con el artículo 1609 del Código Civil que prescribe que: *"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos"*., disposición que armoniza con el artículo 1546 ibídem. Se trata de la aplicación del principio jurídico que se enuncia como: **"Nemo auditur propiam turpitudinem allegans"**.

Tales obligaciones consistían en: **a)** Vender, en nombre del productor, la totalidad del banano del tipo y calidad especificadas (obligación principal, determinante del objeto convencional, cláusula primera). **b)** Ordenes de corte y pedido de la fruta (cláusulas vigésima y vigésima primera); y **c)** pago del precio (cláusula cuarta).

La convicción que le asiste a este Tribunal de Árbitros en torno al cumplimiento de los anteriores deberes de conducta de EXPOCARIBE, se extrae de los siguientes medios probatorios estimados en su conjunto:

- De las confesiones explícita y ficta (declarada ésta por el Tribunal en audiencia del 19 de mayo de 2009) con referencia a la aseveración de que el contrato se desarrolló y ejecutó *"de manera ininterrumpida y de conformidad a lo pactado entre las partes, hasta el día 12 de febrero de del año 2008..."*, confesiones que pudiendo admitir prueba en contrario (art. 201 CPC), no fueron infirmadas.
- De todos los documentos nominados como *"Resumen liquidación de embarques"* elaborados semanalmente por EXPOCARIBE, que arrojan, entre otros conceptos, *"Número de embarque"*,

"Descripción fruta", "Número de cajas", "valor fruta exportada" y el precio "neto a pagar".

- De la experticia elaborada por el doctor CESAR MAURICIO OCHOA, debidamente controvertida en juicio, a la cual el Tribunal le concede pleno valor por la rigurosa investigación en que se encuentra soportada y por la claridad, seriedad y firmeza de sus conclusiones.

En vista, pues, de que se encuentra evidencia incontrastable acerca de que la Convocante honró, durante toda la ejecución del contrato, las obligaciones que le incumbían frente a la Convocada, esa especie de legitimación así patentizada conduce a que el Tribunal avance en el análisis de los restantes ingredientes axiológicos para resolver de fondo sobre lo pretendido en la demanda.

3.2.3. Presunción de culpa.

Existe presunción de culpa del obligado (artículo 1604 del Código Civil).

La presunción de culpa, *juris tantum*, no fue aniquilada de ninguna manera por la convocada-deudora, quien guardó indiferencia ante sus propias pruebas.

3.2.4. La sanción derivada del incumplimiento.

La faz del incumplimiento demostrado en autos con carácter de certeza, tiene su arraigo en que la convocada no puso a disposición de la convocante la fruta producida para su comercialización. Mas no se estableció si dicha fruta fue objeto efectivo de gravamen, venta, enajenación o disposición a favor de terceros. Véase cómo la destinación final de la fruta no fue del interés directo de la convocante, al tenor de lo narrado en el hecho décimo noveno de la demanda. Su preocupación central se enfocó en la falta de entrega del banano producido en la finca LA RESERVA.

La estipulación vigésima cuarta del contrato consagra una cláusula penal restringida o limitada a los eventos señalados (gravamen venta, etc. del banano), bajo el título de "**ENAJENACION DE FRUTA**", cuya función es la de servir de **apremio** al deudor, para esos precisos casos, no extensivos a otros tipos de incumplimientos que pudieran presentarse. El componente sancionatorio de la cláusula penal a la que se alude y que fue la invocada por EXPOCARIBE en el hecho décimo segundo de la demanda, remite, para su concreción, a la cláusula trigésima quinta del documento contractual, la cual mide en salarios mínimos mensuales el mecanismo de liquidación de la sanción, según el número de hectáreas cultivadas y el tiempo que faltare para la expiración del plazo de vigencia del contrato. En el asunto particular, 15 salarios mínimos mensuales vigentes en el año 2008 (\$461.500.00 -hecho notorio-) multiplicados por 34.27 hectáreas, que fueron las finalmente contratadas, lo que da un total de \$237'234.070.00. Confróntense los hechos décimo tercero y vigésimo tercero de la demanda.

Si bien en estrictez no cabría aplicar la cláusula penal de la estipulación vigésima cuarta, el contrato también prevé la misma sanción contemplada en la cláusula trigésima quinta para cualquiera otra clase de incumplimiento, diverso de la "ENAJENACIÓN DE FRUTA", como el que aquí se ha estructurado.

En efecto, dice la cláusula trigésima sexta:

"INCUMPLIMIENTO DE EL PRODUCTOR. El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones por parte de EL PRODUCTOR, podrá dar lugar, si así lo decide EXPOCARIBE, a: 1) La terminación por parte de EXPOCARIBE del presente contrato sin indemnización de perjuicios a EL PRODUCTOR. 2) Declarar de plazo vencido las obligaciones que EL PRODUCTOR tuviere para con EXPOCARIBE, y 3) Exigir el pago de la sanción establecida para los casos de incumplimiento del contrato" (subraya agregada).

