

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA LTDA.
CONTRA DISLICORES S.A.**

AUDIENCIA DE LAUDO ARBITRAL

Medellín, seis (6) de agosto de 2013

A las tres de la tarde (3:00 p.m.), en las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, se reunió el Tribunal de Arbitramento que habrá de resolver el litigio promovido por **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA LTDA.** en contra de **DISLICORES S.A.**, para llevar a cabo la audiencia de laudo.

Asistieron a la audiencia: El apoderado judicial sustituto de la parte convocada, **Dr. JOSÉ FERNANDO OCAMPO BARRERA**, en virtud de la sustitución del poder realizada por el apoderado principal, **Dr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO**, conforme a ello el Tribunal le reconoce personería para actuar en el presente tramite al abogado, **OCAMPO BARRERA**.

El presidente del Tribunal dio lectura de las consideraciones más relevantes del laudo y de su parte resolutive conforme a lo dispuesto por el artículo 154 del decreto 1818 de 1998.

Acto seguido, se hizo entrega de las siguientes copias auténticas del laudo:

Al **Dr. JOSÉ FERNANDO OCAMPO BARRERA**, apoderado de la parte convocada, segunda copia, sin mérito ejecutivo.

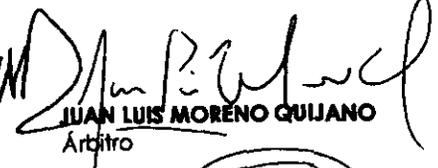
Se hace constar que al apoderado de la parte convocante, **Dr. CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ RESTREPO**, se le dejó a su disposición ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín copia auténtica del laudo, la cual es primera copia y presta mérito ejecutivo.

Por último, se fija el día **miércoles 21 de agosto de 2013 a las 2:30 p.m.** para resolver lo que en derecho corresponda en caso de llegarse a presentar por las partes solicitud de aclaración, complementación o corrección del laudo arbitral.

Todo lo decidido queda notificado en estrados.

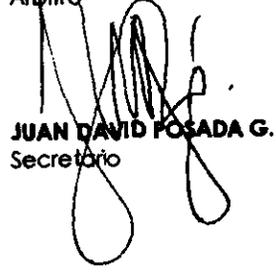
Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 3:30 p.m. y se firma por los que en ella intervinieron.


JUAN MANUEL FERNÁNDEZ V.
Arbitro Presidente


JUAN LUIS MORENO QUIJANO
Arbitro


JORGE PARRA BENÍTEZ
Arbitro


JOSÉ FERNANDO OCAMPO B.
Apoderado Convocada


JUAN DAVID FOSADA G.
Secretario

RECIBI copia del Audiencia del
laudo Arbitral y original del laudo.

Jorge Alejandro RPO.

Agosto 6-2013

LAUDO ARBITRAL
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE DARÍO MURILLO E HIJOS Y
COMPAÑÍA LTDA. CONTRA DISLICORES S.A.

Siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.) del seis (6) de agosto de dos mil trece (2013), los árbitros, Juan Manuel Fernández Velásquez, Presidente, Jorge Parra Benítez y Juan Luis Moreno Quijano, en asocio del secretario Juan David Posada Gutiérrez, profirieron el siguiente laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** contra **DISLICORES S.A.** La decisión se profiere en derecho.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

Con fecha primero (1º) de noviembre de dos mil once (2011), la sociedad **DARÍO MURILLO E HIJOS Y COMPAÑÍA LTDA.** 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 **DISLICORES S.A.**, y con invocación de la cláusula compromisoria contenida en la cláusula décima primera del documento denominado "CONTRATO DE FABRICACIÓN", suscrito el cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005), que obra en el cuaderno No. 1, folio 17, y de la cláusula décima del documento denominado "CONTRATO DE FABRICACIÓN", suscrito el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), que obra en el cuaderno No. 1, folio 22, documentos que fueron agregados a la referida solicitud y cuyos textos, en su orden, son los siguientes:

"DÉCIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: *En caso de surgir alguna diferencia entre las partes durante la ejecución de este contrato, se intentará un acuerdo directo entre ellas y si aquellas fueren insubsanables, en última instancia, se dirimirán las diferencias ante un Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín."*

"DÉCIMA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: *En caso de surgir alguna diferencia irreconciliable entre las partes durante la ejecución de este contrato, se dirimirá ante un Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín."*

Las partes, de común acuerdo, designaron como árbitros a los abogados Jorge Parra Benítez, Juan Luis Moreno Quijano y Juan Manuel Fernández Velásquez, quienes aceptaron su encargo dentro del término previsto en el artículo 10 del Decreto 2279 de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

II. DILIGENCIAS ARBITRALES

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el veinticinco (25) de enero de dos mil doce (2012), y admitió la demanda arbitral. Surtido el traslado correspondiente, la convocada la replicó en tiempo oportuno, oponiéndose a las pretensiones y formulando excepciones de mérito, como aparece más adelante.

La demanda fue reformada en cuanto a los hechos y pruebas el doce (12) de marzo de dos mil doce (2012). Dicha reforma fue admitida en audiencia del trece (13) de marzo de dos mil doce (2012) y notificada en esa misma fecha a la parte convocada, la cual respondió igualmente a la reforma a la demanda, oponiéndose a su prosperidad y ratificándose en las excepciones de mérito inicialmente propuestas.

Luego del traslado secretarial de las excepciones de mérito, se llevó a cabo el cuatro (4) de mayo de dos mil doce (2012) audiencia de conciliación, sin lograrse acuerdo entre las partes, por lo cual, se procedió a la fijación de gastos y honorarios del proceso.

Una vez se confirmó que la consignación de la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal fue tempestiva, se realizó la **PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE** el cuatro (4) de junio de dos mil doce (2012), en la que el Tribunal asumió competencia para procesar y juzgar el asunto sometido a su conocimiento y decretó las pruebas pedidas por las partes. La decisión del Tribunal no fue discutida por las partes.

Las pruebas ordenadas se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la plena contradicción de las mismas.

Agotado el período probatorio, las partes presentaron sus alegaciones de fondo, en audiencia surtida el veintisiete (27) de mayo de dos mil trece (2013).

Vencidas 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 celebrada el cuatro (4) de junio de dos mil doce (2012) -artículo 103 de la Ley 23 de 1991-, fue suspendido por las partes de mutuo acuerdo en nueve (9) ocasiones, así:

- 1) Desde el diez (10) de julio de dos mil doce (2012) hasta el veintitrés (23) de julio de dos mil doce (2012), ambas fechas incluidas (9 días hábiles de suspensión – folio 724, cuaderno no. 1).**
- 2) Desde el veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012) hasta el seis (6) de agosto de dos mil doce (2012), ambas fechas incluidas (9 días hábiles de suspensión – folio 738, cuaderno no. 1).**
- 3) Desde el nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012) hasta el veintidós (22) de agosto de dos mil doce (2012), ambas fechas incluidas (9 días hábiles de suspensión – folio 746, cuaderno no. 2).**

- 4) Desde el veinticuatro (24) de agosto de dos mil doce (2012) hasta el dos (2) de septiembre de dos mil doce (2012), ambas fechas incluidas (**6 días hábiles de suspensión – folio 820, cuaderno no. 2**).

- 5) Desde el once (11) de septiembre de dos mil doce (2012) hasta el primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012), ambas fechas incluidas (**15 días hábiles de suspensión – folio 863, cuaderno no. 2**).

- 6) Desde el dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012) hasta el dos (2) de noviembre de dos mil doce (2012), ambas fechas incluidas (**12 días hábiles de suspensión – folio 867 y 868, cuaderno no. 2**).

- 7) Desde el veintitrés (23) de noviembre de dos mil doce (2012) hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013), ambas fechas incluidas (**47 días hábiles de suspensión – folio 912, cuaderno no. 2**).

- 8) Desde el cuatro (4) de febrero de dos mil trece (2013) hasta el dieciocho (18) de febrero de dos mil trece (2013), ambas fechas incluidas (**11 días hábiles de suspensión – folio 958, cuaderno no. 2**).

- 9) Desde el veintidós (22) de abril de dos mil trece (2013) hasta el veintiséis (26) de abril de dos mil trece (2013), ambas fechas incluidas (**5 días hábiles de suspensión – folio 1100, cuaderno no. 2**).

Las suspensiones que tuvieron lugar suman 123 días hábiles y, así las cosas, el término para proferir el laudo se extendió hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013), y como además las partes, mediante escritos contenidos a folios 1094 y 1101 del cuaderno 2, convinieron prórroga del término de vigencia del proceso por tres (03) meses, dicho plazo para fallar se extendió hasta el treinta y uno (31) de agosto de dos mil trece (2013), razón por la cual se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

En el escrito de convocatoria, después ampliados en el de reforma, la parte convocante narró los siguientes hechos que se resumen y que estructuran la *litis* planteada:

1. La sociedad **DISLICORES S.A.** (DISLICORES) es una sociedad comercial, que entre otras actividades, se dedica a la compra, venta, importación y distribución de vinos.
2. Dentro del desarrollo de sus actividades económicas, **DISLICORES** adquirió el derecho de explotar comercialmente la marca de vinos FRIZZANTINO, cuya fabricación encargó a la sociedad **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, con la cual había sostenido relaciones comerciales desde tiempo atrás.
3. El 05 de noviembre de 2005, **DISLICORES** y **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** suscribieron el contrato de "fabricación" identificado en la demanda como el Contrato No. 1, cuyo objeto era la fabricación de un mínimo de 4.000 cajas mensuales de 12 unidades de 750 c.c. de vino distribuidas en cuatro (4) productos: - Vino espumoso Premium de manzana Frizzantino. - Aperitivo vínico Frizzantino Cooler (que luego pasó a ser vino burbujeante Frizzantino Cooler, en atención a la petición verbal de **DISLICORES**). - Vino espumoso blanco Charleston. - Vino espumoso rosado Charleston.
4. Posteriormente, el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), celebraron otros dos contratos de fabricación: uno, para la elaboración de 1.000 cajas mensuales de Vino Pontificio, que en la demanda se identifica como el Contrato No. 2; y otro, para la elaboración de 1.500 cajas mensuales de vino de manzana y cereza Genial, que en la demanda se identifica como el Contrato No. 3. No obstante, este último contrato "nunca se ejecutó ni se ratificó mediante la formulación de pedidos por DISLICORES a la

Convocante" (hecho quinto de la demanda original y 27 de la reforma a la demanda).

5. Para dichos contratos no se pactó expresamente fecha de iniciación de la ejecución, motivo por el cual, de manera verbal, las partes acordaron que la ejecución contractual se iniciaría con la presentación de la primera factura para cada producto. Según la demanda, esto fue posible respecto de los productos en que hubo facturación, y frente a los que no hubo pedidos, se tomó como fecha de iniciación el momento de otorgamiento de las licencias.
6. Durante el tiempo de ejecución de dichos contratos, la sociedad **DISLICORES S.A.** incumplió con lo estipulado, realizando pedidos mensuales por debajo de las cantidades mínimas pactadas o, peor aún, sin generar pedido alguno, en relación con algunos de los productos.
7. Como consecuencia de la conducta de **DISLICORES S.A.** y que constituye un claro incumplimiento del objeto contractual, se le causaron a la convocante perjuicios económicos por concepto de lucro cesante, proveniente de la supresión de sus ingresos y un daño emergente por los productos, insumos y maquinarias que adquirió para la ejecución de los contratos suscritos con **DISLICORES S.A.** Con todo, la parte demandante, en forma expresa, excluyó de su pretensión lo relacionado con el nombrado Contrato No. 3 (hecho quinto de la demanda original y 27 de la reforma a la demanda).

IV. PRETENSIONES

La parte convocante, en vista de lo que expuso en la demanda, solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

"PRINCIPAL:

*Que se declare que DISLICORES S.A. ha incumplido todos y cada uno de los **contratos (nros. 1 y 2)** de fabricación suscritos con*

DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA., descritos en los hechos de la demanda y por los motivos citados en ellos"

"CONSECUENCIALES

*En consecuencia, que se **declare** a DISLICORES S.A. como civilmente responsable de los perjuicios generados a DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA. con dichos incumplimientos contractuales.*

*"En consecuencia, se **condene** a DISLICORES S.A. a pagar los perjuicios causados a DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA., en una suma equivalente a **ONCE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$11.143.191.426)** debidamente indexada, o a lo más que se pruebe en el proceso".*

V. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La convocada contestó oportunamente la demanda arbitral, y su reforma, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la convocante, negando unos, aceptando otros total o parcialmente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, y formulando las siguientes excepciones de mérito: simulación de los contratos cuyo incumplimiento se invoca como sustento de las pretensiones, ausencia de legitimación en la causa por activa, cumplimiento de los contratos por parte de la sociedad **DISLICORES S.A.**, inexistencia de la obligación indemnizatoria, inoponibilidad de los supuestos contratos, y nulidad de los supuestos contratos.

Dijo la accionada, en síntesis, que todos los contratos a los que hacía mención la parte convocante y sobre los cuales se pretendía declarar el incumplimiento, son contratos simulados, toda vez que los mismos fueron elaborados a solicitud de **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, como garantía para la aprobación de un contrato de leasing con Leasing Bancolombia S.A., ya que la convocante carecía de capital propio que sirviera de garantía para la adquisición de maquinaria. Finalmente manifestó que la relación comercial que tenían las partes estaba basada en acuerdos verbales, en los cuales no se pactaban

cantidades mínimas de pedidos, sin que existieran contratos escritos de por medio.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. DE VALIDEZ

Dada la naturaleza y modalidad en derecho del presente arbitramento, deben analizarse los tres elementos constitutivos del debido proceso, a saber, la competencia del juez, la bilateralidad de la audiencia y la legalidad de los actos y procedimientos, los cuales se encuentran satisfechos en el proceso. En efecto:

1.1.1. La Competencia. 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 aquéllos. Esa autonomía no es ilimitada, pues aunque dicha facultad está consagrada en la Constitución, el legislador le impuso algunos límites como el de la arbitrabilidad del conflicto. En el caso que se decide, se encuentra que el conflicto es de carácter patrimonial y transigible y, por ende, susceptible de ser dirimido por la vía arbitral, y las partes que lo integran son personas jurídicas con capacidad para transigir, tal y como se concluyó en la primera audiencia de trámite.

Adicionalmente, la competencia se encuentra limitada por el tiempo, puesto que se extingue con el vencimiento del término para dictar el laudo. A este respecto, se destaca de nuevo que esta providencia, con la

cual se pone fin a la competencia del Tribunal, se pronuncia dentro del término de vigencia del arbitramento y su prórroga.

1.1.2. Bilateralidad de la audiencia. Se refiere al derecho de defensa o al derecho de contradicción. Al revisar el trámite arbitral se concluye que las partes recibieron un igual tratamiento procesal en cuanto a sus solicitudes, 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. Igualmente, 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 ajustó, con rigor, al trámite previsto por el legislador, regulado en el Capítulo I del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con las modulaciones que le son propias al proceso arbitral.

1.2. DE EFICACIA

1.2.1. Capacidad para ser parte. De la actuación arbitral y de los documentos aportados al proceso, examinados por el Tribunal, aparece que las partes están integradas por personas jurídicas legalmente constituidas y que acreditaron en legal forma su existencia y representación. La capacidad para ser parte la ostentan ambas, conforme al inciso primero del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

1.2.2. Capacidad para comparecer. La capacidad de las partes para comparecer se advierte, de un lado, en forma directa, y del otro, a través de la representación legal, que fue demostrada en los términos legales. Ambas 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 ocurre en el conflicto

planteado en este proceso, relativo a unos contratos celebrados entre las sociedades que concurren como partes, deben tenerse como legítimos contradictores ordinarios (legitimados ordinarios en la causa) a las partes contratantes, a quienes les asiste el derecho para pretender, para obrar y para resistir, por lo cual se predica este presupuesto de las partes que concurrieron al trámite arbitral. En todo caso, sobre la legitimación se volverá en otra sección de este laudo, en relación con la excepción formulada por la convocada, de ausencia de legitimación en la causa por activa.

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

No se advierte, pues, ningún vicio procesal que afecte la actuación. Siendo ésta válida, y concurriendo los presupuestos procesales, puede producirse el fallo, en la manera que fue determinada, esto es, en derecho. Conforme a todo 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 parte convocante se recibieron los testimonios de los señores Shirley Nieves Cifuentes Zabala, Juan Sebastián Murillo Herrera, Jorge Ángel Posada Piedrahita y María Dolores Estrada Patiño y el interrogatorio de parte del representante legal de la convocada, José Antonio Echeverri Aristizábal. Vale aclarar que la declaración del señor Jorge Ángel Posada Piedrahita fue tachada de sospechosa por la parte convocada, conforme a los argumentos expuestos a folios 658 del cuaderno No. 1. Los motivos de dicha censura serán analizados por el Tribunal posteriormente.

A su vez, a instancia de la parte convocada, se recibieron los testimonios de los señores Juan Carlos Atehortúa Amaya, Gabriel Jaime Sepúlveda Botero, Margarita María Restrepo García, Jairo de Jesús Idárraga López, Martha Patricia González Arias, María Adelaida Gómez Arango y Lina María Céspedes Henao y el interrogatorio de parte del representante legal de la convocante, Álvaro Darío Murillo Cardona.

Como prueba conjunta, se recibió el testimonio del señor Juan Martín González De Bedout.

Sobre los testimonios de Mario Roberto Puchulú Giacca y Gustavo Adolfo Marín Vélez, pedidos y decretados a instancia de la parte convocante, existe constancia de desistimiento elevada por ésta a folios 659 del cuaderno No. 1 y 746 del cuaderno No. 2, respectivamente, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal por encontrarlo ajustado a derecho.

De igual manera, hubo manifestación de desistimiento por la parte convocada, de los testimonios que no habían sido practicados, de Martha Cecilia Montoya Vélez, Luz María González De Bedout, Carlos Arturo Córdoba, Ramiro Arango Dahl, Alirio Jaramillo Gómez y Ana Luz Mercado Vitola. El desistimiento fue aceptado por el Tribunal en la audiencia de instrucción llevada a cabo el veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012).

También se practicaron dos pruebas periciales, para las cuales fueron designados el perito contador-financiero, César Mauricio Ochoa Pérez y el perito ingeniero Javier Ernesto Castrillón Forero. Ambos dictámenes periciales fueron objetados por la parte convocada de acuerdo con lo planteado en los escritos que reposan a folios 1000 y siguientes y, 1063 y siguientes, situación que se analizará más adelante.

Asimismo, el Tribunal decretó y practicó exhibición de documentos por parte de Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento, de los documentos relacionados con los contratos de arrendamiento financiero,

y por parte de Fiduciaria Bogotá S.A., de los relacionados con la fiducia mercantil celebrada con la sociedad **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**

Toda la prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda, la reforma a la demanda y con las respuestas a las mismas, en los traslados de las excepciones, en las diferentes exhibiciones documentales, en las inspecciones judiciales adelantadas en las instalaciones de las partes y con las pericias. Dicha prueba fue aportada en forma regular y goza de la autenticidad necesaria para la valoración de su eficacia probatoria.

Finalmente, se decretaron y practicaron inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención del perito contador, en las oficinas principales de la convocante y de la convocada. En la diligencia llevada a cabo en las instalaciones de **DISLICORES S.A.**, por decreto oficioso de pruebas, el día veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012), se recibieron las declaraciones de los siguientes empleados de la convocada: Marta Cecilia Montoya Vélez, Gabriel Jaime Sepúlveda Botero, Leidy Johana Londoño Vásquez, John Fredy Restrepo Loaiza y José Antonio Echeverri Aristizábal. La constancia de su comparecencia obra a folios 818 y siguientes del cuaderno No. 2.