Y fue precisamente esta última opción la que eligió la sociedad convocante, así:

"PRIMERA CONSECUENCIAL. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U. a pagar a EXPOCARIBE S.A., a título de sanción por incumplimiento, la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (SIC) (\$237.234.070)."

Por consiguiente, prospera esta pretensión en los exactos términos en que fue planteada.

3.2.5. La indexación.

La parte convocante ha solicitado como petición segunda consecucional la actualización del monto de la sanción entre la fecha de incumplimiento del contrato y la fecha del laudo. El Tribunal encuentra que es procedente actualizar la suma establecida como cláusula penal a fecha 13 de febrero de 2.008 y el día 31 de julio de 2.009, por ser ésta la fecha en que el DANE ha hecho el último reporte de índice de desvalorización; por ello queda a la convocante, abierta la posibilidad de cobrar el reajuste monetario a partir del 1º de agosto del 2.009 y hasta el momento en que efectivamente obtenga el pago.

Lo anterior por cuanto que la parte convocante no solicitó la condena en salarios mínimos legales sino que precisó el valor de ellos al momento del incumplimiento; en aras de no violentar el principio de la congruencia de los fallos, el Tribunal atenderá, como ya se dijo, la petición segunda consecucional y en el aparte respectivo indexará siguiendo la fórmula matemática que es de usanza en estos casos y dentro de las fechas antes dichas.

Así las cosas, la suma a reconocida debe ser actualizada a la fecha del laudo con la finalidad de mantener su valor, pues sólo así se logra evitar

que la parte demandante asuma las consecuencias patrimoniales de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

No se trata de que la parte convocada pague más de lo debido con ocasión del incumplimiento, ni la indexación tiene una finalidad indemnizatoria; se trata de un mecanismo jurídico que propugna por el equilibrio de la relación jurídica y mediante el cual se hace efectivo el principio de la reparación completa del daño previsto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Para calcular la indexación se acudirá a la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

Donde VA es el valor actualizado; VH el valor a actualizar; el IPC INICIAL corresponde al índice de precios al consumidor para el mes de febrero de 2008 (fecha del incumplimiento de la obligación) y el IPC FINAL al índice de precios al consumidor para el mes de julio de 2009 (debiéndose advertir que se tomó como índice final el mes de julio pues el IPC de agosto y septiembre de 2009, aún no se encuentran reportados, y que además los citados índices en los precios al consumidor, al ser indicadores económicos nacionales, se consideran hechos notorios, que no requieren prueba, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 de la ley 794 de 2003 que modificó el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil).

Según los datos obtenidos de la página del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (**DANE**) bajo la metodología IPC - 08, el índice de precios al consumidor para el mes de febrero de 2008 corresponde a 95,27 y el índice del mes de julio de 2009 a 102,18.

Efectuados los cálculos conforme a lo que atrás se anota, estos arrojan la suma de **\$254.440.823** que corresponde al valor indexado de la suma reconocida como indemnización por incumplimiento del contrato.

Probado el incumplimiento de la convocada y probado el cumplimiento y el allanamiento a cumplir, por parte de la convocante, en principio, deberán acogerse cada una de las peticiones relacionadas con el incumplimiento; el acogimiento de las pretensiones, atrás señaladas, finalmente depende de la no prosperidad de las excepciones propuestas por la parte convocada, excepciones que a continuación se analizan en el orden en el cual se han propuesto.

3.2.6. Respecto de las excepciones contra la Demanda Inicial.

A. Nulidad Absoluta del Contrato por ilicitud de su objeto.

En primer lugar, y como adelante se puntualizará, INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U se obligó a cumplir con el objeto contractual en ejercicio de su libre voluntad.

Ahora bien, las causales que afectan un acto o contrato de nulidad son las que la ley contempla manifiestamente. Si con el negocio jurídico que celebró la convocada con EXPOCARIBE agotó su objeto social ello no es motivo para predicar la existencia de vicio en el contrato que se sancione con nulidad de ninguna clase. Pero es que, además, el objeto social se identifica con la CAPACIDAD de la persona moral, la cual es siempre potencial, o sea que nunca acaba mientras dure su existencia; ella será plena durante la vida del ente jurídico, mermada a partir de la disolución y extinguida con el acto final de liquidación.

Y en segundo lugar, si lo que se persigue es encuadrar la nulidad absoluta en la exclusividad acordada en el contrato contra expresa prohibición de la ley 256 de 1996, simplemente hay que leer el artículo 19 para concluir que no se aplica al derecho disputado en este proceso.