Así las cosas, por encontrarse agotada la prueba pedida por las partes y la decretada de oficio, se declaró cerrada la etapa instructiva del proceso en la audiencia celebrada el diecinueve (19) de abril de dos mil trece (2013).

III. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión y entregaron versión escrita de los mismos.

El representante judicial de la actora, entre otros aspectos, consideró que los Contratos de Fabricación Nros. 1 y 2 fueron celebrados por

escrito por razones legales, económicas y de seguridad. Manifestó que el contrato No. 1 fue válidamente celebrado y ratificado por las partes, por medio de sus representantes legales, y autorizados o ratificados por sus juntas directivas o de socios. Y de igual forma, aunque el contrato No. 2 nunca fue sometido a aprobación de la Junta Directiva de **DISLICORES**, situación que no fue comunicada a la convocante, fue firmado por su representante legal y se comenzó a ejecutar, y por lo tanto es totalmente válido. Frente al incumplimiento contractual, la parte convocante hizo una discriminación de las cantidades pactadas en los contratos para el tiempo de vigencia de los mismos (276.000 cajas), las cantidades efectivamente compradas (27.136 cajas) y las cantidades dejadas de pedir (248.864 cajas), y con base en ello planteó el incumplimiento contractual por parte de **DISLICORES**.

Respecto de los perjuicios generados por **DISLICORES** a la convocante, por el incumplimiento contractual, afirmó que consistieron en el no reembolso del valor pagado por la convocante por el vino blanco a granel importado, que fue la primera importación del vino como materia prima; disminución de ingresos contractuales pactados; pérdidas económicas de la convocante; reestructuración de contratos de leasing; lucro cesante futuro; liquidación del contrato de fiducia mercantil, constituido como fuente de pago, debido a que el pago de las cuotas de leasing se tuvieron que hacer con otros recursos de la convocante; erogaciones por contratos y factoring para pago de impuesto de la convocada.

Con base en lo anterior, pidió la prosperidad de sus pretensiones.

A su turno, el apoderado de la parte convocada reiteró los puntos de la contestación a la demanda, a la reforma a la demanda y a las objeciones a los dictámenes periciales. Señaló que en el caso pudo presentarse un contrato de cortesía e insistió en su punto de vista sobre la simulación de los contratos. Expuso que en los mismos no está expresamente establecido el precio de los productos y las reglas para su determinación no son claras, lo que acarrea la nulidad absoluta de los

contratos, por falta de requisito esencial o, en subsidio, la inexistencia de los mismos.

Dijo el apoderado también que para **DISLICORES** era claro que la ejecución práctica de las obligaciones de cada parte modificó el contenido literal de los contratos, toda vez que **DISLICORES** no protestó por el incumplimiento del primer contrato, y **DARÍO MURILLO E HIJOS** no dejó de vender y despachar los pedidos.

La convocada planteó a su vez la excepción de contrato no cumplido por parte de la convocante, basada en la incapacidad de producir las cantidades de cajas de vinos pactadas en los diferentes contratos, demostrada por la falta de entrega de todas las cantidades pedidas, incluso cuando eran mucho menores a las supuestamente acordadas.

Finalmente, en cuanto a la cuantía de los perjuicios, alegó que no es posible que la sociedad convocante solicite perjuicios por concepto de lucro cesante desde el 2006, toda vez que la prueba documental acreditó que en enero de 2008 las máquinas adquiridas por leasing para la ejecución del contrato no se habían puesto en funcionamiento, lo que claramente indica que no tenía la capacidad de producción; y además no hay certeza de los perjuicios, toda vez que no existe claridad sobre el precio de los productos contratados, ni el inicio de ejecución de los supuestos contratos, lo que imposibilita un cálculo certero del lucro cesante solicitado por la convocante.

IV. JUICIO DE MÉRITO

4.1 EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

El problema jurídico sometido a la decisión del Tribunal, consiste, de acuerdo con las pretensiones de la demanda y la oposición a éstas, en definir si las partes efectivamente estuvieron vinculadas por uno o varios contratos, cuál o cuáles, si los mismos fueron incumplidos por la parte

demandada y en tal caso, fijar la indemnización reclamada por la sociedad convocante, que se hubiera demostrado en el proceso.

Comprende, el *subjudice*, por consiguiente, un conjunto de asuntos por precisar, porque la respuesta a unos interrogantes despeja el camino de otros que les siguen. Tal será la ruta que se abordará en el laudo, con la advertencia preliminar de que, para alcanzar el resultado esperado, se hará antes que nada la valoración de la prueba allegada y practicada, con sujeción a los mandatos de la ley procesal.

4.2 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA RECAUDADA

4.2.1 LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LOS INTERROGATORIOS DE PARTE

Como suele ocurrir en muchos procesos judiciales, se formaron en el presente dos grupos de testigos, por cada uno de los contendientes. Los deponentes llamados a instancia de la parte actora, rindieron versión en un sentido, al paso que los escuchados por pedido de la accionada mostraron una faceta diferente del problema por dirimir. Mas, para la puesta en marcha de la crítica del testimonio, se observa que, en alguna forma, en la actualidad o en el pasado, todos los testigos tienen o tuvieron algún vínculo con la respectiva parte y que en principio no advierte el Tribunal elementos sobresalientes o particulares que le permitan inclinar su convicción por unas explicaciones y desechar otras.

Algo similar aconteció con las respuestas suministradas en los interrogatorios absueltos por los representantes legales de las partes.

La ciencia del derecho probatorio aconseja, para la valoración del testimonio, que sin perjuicio de verificar los requisitos propios de la prueba, el juzgador revise y pondere, por ejemplo, las condiciones mentales, físicas y morales en que se hallaba el declarante al momento de la percepción de los hechos que relata y en el momento en que declara, cómo percibió y las circunstancias en que percibió lo que narra,

cómo declara –esto es, su capacidad narrativa y la narración misma, la fuerza de su exposición, la dicción, facilidad o fluidez, muletillas que emplea, cultura, lenguaje, soltura para hablar-, las circunstancias en que lo hace, la capacidad memorativa del testigo, condiciones que pudieron afectarla, el esfuerzo del testigo por recordar (según el hecho: frases, fechas, lugares), cómo expone lo que recuerda y cómo identifica (imágenes o ideas), condiciones sociales del testigo (educación, costumbres, hábitos, profesión), personalidad del testigo, relaciones del testigo con las partes y con la causa, e inclusive, la práctica misma del testimonio, a saber, cómo se hicieron las preguntas, si por ejemplo se acosó al testigo, cuál fue el contenido y cuáles los aspectos indagados (para establecer, en fin, que se haya respetado el objeto de la declaración)¹.

Repasados estos factores en el *sub judice*, respecto de todo el acervo testimonial, de modo individual –cada testigo- y global -a raíz de la formación de los dos grupos de declarantes-, entienden los árbitros que no hay lugar a pronunciar descalificaciones, pues si bien en última instancia no puede asegurarse una coincidencia plena en los hechos, o en lo que pudieran tratarse como detalles² (no por eso intrascendentes), de los cuales penden las posiciones de las partes, lo que sí resulta de todas las declaraciones, como incontrovertible, porque además en su demanda y reforma y en las respuestas a una y otra las propias partes lo admiten, es que entre éstas hubo una relación comercial. No competía a los testigos, en ningún momento, ir más allá de los hechos que rodearon la formación y desarrollo de esa relación comercial, por ser exclusivo del Tribunal el establecimiento del perfil o categoría jurídica de esa relación y sus términos, a partir de la información traída por los testigos y por el resto de la prueba.

¹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo segundo. 5ª edición. Bogotá: Temis, 2002, pág. 242 y siguientes.

² Por ejemplo, asuntos relacionados con los pedidos (como se hacían o ajustaban) y su cumplimiento, la capacidad de producción por la actora, la cantidad de producto susceptible de venta en el mercado de vinos, otros contratos de la demandada con terceros o de la accionante para adquisición de máquinas, etc. Considerada la argumentación extrema de las partes, no podía esperarse menos que una información de cada grupo de testigos que mostrara la respectiva argumentación.

De esta manera, las afirmaciones de un testigo acerca de que hubo contrato y las de otro que lo niega, no pueden ser tenidas en cuenta si apenas reflejan un concepto de quien las hace, pero justamente sí pueden ser consideradas, por la información que entreguen, en la medida en que el juzgador pueda formarse una determinada convicción.

Tal es el horizonte en este proceso. Aisladamente, por tener vínculos estrechos con la parte actora, podrían descartarse versiones de algunos testigos que aseguraron la existencia de unos contratos (denominados 1, 2 y 3), en los términos de los documentos aportados con la demanda; pero en igual sentido podría procederse con deponentes ligados a la parte opositora, quizás con más dudas por la postura defensiva que se podría pensar iban a adoptar, cuya licitud o moralidad no es del caso reputar.

Para el Tribunal, la prueba testimonial, toda ella, le ha persuadido de la existencia de una relación jurídica entre las partes del proceso. De allí que le atribuye mérito y crédito y con igual criterio, de conjunto, a los testimonios recibidos, los cuales sopesa en el desenvolvimiento del negocio jurídico que tuvieron **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**

Se agrega, en armonía con estas premisas, que al aplicar a manera de *test* todas las categorías de análisis resaltadas (condiciones, capacidad y personalidad de los testigos), no encuentra el Tribunal que alguna declaración de las rendidas en el proceso deba ser desechada. La naturaleza del asunto y de los temas debatidos en sí mismos, no autorizan actuar con el rigor o la exigencia que se impone para la prueba oral, sin que ello signifique una creencia plena en los dichos de los testigos porque, se insiste, de esos dichos se extraen los hechos cuya apreciación final y su acomodación a lo previsto en las normas pertinentes incumben al juez.

Igual conclusión se tiene frente a los interrogatorios de parte llevados a cabo.

En estas condiciones, además, se examina la tacha por sospecha formulada por la parte demandada, del testimonio del señor Jorge Ángel Posada Piedrahita, tacha que fue planteada como sigue: "Señor Presidente, pidiendo excusas al doctor Jorge, porque lo conozco desde cuando en los años setenta estudiábamos en la Universidad y sé de su señorío y todo, yo sí me veo en la penosa necesidad de tachar este testimonio por sospechoso, y habría que entender el termino (sic) "sospechoso" desde el significado que le da el Código de Procedimiento Civil, y no porque él me merezca que sea una persona sospechosa, y es por lo siguiente: es porque en la forma como se ha expresado, con su magnífica retórica y todo, veo que está emocionalmente comprometido en el asunto; sus digamos excesivas explicaciones y justificaciones en favor de los intereses de la parte convocante, me parece que le quitan un poco de imparcialidad en el manejo de esto, entonces para que eso después el Tribunal lo considere".

Vista la personalidad del testigo Posada Piedrahita y sus generales de ley; con la memoria de cómo transcurrió su declaración –revisada inclusive en la grabación de la audiencia-; y tomado el contexto de su versión, acepta el Tribunal que, en efecto, hubo en el testigo una gran emotividad en su exposición y quizá exceso en ésta, demostrativo de un afán suyo de revelar con énfasis lo que conocía, pero no se descubre de cuanto dijo el declarante que tuviera el ánimo de inducir a los árbitros en una dirección específica, al punto que pudiese valorarse esa conducta como parcializada³. El testigo, al concluir su intervención, admitió inclusive que su temperamento lo llevaba a obrar como lo hizo y en aplicación del principio de la buena fe no puede el Tribunal dejar de estimar su excusa.

³ "Si existe un motivo de sospecha, respecto del testigo, se pone en duda que esté diciendo la verdad, "pero no por ello cabe su rechazo, sino que se impone de todos modos escrutar si ciertamente los motivos que afectan su credibilidad los han impelido a romper la imparcialidad". Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. 15ª edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006. Pág. 310. La idea entre comillas es cita de sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 14 de mayo de 1981, M.P. Héctor Gómez Uribe.

En conclusión, se declarará que no prospera la tacha del testimonio rendido por el señor Jorge Ángel Posada Piedrahita.

4.2.2 LA PRUEBA PERICIAL

La parte demandada formuló objeciones a las pruebas periciales que se practicaron y, de conformidad con la legislación aplicable, debe ocuparse el Tribunal de pronunciarse sobre los reparos imputados, lo cual hará frente a las dos pericias, previa una consideración general.

De acuerdo con el artículo 235 del Código de Procedimiento Civil, la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. En tal sentido, el perito brinda un apoyo al juzgador en materias determinadas, por ejemplo, en ramos de la ingeniería, o en asuntos contables, como sucedió en el presente proceso.

Consiste la cooperación del experto, en que éste emita un concepto que puede guiar la decisión del juez. Se trata, por ende, de una ilustración en temas para los cuales se hace preciso un criterio especializado, a partir de elementos que reposan en el expediente o que se relacionan directamente con la cuestión debatida y por esa razón el perito debe realizar exámenes sobre las cosas objeto del dictamen (vgr., una máquina) y acometer personalmente los experimentos e investigaciones que considere necesarios, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, "bajo su dirección y responsabilidad", como dispone el artículo 237, el cual agrega que, en todo caso, expondrá su concepto sobre los puntos materia del dictamen. Señala la norma, también, que si en el curso de su investigación el perito recibe información de terceros que considere útil para el dictamen, lo hará constar en éste.

La valoración del dictamen del perito consiste en la calificación del mérito demostrativo del trabajo del auxiliar, como consecuencia de la revisión de la "firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la

competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”⁴. Tales son los factores que ordena la ley tener en cuenta: reunidos, en criterio del juzgador, porque estime que hay fundamentación en la pericia e idoneidad en su autor, porque se revela que hubo una labor personal, porque las explicaciones y puntos de vista que exponga no riñen con la lógica, con el sentido común, o con el resto del caudal probatorio, puede acogerse la conclusión que postule, si además, discutida por una de las partes mediante la queja de haberse cometido un error grave, no se halla éste configurado.

De la objeción por error grave trata el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que delimita el error como aquél que “haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”. Concepto jurídico indeterminado⁵, el de error grave se suele entender como una equivocación seria e importante en que incurre el perito, vinculada al objeto propio de la pericia, porque altera su esencia, o conceptúa sobre otro, o peca contra la lógica, y por ese camino –es lo que significa que sea determinante- sus conclusiones son igualmente contrarias a la realidad.

Cuando una parte objeta una peritación debe expresar en qué consiste el error, constituyéndose ese requerimiento en central, puesto que no basta atribuirlo en abstracto al dictamen a la espera de que el juez revise si hubo o no defectos en el peritaje. La razón de la exigencia radica en que como la objeción, que es un reproche, es una forma de contradicción, debe rodearse de tal precisión que la aceptación o descalificación que se haga de la prueba –lo que acontece en la sentencia y en este caso en el laudo- tenga una base concreta y por estos mismos motivos la mera argumentación que perfila desacuerdos

⁴ Inciso primero del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

⁵ Como lo son los de orden público o buenas costumbres, que quizás puedan llamarse no definidos o inciertos, ya por la intención del legislador, ya por la dificultad de definirlos y convertirlos en categorías rígidas. Los conceptos jurídicos indeterminados tienen la ventaja de producir mayor independencia a quien aplica la ley. Son, de acuerdo con la expresión de alguna doctrina, pautas que deben ser llenadas de contenido, pero que exigen una interpretación uniforme y no discrecional.

de la parte con lo consignado por el perito, no puede atenderse como objeción.

Es, entonces, de la esencia de la objeción por error grave, que se precise en qué consiste éste. Permite ello, se reitera, el debate alrededor de la pericia, para establecer si los fundamentos y las conclusiones, o éstas solamente en definitiva, se oponen a la evidencia procurada con otros elementos de convicción obtenidos en la instrucción.

Incumbe al juzgador, por consiguiente, verificar si las objeciones que se propusieron en un asunto específico, cumplen con lo ordenado por la ley procesal y subsiguientemente si los desaciertos del experto encajan en la figura del error grave.

La pericia rendida por el contador César Mauricio Ochoa Pérez, fue objetada por la parte convocada de la siguiente manera:

a) El perito cometió un error grave al haber determinado el precio de los productos vino espumoso blanco Charleston y vino espumoso rosado Charleston objeto del contrato No. 1, con base en información verbal de la convocante.

b) Igualmente, se configuró error grave al haber considerado una fecha de inicio de vigencia de los contratos diferente a la que la propia convocante señaló en diferentes escritos.

c) También hubo error grave, en relación con el dictamen que se pidió sobre apreciación de la capacidad instalada de la convocante, al tomar como suyo el concepto del ingeniero Javier Ernesto Castrillón Forero, que calificó de errado, y al dejar de lado criterios como los recursos económicos y logísticos de la sociedad demandante.

d) Se equivocó el perito gravemente en lo relacionado con costos de producción de la actora, porque utilizó proyecciones teóricas en su

cálculo y no tuvo en cuenta la realidad de esos costos, lo cual lo condujo de realizar un cálculo de utilidades superior en mil millones de pesos, frente al realizado por la convocante.

Pero también la opositora objetó el dictamen rendido por el perito Javier Ernesto Castrillón Forero, para lo cual indicó que el auxiliar incurrió en errores graves:

a) Porque se ocupó de un objeto diferente al pedido, como quiera que no solamente se pronunció sobre la capacidad de producción de la demandante para 1 de febrero de 2006 sino que la determinó entre ese año y el año 2011, de una parte, y de otra, no individualizó la máquina con la cual se habría procurado esa producción, ni cuándo la misma fue incorporada al aparato productivo. En otras palabras, excedió el objeto de la experticia y omitió fundamentarla.

b) Porque contradijo con sus conclusiones las afirmaciones de la propia convocante.

c) Pues consignó afirmaciones sobre turnos de trabajo en la sociedad actora, en contra de lo que ésta misma puntualizó y lo que brota de otros medio de prueba evacuados en el proceso.

d) Porque sustentó sus afirmaciones sobre capacidad de las máquinas de la demandante, en documentos allegados que obran en idioma diferente al español, lo que los hace inapreciables como medio de prueba, con la consecuencia de que el concepto del perito se queda sin fundamento, del cual carecen otras observaciones suyas relativas a otras máquinas y de éstas no hizo referencia alguna a manuales. En palabras de la objetante, "La ausencia absoluta de fundamentación de la experticia constituye un error grave que influyó directamente en las conclusiones de la misma".

Un repaso de las dos pericias muestra que éstas, en contra de lo que enuncia el apoderado de la parte demandada, sí cuentan con el

sustento debido, punto común de queja que aquél titula como error grave. Para el Tribunal, en este aspecto brota de los escritos de objeción, más un planteamiento orientado a desvirtuar las afirmaciones de los expertos, que la individualización de un error grave como tal. Un perito, y ello es de la naturaleza misma de la prueba, emite un concepto -más exactamente, su concepto-, y no está vedado que lo estructure con la información que recibe de las partes o de terceros o que se aparte de alguna que, suministrada por los contendientes en el proceso, conste en los autos.

En efecto, según lo dispone el numeral 4 del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, "El juez, las partes y los apoderados podrán hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes y presenciar los exámenes y experimentos, pero no intervenir en ellos ni en las deliberaciones". Subraya el Tribunal. De acuerdo con la disposición, entonces, debe diferenciarse si el perito únicamente se limita a exponer o a repetir lo que la parte o el apoderado le indican, de la situación en que recibe observaciones de aquéllos y las utiliza para emitir su concepto. De producirse lo primero, indudablemente que la pericia quedará viciada y defectuosa; lo que no acontecerá en el segundo caso.