Para el Tribunal es diáfano que EXPOCARIBE S.A. no adquiriría para sí ni para terceros, a título traslativo de dominio, el banano que INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U. le entregaba o ponía a su disposición; entrega que era a título de mera tenencia de la sociedad comercializadora para poder ejecutar el mandato del productor de vender la FRUTA en el exterior. Lo que traduce que el contrato así trazado en su desarrollo no comportaba un negocio de suministro.

Dice así la norma:

"Artículo 19. Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales" (subraya propia del Tribunal).

De la disposición copiada se extrae nítidamente que la prohibición de los convenios de exclusividad opera únicamente para contratos de suministro, sin que sea admisible extenderla, por analogía, a otros tipos contractuales, como el que aquí vinculó a las partes, que es el de consignación con representación, según se deduce no de la denominación que se le dio sino de la naturaleza de su clausulado. Y ni siquiera en todos los contratos de suministro el pacto de exclusividad, por sí mismo, es ilegal, sino que lo es cuando dicha cláusula tenga por objeto o como efecto "restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios".

No obstante, aun considerando que el contrato de consignación de banano celebrado tenga involucrado, de alguna forma, un componente, elemento o ingrediente de suministro, la exclusividad incorporada en aquél obedece a satisfacer una necesidad legítima, muy diferente a la de apropiarse del mercado eliminando la competencia, como es cumplir con los compromisos del mercado internacional de la fruta, lo cual redundará en beneficio tanto del productor como del comercializador.

El doctor GABRIEL JAIME HURTADO despejó cualquier duda al respecto cuando declaró, (ver declaración obrante a folio 1490 del Cuaderno No. 3):

"REANUDA LA APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: ¿Por qué se pactaba la exclusividad, doctor, en este tipo de contratos?, ¿por qué se pactó exclusividad para la compañía? CONTESTO: Como lo dije al principio, la relación de un contrato de exportación de banano – y excúsenme si soy un poquito cansón o excesivo en el tema – es una relación robusta. Es decir, no es el productor como el productor, excúsenme, del oriente antioqueño que saca unas cajas de tomate y la lleva a la feria de Marinilla o de El Santuario, y se las pagan y adiós. No, esta es una relación de largo plazo, una relación robusta donde como lo dije anteriormente: no solo el productor entrega la fruta, sino que la compañía le presta servicios; y está atado a unos contratos totalmente al mercado internacional, y la relaciones en los contratos internacionales son de largo plazo, y la compañía necesita saber en todo momento cuál es la fruta con la que tiene disponible. Entonces si se deja aleatoriamente al querer del productor que entregue la cantidad de fruta que quiera, sería imposible cumplir con los compromisos internacionales, sobretodo porque en banano hay – con todo el respeto lo digo de algunos colegas – compañías fantasmas, que llegan en determinadas semanas del año a ofrecerle – por determinadas semanas puntuales – un mejor precio al productor, pero pasadas esas semanas puntuales, tres o cuatro, o cinco en el año, se desaparecen por arte de magia. Entonces la relación con UNIBAN es de largo plazo, y así como el productor está obligado (o con EXPOCARIBE en este caso) obligado a entregar la totalidad de la fruta, la compañía tiene una obligación correlativa, que es recibirle y pagarle, así no exporte la totalidad de la fruta. Es decir, el productor, no es una obligación en un solo sentido, es en un doble sentido, porque como además en consignación me hace la entrega de una manera virtual – como se dice hoy por hoy –, porque realmente la fruta está puesta en la plantación y me entrega es con base en los estimativos, porque cuando yo le pido la fruta es porque ya está vendida"

Afirma la parte convocada, en síntesis, que la cláusula de exclusividad del contrato de fecha 20 de abril de 1999 es ilícita porque está prohibida por la ley 256 de 1996.

Si se observa el texto normativo es claro concluir que la prohibición que allí se hace no encaja en el caso subjudice porque no se restringe el acceso de los competidores al mercado ni se monopoliza la distribución de productos.

El pacto de exclusividad del contrato que se analiza obedece al principio de Autonomía Privada y no hay ilicitud de ninguna clase; por lo anotado, la excepción llamada por la convocada "Primera Excepción Principal de Fondo" está llamada a fracasar y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

B. Nulidad Absoluta del Contrato por violación de normas imperativas.

Este medio exceptivo se finca en la prohibición constitucional y legal de no abusar de los derechos propios.

Para el Tribunal, EXPOCARIBE no le impuso cláusulas abusivas a INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U ni abusó de posición dominante en la celebración o ejecución del contrato, aspectos que serán tratados más a espacio en la disquisición de la excepción que seguidamente se efectuará.

Situado el Tribunal en el ámbito de abuso del derecho, que es el núcleo de lo denunciado como constitutivo de la nulidad absoluta del contrato, valga acudir al inciso 2º del artículo 6º del Código Civil, que a la letra establece:

"En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa..." (subraya añadida).

Pues bien, el artículo 830 del Código de Comercio preceptúa que:

"El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause" (subraya adicionada).

Conjugadas y armonizadas las dos reglas anteriores, es forzoso concluir que la ley sanciona particularmente el abuso del derecho con la obligación de indemnizar perjuicios, lo que excluye la sanción general de la nulidad, a falta de consecuencia normativa especial.

Afirma la parte convocada que el contrato está afectado de nulidad absoluta por violación de los artículos 95 de la Carta Política de 1991 y 830 del Código de Comercio. La primera norma ordena respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. La segunda norma señala que el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

La convocada no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía: No hay una sola referencia probatoria que permita establecer actos abusivos imputables a la convocante ni en la formación del contrato ni en el desarrollo del mismo. Por el contrario, lo que se ha establecido es que en la negociación las partes llegaron a un acuerdo voluntario y en el desarrollo de la operación cada parte cumplió sus compromisos hasta el momento en el cual la convocada optó por negociar con un tercero e incumplirle a la convocante, primero de forma parcial y luego en su totalidad como ya se ha dicho en esta providencia; por lo anotado, la excepción llamada por la convocada "*Segunda Excepción Principal de Fondo*" está llamada a fracasar y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

C. Excepción de Contrato no Cumplido.

Señala la convocada que la parte demandante incumplió el contrato de fecha 20 de abril de 1999 porque ésta no pagó "*el sobreprecio de*

permanencia", sobreprecio que debía entregar la convocada porque no existía obligación alguna a cargo de ella.

Para resolver esta excepción se hace necesario precisar la razón de ser del "sobreprecio de permanencia". La convocante, en un momento crítico de la exportación de banano, entregó a los productores anticipos que resultaron superiores a lo que efectivamente les correspondía; como una medida de ayuda para los productores se estableció que por cada caja de 18.86 kilos de fruta Premium Turbana, entregada y efectivamente exportada se pagaría un valor adicional de \$0.07 US, valor que se abonaría a la deuda surgida al haber recibido un mayor anticipo. Vale anotar que este "sobreprecio" se estableció sólo para quienes eran deudores de anticipos y sólo hasta el momento en que se cancelara dicha deuda.

Se propone como enervante de las pretensiones el incumplimiento previo de una de las "obligaciones principales" de EXPOCARIBE, lo que explica el excepcionante de la siguiente manera:

"En el parágrafo 10 (sic., es el 1º) de la cláusula CUARTA del CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACIÓN, CON REPRESENTACIÓN se expresó que EXPOCARIBE S.A., sociedad demandante pagaría al productor (sociedad demandada) un valor de siete centavos de dólar americano (0.07 USD) por cada caja de 18.86 kilos de fruta PREMIUM TURBANA o su equivalente, entregada y efectivamente exportada; valor que se obligaba a pagar como sobreprecio de permanencia en la ejecución del contrato aludido."

"Dichas sumas de dinero estarían destinadas al pago de supuestas obligaciones a cargo de la sociedad demandada y a favor de la demandante preexistentes a la fecha de la firma del contrato, léase Abril 20 de 1999, pues bien, dichos pasivos eran inexistentes en esa fecha, razón por la cual no había lugar a no pagar a la sociedad demandada los siete (0,07 USD) centavos de dólar americano pactados como parte del precio, por cada caja que a partir de ese día le hizo entrega la demandada a la demandante".

En el supuesto fáctico en que se hace fundamentar la excepción de contrato no cumplido, la parte demandada omite divulgar lo que aconteció previamente a la firma del contrato interpartes fechado el 20 de abril de 1999, lo que tampoco se relató en la demanda de EXPOCARIBE, es cierto, pero que posteriormente se reveló en el proceso y quedó fielmente acreditado.

El Tribunal pasa a reseñar los antecedentes, así:

1. La finca "LA RESERVA" era de propiedad de la señora SUSANA MARIA GOMEZ, finca productora de banano cuya comercialización estaba a cargo de EXPOCARIBE, mediante un "CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN PARA LA VENTA DE BANANO", de fecha 31 de enero de 1990 (obra en el expediente). Durante la ejecución de dicho contrato y por la modalidad adoptada para el pago del precio, conforme a la cual se entregaban dineros a título

de anticipo, al final de cada ejercicio anual se hacía un corte de cuentas y se determinaba si quedaba un saldo a favor o en contra del productor, según resultara de la cantidad de fruta entregada por éste y la efectivamente comercializada por EXPOCARIBE.