El perito contador que actuó en el presente proceso, destacó en su dictamen que examinó "las bases de datos de las aplicaciones de contabilidad, administración y ventas de las partes para determinar los datos solicitados; así como una auditoría documental que permitiera certeza respecto de los datos". E indicó, en la aclaración que presentó, que había consultado personal de las dos sociedades, para poder tener referencias de algunos aspectos que le habían sido preguntados.

Por su parte, el perito ingeniero señaló en su dictamen que tuvo entrevistas con operarios y directivos de la compañía demandante, en la planta de ésta.

No aparece de los dictámenes, en cuanto a la queja elevada por el objetante, que los expertos hubieran tomado irreflexivamente la

información que admiten recibieron de las partes y de terceros, a punto que sus criterios hubieran sido pre-determinados por la accionante. Inclusive, la misma objeción resalta que, en ciertos puntos de las peritaciones éstas se apartaban de los cálculos de la convocante, o chocaban con ellos. Lo cual significa, sin mayor esfuerzo, que los auxiliares tuvieron independencia al relatar sus conclusiones y no se sujetaron a los comentarios que habían escuchado de las partes o de terceros.

Lo que realmente hace de la pericial una prueba aceptable, es que sea explicada o sustentada. La fundamentación, que la objeción denomina técnica⁶, debe entenderse como el razonamiento que el experto realiza para emitir sus conclusiones y no puede asegurarse que no exista porque eventualmente otros elementos de convicción pudieran arrojar inferencias diferentes.

De suerte que no encuentran los árbitros en el presente caso que por los peritos se haya incurrido en errores graves y determinantes, por cuya virtud la verdad debiera considerarse alterada y lo conceptuado contrario a la realidad.

Tratándose de los cálculos efectuados por el perito contador, y en el aparte específico de fecha de vigencia de los contratos, no halla el Tribunal el error que se le achaca, pues su cálculo no podía comprender una definición de tales fechas de vigencia, al ser éste un punto reservado a la decisión del juzgador. De modo que dichos cómputos representan solamente un marco, que sirve de guía, se repite, para la decisión de fondo.

Tampoco entienden los árbitros que pueda calificarse de error grave que el perito Castrillón Forero hubiera utilizado unos documentos escritos en idioma extranjero, pues esos fueron fuente de su consulta y es su concepto y no dichos documentos, lo que constituye la pericia. La exclusión de los manuales de las máquinas, o su ausencia del

⁶ Lo que equivale a algo propio de la ciencia o arte.

expediente, no restan existencia a los fundamentos empleados por el perito, que debieron sí haber sido discutidos con reproches concretos. Empero, no fueron éstos elevados por el objetante.

En estas circunstancias, al no hallarse perfilados los errores que se atribuyen a las peritaciones, se declarará que no prosperan las objeciones formuladas a las mismas.

4.2.3 LA PRUEBA EN CONJUNTO

Para comenzar, debe ponerse de presente una vez más que toda la prueba fue aportada en forma regular y oportuna y en lo que atañe a la prueba documental, que goza de la autenticidad necesaria para la valoración de su eficacia probatoria.

Los documentos allegados al expediente en las ocasiones procesales permitidas, cuentan con autenticidad presumida por la ley, pero además confirmada en el hecho de que ninguna de las partes planteó reproche por alguno que, original o en copia, se hubiese agregado al plenario. Entre los que obran se cuentan los que dicen contener los contratos centro de debate, actas de juntas, muchos relacionados con trámites ante autoridades (INVIMA) para obtención de registros o Secretarías de Rentas Departamentales de varios departamentos, o ante entidades financieras (Fidubogotá y Leasing Bancolombia), correos impresos, correspondencia, publicaciones de estadísticas, etc., los cuales crearon, ciertamente, la prueba útil para la decisión que se dictará.

Cuando se dispone por la ley que la prueba se analice y evalúe en conjunto, se pretende que se haga, además de un pronunciamiento sobre los medios de prueba, una reconstrucción "del pasado, para conocer quién tiene razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes..."⁷. Y con grandes autores del derecho probatorio, puede sostenerse que, no

⁷ DEVIS ECHANDÍA, Op. It., Tomo I, pág. 2.

siendo igual la prueba a la actividad probatoria, la primera es "lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad"⁸.

De modo que se acude al conjunto de los medios de prueba, pero simultáneamente también a cómo de allí surge la realidad de los hechos que son materia del conflicto. En el asunto que ocupa al Tribunal, la prueba documental, unida a la testimonial y a la pericial, lo llevaron a establecer, como se dirá, que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**, sí tuvieron una relación jurídica cuyo objeto fue la fabricación de unos vinos de marcas propias de la demandada. Pero hay que observar que, en cuanto a prueba documental, no se apreció solamente la que se hizo valer independiente con la demanda, o la contestación, o en traslado de excepciones de mérito, sino, además, la que se acompañó con el dictamen contable. De allí que corresponde definir si ciertos documentos que un perito agrega con su dictamen, se han de considerar parte del mismo y, por ello, su examen y valoración hacen parte de la evaluación de la experticia, o si, no obstante, podrían ser revisados separadamente y estimados en su carácter autónomo de prueba documental.

Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Es lo que impone el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil. Una exigencia, entonces natural, para que la prueba pueda servir para la decisión, es que su incorporación al proceso sea regular y oportuna.

Por consiguiente, los anexos del dictamen pericial, consistentes en documentos, se entienden parte de éste; y al establecer si aquél fue arrimado de modo regular y en tiempo, la calificación que en ese sentido se haga de la pericia cobijará a los documentos con la misma entregados.

⁸ SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1978. Pág. 40. Cita, en igual sentido, a Florián. Y sustituye el concepto de verdad por el de certeza: el juez adquiere ésta, tal vez no alcanza aquella.

Los documentos adjuntos a la pericia son parte de ésta, en cuanto sustentan el concepto y conclusiones del perito. Pero, si son por entero ajenos a la materia de peritación, no pueden ser estimados por el juez.

Así las cosas, documentos adosados al dictamen de un perito, no cobran una entidad independiente, a punto que tuviera que precisarse si tuvieron una contradicción separada. Desde luego, nada impide que así fuera, pero la controversia que las partes dirijan frente al concepto pericial abarcará, en principio, la de los soportes del mismo.

Por otra parte, y conforme a la parte final del primer inciso del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, que establece que "Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez" (subrayas ajenas al texto), puede éste recabar, del complemento documental de una experticia, la información y persuasión necesarias para decidir.

Las reflexiones que preceden se formulan por el Tribunal, por hallar sano justificar un análisis que consideró de suma trascendencia y que, averiguado en el dictamen del perito contable, no encontró explícito. Pero vistos los documentos de trabajo del auxiliar, reflejaron éstos los elementos que ilustraban las respuestas buscadas.

Para retomar a continuación, deviene trascendente identificar de modo previo que de acuerdo con las solicitudes de las partes, fue decretada la práctica de sendas inspecciones judiciales, por auto de cuatro (4) de junio de dos mil doce (2012), de la siguiente manera:

(Por pedido de la parte actora) "INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y DICTAMEN PERICIAL CONTABLE: Decretar, conforme a lo pedido en la demanda, en el traslado inicial de las excepciones de mérito y en la reforma a la demanda, la inspección judicial a la sede administrativa de la convocada con intervención de perito contador previa exhibición de los documentos enlistados en la petición de la citada prueba. (Cuaderno No. 1, folios 6, 221 y 249 a 250)".

(Por pedido de la parte opositora) "INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y DICTAMEN PERICIAL CONTABLE: *Decretar, conforme a lo pedido en la contestación a la demanda y en la respuesta a la reforma de ésta, la inspección judicial con intervención de perito contador en las oficinas principales de la convocante la cual deberá exhibir los documentos descritos en la petición de la citada prueba. (Cuaderno No. 1, folios 197 a 199 y 304 a 305)".*

De modo que al perito se le debían exhibir, por la convocada, documentos tales como libros de contabilidad, de actas y correspondencia entre las partes (para determinar pedidos, pagos, valores, etc.), y por la convocante, libros mayores y auxiliares de contabilidad, inventario y balance, y soportes y comprobantes de contabilidad en que constaran operaciones relacionadas con la producción de vino Frizzantino y Pontificio para la demandada.

Por ende, facturación, pedidos, recibos, despachos, correspondencia vinculada a estos conceptos, y otros documentos atinentes, de que se hubiera tomado copia por el experto, se integran a la inspección judicial y al dictamen, para formar el convencimiento del Tribunal. Puede éste, en consecuencia, estudiarlos en todo aquello que confronte el parecer del experto o que le permita una conclusión que el perito no hubiera contemplado.

Justamente, es lo que acontece con un punto de mucho peso en el caso: ¿pactaron las partes en los documentos escritos de contrato, algunas cantidades mínimas específicas de cada producto, y un precio individual por cada marca de vino?

La pericia contable no respondió expresamente el asunto. En dichas circunstancias, penetró el Tribunal en los anexos de aquella, para adelantar su pesquisa y verificar si la preocupación resaltada tenía respuesta. El perito OCHOA PÉREZ se refirió a unos papeles de trabajo. Entre los mismos aparecen los señalados como PT-01⁹, frente a los que

⁹ "PT-01

b) Concepto: En el papel de trabajo PT-01 anexan al dictamen "los pedidos" (para el caso las "órdenes de compra"), también las facturas respectivas que efectuó Darío

no obra disputa de las partes por su calidad o por su mérito, por lo que deriva de esto el Tribunal la posibilidad de apreciarlos, como lo hará posteriormente.

Finalmente, se deja en claro que del conjunto de la prueba hacen parte dos elementos más:

a) Lo reflejado en los escritos de la actora, de demanda y reforma, y en los de respuesta de la demandada.

Tienen mérito demostrativo esas piezas procesales, pues cooperan a la interpretación del problema debatido. La defensa de la accionada, relativa a una simulación contractual, no puede ser considerada por fuera de los términos exactos en que se elevó: por tanto, restringe ella el enfoque a puntos únicos, que liberan al Tribunal de la revisión de otros, como se verá adelante.

De modo paralelo, la demanda (y su reforma) trazan ámbitos concretos: ¿por qué no se esgrimieron pretensiones por el denominado contrato No. 3? ¿Por qué no se emplea la misma lógica para fundar reclamaciones, para todos los productos contratados? Estos y otros cuestionamientos de linaje parecido, serán atendidos después, al explorar el fondo de la *Litis*.

b) La conducta contractual y procesal de las partes.

Murillo producto del "pedido" (orden de compra) realizado y el respectivo pago de las facturas sustentado con el "comprobante de egreso".

Los documentos fuente analizados son aceptados por el perito ya que reúnen la idoneidad técnica necesaria para el dictamen, en dichos documentos se hallan el total de los "pedidos y los pagos" realizados a la "Convocante" por la "Convocada".

Se verificó la contabilidad de la "Convocada" y sus registros contables, estableciendo que los anteriores documentos se encuentran debidamente contabilizados, teniendo en cuenta que los registros contables se realizaron en dos sistemas (aplicaciones contables y administrativas) diferentes en el tiempo, como quedó determinado en la "inspección Judicial"; el sistema "SIESA" produce documentos soporte con diferente nomenclatura del sistema "APLINSA", situación que no produce efecto alguno respecto del resultado contable, pero muestra diferencia solo en la presentación de los datos, por ello hay cambios en la forma, mas no en el fondo en el resumen de datos (obsérvese cambios en fecha 6 de marzo de 2008, cambio de sistema); además se hallaron ajustes y notas que se revelan a continuación".

Para decidir, frente a la dificultad proveniente de la distancia irreductible entre los fundamentos fácticos de las pretensiones y los de la oposición, el Tribunal, basado en derecho, concluyó que para reconstruir la realidad de la relación que hubo entre las partes debía escudriñar la conducta contractual y procesal de éstas. La primera, completamente explicativa, con punto de partida en el derecho sustancial; y la segunda, también demostrativa, pero hincada en normas procesales como los artículos 95, 246 y 249 del Código de Procedimiento Civil.

4.3 LA RELACIÓN COMERCIAL Y JURÍDICA ENTRE LAS PARTES DEL PROCESO

4.3.1 Los documentos de contrato aportados con la demanda y la excepción de ser simulados

Del acervo probatorio formado en el proceso, se establece sin lugar a dudas, que entre **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**, existieron relaciones comerciales desde 1997¹⁰, en virtud de las cuales la segunda sociedad distribuyó por varios años productos elaborados por la primera. A raíz de dichas relaciones, queda claro a los árbitros, que una y otra persona jurídica forjaron¹¹ un conocimiento recíproco de sus actividades y procesos, con un consecuente grado de confianza que les permitió posteriormente, como ambas lo aceptan, perfeccionar un acuerdo orientado a la fabricación por **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, de vinos con marca propia de **DISLICORES S.A.**, según fue ilustrado al Tribunal y sin que fuera ése un punto discutido y, en cambio, admitido sí, sin reservas.

En dos mil cinco (2005), y frente a la época no hay diferencia entre las partes, concluyeron éstas un negocio jurídico concreto: un contrato de

¹⁰ Véase dictamen pericial contable, página 4 y siguientes, tablas que contienen pedidos y pagos de productos.

¹¹ Pues una simple regla de experiencia permite entender que en casi ocho años de relaciones comerciales podía cada parte definir a la otra e individualizar sus virtudes y defectos.

fabricación de vinos, que se reflejó en un documento, para las marcas Frizzantino y Charleston, de las cuales **DISLICORES S.A.** obtuvo su registro en la oficina de propiedad industrial¹². Y en dos mil seis (2006), acordaron la fabricación de vino de misa de la marca Pontificio, que fue de propiedad de la sociedad demandante, pero transferida a la demandada en febrero de dos mil seis (2006)¹³, como se indica por las dos partes procesales en sus escritos de demanda y de reforma y contestaciones, en particular en el hecho 9 de la reforma y la respuesta al mismo.

Mas, tienen los contratantes posiciones opuestas en torno a la realidad del convenio, en aspectos muy determinados, como sus obligaciones relativas a cantidades del producto que se pediría y fabricaría. Inclusive, sentaron durante la actuación arbitral posturas encontradas acerca de la clasificación del contrato, que la actora calificó de solemne, no así la convocada, que alcanzó a negar su existencia y a tildarlo de simulado.

Por tanto, debe ocuparse el Tribunal de dilucidar, no las circunstancias de tiempo propiamente, de celebración del acuerdo o acuerdos, sin dejar las mismas de lado totalmente, sino las de modo –contexto, en sentido general-, que le lleven a una conclusión más exacta de cuál fue el contenido de las obligaciones asumidas por las partes, la intención y entendimiento de las partes, sobre el contrato o contratos celebrados y cómo éste o éstos, por lo que implicaban, iban a ser puestos en marcha y ejecutados.

Del primer contrato en cuestión, en sentir de la parte demandante, da cuenta el documento de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005), que reposa a folios 14 a 17 del cuaderno uno del expediente,

¹² Folios 397 al 411 y 450 al 455 del Cuaderno No. 2 principal.

¹³ Respuesta al hecho noveno de la reforma a la demanda: "*Al pronunciarnos respecto de los hechos de la demanda inicial y en párrafos anteriores de este escrito, afirmamos que en el mes de febrero del año 2006 DISLICORES S.A. y DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA. celebraron un contrato por virtud del cual la segunda se obligó a transferir a la primera la propiedad industrial sobre la marca nominativa PONTIFICIO. Ello, por tanto, es cierto. (...).*"

denominado en el proceso como contrato No. 1. Del otro contrato, el documento de folios 20 a 22 del cuaderno No. 1 principal.

Por lo que atañe al contrato No. 1, a él se atiene la convocante, tratándolo como solemne y exigiendo su cumplimiento, en términos absolutos, como si el mismo no hubiera sufrido alteración de ninguna especie a lo largo de los casi siete años transcurridos entre el momento en que fue pactado y la instauración de este proceso, no obstante que reconoce y afirma que sí se introdujeron modificaciones, en torno al hecho de cuándo efectivamente inició su vigencia –modificaciones que en estricto rigor, si se omite el contexto de análisis advertido, debería el Tribunal señalar que no fueron demostradas-.

Asegura en síntesis la convocada, por su parte -a pesar de los varios significados que pudieran asignarse a sus distintos planteamientos y pronunciamientos-, que no asumió una obligación tan precisa como la que figura en las cláusulas de los documentos reseñados (estipulación quinta de ambos).

La entidad de la diferencia, por ende, obliga al Tribunal a realizar un estudio íntegro del problema central, simplificado –para fines de exposición- en la respuesta a una pregunta específica: ¿realmente celebraron **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.** en los años dos mil cinco (2005) y dos mil seis (2006), uno o varios contratos de fabricación de vinos y, si ellos existieron, cuáles fueron sus términos?

Con singular sabiduría, el legislador colombiano estableció en el artículo 824 del Código de Comercio que *"Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad"*. Recoge la disposición la realidad del comercio, que implica relaciones jurídicas que no pueden estar atadas a las formas y, por el contrario, exigen mayor agilidad para

poder alcanzar los objetivos y las metas que se persiguen por quienes se dedican a esas actividades. Para algunas obligaciones y contratos, aunque no se otorgue una solemnidad, la mera expresión verbal o cualquiera que sea inequívoca de la voluntad de contratar, es de recibo para el ordenamiento jurídico. Por excepción, y con razones como la seguridad del tráfico, éste impone solemnidades, aunque no siempre ellas apuntan a la constitución o esencia del negocio jurídico, porque en ocasiones se exigen para publicidad, o para la realización de un registro oficial, por ejemplo.

Define el artículo 864 del Código de Comercio el contrato como "*un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*". Sin acudir a reflexiones de orden teórico, conviene observar sin embargo que en esta noción no se trata el concepto de contrato al modo clásico del Código Civil como fuente de obligaciones, sino que, de manera más armónica con lo que el comercio es, se alude a la institución como el acto dirigido a organizar una relación jurídica patrimonial, ora constituyéndola –es decir, creándola-, ora regulándola –o sea, fijando sus términos, o modificándola sin extinguirla-, ora poniéndole fin.

Entre **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**, se reitera, y fue probado completamente, hubo un acuerdo, en 2005, para fabricación de vinos. El contexto de forma y lugar de dicho acuerdo, fue delimitado por las partes como sigue: por el interés de **DISLICORES S.A.** de vender marcas propias, hizo contactos con la sociedad demandante para procurar su fabricación y en sus instalaciones le propuso que se ocupara de ella. **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** aceptó ser la fabricante y redactó, como lo admite en el hecho segundo de la demanda, el documento de contrato inicial, que obra suscrito con fecha de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005).

Para el Tribunal, es claro que el documento de folios 14 a 17 citado (contrato llamado No. 1), no perfeccionó el acuerdo de fabricación. Este

surgió desde el momento mismo en que las partes coincidieron en sus voluntades, la una de tener un fabricante y la otra de serlo de la primera. No hay otra conclusión posible a partir de la prueba recogida durante la instrucción del proceso. Y ésta da fe de haberse propuesto por **DISLICORES S.A.** un negocio serio, propuesta cuya consecuencia no podría ser diferente a la de obligarse, y de haber **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** emitido una respuesta positiva a esa propuesta, con igual ánimo serio.