2. Durante el tiempo de duración de esta vinculación contractual, la finca LA RESERVA había generado lo que se llamó "déficit de comercialización", ya que la señora Gómez tenía un saldo en contra y a favor de EXPOCARIBE, derivado de haber recibido ingresos superiores a lo realmente exportado por la comercializadora, en virtud del contrato de mandato.
3. En vista de que con este modelo contractual buena parte de los productores tenían a su cargo gravosos déficits de comercialización, se decidió cambiar el tipo de contrato de mandato por el de consignación de la fruta con representación, con el fin de eliminar la problemática de los faltantes. En el nuevo diseño se ideó el mecanismo para enjugar los déficits de comercialización, mediante lo que se denominó "sobreprecio de permanencia", consistente en reconocerle al productor: **"... siete centavos de dólar americano (US \$0.07) por cada caja de 18.86 kilos de fruta PREMIUM TURBANA, o su equivalente, entregada y efectivamente exportada. Suma que se destinará en su totalidad al pago de la deuda pendiente por concepto de déficit o faltante de comercialización, deuda que es reconocida y aceptada por el PRODUCTOR, cuyo monto es reconocido por ambas partes y se encuentra registrado en la contabilidad de EXPOCARIBE, el cual se informó al PRODUCTOR como condición de la rendición de cuentas que anualmente realizó EXPOCARIBE a EL PRODUCTOR. Este sobreprecio se concederá hasta que se cancele en su totalidad a favor de EXPOCARIBE y a cargo de EL PRODUCTOR por concepto de déficit o faltante de comercialización causado en virtud del contrato de mandato para la exportación de banano que tenían anteriormente celebrado las mismas partes, y mientras esté vigente el presente contrato y la fruta sea en efecto entregada a EXPOCARIBE para su exportación". ("...")**.
4. A éste sistema de pago de los faltantes de comercialización que pesaba sobre la finca la RESERVA se acogió la titular del dominio y co-contratante de EXPOCARIBE, señora Susana Gómez, en los términos expuestos.
5. De lo narrado hasta aquí da cuenta fidedigna el testigo GABRIEL JAIME HURTADO RESTREPO (ver Cuaderno No. 3 folios 1475 a 1504).
6. La señora SUSANA GOMEZ vendió la finca LA RESERVA a INVERSIONES O'BYRNE AYCARDY Y CIA. S. EN C., cuyo socio gestor y, consiguientemente, representante legal era el señor FRANK O'BYRNE. Por obligación contractual era de fuerza que la señora GOMEZ notificara a EXPOCARIBE acerca del acto de enajenación del inmueble. Y así lo hicieron conjuntamente la señora SUSANA GOMEZ y el señor FRANK O'BYRNE, en

comunicación auténtica que milita en el plenario, dirigida al doctor JOSE TINOCO, gerente de la sociedad comercializadora, fechada el 22 de febrero de 1999, así: "**Comendidamente les informamos que la finca LA RESERVA fue vendida en su totalidad a la sociedad INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI Y CIA. S. EN C., con Nit 800.234.010-0. Esta empresa seguirá efectuando la comercialización de la fruta a través de ustedes. Por lo tanto a partir de la semana ocho (8) esta sociedad se hará cargo de todas las obligaciones que tiene la Finca con ustedes, ya sea por préstamos, suministro de materiales, servicios de fumigación y demás deudas contraídas con anterioridad y futuras...**" (subraya fuera de texto).

7. De este documento se avizora que ambas partes tenían que conocer cuáles eran las obligaciones pendientes de la finca para con EXPOCARIBE. Y que ello se sabía, lo corrobora la carta que, autenticada ante Notario, le envió el señor FRANK EDUARDO O´BYRNE AYCARDY a EXPORTADORA DEL CARIBE S.A., el día 20 de abril de 1999, en la que manifiesta: "**Inversiones O´Byrne Aycardi S. en C. representada por Frank Eduardo O´Byrne Aycardi con c.c. 8´691.981 autoriza a Exportadora del Caribe S.A. a abonar el sobreprecio de permanencia equivalente a siete centavos de dólar (US\$ 0.07) a la cuenta de faltantes de comercialización de la señora Susana María Gómez correspondientes a la finca LA RESERVA**". (Subraya fuera de texto original).

D. El contrato de 1999 y la excepción de abuso del derecho y de posición dominante contractual.

Con absolutos conocimiento y conciencia de los eventos precontractuales, sobre los cuales abundan medios de convicción en el colectivo probatorio recaudado, libre de apremios e imposiciones indebidas, el señor FRANK EDUARDO O´BYRNE AYCARDI, actuando en nombre y representación de INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI S. EN C., la que después fue transformada a empresa unipersonal (INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.), celebró con EXPOCARIBE S.A., el 20 de abril de 1999, el "**CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BANANO PARA LA EXPORTACION, CON REPRESENTACION**", y con autorización explícita de él mismo se introdujo en el texto del documento firmado por las partes, contenido de las condiciones del convenio, la cláusula del sobre precio de permanencia. Este comportamiento desmorona cualquier alegación de la convocada relacionada con la presunta existencia de abuso del derecho, de la posición dominante o de competencia desleal ejercitadas por EXPOCARIBE en la celebración del negocio jurídico y que, en apreciación errada de la demandada, revistan vicio sancionado con nulidad absoluta.