JUAN MARTÍN GONZÁLEZ DE BEDOUT, accionista de **DISLICORES S.A.** y vicepresidente del grupo al cual pertenece esta sociedad, en audiencia del quince (15) de junio de dos mil doce (2012), declaró que la demandada tenía un proyecto de elaborar sus propias marcas, por tener una gran oportunidad para ese propósito, y obtuvo el registro de la marca Frizzantino, que había sido abandonada en el año 2000 y la cual no había querido comprar a IDC, dueña de esa marca adquirida por Diageo a nivel mundial. Dijo que *"Nos enfrascamos en el proyecto, empezamos con la etiqueta, empecé (sic) a retomar etiquetas viejas, logramos conseguir botellas viejas de lo que existía, fusilamos la marca; entonces la etiqueta, le pusimos las mismas cosas, los mismos carritos, cambiamos dos o tres manzanas, pero quisimos relanzar el producto que existía. En ese momento al gerente nuestro le dije: "póngase en la función de conseguir un productor de este tipo de productos que nos lo (sic) haga y que tenga una empresa".* (Folio 1298 del cuaderno No. 3 principal).

Este pasaje de la versión del testigo, muestra cómo **DISLICORES S.A.** sí tenía pensado celebrar un contrato y para su beneficio. Y que lo planeó y consumó, finalmente, con la sociedad convocante, brota sin necesidad de reflexiones, disquisiciones o argumentaciones extensas, de este otro texto del mismo declarante (folios 1298 al 1299 del cuaderno No. 3 principal), quien refiere que José Antonio Echeverri:

"[...] habló con varios para que nos hiciera, pero ya se lo tiene que preguntar a él, y él seleccionó a DARÍO MURILLO como en aras, primero, él tenía una gran fortaleza en su momento, que era que el

Frizzantino nosotros queríamos sacar un producto bueno y con él trabajaba un enólogo que nos daba como una garantía más, diferente a lo que dan las otras, que simplemente van a gasificar, que se llama Mario Puchulú, y que creo que también está en los archivos. Entonces como que a él le daba una tranquilidad, cierta garantía, presentaron las muestras, presentaron las pruebas, verificó precios, los precios de él eran unos precios que de acuerdo a lo que nosotros queríamos sacar el vino de manzana, nos daba, por el espumoso de manzana nos daba, y él tomó casi que el acuerdo, yo me senté una o dos veces con Darío, miramos calidades, miramos las cosas, ellos se enfrascaron mucho me acuerdo en su época, en sacar un vino de alta calidad, yo le decía: "hombre, no saquemos eso tan de alta calidad, porque el mercado no lo va a pagar hoy en día, el mercado es un mercado que lo que son los productos nacionales van en decadencia", pero ellos seguían empeñados, el enólogo que no, que esto es mejor sacarlo con vino argentino, es mejor traer el mosto..." (Subrayas del Tribunal).

En igual sentido, GABRIEL JAIME SEPÚLVEDA BOTERO, revisor fiscal de DISCONFITES, de **DISLICORES** y de DIALSA, que "son tres empresas del grupo", testigo cuyo dicho merece el crédito general del cual se trató más atrás, declaró en audiencia llevada a cabo el quince (15) de junio de dos mil doce (2012), que "Esos vinos, en esa época, de **DARÍO MURILLO**; y en el año 2005 creo que empezaron a producir o se hizo una cuestión de un contrato de producción para producir unos vinos que **DISLICORES** registró, **DISLICORES** registró una marca que se llama "Frizzantino", una marca que había quedado prácticamente como libre, entonces necesitaban quien la produjera, entonces contrataron a **DARÍO MURILLO** para que la produjera. También tengo entendido le compraron una marca de vino, un vino de misa, algo así, vino de misa Pontificio, compró **DISLICORES** a **DARÍO MURILLO**, yo incluso revisé esa compra o ese contrato de compra. Eso prácticamente es lo que conozco, el vino Frizzantino, el vino cooler, y no me acuerdo más". (Folio 1320 a 1321 del cuaderno No. 3 principal - subrayas ajenas al texto original).

También se puede predicar el hecho indicado, con base en el texto del acta No. 121 de veintinueve (29) de junio de dos mil cinco (2005), de la Junta Directiva de Dislicores (folio 660 a 663 del cuaderno No. 1 principal). En el aparte b de las proposiciones, se da cuenta del proyecto con la marca Frizzantino, por parte de Juan Martín González.

De suerte que puede afirmarse que **DISLICORES S.A.** sí quería contratar, siguiéndose de ello que surgieran a su cargo obligaciones y nacieran derechos, cuyo contenido y alcance se definirán. Pero este factor, primero en la lista de los que el Tribunal tendrá en cuenta para identificar la realidad del negocio jurídico centro de discusión, es suficiente para descartar la tesis sugerida a la hora de las alegaciones, de haber existido lo que la doctrina extranjera rotula como contrato de cortesía, cuya fisonomía vino a insinuarse en el afán de explicar por qué, de no haberse dado una simulación contractual, la convocada aparecía suscribiendo unos documentos de contratos de fabricación de vinos.

Ha de partirse de un punto, por consiguiente: las partes sí celebraron unos contratos de fabricación de vinos cuya marca pertenecía a la persona jurídica demandada.

Importa, antes de continuar, establecer que para el Tribunal, por hallarlo así en el ordenamiento, el contrato de fabricación que interesa en el *subjudice* es un contrato consensual. De vuelta al artículo 824 ya citado, corresponde indagar si alguna disposición legal exige solemnidad y de qué especie. En su alegación -intervención oral-, el apoderado de la parte actora insistió en la consideración de ese negocio jurídico como solemne y adujo como fundamento el Decreto 3192 de 1983. Empero, no comparten los árbitros las apreciaciones del apoderado, justamente porque al repasar dicha norma, se puede confirmar que la misma no impone en forma directa el perfeccionamiento por escrito del contrato de fabricación, o de elaboración como lo llaman sus artículos 65 y 99, al extremo de que sea él un elemento de los de la esencia- o sea una de "aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente", dadas las voces del artículo 1501 del Código Civil-, sino, cuando más, un medio de acreditación¹⁴ - vocablo empleado por el artículo 99 del referido decreto y que significa, ni más

¹⁴ Acción y efecto de acreditar, enseña el DRAE. Acreditación, dice la misma obra: "Documento que acredita la condición de una persona y su facultad para desempeñar determinada actividad o cargo". Y de acreditar, la cuarta acepción, expone que es "Dar testimonio en documento fehaciente de que alguien lleva facultades para desempeñar comisión o encargo diplomático, comercial, etc.". En síntesis: se trata de cuestión probatoria y no de una solemnidad constitutiva del acto jurídico.

ni menos, en sentido natural y obvio (artículo 28 del Código Civil), el resultado de dar fe, una demostración, - de la existencia del contrato y en el caso que ocupa la atención del Tribunal, un requisito exigido únicamente para la obtención del registro sanitario para elaborar y vender bebidas alcohólicas elaboradas en el país (Artículo 65 del Decreto 3192 de 1983).

¿Celebraron entonces **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.** un contrato consensual en forma verbal y el documento de 5 de noviembre de 2005 tuvo una finalidad diferente a la de recoger el acuerdo de voluntades? ¿O, qué papel juega dicho documento en relación con la realidad del negocio celebrado?

El interrogante anterior, que fue convertido en eje del proceso, no fue encauzado diáfananamente en la defensa esgrimida por la parte accionada. Expresamente, manifestó ésta en la respuesta a la demanda original que el contrato celebrado entre las partes no correspondía a ninguno de los que mencionaban los hechos de la demanda. *"El verdadero contrato ajustado entre las partes fue celebrado **VERBALMENTE**..."* (folio 178 de cuaderno No. 1 principal), dijo, y agregó que el documento se había redactado y firmado para ayudar a la sociedad convocante, *"con la finalidad exclusiva de presentarlo ante la compañía de financiamiento comercial"* (subrayas de la contestación, folio 178 del cuaderno No. 1 principal), lo que llevó a la parte opositora a formular, entre otras excepciones, la de "simulación de los contratos cuyo incumplimiento se invoca como sustento de las pretensiones".

De golpe, entonces, se perfiló una simulación absoluta, de los convenios contenidos en los documentos que para la parte actora revelan el negocio pactado con su contraparte. Este sería uno bien diverso al visible en esos documentos. Pero al examinar las explicaciones de la oposición, y en su conjunto la abundante prueba practicada, concluye el Tribunal que la simulación propuesta como excepción debe ser entendida y estudiada en sus grados de relativa y parcial, por lo tocante a la obligación puntual de **DISLICORES S.A.** de elevar unos

pedidos mínimos por mes, de los productos de su marca que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** se obligó a fabricar. **DISLICORES S.A.**, en su réplica a la demanda y a la reforma de ésta, dejó en claro que su punto de vista consistía en haber celebrado un contrato, como siempre hacía, y con otros proveedores además, de carácter verbal y para el cual no se fijaron plazos, ni se determinaron cuantías, pues en la ejecución de todos sus contratos la demandada obraba "*según las necesidades del consumo*".

Para Cámara¹⁵, "En un sentido generalísimo, *simular* significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es; *disimular*, ocultar lo que es, teniendo en ambos casos el individuo idéntico objetivo, es decir, el engaño. Estos dos conceptos similares aparecen como aspectos diversos de un mismo fenómeno: *la simulación*". Y añade¹⁶:

"Por ello diremos conforme con la mayoría de los tratadistas modernos, que el acto simulado consiste en el acuerdo de las partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros; llamándose simulación al vicio que afecta ese acto".

Todas las definiciones de la simulación –mayoritariamente inclinadas por describir la absoluta- apuntan, en general, al mismo norte. Baste una muestra:

Para Ferrara, el negocio simulado es "*el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto a como aparece*"¹⁷. Planiol y Ripert, a su turno, enseñan que "*hay simulación cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se hace una declaración aparente cuyos efectos son modificados o descartados o suprimidos por una convención*

¹⁵ CÁMARA, Héctor. Simulación en los actos jurídicos. 2ª edición. Bogotá: Editorial Jurídica Amerindia, 1998. Pág. 28.

¹⁶ CÁMARA, Op. Cit., págs. 28 y 29.

¹⁷ FERRARA, Francisco. La simulación en los negocios jurídicos. 3ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

*contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta*¹⁸. Ospina Fernández¹⁹ señala que es el "concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que ésta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero". Y en criterio de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 7 de julio de 1983)²⁰, la simulación viene a ser "el concierto o la inteligencia de dos o más personas, autoras de un acto jurídico, para darle a éste las apariencias que no tiene, ya porque no existe, ora porque resulta ser distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo"; pues hay simulación "cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se hace una convención aparente cuyos efectos son modificados o descartados o suprimidos por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta" (sentencia de 25 de junio de 1937). Mas, como se advertirá en seguida, la Corte cambió su criterio acerca de que para estructurarse la simulación hubiera **otra** convención.

De origen discutido -pues en tanto se afirma por unos que el derecho romano conoció la figura en tiempo de los prudentes, otros sostienen que la simulación nació en Italia y Alemania, en el siglo XVII, con la teoría de la voluntad y cuando frente a la rigidez de la posición de Savigny, de protección de la voluntad del sujeto, se erigió la tesis de la declaración, según la cual lo que realmente debe producir efectos es lo declarado-, la simulación ha atravesado, en la jurisprudencia nacional, por varios senderos -la nulidad, la dualidad de actos, etc.- hasta llegar a la consideración, plasmada por ejemplo en la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de 28 de febrero de 1979, de que

¹⁸ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho civil Francés. Tomo VI. Habana, Cultural S.A., 1939. No. 33

¹⁹ OSPINA Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del contrato y del negocio jurídico. Sexta edición. Bogotá: Temis, 2000. Pág. 112.

²⁰ M.P. Alberto Ospina Botero. Gaceta Judicial No. 2.411 Pág. 145.

"En la simulación hay un solo acto o contrato, no uno ostensible y otro oculto, y en ningún caso se trata de contrabalancear dos situaciones jurídicas, las en un tiempo llamadas aparente y prevalente, sino dos pruebas o conjuntos de pruebas contrarios. De adoptar la tesis todavía parcialmente en boga, que se trata de dos actos o contratos, y no de uno solo y verdadero que las partes han querido simular o disfrazar como si fuera otro, se tendría que aceptar una dualidad de consentimiento —de vender y de donar simultáneamente, verbigracia— que necesariamente implicaría su mutua destrucción y por ende la inexistencia de ambos actos, pues el recíproco consentimiento de las partes para uno de ellos quedaría eliminado por el acuerdo de las mismas para acto distinto. Esto, en caso de que ese pretendido doble consentimiento fuere simultáneo, como forzosamente no podría dejar de serlo para quienes ven en la simulación una duplicidad de acuerdos de voluntades. Y tampoco sería aceptable sostener que, para defender la tesis de la duplicidad de actos o de contratos, el consentimiento para uno de ellos —¿para cuál se preguntaría?— se conjuga en primer término, y luego, como sucedáneo, lo reemplaza un nuevo y distinto consenso para el otro acto o contrato. Se tratará en esta hipótesis de un fenómeno de sustitución o sucesión de voluntades y actos jurídicos asimilables a fenómenos de novación o de mutuo disenso de suyo ajeno al simulatorio".

Ahora bien, como se precisó antes, el asunto de este proceso, alrededor de la simulación alegada por la parte convocada, reclama el análisis de una simulación de las especies relativa y parcial y una comprensión de los hechos —contexto—, inclusive relativos a la ejecución del convenio o convenios. Porque, en última instancia, la polémica entre actora y demandada fue una por el contenido del documento o documentos en que constan el o los contratos de fabricación de vinos que estipularon, en noviembre de dos mil cinco (2005) y en octubre de dos mil seis (2006). Y la prueba practicada fue alineada en buena parte en torno a hechos que sirvieran al Tribunal para entender cuál fue el contrato que sí tuvieron las partes, el cual, negado por **DISLICORES S.A.** como el de los documentos, acepta esta sociedad, no obstante, que sí existió, pero verbal. Como lo postula el autor Bohórquez, "la investigación del juez se enfila a sacar a la luz ese contenido completo del negocio. Logrado el propósito, se realiza una simbiosis entre las estipulaciones aparentes y las estipulaciones ocultas²¹. De esa manera se integra en su totalidad el elemento contenido y, en consecuencia, el negocio puede ser interpretado, puede saberse si hay o no disposición

²¹ Para el Tribunal esta apreciación debe entenderse en otra dirección: la realidad de lo estipulado, no en el sentido de darse dos clases de estipulaciones.

de intereses (simulación absoluta) o si la disposición de intereses apunta en otro sentido, bajo otros elementos esenciales, que configuran un negocio distinto del que inicialmente aparecía (simulación relativa) o si la simulación apenas afectó una de sus cláusulas (simulación parcial) o si se usó una persona como contratante fingido (simulación de sujeto negocial)²².

Las labores de interpretación y calificación de un contrato han sido definidas por la Corte Suprema de Justicia. Así, en torno a la primera, dijo en sentencia de 27 de marzo de 2012, radicado 1100131030032006-00535-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez:

"Sobre este punto la Corte tiene precisado que "es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-". (...)

Y en cuanto a la calificación contractual, señaló en sentencia de 19 de diciembre de 2011, 11001-3103-005-2000-01474-01 M.P. Arturo Solarte Rodríguez:

"Sobre el particular, autorizados expositores nacionales, haciendo referencia a la calificación del negocio jurídico, sostienen que "la misión de un juez frente a un acto controvertido no se agota en su interpretación propiamente dicha y que es una cuestión de hecho, comoquiera que consiste en averiguar cuál ha sido la real intención de los agentes, sino que va más allá, en cuanto dicho juez no solamente está autorizado, sino legalmente obligado a dar un paso más, cual es el de determinar si tal acto existe o no, vale decir, si se ha perfeccionado jurídicamente y, en caso afirmativo, cuál es su naturaleza específica, cuestión esta que ya no es de hecho sino de

²² BOHÓRQUEZ Orduz, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Vol. I. 3ª edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004. Págs. 182 y 183.

derecho, y que puede llegar hasta la rectificación de la calificación equivocada que le hayan atribuido los agentes". (Se subraya).

Funda la parte excepcionante de la simulación, la que pregona y se ha resaltado, en varias situaciones, cuya revista debe efectuarse en este laudo, para despachar la defensa, en tanto de haberse dado simulación, se abrirá paso a la indagación de cuáles fueron los términos del contrato realmente negociado.

De acuerdo con lo alegado por el apoderado de la parte demandada, la simulación predicada por él se deriva de los siguientes elementos (hechos o indicios):

- a) La falta de determinación del precio en los supuestos contratos
- b) Ausencia de prueba del precio de venta acordado respecto de dos de los vinos objeto del supuesto contrato No. 1
- c) Incapacidad de la sociedad convocante para producir los vinos en las cantidades a las que se hace referencia en los supuestos contratos No. 1 y No. 2
- d) Imposibilidad de comercializar los productos a los que hacen referencia los contratos No. 1 y No. 2 en las cantidades a las que se refieren dichos contratos
- e) Ausencia de prueba de los hechos que supuestamente determinaban el inicio de la vigencia de los contratos y la posibilidad de comercialización de los productos en las cuantías indicadas en los mismos
- f) Los firmados fueron unos contratos anónimos, "*firmados por la puerta de atrás*", por no haber surtido todos los controles de la organización dispuesta al efecto por la convocada
- g) Las operaciones con Leasing Bancolombia y Fidubogotá

h) Pasividad y silencio de la convocante frente al aparente incumplimiento del contrato

i) Imposibilidad de la renovación del supuesto contrato No. 1 por tres años más

j) Existencia material de cuatro supuestos contratos, suscritos para 9 productos, con el siguiente panorama: tres supuestos contratos concluidos, uno de ellos no concluido. Y que de nueve productos en total, solamente se vendieron 3. Por último, se formularon pretensiones por dos contratos

k) Facultad no ejercida de dar por terminados los contratos anticipadamente

l) Los productos objeto de los supuestos contratos eran de tal naturaleza que su comercialización solamente ocurría en "*temporadas*". Los textos de los supuestos contratos, sin embargo, establecen la producción mensual de unas cantidades fijas.

La simulación de un negocio jurídico exige, como factores para tipificarla, que pudieran nombrarse como elementos axiológicos, un acuerdo entre las partes y el propósito de engañar. Por el primero se ha discutido largamente si es la base para proscribir la simulación de los negocios de formación unilateral, asunto ajeno a este caso -que versa sobre un acto bilateral, procedente de dos voluntades-, por lo que apenas es natural estudiar si tal acuerdo existió. El Tribunal resalta que es su parecer, como el de la doctrina y la jurisprudencia, que no es factible que en un contrato solo una parte del mismo simule. Tal conducta sería una reserva mental, pero no una simulación. Se inscriben los árbitros, entonces, en la tesis general y por ello pasan, como es de rigor, a revisar si hubo acuerdo simulatorio entre **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**, pero no en lo que concierne a la existencia del contrato de fabricación de vinos que con antelación se subrayó que sí fue celebrado, sino en lo atinente a parte de sus estipulaciones y más puntualmente, frente a las

obligaciones de las partes referidas en la estipulación quinta consignada en cada uno de los documentos.

De los indicios enlistados por la parte demandada, sobre cuyos hombros estaba la carga de la prueba de la simulación, únicamente guardan relación con el requisito del acuerdo simulatorio los de las letras f) y g), presentados así: los contratos suscritos fueron unos contratos anónimos, "firmados por la puerta de atrás", por no haber surtido todos los controles de la organización dispuesta al efecto por la convocada. Y la necesidad de la convocante de realizar unas operaciones con Leasing Bancolombia y con Fidubogotá. Esto último, en el lenguaje de la materia, podría ser titulado como *causa simulandi*.