A modo de indicio de que en la ejecución del contrato tampoco hubo subyugación de la voluntad de la convocada por la convocante, es bien dicente que en el año 2004, antes de vencerse el plazo inicial de la relación contractual, las partes de consuno decidieron prorrogarla por cinco (5) años más. No se explica la prórroga si había descontento de

uno de los contratantes en el desarrollo de las operaciones de comercialización de la fruta por abuso del otro.

Por manera que para los Árbitros **NO ES CIERTO** que los pasivos que asumió INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI S. EN C. el 20 de abril de 1999 eran inexistentes o ficticios. Tanto existían de veras que en las liquidaciones semanales de embarque se reconocía el sobreprecio de permanencia y se aplicaba como abono al déficit de comercialización. En ellos se muestran los saldos a cargo del productor por faltantes de comercialización, los que iban disminuyendo progresivamente, sin queja, reclamo o reproche por parte de INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U.

Llama la atención el desgano y desidia probatoria de que hizo gala la parte convocada, que no sus apoderados procesales, quienes ante el desinterés de su representada se vieron compelidos a renunciar al mandato judicial.

En el caso subjudice se ha establecido que la convocada aceptó pagar lo que la cedente del contrato debía (ver folio 439 y 440 del Cuaderno No. 2). Igualmente se probó que en cada cuenta presentada a la convocada se relacionaba la deuda y el abono del sobreprecio. La excepcionante afirmó que la deuda de la cedente no existía pero nada probó en este sentido, por el contrario: se ha establecido la obligación a cargo de la productora inicialmente contratante; está probado que el nuevo contratante, de manera expresa como consta en el documento obrante a folios 439 y 440 del Cuaderno No. 2 del expediente, aceptó la deuda y se comprometió a pagarla en la forma establecida. Así mismo se ha probado que la convocante liquidó el "sobreprecio de permanencia" y lo abonó periódicamente en la cuenta de la convocada sin que ésta hiciera reclamación alguna; por lo anotado, la excepción llamada por la convocada "Excepción de contrato no cumplido" está llamada a fracasar y así se declarara e la parte resolutive del fallo.

3.2.7. Respecto de las pretensiones de la Demanda de Reconvención.

La parte convocada, en la demanda de Reconvención, pretende que:

- * Se declare que entre la convocante y la convocada se celebró un contrato de suministro para la exportación de banano que las partes denominaron contrato de consignación de banano para la exportación con representación.
- * Se declare que la convocante en la ejecución del contrato de fecha 20 de abril de 1.999 abusó del derecho y de su posición dominante dentro del mismo.
- * Se declare la Terminación del Contrato de fecha 20 de abril de 1999.
- * Se condene a la convocante a Indemnizar a la convocada por los perjuicios sufridos.
- * Se condene a la convocante al pago de:

- Daño emergente por \$200.000.000 equivalente a lo no recibido por "el sobreprecio".

- Intereses moratorios, a la tasa máxima legal, sobre el valor del daño emergente.

* Se condene a la convocante al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en el trámite arbitral.

De manera subsidiaria, la convocada pretende que:

* Se declare que la convocante incumplió el contrato de fecha 20 de abril de 1999.

* Se declare la terminación del contrato de fecha 20 de abril de 1999 como consecuencia del incumplimiento de la convocante.

* Se condene a la convocante a Indemnizar a la convocada los perjuicios sufridos a raíz del incumplimiento contractual.

* Se condene a la convocante al pago de:

- Daño emergente por \$200.000.000 equivalente a lo no recibido por "el sobreprecio".

- Intereses moratorios, a la tasa máxima legal, sobre el valor del daño emergente.

Por ante todo, ya definió el Tribunal en el cuerpo de este laudo que el contrato celebrado por las partes no fue de SUMINISTRO, sino de CONSIGNACIÓN CON REPRESENTACIÓN, por lo cual no se accederá a la petición rogada en dicho sentido.

Ahora bien, la parte reconviniente afirma que en la ejecución del contrato de fecha 20 de abril de 1999, la convocante abusó del derecho y de "su posición dominante dentro del mismo" y por ello solicita la terminación del contrato y la consecuente condena por perjuicios (Daño emergente e intereses) y costas y agencias en derecho.

En cuanto al abuso del derecho se impone reiterar lo ya dicho al analizar la "excepción de nulidad absoluta del contrato por violación de normas imperativas"; allí se anotó: La convocada no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía: No hay una sola referencia probatoria que permita establecer actos abusivos imputables a la convocante ni en la formación del contrato ni en el desarrollo del mismo. Por el contrario, lo que se ha establecido es que en la negociación las partes llegaron a un acuerdo voluntario y en el desarrollo de la operación cada parte cumplió sus compromisos hasta el momento en el cual la convocada optó por negociar con un tercero e incumplirle a la convocante, primero de forma parcial y luego en su totalidad como ya se ha dicho en esta providencia.