Las palabras del testigo Juan Martín González fueron, a folio 1302 del cuaderno No. 3 principal.

"Cuando a DARÍO MURILLO se le dijo: "vamos a comprar y vamos a vender", es vamos a desarrollar un mercado, y simplemente ya después de mirar la ayuda que el gerente le quiso dar, con un contrato que le firmó era para que a él le aprobaran unos leasing; en ningún momento tuvo un contrato de carácter que te lo tengo que comprar".

Tal versión fue repetida por el revisor fiscal de **DISLICORES S.A.**, Gabriel Jaime Sepúlveda Botero, en audiencia del quince (15) de junio de dos mil doce (2012), al señalar (folio 1321 del cuaderno No. 3 principal) que

"Juan Martín era el presidente de esa junta y ya estaba enterado, me llamó Juan Martín y le dije: "Juan, esto que me está pidiendo José Antonio, que prácticamente necesitas un extracto de acta y que tú estás enterado, ¿cómo es esto?". Juan Martín me dijo, palabras más, palabras menos: "Gabriel, ayúdales, que eso es para una cuestión, ellos lo necesitan para unos contratos que necesitan hacer de leasing, entonces ayudémosles", y yo generalmente les dije: "bueno". Como en la junta directiva de esa época, creo que en la anterior, Juan Martín le había estado comunicando a la junta cómo iba a ser lo de Frizzantino, lo de DARÍO MURILLO, en fin, yo le dije: "vea, esto es un extracto en estos términos generalmente para que lo hagan, si lo necesitan y que prácticamente lo autorice la junta". Entonces más o menos les dije cómo era la forma de hacerlo. Entonces hicieron en la junta lo del extracto del acta y eso tengo entendido que fue lo que hicieron, pero tengo entendido que era

para una cuestión de ayudarle con unos contratos, algo así fue lo que me dijo Juan Martín".

Repárese que en atención a la oposición, los contratos se redactaron para poder gestionar un leasing y obtener su aprobación. Los testimonios, sin embargo, no precisaron el nombre de la sociedad leasing con la cual se adelantarían las conversaciones para las cuales se habrían requerido los documentos, y tampoco dan cuenta de que éstos se redactaron en forma alterada, respecto de la estipulación que sí se hubiera alcanzado entre las partes, por ejemplo, en lo atinente a precio o cantidades de los productos.

En torno al primer punto, cuál sociedad leasing fue la destinataria de los documentos con los cuales según los referidos testigos se iba a ayudar a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, apareció del pronunciamiento de la demandada, apoyado según su apoderado en la misma demanda²³, que era Leasing Bancolombia. A probarlo se dirigió uno de los medios probatorios pedidos, decretado y practicado: la exhibición por esa entidad, de los expedientes y papeles relacionados con el leasing, que ciertamente fue celebrado por la convocante, mediante contrato No 76025 de veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007) sobre "*UNA MÁQUINA AUTOMÁTICA MONOBLOQUE PARA LLENADO Y TAPADO DE BOTELLAS CON TODOS LOS ACCESORIOS PARA SU NORMAL FUNCIONAMIENTO*" (folio 107 del cuaderno No. 1 principal y 137 del cuaderno de exhibición de documentos Leasing Bancolombia); y por medio de contrato No. 76026 de veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007), sobre "*UNA MÁQUINA GASIFICADORA DE BEBIDAS CON TODOS LOS ACCESORIOS PARA SU NORMAL FUNCIONAMIENTO*" (folios 114 del cuaderno No. 1 principal y 313 del cuaderno de exhibición documental citado) .

Aunque en el texto del Acta No. 27 de la Junta ordinaria de socios de la sociedad demandante, que tuvo lugar el treinta (30) de marzo de dos

²³ Léase el contenido de la excepción de simulación: "Adicionalmente, según se demuestra a partir de los documentos que la misma convocante aporta como pruebas..." (Folio 190 del cuaderno No. 1 principal)

mil seis (2006), que corre a folio 457 y siguientes del cuaderno No. 1 principal, se lee en el acápite de informe del gerente sobre el contrato con **DISLICORES** que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** pensaba para entonces adquirir unas máquinas, saturadora y envasadora, para "más tarde", punto relatado igualmente por el declarante Juan Sebastián Murillo Herrera (audiencia de diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012), folio 1392 del cuaderno No. 3 principal), no puede el Tribunal concluir que el propósito de la suscripción de los documentos que se tachan como simulados haya sido la contratación del leasing, pues con la exhibición indicada se aportó la solicitud elevada por la actora para ese fin, la cual reposa a folio 163 del cuaderno de exhibición de documentos Leasing Bancolombia y conforme a la cual la solicitud de la financiación por leasing fue presentada el 24 de agosto de 2006, a las 5:56 p.m..

Ciertamente, reposan entre los documentos exhibidos unos que indican que para antes de agosto de 2006 se adelantaron gestiones para la obtención del leasing. Por ejemplo, por medio de comunicación de veintisiete (27) de julio de dos mil seis (2006), Leasing Bancolombia señaló a Sonia Murillo Antioqueña de Vinos qué debía reunir para el estudio de crédito (folio 163 del cuaderno de exhibición de documentos Leasing Bancolombia). O un informe de visita o entrevista, en membrete de Leasing Bancolombia, firmado por Juan Camilo López Hincapié, Asistente Comercial, de primero (1º) de agosto de dos mil seis (2006), que se encuentra a folio 171 del cuaderno de exhibición de documentos Leasing Bancolombia.

También consta entre los exhibidos, a folio 178, un documento titulado CONTRATO, en el cual se relatan las cláusulas del documento de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005) sobre los vinos Frizantino y Charleston, pero se incluye en una segunda página (folio 178), titulada ETAPAS PROYECTOS DISLICORES, "El vino de misa" para decir que se embotellará en el monobloque marca GAI; y en el folio siguiente, "PARÁMETRO PROYECTO DISLICORES", se enlistan cuatro productos,

entre ellos el vino de misa Pontificio, sobre el cual recae el contrato escrito de fabricación de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006).

Se preguntaría, entonces, cómo se comprendió ese producto (Pontificio), si no se había suscrito el contrato. La respuesta podría estar en que la marca Pontificio se había negociado por las partes en febrero de dos mil seis (2006).

Se sigue de lo anterior, empero, que no existe una continuidad en el tiempo, entre el documento del enunciado contrato No. 1, cuya fecha es cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005), y la petición del leasing, que permitiera afirmar con certeza que el texto fue redactado justamente para procurar el arrendamiento financiero. Si aquél hubiera sido fraguado para gestionar dicho leasing, probablemente no habría transcurrido el lapso de ocho o nueve meses que distancia los dos actos, aunque por otra parte, el testigo Juan Sebastián Murillo indica en su declaración que la idea del leasing estuvo presente desde un principio:

"PREGUNTADO: Y la idea de la inversión de la maquinaria tomada en leasing, ¿desde qué momento surgió por primera vez?, ¿en qué momento la concibió la compañía DARIO MURILLO? **CONTESTO:** Podría decir, pero yo creería que desde un principio se pensó en esa idea. Surgió la alternativa de Bogotá y se compró esa maquinaria, pero al ver que generaba desperdicio y que generaba mayores costos para nosotros, se empezó a impulsar mayormente la idea de una máquina mucho más especializada para este tipo de producto (...)" (Audiencia de diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012), folio 1392 del cuaderno No. 3 principal).

Propuso también la parte demandada, como indicio de la simulación – que apuntaría a la *causa simulandi*, antes que nada-, que los documentos firmados fueron unos contratos anónimos, "*firmados por la puerta de atrás*", por no haber surtido todos los controles de la organización dispuesta al efecto por la convocada. Su planteamiento, en líneas generales, radicó en la afirmación de poseer **DISLICORES S.A.** un esquema de organización administrativa, dentro del cual es necesario que todos los contratos respeten unos trámites; y si ellos son cuantiosos, aseguró que deben ser conocidos por todas las personas relacionadas con su cumplimiento. Pero aconteció que "*los supuestos*

contratos invocados por la convocante, el único que supo de las verdaderas condiciones de los mismos fue JOSE ANTONIO ECHEVERRI, quien fue asaltado en su buena fe". Reiterativamente, consideró la sociedad accionada que esos contratos – supuestos en su concepto- "no pasaron por todos los controles propios de ese tipo de negociación, incluida la revisoría fiscal, el departamento de mercadeo y las altas directivas y demás funcionarios". Fueron, según su expresión, "contratos fantasma y silenciosos".

A pesar de su estructura negativa, el hecho aducido no era ni es una negociación indefinida, por lo que no estaba relevado de prueba y, en cambio, incumbía a la persona jurídica opositora demostrar su ocurrencia. Sucede, sin embargo, que la comprobación surtida en la instrucción arroja una evidencia diversa.

Por una parte, la declaración del revisor fiscal de **DISLICORES**, Gabriel Jaime Sepúlveda Botero, revela que sí hubo controles:

(Folio 1321 del cuaderno No. 3 principal): "Por esa época José Antonio me solicitó que le revisara un contrato que iban a firmar, de producción, porque los contratos; entonces cogí el contrato, lo consulté con el doctor Gustavo Marín, que es abogado de la compañía también, abogado comercial, o era abogado comercial de la compañía, no sé si todavía estará vinculado o prestando servicio allá, y José Antonio también me dijo que necesitaba un acta, un extracto de acta, entonces yo le dije a él que el extracto del acta tienen que llevarlo a la junta directiva; (...)"

"(.....)".

(Folio 1321 a 1322 del cuaderno No. 3 principal):
PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: ¿Usted sabe cuál fue el concepto del doctor Marín sobre la necesidad de esa autorización o no? **CONTESTO:** Marín me acuerdo que me dijo, envió un concepto donde decía que no se requería la autorización de la junta, que no se requería; que revisaran las cantidades, algo así; que de pronto revisaran también el tema de si se requería la clausula (sic) del Tribunal de Arbitramento o no, que consideraba que no era necesaria. Más o menos me acuerdo de esas tres cosas puntuales.
PREGUNTADO: ¿Y usted sabe qué sucedió o aconteció con las recomendaciones del doctor Marín? **CONTESTO:** Se lo entregué a José Antonio y le dije: "José Antonio, mirá, esto tienen que corregirlo, mirá las sugerencias del doctor Gustavo Marín; cuando tengas eso listo me lo volvés a traer, para yo ya darle el visto bueno", y nunca volvió. **PREGUNTADO:** ¿Nunca volvió qué?

CONTESTO: *A mí, nunca me volvieron a consultar sobre ese contrato. Hasta ahí llegué. Me vine a enterar hasta hace poquito lo que está pasando”.*

Contradictoriamente, sin embargo, expresó igualmente el testigo:

(folio 1322 del cuaderno No. 3 principal): *“Porque vi que estaban haciendo unos reclamos sobre unos contratos que no tenía conocimiento, y fuera de eso que en mi opinión no habían cursado el trámite normal de la compañía, porque todos los contratos que se hacen en la compañía, ya sea con proveedores, contratistas, pasan por las manos mías, el gerente financiero, y todos les damos el visto bueno, y esos contratos no tenían en ningún momento esa revisión y esos procedimientos”.* (Subrayas del Tribunal).

Por otra parte, corre en el expediente, a folios 360 y 361 del cuaderno No. 1 principal, un concepto emitido por el abogado Gustavo Adolfo Marín Vélez, con unas recomendaciones, algunas de las cuales se observa que fueron incorporadas en el documento del contrato No. 1. Con el mismo, considerado con otros elementos de convicción, no puede asegurar el Tribunal que el de fabricación haya sido realmente un contrato fantasma, o silencioso, esto es, desconocido dentro de la compañía accionada.

No resulta del todo sólida, entonces, en estas condiciones, la argumentación de la causa de simulación, si en efecto sí hubo un contrato de fabricación, así se le llame proyecto –que dejó de serlo por la aprobación de la Junta de **DISLICORES S.A.** que consta en el acta 122 de diez (10) de noviembre de dos mil cinco (2005), y que obra a folio 664 a 666 del cuaderno No. 1 principal.

Por similar razón, los indicios analizados no revisten la gravedad que la ley, la doctrina y la jurisprudencia requieren. Y tampoco la tienen otros indicios ya detallados, pues en cuanto a la ausencia de prueba de precio, los textos escritos de los contratos aluden a unos anexos que no se adjuntan a los documentos arrimados con la demanda, correspondientes a contratos de fabricación, pero ello no permite aseverar que no había precio y por tanto se simuló el negocio, sino que éste, en uno de los casos (vino Charleston) no alcanzó a consolidarse como sucedió en los otros (Frizzantino y Pontificio). La ausencia de una

prueba directa, como un listado de precios, no significa, en criterio de los árbitros, que hubiera existido simulación en ese aspecto, cuando, por el contrario, la prueba pericial y la documental mostraron que habían existido pedidos, facturas y pagos de vinos Frizzantino y Pontificio.

En efecto, a (folios 14 a 27 del dictamen contable - financiero) refiere la pericia un listado de pedidos y pagos posteriores a once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005), en un cuadro que no identifica si corresponde a los productos del contrato No. 1 discutido. A partir de la página 126 de la misma experticia, constan unas tablas tituladas "*resumen ventas a Dislicores por parte de la convocante, de los productos FRIZZANTINO Y PONTIFICIO, desde el año 2006 al año 2011*". Por su cuenta, el Tribunal detuvo su mirada en los documentos PT-01 y PT - 03 del dictamen y consolidó la información entregada, sobre la que volverá luego. Y de todo ello infiere que sí existió precio convenido para la fabricación de al menos algunos de los productos incluidos en la relación contractual.

En efecto, no abriga dudas el Tribunal acerca del hecho de que por los vinos Frizzantino y Pontificio, sí hubo precios acordados por las partes. Baste mirar en el resumen de ventas efectuado y documentado por el perito contable (a partir de la página 126 de su experticia), los datos para los años dos mil seis (2006) a dos mil once (2011), que no existirían si no se hubiera pactado un precio.

De manera que, en cuanto concierne al precio como elemento de los respectivos contratos, concluyen los árbitros que no se configura ningún indicio de simulación porque no consten datos sobre cuál pudo ser el precio de fabricación del vino Charleston, si, desde otro ángulo, es un hecho que en el proceso no podía aparecer ningún medio de convicción, como se desprende de lo expresado por la propia actora al precisar que de ese vino no hubo pedidos (hecho cuarto de la demanda y letra g del hecho décimo de la reforma a la demanda) y conforme lo expuso también el declarante GONZÁLEZ DE BEDOUT (folio 1301 a 1302 del cuaderno No. 3 principal):

"Ahí sale Charleston también, porque esa me pareció hasta simpática que hubiera salido ahí, Charleston es una marca nuestra, y en algún momento en alguna charla hablando con DARÍO, le dije: "yo tengo una marca para champaña, porque no creo que Frizzantino, está muy dedicado a manzana y a cooler que es más o menos lo mismo, porque un cooler es un frutal; miremos y estudiemos la posibilidad de sacarla como espumoso solo, como champañita sola". Cuando empezó el proceso y un día se me apareció en la oficina: "ve Juan, aquí te traje las etiquetas para que nos metamos", y le dije: "no, espérate un momentico, primero vamos a chequear precios, porque hay una empresa que se llama Torre Vieja, que vende muy barato". Entonces le dije: "oíste hombre, ¿este es el precio que me estás dando?". La etiqueta, dije primero le dije, está feísima, y segundo, ese precio con respecto a Torre Vieja, está el doble, no somos capaces de competir en una champañita barata, cuando el otro está a mitad de precio. Entonces él me dijo: "hombre Juan, pero es que el otro compra botella usada". Le dije: "sí hermano, pero es que el problema es que el cliente mío, si le llega un producto cualquiera, y yo también lo vendo sea usado o sea nuevo, no lo va a preguntar", ese tipo de consumidor que es para celebrar en diciembre, con la torta, no va a preguntar si la champaña es en botella nueva o si es en botella usada. Ese proyecto tampoco nunca arrancó, precisamente porque el precio de él no era competitivo." (Lo subrayado es ajeno al original).

Advierte el Tribunal que, con los ajustes de su propia lectura de los documentos que la integran, acoge la pericia, en tanto la objeción que se formuló a la misma no será atendida, como en otro aparte de esta providencia ya se explicó.

Se traen como indicios, asimismo, la incapacidad de la sociedad convocante para producir los vinos en las cantidades a las que se hace referencia en los supuestos contratos # 1 y # 2, así como la ausencia de prueba de los hechos que supuestamente determinaban el inicio de la vigencia de los contratos y la posibilidad de comercialización de los productos en las cuantías indicadas en los mismos.

El primero y el último de estos indicios se orientan a un mismo hecho: configurar la irrealidad del pacto, en el contrato No. 1, según el cual la convocada se obligó a pedir mensualmente un mínimo de cuatro mil cajas, y en el contrato No. 2, un mínimo de mil cajas. El esfuerzo probatorio desplegado por la parte opositora se dirigió, en verdad, a comprobar que el mercado de vinos se podía llamar estacionario o por

épocas del año. Varios testimonios, en efecto, pueden llevar a una inferencia de ese orden: por ejemplo, los de Jairo de Jesús Idárraga López, quien trabajó en **DISLICORES** por diez (10) años en dos períodos y se desempeñó como jefe de ventas; Juan Carlos Atehortúa Amaya, empleado de **DISLICORES** desde dos mil diez (2010), con compras a proveedores nacionales; Margarita María Restrepo García, quien trabajó en **DISLICORES** desde julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988) hasta septiembre de dos mil nueve (2009) y se desempeñó como coordinadora nacional de supermercados y Martha Patricia González Arias, Directora de la Asociación Colombiana de Importadores de Licores desde hace dieciocho (18) años, y quien trabaja en el sector y como parte de la asociación hace veintitrés (23) años.

Pero la deducción anterior no tiene la calidad de absoluta, porque en las versiones no se da cuenta completa para todas las clases y marcas de vinos y no puede olvidarse que en el caso de presente proceso los que eran objeto de fabricación no eran todos iguales.

Para los árbitros, despunta claro que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.** idearon y organizaron, en dos mil cinco (2005), un proyecto comercial para la fabricación y venta de vino Frizzantino y Charleston y más tarde, para la fabricación y venta del vino de misa Pontificio. De ello dan fe versiones de varios declarantes que son de crédito. La demandada quería incursionar en el mercado de vinos con la marca Frizzantino como propia y a la actora le convenía trabajar con un cliente en firme, fijo, que le asegurara una periodicidad y mayor permanencia para su actividad y su provecho. Dada la calidad y antecedentes de la sociedad demandante y el conocimiento que de ella tenía **DISLICORES S.A.**, dentro de la incertidumbre que esta última empresa tenía para emprender el proyecto, manifestada por JUAN MARTÍN GONZÁLEZ DE BEDOUT a su Junta, toma cuerpo para el Tribunal que el mismo señor GONZÁLEZ DE BEDOUT, accionista de **DISLICORES S.A.** y su vicepresidente, expresara en la época que quería "ayudar" a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** Pero, evidentemente, según lo entiende el Tribunal, no era una ayuda con una

finalidad determinada y por un propósito que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** tuviera en mente, como se quiso mostrar en el proceso, sino un empuje que podía brindarse para que una empresa que lo merecía, a juicio de la otra, participara del plan comercial trazado, de explotar la marca Frizzantino.

La imagen que viene de describirse es la que el Tribunal tiene de lo que fue el convenio de las partes, en dos mil cinco (2005). Y la ratifica cuando repasa la prueba practicada y que se refiere a sucesos de entonces, ante la evidencia de que a pesar de versar el contrato sobre la fabricación de vinos marca Charleston, poco se ilustró por las partes en la instrucción de la causa²⁴, acerca de aspectos de esta marca, su calidad o valía comercial, etc., que se hubieran considerado para contratar.

Para consolidar lo que viene de decirse sobre el verdadero objeto contractual y la estipulación quinta, la conducta de **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** frente al cumplimiento del negocio con **DISLICORES S.A.** no fue enteramente pasiva. Para la duración que tuvo la relación jurídica, podría pensarse que lo fue, cuando se comprueban dos reclamaciones ciertas en la historia de tal relación, a saber, una de cuatro (4) de agosto de dos mil ocho (2008) (folio 121 a 124 del cuaderno No. 1) y otra de treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010) (folios 125 y 126 ibídem). Mas, insertado este hecho a otros que forman un todo, que es la visión del Tribunal, el supuesto silencio de la demandante no se muestra indicativo de una mentira contractual, cuando pudiera serlo de una forma de obrar comercial, ajustada a los términos en que realmente se contrató.

En criterio de la demandada, otro indicio de la simulación se deriva de no haber ejercido la convocante la facultad que tenía de dar por terminados los contratos a raíz del incumplimiento. Pero, si como en

²⁴ En tanto las revelaciones consignadas en el hecho segundo de la reforma a la demanda no fueron luego respaldadas, ni negadas, en la correspondiente respuesta.

efecto lo fue una facultad, riñe con su significado que la falta de ejercicio condujera a entender que el contrato era fingido.

Por último, alrededor de la ausencia de prueba de los hechos que supuestamente determinaban el inicio de la vigencia de los contratos, considera el Tribunal, por la aplicación práctica que las partes dieron al contrato y por confesión de la actora, que fue probado:

a) Que el contrato de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005) no comenzó a ser exigido desde el día siguiente a su firma, pues para poderse cumplir era imperioso que se satisficieran unos trámites legales.

El representante legal de la convocada aceptó en su declaración que el documento de contrato de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005) fue suscrito para ser presentado al INVIMA. Llegados a la norma legal pertinente, ya estudiada, el Decreto 3192 de 1983, se encuentra que ese escrito era necesario para poner en marcha la fabricación del vino contratada, la cual, por otra parte, no podía iniciarse sin la correspondiente licencia o registro. Y que se obtuvieron éstos es un hecho que se observa sin dificultades en muchos documentos del expediente, como la correspondencia cruzada entre las partes y con la abogada Rubiela Arias de Fajardo. De esa documentación se extraen, como datos ciertos y que son irrefutables, que se obtuvieron los siguientes registros sanitarios para Dislicores:

Producto	Resolución	Fecha de resolución	Registro
Vino espumoso Premium de manzana Frizzantino	2005025223	19 diciembre de 2005	2005L 002604
Aperitivo vínico Cooler Frizzantino	2006003799	27 de febrero de 2006	2006L 002669
Vino burbujeante Frizzantino Cooler	2007010019	18 de mayo de 2007	2006L 002669
Vino espumoso blanco y rosado Charleston	2005025196	19 de diciembre de 2005	2005L 0002594

También hay otros registros por vinos Genial y Pontificio.

E igualmente, reposa en los folios 548 a 625 del cuaderno No. 1 principal prueba documental sobre inscripción de los productos materia del contrato de fabricación en varios departamentos, para los fines de los impuestos de rentas respectivos.

Resulta claro que la ejecución de los contratos no podía iniciarse sin agotar diligencias como las aludidas.

b) Que solo entonces cuando estuvieron a punto, las partes pudieron comenzar a desarrollar los contratos.

Deviene de todo lo analizado, que los árbitros no adquirieron, con la prueba obtenida, una certeza absoluta sobre la ocurrencia de una simulación contractual. Y por tanto, guiados por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, optan por no declararla. Pues, como anotó la Corporación en sentencia de ocho (8) de mayo de dos mil uno (2001), expediente No. 5692, *"la propia Corte Suprema de Justicia no sólo se ha limitado a elaborar un hipotético panorama de hechos indiciarios, sino que se ha preocupado por dejar claramente definidos los requisitos que debe reunir la prueba indiciaria, con el fin de considerarla apta en orden a demostrar la simulación"* y uno de esos requisitos consiste en *"Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez"* (Sentencia de Casación Civil de 5 de diciembre de 1975)".

Se pliega el Tribunal, entonces, a la doctrina de la Corte, como la que acaba de referir, y que se refuerza con el pensamiento²⁵ de esa Corporación alrededor de la presunción de sinceridad y seriedad de los negocios jurídicos, en virtud de la cual

²⁵ Sentencia S-151 de 13 de agosto de 2002, expediente 7060, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

[...] "la Sala ha puntualizado que no bastan, entonces, "las meras sospechas o especulaciones que nacen de la aprehensión maliciosa del acto dubitado o de la consideración aislada ... de los diferentes medios de prueba, específicamente de los indicios, tomados en abstracto -o incluso en forma fragmentada- sin la necesaria contextualización en el ámbito propio del negocio censurado y en las particularidades - ello es neurálgico - que ofrece el caso in concreto, insuficientes y anodinas para desvirtuar la arraigada presunción de sinceridad que lo abriga, pues es necesario resaltar que la sola presencia de circunstancias que pudieran llamar la atención bajo el prisma de experimentados negociantes, no se traduce más que en una duda sobre la habilidad del vendedor para disponer de sus bienes, a quien le bastaría invocar como argumento de contrapartida para enfrentar con éxito tan débiles argumentos, el principio de la autonomía privada, a cuyo amparo puede entenderse que, por ejemplo, el precio no sea del equivalente al que se otorga en el comercio al bien, o que la forma de pago no suponga exigentes requerimientos económicos y probatorios ... como suele suceder, merced a la confianza reinante -de ordinario- en los negocios entre parientes, o que del producto de la transferencia el enajenante no obtenga un adecuado provecho" (sent. de febrero 15 de 2000, exp. 5438).

"Por tal razón, se ha sostenido que, en lo atinente a la tarea valorativa que debe acometer el juzgador con el fin de establecer si determinada negociación fue simulada o no, "lo mejor es que el juez se abandone a su propia conciencia, haciendo acopio del sentido común, las máximas de la experiencia y el conocimiento que tenga de la astucia del hombre, aplicando todo a los hechos que rodearon el negocio, así los que lo antecedieron, como los concomitantes y sobrevinientes. La única regla que de cara a tan complejo análisis probatorio saldría indemne de toda crítica, es la de que los indicios y las conjeturas tengan el suficiente mérito para fundar en el juez la firme convicción de que el negocio es ficticio; lo cual solo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes. Vale decir, la prueba debe ser completa, segura, plena y convincente; de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se presume en los negocios (in dubio benigna interpretatio adhibenda est ut magis negotium valeat quam pereat)" (se subraya, CCVIII, pág., 437).

4.3.2 La realidad negocial entre las partes del proceso

Descartada la simulación, florece otra inquietud: ¿cuál fue el contenido de las obligaciones asumidas por las partes en la ejecución del contrato de fabricación que existió entre las mismas?

El Tribunal, luego de valorar la prueba con la que se cuenta en el proceso, en la forma que dejó explicada, declara su convicción de que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y COMPAÑÍA LTDA. y DISLICORES S.A.**

tuvieron celebrados unos contratos de fabricación de vinos de marca propiedad de **DISLICORES** y que esos contratos fueron reales, sin que pueda asegurarse simulación parcial y relativa por lo tocante a la cláusula de los documentos que se refiere a cantidades del producto que una sociedad pediría a la otra.

4.3.2.1 El denominado contrato No. 1

De acuerdo con las directrices de interpretación legal sobre los contratos, reguladas por el Código Civil en los artículos 1618 a 1624, entre otros, pertinentes en el campo mercantil en virtud de lo dispuesto por el artículo 822 del Código de Comercio, es prioritario identificar la intención de las partes, en tanto *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"* (artículo 1618 Código Civil).

Para acudir a esta fórmula, e igual a otras como la de la aplicación práctica que las partes dan a las cláusulas contractuales, prevista en el artículo 1622 del citado código, el intérprete debe tener presente que, así como el contrato es fruto de una voluntad conjunta, la intención, o la aplicación práctica, deben ser evaluadas en esa dimensión, esto es, como una obra plural y no de manera individual. En otras palabras, debe desecharse, por no corresponder a la regla interpretativa, la consideración de la intención de una de las partes, lo que ella quiso, o pensó, o la aplicación unilateral o solitaria que imprimió a la estipulación negocial.

Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia S-139 de 1 de agosto de 2002, radicado 6907, M.P. Jorge Santos Ballesteros, que:

"3. Del primero de los anteriores pilares en que se sostiene la sentencia, relativo a la interpretación del contrato, cuya literalidad es para el Tribunal clara, debe señalarse que el criterio basilar en esa materia, es en términos generales, el que encabeza las reglas interpretativas del Código Civil asentado en su artículo 1618 según el cual "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", cuya aplicación no

se supedita a aquellos casos en que las palabras usadas por los contratantes no son absolutamente claras y por tanto exigen que el intérprete ausculte la verdadera intención de aquellas, pues va más allá, como que muy a pesar de la claridad del texto contractual, si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal. No es por consiguiente de recibo pleno el brocardo "in claris non fit interpretatio", que sugiere que si el sentido de las palabras usadas en el contrato es claro, no hay para qué mirar más allá, pues se substituiría la intención cierta de los contratantes por la incierta del intérprete; pero a no dudarlo es un presupuesto de secular aceptación del cual ha de partirse -y que como se verá líneas después es de particular aplicación en el contrato de seguro-, dado que "cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación" (Sentencia de Casación Civil del 5 de julio de 1983). Sin embargo, se repite que si se conoce la intención común, es ella la que prevalece sobre el tenor literal del contrato. Es menester precisar, además, que ese "sentido claro" de las palabras, como regla general, se refiere en primer término al sentido natural y obvio que ellas tienen en el lenguaje común y en el idioma castellano (a semejanza de lo que se prevé en materia de interpretación de la ley en el artículo 28 del Código Civil y se precisa en el artículo 823 del Código de Comercio), sin que por el mero hecho de que ese sentido sea claro, quede proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes²⁶, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo. Dice lo pertinente del artículo: "las cláusulas de un contrato... podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una con aprobación de la otra parte". (Subrayas del Tribunal).

²⁶ Dice Messineo que "no se trata de que no deban tomarse en cuenta las palabras, sino de que ellas hayan de corregirse, en su caso, a la luz de la efectiva voluntad común". Doctrina General del Contrato, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, T II, p 103.

También ha señalado la Corte²⁷:

"1. El asunto que hoy exige la atención de la Corte atañe a la interpretación del contrato, de cuyo trasunto es posible hacer más de un representación, para desentrañar cuál fue el genuino querer de los contratantes, con mayor razón si la redacción es penumbrosa o si el interés de parte impide extraer neutralmente el sentido de las disposiciones. En esta especial forma de comunicación humana, no es siempre uniforme la fluencia de sentido y significado sobre cómo se propusieron los contratantes coordinar sus voluntades y recursos, para el logro de los fines contractuales que indujeron la celebración del acto. Como ha sostenido la Sala "una vez emitida la declaración contractual, ella gana cierta autonomía y pasa a vivir no sólo en el texto de las prescripciones y descripciones del contrato, sino en la experiencia negocial misma, es decir, en la forma de ejecución práctica que las partes hacen. Entonces, no está demás señalar que cuando los contratantes emiten la declaración, pierden el dominio sobre ella, pues la conjugación de las dos voluntades y su emisión crean una realidad que gana independencia, de modo que después de expresado el acuerdo, sus autores de manera individual no pueden recoger los pasos andados, para fijar, a la manera de cada uno, el genuino alcance de su manifestación de voluntad, pues tal intento particular, que invariablemente lleva un sesgo, en carece (sic) de eficacia para hallar el sentido mediante un laborio aislado y singular, sin tomar en cuenta que el contrato se concertó pluralmente. Rehacer el significado de un negocio jurídico, fijar sus alcances, es asunto que no está en poder de una sola de las partes, sino que forzosamente concierne a ambas y en últimas al juez en caso de desacuerdo insuperable. Y en general, si una de ellas procura adscribir significado al contrato, con exclusión de la otra, se descarta ese intento porque se sabe de antemano que cada quien buscará salvar los silencios y las penumbras del contrato del modo que mejor convenga a sus particulares intereses'

'Por esa circunstancia, cuando las partes disputan acerca del significado de una disposición contractual o del negocio todo, tal divergencia debe ser zanjada por la intervención del juez, quien atendidos los elementos lingüísticos de la convención, cuando ello sea posible, el conjunto de sus disposiciones, los antecedentes contractuales entre las mismas partes, o la forma de su ejecución, entre otros aspectos, puede atribuir significado a las disposiciones que siembran la incertidumbre sobre la conducta esperada de las partes frente al acto, así su contenido sea claro. Ha dicho la Corte que no 'por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de

²⁷ Sentencia de 27 de mayo de 2008, radicado 11001-31-03-028-2000-00016-01, M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo' Sent. Cas. Civ. de 1º de agosto de 2002, Exp. No. 6907, subraya la Sala" (Sent. Cas. Civ. de 29 de octubre de 2007, Exp. No. 05038-01). Subrayado del Tribunal

Para resumir: cuando se deba aplicar el artículo 1618 del Código Civil, se deberán tener presentes tres elementos de suma trascendencia: que la intención de los contratantes es común, de ambos y no individual de uno de ellos; que lo declarado se presume que constituye la verdadera intención de los contratantes, razón por la cual desde el punto de vista probatorio habrá una inversión de la carga de probar; y, finalmente, que quien alega la discrepancia entre lo querido y lo declarado, debe demostrarla.

Así las cosas, si la prueba de la intención común, por quien debió aportarla, no emerge en el expediente, como es el asunto de autos, no puede menos que atenderse el fallador al texto del documento que recoge el contrato, examinado en su totalidad, como predica la jurisprudencia y aconseja la prudencia.

Del documento de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005), frente a la prueba recaudada, no puede el Tribunal dejar de concluir que contiene un pacto, en su estipulación quinta, en razón del cual la convocada se obligó a pedir un mínimo de cuatro mil cajas mensuales de los productos que, de conformidad con la cláusula primera, la parte convocante se obligó a fabricarle, por su cuenta y riesgo.

Los medios demostrativos procurados en el proceso no lograron desvirtuar el referido convenio relativo a las cantidades de cajas mensuales, a pesar del peso sugestivo que tendría lo probado alrededor

de la forma como se desarrolla el mercado de vinos en Colombia.

No obstante, la claridad de la cláusula quinta en cuestión no es total y, como recomienda la doctrina judicial ya invocada, resulta necesario definir, todavía, un punto, para poder llegar a la resolución de la pretensión elevada por **DARÍO MURILLO E HIJOS Y COMPAÑÍA LTDA.**, de "*Que se declare que **DISLICORES S.A.** ha incumplido todos y cada uno de los contratos (nros. 1 y 2) de fabricación suscritos con **DARÍO MURILLO E HIJOS Y COMPAÑÍA LTDA.**, descritos en los hechos de la demanda y por los motivos citados en ellos*".

La queja de la demandante, esto es, los motivos citados en los hechos de la demanda (y su reforma) como fuente de incumplimiento contractual, no son otros que no haber realizado la accionada los pedidos mínimos a que se obligó. Inclusive, en el caso del vino Charleston, se aduce un incumplimiento total porque no hubo pedidos.

La cláusula quinta del contrato de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005), dispone:

"QUINTA: CANTIDADES: la titular se compromete a encargar a la fabricante un mínimo de 4.000 cajas mensuales, compuestas por 12 unidades de 750 c.c. (distribuidas entre los productos fabricados)".

El punto por esclarecer, entonces, es el siguiente: el verbo distribuir, que figura en la frase "*distribuidas entre los productos fabricados*", ¿cuál medida representa –iguales partes porque eran cuatro los productos que se fabricarían, u otra y quién la definía-?

La pregunta, más concreta, es: ¿cuál es la prueba sobre cuántas cajas de vino espumoso Premium de manzana Frizzantino, cuántas cajas de aperitivo vínico Frizzantino Cooler o el que le reemplazó (vino burbujeante Frizzantino Cooler), cuántas cajas de vino Charleston espumoso blanco y cuántas cajas de vino Charleston espumoso rosado debía pedir por mes Dislicores S.A. a la actora, dentro de las cuatro mil cajas convenidas?

Dedicaron los árbitros su atención, con importante intensidad, a la búsqueda de esa prueba. La testimonial no arrojó luces, como tampoco la pericial, y la documental, hoja por hoja, apenas mostró un panorama débil, que no les convenció de que fuera aceptable la afirmación aislada del apoderado de la sociedad demandante, a la hora de alegaciones, de un desglose del número de cuatro mil cajas mensuales en fracciones de mil cajas por cada producto, así:

a) Entre los documentos que reposan con los exhibidos por Leasing Bancolombia, obra uno (folio 180 del cuaderno exhibición Leasing Bancolombia) que se presentó para la contratación del arrendamiento financiero, con el título "PARÁMETRO PROYECTO DISLICORES", en que se lee:

VINO	CANTIDAD CAJAS MES	CANTIDAD POR UNIDAD	PRECIO CAJA	INGRESOS MES	INGRESOS AÑO
Frizzantino Manzana	1.000	750 C.C	32.400	32.400.000	378.800.000
Frizzantino Cooler	1.000	750 C.C	32.400	32.400.000	378.800.000
Charleston Espumoso Blanco	750	750 C.C	32.400	32.400.000	378.800.000
Charleston Espumoso Rosado	750	750 C.C			
Vino de Misa ²⁸	1.000	750 C.C	39.900	39.900.000	478.800.000

Intencionalmente se destacan las casillas de Charleston, que a simple vista muestran, por una parte, que la cantidad de cajas proyectada no era de mil por cada uno de los que de esa marca se producirían, y por

²⁸ Que en renglones anteriores al cuadro que se transcribe se cita como Vino de Misa Pontificio

otra, que no era clara cuál sería la cantidad, porque dado el precio por caja, los ingresos mes, si se pensaba en 750 cajas como reza el documento, no ascenderían a la cifra anotada en él²⁹.

b) En el acta No. 121 de la Junta Directiva de **DISLICORES S.A.** que se consulta a folio 662 del cuaderno No. 1 principal, se encuentra que esa sociedad se daría por bien servida "Si en el primer año lográramos colocar en el mercado tan siquiera entre 500 y 1000 cajas" de Frizzantino, (no se hizo referencia a Charleston).

c) La comunicación de cuatro (4) de agosto de dos mil ocho (2008), de la demandante a la demandada, que corre a folios 121 a 124 del cuaderno No. 1 principal, alude en su página 3 a mil cajas por producto. Pero esa es, nuevamente, una afirmación de la sociedad fabricante, que no tiene respaldo probatorio.

Esta situación, por tanto, no permite al Tribunal arribar a una conclusión respecto de cómo se debían distribuir las cuatro mil cajas mensuales pactadas, mucho menos cuando de dos de los productos (los Charleston) no hubo pedidos.