Respecto del presunto abuso de la posición dominante, cabe también el señalamiento de la ausencia total de prueba. No hay una sola prueba que permita establecer que la convocante tiene una "posición

dominante en la relación jurídica propia del contrato de fecha 20 de abril de 1999. Si no se ha establecido tal situación mal puede el Tribunal analizar un pretendido abuso de una posición inexistente y las peticiones consecuenciales de pago de perjuicios. Costas y agencias en derecho.

Consecuente con lo dicho, el Tribunal rechazará las peticiones de la contrademandante en relación con el abuso del derecho y con el abuso de la posición dominante.

La contrademandante solicita, en subsidio, que se declare que la convocante incumplió el contrato de fecha 20 de abril de 1999 y como consecuencia pide la terminación del contrato y la condena por perjuicios, intereses, costas y agencias en derecho. El incumplimiento imputado lo refiere la demandante en reconvencción al "*no pago del sobreprecio de permanencia*", sobreprecio que, en palabras de ella, debía entregarle la convocada porque no existía obligación alguna a cargo de la productora.

Sobre el asunto del incumplimiento se impone, simplemente, reiterar lo ya dicho al analizar la excepción formulada frente a la demanda principal; excepción denominada "*contrato no cumplido*". Allá se dijo: se hace necesario precisar la razón de ser del "*sobreprecio de permanencia*". La convocante, en un momento crítico de la exportación de banano, entregó a los productores anticipos que resultaron superiores a lo que efectivamente les correspondía; como una medida de ayuda para los productores se estableció que por cada caja de 18.86 kilos de fruta Premium Turbana, entregada y efectivamente exportada se pagaría un valor adicional de \$0.07US, valor que se abonaría a la deuda surgida al haber recibido un mayor anticipo. Vale anotar que este "*sobreprecio*" se estableció sólo para quienes eran deudores de anticipos y sólo hasta el momento en que se cancelara dicha deuda.

En el caso subjudice se ha establecido que la convocada aceptó pagar lo que la cedente del contrato debía (confróntese nuevamente folios 439 y 440 del Cuaderno No. 2). Igualmente se probó que en cada cuenta presentada a la convocada se relacionaba la deuda y el abono del sobreprecio. La excepcionante afirmó que la deuda de la cedente no existía pero nada probó en este sentido, por el contrario: se ha establecido la obligación a cargo de la productora inicialmente contratante; está probado que el nuevo contratante, de manera expresa como consta en el documento obrante a folios 439 y 440 del cuaderno No. 2, aceptó la deuda y se comprometió a pagarla en la forma establecida. Así mismo se ha probado que la convocante liquidó el "*sobreprecio de permanencia*" y lo abonó periódicamente en la cuenta de la convocada sin que ésta hiciera reclamación alguna. Por lo anotado, el Tribunal rechazará las peticiones de la contrademanda en relación con el incumplimiento imputado a la convocada.

3.2.8. Respecto de las Excepciones contra la Demanda de Reconvencción.

La convocante y reconvenida propuso, frente a la Demanda de Reconvencción, las excepciones que denominó "*Ausencia de Causa para pedir*" y "*Temeridad y Mala Fe*".

Dentro de la técnica procesal debe afirmarse que lo alegado por la reconvenida no configura ninguna excepción porque son meras afirmaciones de oposición que no tienen fuerza para destruir la pretensión. No obstante lo afirmado, el Tribunal se abstendrá de analizar las llamadas "excepciones" frente a la demanda de reconvenición porque no prospera ninguna de las pretensiones.

3.2.9. De otras excepciones probables.

Frente al mandato del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal ha revisado la actuación y no encuentra hechos probados que constituyan excepciones para declarar de oficio.

3.3. REINTEGROS, COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

3.3.1.- Reintegro. Los valores fijados a las partes de la litis por concepto de honorarios de los árbitros y secretario, gastos de funcionamiento y administración fueron cubiertos oportunamente, en su integridad, por la parte convocante y reconvenida **C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A. (antes EXPOCARIBE S.A.)**; por tal razón se ordenará que la convocada **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.** reintegre los valores que le correspondía pagar, y que no pagó, esto es, **\$10´421.800**, más los intereses de mora a la tasa máxima permitida desde el vencimiento del plazo para consignar (3 de marzo de 2009) hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo, todo ello conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 144 del decreto 1818 de 1998.

3.3.2. Costas. Al prosperar las pretensiones de la demanda promovida por **EXPOCARIBE S.A. (AHORA C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A.-)** frente a la convocada **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.**, y al denegarse las pretensiones de la demanda de reconvenición propuesta por ésta, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 392 No. 1 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, se condenará a la parte convocada y reconviniente, **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.**, por resultar vencida, a pagar las costas del proceso a la convocante, las cuales comprenden los gastos que ésta realizó.