El Tribunal, por lo antes dicho, no encuentra elementos que avalen una interpretación subjetiva que ilumine sobre una posible voluntad común de las partes; y, como puestas en juego las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1619 a 1623 del Código Civil no es posible definir el alcance de la cláusula quinta contractual, el Tribunal considera que se está ante una estipulación oscura o ambigua.

La estipulación quinta en cuestión podría llegar a significar lo enunciado por el apoderado (mil cajas de cada producto), u otra cosa (más de mil por cada Frizzantino y setecientas cincuenta por cada Charleston, como se señaló a la compañía de leasing), etc. En últimas, se trata de una

²⁹ Pues 750 cajas, a razón de \$32.400 cada una, arrojaría un resultado de \$24.300.000

cláusula anfibológica o ambigua³⁰, que atendido el artículo 1624 del Código Civil debe interpretarse a favor del deudor, es decir, **DISLICORES S.A.**, y en contra del acreedor, es decir, **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, sociedad que fue la que redactó la cláusula en cuestión³¹.

De manera que no puede afirmarse cuál era la precisa obligación a cargo de **DISLICORES S.A.**, en relación con la cantidad mínima de cajas de cada producto que se comprometió a pedir a la convocante, según la cláusula quinta. Y en esas circunstancias, no puede aseverarse un incumplimiento suyo. Solo cuando pudiera indicarse que, por ejemplo de Frizzantino Cooler, debía la demandada pedir mil cajas por mes, podría derivarse que, por pedidos menores, incumplió su obligación. Si la misma, en cambio, no está determinada, no puede tildarse ninguno de los pedidos como constitutivo de incumplimiento y, en ese orden de ideas, la primera pretensión declarativa, por el contrato No. 1, no está llamada a prosperar, y por ende, fracasará la consecuencial de condena ligada a dicho negocio jurídico, en lo tocante a indemnización. Lo cual se anticipa sin menoscabo de lo que luego se consigna frente al reembolso de un mosto que importó la demandante.

Además, conocer cuál era el número mínimo de cajas por producto es imperioso e ineludible, teniendo en cuenta que en relación con los vinos Charlestón no se acreditó que existiera acuerdo sobre su precio, ni se formularon pedidos, ni se produjeron facturas o pagos, lo cual obliga necesariamente a reducir la situación de cumplimiento o incumplimiento contractual, a los productos Frizzantino, para concluir, inevitablemente,

³⁰ Anfibología es doble sentido de una palabra o de una frase, o manera de hablar a la que puede darse más de una interpretación. Ambigüedad significa la posibilidad de que algo pueda entenderse de varios modos o de que admita distintas interpretaciones.

³¹ Hecho tercero de la reforma a la demanda, folio 236 del cuaderno principal: **"TERCERO: PROYECTO DE CONTRATO: en octubre del año 2.005, la doctora SONIA BEATRIZ MURILLO CARDONA, representante legal suplente y abogada de la sociedad, elabora un proyecto de contrato (hoy denominado CONTRATO No. 1) y por intermedio del señor ALVARO MURILLO (su hermano) se lo entrega personalmente al señor JOSÉ ANTONIO ECHEVERRI ARISTIZÁBAL, quien a su vez se lo entrega al Revisor Fiscal de DISLICORES, doctor GABRIEL JAIME SEPÚLVEDA BOTERO, y éste a su vez lo envía al abogado de Dislicores, doctor GUSTAVO ADOLFO MARÍN VELEZ, para su análisis jurídico"**.

que no es posible establecer el número mínimo de cajas de los mismos que debía encargar **DISLICORES S.A.**, sin que se pueda establecer, en consecuencia, que esa compañía incurrió en incumplimiento frente a dicho encargo de productos.

Todo lo anterior, de otro lado, hace inoficiosa cualquier reflexión que fuera pertinente sobre la duración o vigencia del contrato No. 1. Con todo, reconoce el Tribunal que éste fue terminado por decisión unilateral de la demandante, el 16 de septiembre de 2012, por comunicación de esa fecha (folio 202 del cuaderno No. 1 principal), conforme a la cual desde entonces era su voluntad no atender más pedidos y estar dispuesta a *"atender los productos con sus marcas, sometidos a un marco contractual **diferente y hacia futuro**, cuya minuta deben ustedes elaborar y someter a nuestra consideración"*.

4.3.2.2 El denominado contrato No. 2

A diferencia del contrato No. 1, el llamado contrato No. 2, de cuatro (4) de octubre de 2006, no reviste la ambigüedad reseñada, por cuanto concierne a la fabricación de un solo producto.

En tales condiciones, no contándose con una prueba en contrario, en el sentido de que no fue convenido que DISLICORES S.A. se obligó a pedir mil cajas por mes del vino de misa Pontificio, porque se hubiera comprometido a pedir una cantidad menor, o que no se hubiera fijado ninguna y la visible fue fingida -en la línea de la alegación de simulación, que fue destinada preferentemente por la opositora para el caso de la marca Frizzantino, simulación sin embargo que no se encuentra estructurada-, considera el Tribunal que el punto de partida no puede ser otro que el documento mismo que contiene el contrato No.2.

Revisada la prueba pericial (páginas 175 y 176 del dictamen) y documental, se tiene que, en resumen, los pedidos del vino de misa Pontificio hechos por **DISLICORES S.A.** a **DARÍO MURILLO E HIJOS**

Y CIA. LTDA. entre el veinticuatro (24) de marzo de dos mil seis (2006) y el veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) fueron de 1.857 cajas, guarismo que debe rebajarse en las que correspondieron al lapso veinticuatro (24) de marzo a cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), fecha del contrato.

El primer período de duración del contrato aludido venció el tres (3) de octubre de dos mil nueve (2009). Esto es, 36 meses, que llevan a la afirmación de que debieron pedirse 36.000 cajas. Esta sola idea pone al descubierto el incumplimiento por la demandada, del contrato concerniente al vino de misa Pontificio, y abre camino a las pretensiones atinentes a tal negocio jurídico, pues así se tuviera a la vista la partida de 1.857 cajas, que se reitera es menor porque debe excluirse la franja de marzo de dos mil seis (2006) a agosto de dos mil seis (2006) y la de octubre de dos mil nueve (2009) a agosto de dos mil once (2011), su contraste con la cantidad a la que se había comprometido refleja la desatención del compromiso.

Debe ocuparse el Tribunal, a esta altura, de establecer si el contrato No. 2 se mantuvo o no, por las partes, después del cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), fecha de expiración del término de duración pactado. La definición de esta situación se torna imprescindible, pues de ella depende concluir si la obligación de **DISLICORES S.A.**, de encargar a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.** la fabricación de vino de misa Pontificio, después del cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), era la misma del contrato de cuatro (4) octubre de dos mil seis (2006), esto es, la de pedir mil cajas mensuales, o era diferente, para poder analizar si con posterioridad a octubre de dos mil nueve (2009) fue cumplida o incumplida.

A tenor de la cláusula cuarta, el contrato "*tendrá una duración inicial de tres (3) años, contados a partir de la firma de este documento, prorrogables por mutuo acuerdo por las partes*". Los dos pasajes subrayados por los árbitros, constituyen los aspectos de análisis para contestar un interrogante específico, ya anunciado: ¿la relación jurídica

que tuvieron las partes del proceso, después de cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009) y hasta agosto de dos mil once (2011), cuya existencia acreditan los pedidos, despachos y pagos, del vino de misa Pontificio, fue la misma que nació con el contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), por ende prorrogada, o fue una diversa?

El Tribunal, en primer término, observa que la expresión del convenio conforme a la cual la prórroga de la duración sería fruto del mutuo acuerdo de las partes, podría significar que éste debería ser expreso y que, en ausencia del acuerdo expreso, fatalmente el contrato se extinguiría por el vencimiento del término.

Pero ello sería de esa forma, si simultáneamente no apareciera la voluntad contractual de que el término previsto no iba a ser el único, pues se dijo que el de tres años era uno inicial, siguiéndose de allí que en la mente de las partes estaba la idea de una continuidad del contrato y que no puede efectuarse una interpretación restrictiva sobre el modo como debería obrar el mutuo acuerdo para la prórroga, a saber, que tuviera que constar por escrito³² necesariamente, pues el silencio de la cláusula a este respecto permite afirmar que la prolongación de la vida

³² Lo que podría pensarse dado el hecho indiscutido en el proceso, de haberse consumado de esa manera la prórroga del contrato de fabricación de vinos Frizzantino y Charleston, de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005), plasmada en documento de veintiocho (28) de agosto de dos mil seis (2006) (folios 18 a 19 del cuaderno No. 1 principal). Pero la explicación sobre la suscripción de ese documento, es otra, en especial cuando se advierte que ocurrió 14 meses antes del vencimiento del contrato: la prórroga se firmó en el tiempo en que se gestionó por la sociedad demandante el leasing con Leasing Bancolombia. Repárese cómo en la valoración de la solicitud del leasing (folio 170 del cuaderno de exhibición de documentos Leasing Bancolombia), elaborada por la funcionaria de Leasing Maribel Tamayo, el 30 de agosto de 2006, se lee sobre el contrato: "...tiene una vigencia la cual está firmándose por Dislicores actualmente (sic) hasta los 5 años, inicialmente era de 2 pero una vez recibieron las muestra (sic) Dislicores por medio de su Junta directivo (sic) prorrogó el plazo...".

Podría aducirse en contra que DISLICORES S.A. sostuvo en el proceso que no celebraba contratos por varios años, prueba de lo cual sería que el contrato No. 1 lo fue por dos. Pero el Tribunal no puede atender dicha razón, porque a folios 828 a 829 del cuaderno No. 2 principal, obra el texto de un contrato de fabricación de vino convenido entre la demandada y Vinícola Torre Vieja, de febrero de dos mil cinco (2005), por cinco años.

del contrato podía obedecer a la ejecución de las prestaciones originadas en él.

En consecuencia, no se encuentra razonable exigir que tal acuerdo fuera expreso y por escrito y con el efecto de que, no dándose, entonces el plazo original produciría inevitablemente la desaparición de derechos y obligaciones.

Aterrizados en la prueba obtenida en la instrucción, es notorio que ningún medio de prueba se procuró para acreditar que entre **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**, para octubre de dos mil nueve (2009), al término de los tres (3) años iniciales del contrato, se hubiera celebrado un convenio manifiesto, escrito o verbal, de los términos como en adelante someterían su relación comercial de fabricación del vino de misa Pontificio. No aparecen en el expediente testimonios o documentos que acrediten que para la aludida época las partes determinaron el modo y circunstancias en que la demandada haría pedidos de fabricación a la actora, en cuáles cantidades o si los mismos quedaban sujetos a vaivenes del mercado y a la voluntad de la propietaria de la marca, precios, formas de pago, etc. Ninguna oferta de contrato distinto al que ligaba a las partes y ninguna aceptación expresa o tácita de propuesta semejante constan en los autos.

Pero tampoco hay prueba de que la intención de las partes fuera cambiar las estipulaciones del contrato celebrado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006). Sí la hay, con todo, de que con posterioridad al cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), **DISLICORES S.A.** siguió haciendo pedidos a la convocante, por iguales montos a los que solía hacer y con precios similares.

Para el Tribunal, esos pedidos, despachos, facturas y pagos subsiguientes a cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), en las mismas condiciones en que se ejecutó el contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), tiene el significado de que las partes contratantes continuaron llevando a cabo las mismas prestaciones que

habían acordado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) y, por tanto, a través de esos hechos prorrogaron el contrato, cuya duración original calificaron de inicial, en una nítida señal de que esa duración no sería obstáculo para permanecer vinculados por una relación mercantil.

Y puede abundarse en elementos persuasivos, quizás definitivos. Así, para el Tribunal es de gran significado el hecho de que la demandante reclamó a **DISLICORES S.A.** por comunicación de treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010) (folio 125 a 126 del cuaderno No. 1 principal)³³, por el cumplimiento del contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) y no por uno diferente y frente a tal reclamo, según emerge de la prueba recaudada, la conducta de la convocada fue totalmente indiferente, como se concluye de no aparecer un medio de convicción que estableciera que la demandada se opuso a que le exigieran obligaciones que no tuviera a su cargo.

Similar situación se presenta con la comunicación de la demandante que puso fin al contrato, de dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011) (folio 202 del cuaderno No. 1 principal), cuando se refiere al contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) y no a uno diferente.

Acaso pudiera discutirse que la prórroga tácita (y/o la tácita reconducción, para quien las asimile) es una figura propia de ciertos contratos y no de todos, por no ser general. Aun así, de serlo, lo sería de contratos nominados y típicos. El de fabricación que es materia de examen, no lo es. Si bien goza de lo que puede llamarse tipificación social, no aparece reglado en el ordenamiento y de allí que se deba admitir que es el resultado de la autonomía privada, la misma que puesta en juego dio pie para que los contratantes hubieran mantenido el contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006).

³³ Reclamo parecido había elevado en 2008, según escrito de 4 de agosto que corre a folio 122 del cuaderno No. 1 principal, y sobre el cual la prueba arrojó que la convocada nada dijo.

Entiende el Tribunal, además, que la prórroga de un negocio jurídico de duración definida, si nada se dice o se dispone en contrario (por la ley o por las partes), prolonga el contrato por un tiempo igual al primitivo. Para el caso, entonces, se concluye que el conocido como contrato No. 2 se prorrogó el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009). Mas, no obstante que al alargarse su duración iría ésta hasta el cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012), como ya se precisó frente al contrato No. 1, la sociedad demandante, de modo unilateral, se separó de sus vínculos contractuales el dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011).

Para los fines de la decisión que se adoptará, en consecuencia, se declara que el contrato denominado No. 2, celebrado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) para la fabricación del vino de misa Pontificio, tuvo una duración entre esa fecha y el quince (15) de septiembre de dos mil once (2011), en virtud de prórroga del contrato original y con las mismas cláusulas pactadas en él.

4.4 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La demandante busca que se declare que **DISLICORES S.A.** incumplió los contratos denominados 1 y 2, de fabricación, atendida desde luego al texto literal de los documentos.

Esa declaración, que es la primera titulada PRINCIPAL por la sociedad actora, envuelve una misma petición frente a dos contratos diferentes o separables. Porque es bien claro, y así ha quedado delimitado en este laudo, que la parte convocada podía haber atendido los dos contratos, o solo uno.

Consta en el hecho vigésimo séptimo de la reforma a la demanda, folios 246 a 247 del cuaderno No. 1 principal:

**"VIGÉSIMO SÉPTIMO: PERJUICIOS DERIVADOS DEL
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. Del incumplimiento**

contractual de estos convenios por parte de DISLICORES S.A., se desprendió, en forma causal y necesaria, una serie de perjuicios representados en:

El daño emergente (maquinarias, insumos, elementos, adecuaciones y equipos implementados, entre otros, previstos por parte de Darío Murillo e Hijos y Cía. Ltda. para cumplir con los contratos); debidamente indexado.

El lucro cesante (utilidades dejadas de percibir en el marco de la vigencia temporal de cada contrato); afectado con los intereses moratorios del caso.

Valor: Los anteriores perjuicios se hallan plenamente soportados en la contabilidad de mi representada, y son determinados, luego de un dictamen pericial serio y concienzudo, mediante un JURAMENTO ESTIMATORIO, en los cuales para este proceso se ha excluido el contrato nro. 3, así:

Lucro cesante y daño emergente causado hasta el 31 de mayo de 2011: CINCO MIL NOVECIENTOS CUATRO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$5.904´196.694)" (folio 31 y 32).

Lucro cesante proveniente de renovación tácita de contratos: CINCO MIL DOSCIENTOS VENTICUATRO MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$5.224´057.885). (folio 39).

TOTAL: ONCE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y UNO CUATROSCIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$11.143´191.426)". (SIC)³⁴

³⁴ El Tribunal advierte error en lo copiado, por cuanto la simple operación aritmética de sumar las dos cantidades arroja un total de once mil ciento veintiocho millones doscientos cincuenta y cuatro mil quinientos setenta y nueve pesos (\$ 11.128.254.579).

En criterio del Tribunal, a pesar de la forma indiferenciada como se presentó la pretensión, pueden en ésta separarse los temas, por contratos y conceptos. Así, la petición contenida en la demanda involucra para los dos contratos (números 1 y 2) un daño emergente y en éste incluye un dinero no reembolsado que debió cubrirse en razón de uno solo de los dos (letra h del hecho décimo de la reforma a la demanda): por ello, es viable individualizar ese concepto que, además, no corresponde a la categoría del daño emergente si, como a su vez es palmario, el propio Contrato No. 1 determinó el reembolso, al cual se obligó la convocada y que no depende de perjuicio alguno.

En cuanto a otros conceptos incluidos en el daño emergente reclamado, el Tribunal considera que no pueden ser reconocidos porque corresponden a inversiones que hizo la convocante y que continúan de su propiedad o a otros gastos que no fueron demostrados por la demandante.

La parte actora expuso en su demanda y en la reforma a ésta, que los perjuicios que dijo sufrir habían sido tasados en un dictamen extraprocesal elaborado por la asesora María Dolores Estrada Patiño, visible en un escrito que acompañó con la demanda. E indicó, como se observa en el hecho 27 copiado, que el lucro cesante se dividía en dos segmentos, uno causado hasta 31 de mayo de dos mil once (2011) y otro a raíz de la renovación tácita de los contratos.

De nuevo, entonces, aparece que pueden separarse los conceptos. Y en cada uno, a su turno, si de dos contratos se trata, el correspondiente lucro cesante.

En la evaluación de la doctora Estrada Patiño, se lee que por el contrato No. 2, vino de misa Pontificio, el lucro cesante calculado hasta el mes de abril de 2011 fue de \$663.285.167,52 más intereses acumulados por \$348.440.692,11. Total de lucro cesante hasta abril de 2011: \$1.011.725.859,63.

El daño emergente total fue considerado en \$572.444.742. Restada esta cifra de la indicada de \$5.904´196.694, queda una partida de \$5.331´751.952 por el lucro cesante de los dos contratos, hasta mayo de 2011, en el cálculo de la parte actora, y en ésa el lucro por el contrato de fabricación del vino Pontificio asciende a un 19% aproximado de la reclamación.

Por lo que concierne al lucro cesante que se reclama en razón de prórrogas, el 19% señalado (sobre \$ 5.224.057.885) equivale a \$992.570.998,15.

A la luz de este ejercicio, puede evaluarse la pretensión de condena formulada con ocasión del contrato No. 2 en la suma de \$2.004.296.857,78, suma que se tomará como base para aplicar, en la forma como proceda, la regulación del juramento estimatorio.

Con anterioridad fue fijada la realidad del contrato No. 1 existente entre las partes y conforme a la prueba y a la interpretación de sus cláusulas, se concluyó que no podía afirmarse que la demandada incumplió la obligación de elevar pedidos mensuales por ciertas cantidades para cada uno de los productos objeto de fabricación.

Si no había una obligación precisa y determinada, entonces, no puede declararse que hubo incumplimiento porque los pedidos no se ajustaran a la cantidad mencionada en la cláusula quinta del contrato.

Por esto, y en cuanto al contrato No. 1, no se accederá a la pretensión principal, con la salvedad que a continuación se consigna, y de allí que las pretensiones consecuenciales estén llamadas también al fracaso, con la excepción que se dirá.