3.3.3. Agencias en derecho.

Dadas las decisiones que se adoptan en el presente laudo, se condenará a la parte convocada reconviniente, **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.** a pagar a la convocante reconvenida, **EXPOCARIBE S.A. (AHORA C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A.-)**, las agencias en derecho por la prosperidad de la demanda principal y el fracaso de la reconvenición.

A este propósito el Tribunal aplicará la normatividad del Acuerdo No. 1887 de 2003 modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura en lo pertinente. Y, en consecuencia el Tribunal fija la suma de **\$12´722.041**.

CAPITULO TERCERO

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado e integrado para dirimir el conflicto existente entre **EXPOCARIBE S.A. (AHORA C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A.-) CONTRA INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley, y habilitado por las partes,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar que entre C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. - C.I. PROBAN S.A. -(ANTES EXPOCARIBE S.A.) y INVERSIONES O´BYRNE AYCARDY E.U. se celebró un "contrato de consignación de banano para la exportación, con representación" y no el pretendido contrato de suministro que invocó la parte citada en último lugar.

SEGUNDO.- Declarar que la convocada reconviniendo, INVERSIONES O´BYRNE AYCARDY E.U., incumplió "el contrato de consignación de banano para la exportación, con representación" celebrado con C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A.- (ANTES EXPOCARIBE S.A.) de fecha 20 de abril de 1999.

TERCERO.- Condenar a la convocada reconviniendo, INVERSIONES O´BYRNE AYCARDY E.U., como consecuencia de la anterior declaración, al pago de la sanción por incumplimiento equivalente a **\$237´234.070**. Igualmente se condena a la parte convocada reconviniendo a pagar a título de indexación sobre la anterior suma, **\$17´206.753** correspondiente a la pérdida de adquisición monetaria entre el 13 de febrero de 2008 y el 31 de julio de 2009. La obligación de indexar continúa hasta que efectivamente se obtenga el pago.

CUARTA.- Declarar que las excepciones propuestas por la convocada reconviniendo INVERSIONES O´BYRNE AYCARDY E.U. frente a la demanda inicial no prosperan.

QUINTO.- Declarar que las pretensiones, principales, subsidiarias y consecuenciales, formuladas en la demanda de reconvención por INVERSIONES O´BYRNE AYCARDY E.U. no prosperan.

SEXTO.- Condenar a la convocada reconviniendo, **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.** a pagar a favor de la convocante reconviniendo (**C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A. antes EXPOCARIBE S.A.-**), los reintegros, las costas y agencias en derecho cuyas sumas son:

6.1.- Por concepto de agencias en derecho, ante la prosperidad de la demanda principal y el fracaso de la reconvención, y teniendo en cuenta la gestión desplegada por la apoderada de la parte convocante se señala la suma de **\$12´722.041**.

6.2.- Por concepto de reintegros la suma de **\$10´421.800** que surge de lo siguiente: **a)** Honorarios pagados por la convocante y a cargo de la convocada \$6´858.225, y **b)** Gastos de administración y funcionamiento \$3´563.575.

6.3.- Por concepto de costas la suma de **\$10´421.800** que surge de lo siguiente: **a)** Honorarios pagados por la convocante \$6´858.225, y **b)** gastos de administración y de funcionamiento \$3´563.575.

SÉPTIMO.- Condenar a la parte convocada y reconviniendo **INVERSIONES O´BYRNE AYCARDI E.U.** a pagar a favor de la convocante **C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A.- (antes EXPOCARIBE S.A.)**, los intereses de mora sobre la suma que debe reintegrar, esto es, sobre **\$10´421.800** a la tasa máxima autorizada por la ley, desde el vencimiento del plazo para consignar (3 de marzo de 2009) y hasta el momento del pago efectivo, conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 144 del decreto 1818 de 1998.

OCTAVO.- Disponer que se protocolice el expediente en una de las Notarías del Círculo Notarial de Medellín.

NOVENO.- Ordenar expedir copia auténtica del presente laudo para las partes.


GUILLERMO MONTOYA PÉREZ
Presidente


RAMIRO RENGIFO HIGUITA
Árbitro


ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA A.
Árbitro

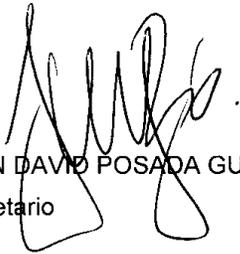

JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ
Secretario

Nota de autenticación:

Los presentes 34 folios son copia fiel del laudo arbitral dictado el 3 de septiembre de 2009, dentro del arbitramento de **C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -C.I. PROBAN S.A.- (antes EXPOCARIBE S.A.)** en contra de **INVERSIONES O'BYRNE AYCARDI E.U.**

Se destina para la Cámara de Comercio de Medellín, **es tercera copia y no presta mérito ejecutivo.**

Medellín, 3 de septiembre de 2009.



JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ

Secretario