En efecto, quedó claro de la prueba testimonial y del documento contractual (contrato No. 1), que los costos y gastos de materia prima e insumos para la primera producción, serían de cargo de la demandada. Según lo acreditado en la prueba pericial, páginas 28 y 29, esos costos

y gastos, que de acuerdo con el parágrafo único de la cláusula segunda del documento de 5 de noviembre de 2005 "la titular asumirá" (de la primera importación), ascendieron a \$40.968.722,98. No obra prueba de que **DISLICORES S.A.** hubiera pagado esa suma a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.** y no se desprende de la cláusula citada un plazo dentro del cual se debía efectuar el reembolso, por lo que debe entenderse que era una obligación pura y simple, exigible una vez se hubieran causado los costos y gastos que, según la pericia, tienen por última fecha el 30 de enero de 2007. Será ésta, por tanto, la que se tomará para actualizar el valor adeudado.

Se ordenará a **DISLICORES S.A.**, entonces, el pago a favor de la demandante, de la suma de \$40.968.722,98, indexada a julio 31 de 2013, fecha hasta la cual existe reporte del DANE sobre el IPC aplicable para la indexación, según liquidación que posteriormente se realiza, por el reembolso que debió hacer, pactado en la cláusula segunda del contrato de fabricación de 5 de noviembre de 2005, pero como consecuencia de haber incumplido esa precisa estipulación y no como daño emergente, por lo explicado más atrás.

Respecto del contrato No. 2, y por lo analizado e interpretado, encuentra el Tribunal que las pretensiones de la demanda pueden acogerse. Por lo cual resulta de rigor ocuparse de las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada.

4.5 LAS EXCEPCIONES

La defensa de la sociedad convocada, como se ha repetido varias veces, giró en torno a su tesis, que fue suficientemente examinada, de haberse configurado una simulación contractual.

Dicha excepción, entonces, quedó resuelta y también la de contrato no cumplido pues para **DISLICORES S.A.** la falta de entrega de unidades que pedía a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y COMPAÑÍA LTDA.** no le representó nunca un obstáculo para reiterar pedidos, no le llegó a elevar

reclamos y, más notorio aún, contrató con esa sociedad, en 2005, a sabiendas de que, desde antes, no era, según su concepto, un contratante cumplido. Véase en este punto y por toda la prueba, la declaración del representante legal de **DISLICORES S.A.**, en la cual asegura: "**PREGUNTADO:** Dice usted en una respuesta que acaba de dar, que el que recomendó que fuera con DARIO MURILLO era usted. **CONTESTO:** Fui yo. **PREGUNTADO:** ¿Usted antes de esto no había tenido dificultades con DARIO MURILLO, para efectos de cumplimiento de cantidades pedidas? **CONTESTO:** Sí, a ver, es que lo que había en el escenario, le voy a contar doctor por qué prefería yo a Álvaro. Yo prefería a Álvaro porque Álvaro tenía mejor control de calidad que lo que había de posibilidad en el mercado".

Si para **DISLICORES** hubiera sido tan esencial una consideración sobre el cumplimiento, no habría contratado con la accionante la fabricación de que trata el contrato No. 1. Por esta vía se pronuncia el Tribunal, además, acerca de una eventual queja de la opositora por el hecho del incumplimiento. Si no le importaba, no podía lícitamente alegarlo en el proceso. Y esa suerte será la de la excepción de contrato no cumplido que se aduce.

Por lo que concierne a otras excepciones, la decisión que se anunció, respecto del denominado contrato No. 1, releva de pronunciamiento. No teniendo éxito las pretensiones consecuenciales del incumplimiento no declarado pero que predicó la parte actora, no hay lugar a consignar análisis sobre los perjuicios.

Separados los contratos, deviene ahora el examen de las excepciones formuladas, en relación con el número dos, de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), para la fabricación del vino de misa Pontificio. Se recuerda al efecto que las planteadas fueron las de simulación de los contratos cuyo incumplimiento se invoca como sustento de las pretensiones, ausencia de legitimación en la causa por activa, cumplimiento de los contratos por parte de la sociedad **DISLICORES S.A.**, inexistencia de la obligación indemnizatoria, inoponibilidad de los

supuestos contratos, y nulidad de los supuestos contratos, las cuales se despachan en su orden de la siguiente forma:

a) Simulación de los contratos cuyo incumplimiento se invoca como sustento de las pretensiones

Si bien se alcanzó a señalar por el Tribunal que la simulación más bien fue propuesta en relación con el contrato No. 1, toda la argumentación consignada en el presente laudo, y especialmente la relacionada con la presunción de veracidad y seriedad del contrato, aplicada al No. 2, permite reiterar que dicha simulación no se encuentra perfilada en este caso y por esto no prospera la excepción.

b) Ausencia de legitimación en la causa por activa

Esta excepción la basó la sociedad **DISLICORES S.A.** en que de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil celebrado por la convocante con Fiduciaria Bogotá S.A., Fidubogotá, que implicó la cesión de los derechos económicos derivados del contrato de fabricación existente entre aquella y **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.**, derechos éstos definidos en la fiducia como la totalidad de las sumas de dinero que por remuneración o cualquier otro concepto surgiera de la ejecución del mencionado negocio jurídico de fabricación, la reclamación de la demanda no podía ser propuesta sino por Fidubogotá.

Con la demanda, primero, y posteriormente por haberse practicado exhibición de los documentos, se arrimó al expediente el contrato de fiducia mercantil aludido, que reposa, en su orden, a folios 92 a 106 del cuaderno No. 1 principal y a folios 390 a 404 del cuaderno de exhibición documental de Leasing Bancolombia. Pero igualmente consta en el proceso que dicha fiducia fue liquidada y terminada (acta de terminación de 30 de abril de 2012, folios 10 y 11 del cuaderno No. 1 de exhibición de documentos de Fidubogotá).

A pesar de que el contrato de fiducia subsistía para la época en que se promovió la demanda arbitral, considera el Tribunal que el mismo no impedía a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.** reclamar directamente a **DISLICORES S.A.** la indemnización que pretende en el libelo. Según el contrato de fiducia, el cobro jurídico de derechos económicos, para el caso de tenerse por tales las indemnizaciones por perjuicios, estaba en cabeza de la convocante y no de la fiduciaria (cláusula 7, 7.2 numeral 9).

Sin perjuicio de estas disquisiciones, y dada la separación de los contratos realizada para efectos de la decisión arbitral, observa el Tribunal que la fiducia en cuestión no comprendía el contrato de fabricación No. 2, al tenor de las definiciones contenidas en aquella, que señala que contrato de fabricación (en el texto de la fiducia), es "*el contrato suscrito entre DISLICORES S.A. y el FIDEICOMITENTE, de fecha 5 de noviembre de 2005...*", obrante a folio 19 del cuaderno de exhibición de documentos No. 1 de Fidubogotá.

Por ello, la excepción, cuyo contenido fue despejado antes, no tiene valor en relación con el segundo contrato, el de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006). Y es lo que se dirá en la parte resolutive.

c) Cumplimiento de los contratos por parte de la sociedad **DISLICORES S.A.**

También quedó establecido que el contrato No. 2 no fue cumplido por la convocada, en su estipulación quinta, delimitada la misma en la obligación de un pedido mínimo de cajas del vino de misa Pontificio. La probabilidad de éxito de la pretensión solo podría fundarse en la demostración de haberse realizado pedidos iguales o superiores a los mínimos pactados, la cual no obra en el expediente. Desde luego, no puede pasarse por alto que la accionada insistió en que su obligación no se ligaba a un mínimo de cajas en los pedidos que realizara y ello explica por qué no podía allegarse una prueba diversa a la que se acopió.

d) Inexistencia de la obligación indemnizatoria

No obstante no corresponder a una verdadera excepción de mérito, expresa el Tribunal que no está llamada a prosperar la defensa, por haberse acreditado que hubo incumplimiento del contrato No. 2 por la convocada y no aparecer demostrado ningún hecho impeditivo o extintivo de la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento.

Adicionalmente, se dijo en otro aparte de este laudo que algunos conceptos incluidos en el daño emergente reclamado, no pueden ser reconocidos porque corresponden a inversiones que hizo la convocante y que continúan de su propiedad o a otros gastos que no fueron demostrados por la demandante.

Respecto del contrato No. 1, no hay lugar a pronunciamiento sobre la excepción, por no acogerse la pretensión de incumplimiento.

e) Inoponibilidad de los supuestos contratos

Desde la contestación a la demanda original, el apoderado de la convocada planteó que todos los contratos mencionados por la convocante, debían haber sido autorizados, dada su cuantía, por la Junta Directiva de **DISLICORES S.A.** Y sobre el particular consignó en el escrito que entregó en la audiencia de alegaciones, que *"si bien hubo una autorización posterior a la suscripción del supuesto contrato # 1, sólo para ayudar a la convocante para satisfacer las exigencias de LEASING BANCOLOMBIA, dicha autorización se refiere exclusivamente a la duración del contrato, pero nunca se sometió a la aprobación de la junta la cuantía del mismo. Por ese motivo, la misma razón que la convocante aduce para no incluir en la demanda el supuesto contrato # 3, es aplicable a los contratos # 1 y 2"*.

Aunque no es de recibo decir que la autorización impartida por la Junta Directiva de la accionada, que consta en su acta No. 22, no lo era del

contrato en sí, por su cuantía, aunque sí por su duración, tal asunto concierne al contrato No. 1 y se antoja superfluo revisarlo, por la suerte de las pretensiones frente a ese negocio jurídico en particular.

Se concreta la defensa, entonces, para las peticiones vinculadas al contrato No. 2. Y debe decir el Tribunal que es un hecho evidente en el proceso, que ese contrato, por parte de **DISLICORES S.A.**, no fue aprobado por su Junta.

Sin embargo, tal situación aparece como un elemento de forma solamente, en el presente debate. Si el contrato No. 2 no se hubiera ejecutado en ningún momento y viniera la actora en el proceso a exigir su cumplimiento, la persona jurídica vinculada por el contrato en virtud del obrar de su representante podría oponerse al cumplimiento.

Por el contrario, el contrato No. 2 fue ejecutado por la parte demandada, mediante pedidos y pagos del producto cuya fabricación pidió a la demandante. En tales circunstancias, no tiene soporte sustancial que la parte venga a excusarse de la pretensión que se le esgrime, con el argumento de no ser vinculante el negocio que ella misma ejecutó, cualquiera que fuera la forma en que lo hubiera hecho, esto es, cumpliéndolo o incumpléndolo.

Se declarará que no prospera la excepción.

f) Nulidad de los supuestos contratos

La excepción de nulidad de los contratos la hizo descansar la sociedad en dos factores: ausencia de sus elementos, como el precio, en cuanto alegó que no lo había; y falta de autorización del representante legal de la convocante.

Ambas fuentes del hecho están respondidas en otros análisis de este laudo. Precio de fabricación lo hubo para los dos contratos, salvedad de no haberse acordado definitivamente el del vino Charleston, de modo

que no es factible considerar como exitosa la excepción por esta vía. Y en cuanto se refiere a la autorización al representante de la demandante, sorprende que su falta se trate como origen de nulidad, cuando en el sentido inverso se la trajo como motivo de inoponibilidad.

Por lo que atañe al contrato No. 1, no hace falta profundizar en la cuestión, como se ha dejado sentado. En relación con el contrato No. 2, el Tribunal no ve cómo se estructuraría nulidad, sin más, que al parecer sería absoluta, pues no encuentra norma imperativa que haya sido violentada.

Vueltos los ojos a la inoponibilidad, además de que tendría que ser alegada por **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.**, sirve el raciocinio organizado en otro lugar, para concluir que el contrato número dos fue ejecutado voluntariamente por las partes.

En consecuencia, no prospera la excepción.

g) Otra excepción

A la hora de su alegación la parte convocada adujo una excepción más, de contrato no cumplido. Pero ésta tampoco se acogerá, pues se ha explicado antes que la conducta de **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.**, en relación con el cumplimiento de obligaciones frente a la demandada, no llegó a importarle a ésta para persistir en los contratos, antes de los que originaron este arbitraje, y posteriormente.

4.6 DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

La sociedad convocante, **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, en cumplimiento del artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, estimó en la demanda, bajo juramento, el valor de los perjuicios reclamados, en la cantidad de

\$11.143.191.426, cifra que en la reforma a la demanda se mantuvo. La sociedad convocada, **DISLICORES S.A.**, en su respuesta a la demanda, objetó la estimación de los perjuicios incluida en dicha demanda y, al contestar la reforma de la misma, reiteró la objeción a la cuantía estimada por la convocante y solicitó expresamente la aplicación del inciso 2º de la norma citada, que establece: "*Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia*".

El reconocimiento de perjuicios por concepto del incumplimiento del contrato de fabricación del vino de misa Pontificio, como se apuntó, de acuerdo con el cálculo pericial, asciende a la cantidad de \$1.873.309.140,00, hasta el mes de agosto de dos mil once (2011), y la cual se indexará hasta 31 de julio de 2013, teniendo en cuenta que último reporte oficial del IPC reportado por el DANE va hasta ese período.

Comparado el monto de la condena, sin la indexación, esto es, \$1.873.309.140, con la base de análisis identificada en otro apartado (proporción de la pretensión por el Contrato No. 2 en la pretensión consecencial elevada de modo indiferenciado por los dos contratos), a saber, \$2.004.296.857,78, encuentra el Tribunal que es inaplicable la disposición copiada del artículo 10 de la Ley 1395 de 2010.

Ahora bien, resulta imperioso referirse a la suerte de la pretensión de condena en relación con el Contrato No. 1, ya definida como adversa a los intereses de la sociedad demandante, salvedad de un reembolso cuyo pago no demostró la accionada. Si tal aspiración no fue acogida, ¿será procedente la sanción ordenada por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, vigente para cuando se introdujo la demanda?; ¿o lo será el texto legal actualmente vigente, propio del artículo 206 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 12 de julio de 2012, promulgada mediante su publicación en el Diario Oficial en esa misma fecha)? En el nuevo régimen del juramento estimatorio se prescribe que "Si la

cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia". Y se trajo otra regla, ausente en el sistema de la Ley 1395:

"Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas".

La constitucionalidad de la norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, en la cual, en síntesis, se interpretó que el juez debería examinar, en el caso, si la parte que no demostró los perjuicios obró con temeridad, y si fue diligente.

En el presente proceso arbitral no halla el Tribunal que la conducta procesal de la parte accionante, con su demanda, haya sido temeraria o que su actividad en el proceso haya sido descuidada o negligente. Por el contrario, debe advertir que la sociedad actora fue cuidadosa y atenta al desarrollo de las actuaciones y diligencias procesales que se llevaron a cabo y de la prueba que se practicó, para cuya realización obró con acuciosidad y con lealtad con su contraparte.

Lo anterior es suficiente para despachar negativamente la aplicación de la sanción contenida en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso. Con todo, debe advertirse que, dado el carácter claramente sancionatorio de la disposición, su procedencia es restrictiva, y no puede extenderse a otros eventos similares y, ni siquiera, a aquellos en los cuales la sanción pudiera parecer incluso mucho más justificable que en el evento previsto por la norma, como sería el caso de haber sido denegadas todas las pretensiones de la demanda.

4.7 LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA

Como quiera que es imperativo liquidar en el laudo todas las condenas, se procede a ello, de la siguiente forma:

a) Pago de la cantidad de \$40.968.722,98. Ha de indexarse entre treinta (30) de enero de dos mil siete (2007) y treinta (31) de julio de dos mil trece (2013), así:

INDEXACIÓN

COSTO DE MATERIA PRIMA IMPORTADA

INDEXADO DE ENERO 30 DE 2007 A

A JULIO 31 DE 2013

AÑO	MES	IPC MES	TOTAL A INDEXAR	INDEXACIÓN	SALDO INDEXADO AL MES
2007	Enero	0,77%	40.968.723	-	40.968.723
2007	Febrero	1,17%	40.968.723	479.334	41.448.057
2007	Marzo	1,21%	41.448.057	501.521	41.949.579
2007	Abril	0,90%	41.949.579	377.546	42.327.125
2007	Mayo	0,30%	42.327.125	126.981	42.454.106
2007	Junio	0,12%	42.454.106	50.945	42.505.051
2007	Julio	0,17%	42.505.051	72.259	42.577.310
2007	Agosto	-0,13%	42.577.310	(55.351)	42.521.959
2007	Septiembre	0,08%	42.521.959	34.018	42.555.977
2007	Octubre	0,01%	42.555.977	4.256	42.560.232
2007	Noviembre	0,47%	42.560.232	200.033	42.760.265
2007	Diciembre	0,49%	42.760.265	209.525	42.969.791
2008	Enero	1,06%	42.969.791	455.480	43.425.270
2008	Febrero	1,51%	43.425.270	655.722	44.080.992
2008	Marzo	0,81%	44.080.992	357.056	44.438.048
2008	Abril	0,71%	44.438.048	315.510	44.753.558
2008	Mayo	0,93%	44.753.558	416.208	45.169.766
2008	Junio	0,86%	45.169.766	388.460	45.558.226
2008	Julio	0,48%	45.558.226	218.679	45.776.906
2008	Agosto	0,19%	45.776.906	86.976	45.863.882
2008	Septiembre	-0,19%	45.863.882	(87.141)	45.776.741
2008	Octubre	0,35%	45.776.741	160.219	45.936.959
2008	Noviembre	0,28%	45.936.959	128.623	46.065.583
2008	Diciembre	0,44%	46.065.583	202.689	46.268.271
2009	Enero	0,59%	46.268.271	272.983	46.541.254
2009	Febrero	0,84%	46.541.254	390.947	46.932.201
2009	Marzo	0,50%	46.932.201	234.661	47.166.862
2009	Abril	0,32%	47.166.862	150.934	47.317.795
2009	Mayo	0,01%	47.317.795	4.732	47.322.527
2009	Junio	-0,06%	47.322.527	(28.394)	47.294.134
2009	Julio	-0,04%	47.294.134	(18.918)	47.275.216

AÑO	MES	IPC MES	TOTAL A INDEXAR	INDEXACIÓN	SALDO INDEXADO AL MES
2009	Agosto	0,04%	47.275.216	18.910	47.294.126
2009	Septiembre	-0,11%	47.294.126	(52.024)	47.242.103
2009	Octubre	-0,13%	47.242.103	(61.415)	47.180.688
2009	Noviembre	-0,07%	47.180.688	(33.026)	47.147.661
2009	Diciembre	0,08%	47.147.661	37.718	47.185.380
2010	Enero	0,69%	47.185.380	323.593	47.508.972
2010	Febrero	0,83%	47.508.972	393.585	47.902.557
2010	Marzo	0,25%	47.902.557	120.422	48.022.979
2010	Abril	0,46%	48.022.979	221.104	48.244.084
2010	Mayo	0,10%	48.244.084	49.826	48.293.910
2010	Junio	0,11%	48.293.910	54.907	48.348.817
2010	Julio	-0,04%	48.348.817	(20.375)	48.328.441
2010	Agosto	0,11%	48.328.441	54.240	48.382.681
2010	Septiembre	-0,14%	48.382.681	(65.672)	48.317.009
2010	Octubre	-0,09%	48.317.009	(42.621)	48.274.388
2010	Noviembre	0,19%	48.274.388	93.667	48.368.056
2010	Diciembre	0,65%	48.368.056	313.677	48.681.733
2011	Enero	0,91%	48.681.733	443.004	49.124.737
2011	Febrero	0,60%	49.124.737	294.748	49.419.485
2011	Marzo	0,27%	49.419.485	133.433	49.552.918
2011	Abril	0,12%	49.552.918	59.464	49.612.381
2011	Mayo	0,28%	49.612.381	138.915	49.751.296
2011	Junio	0,32%	49.751.296	159.204	49.910.500
2011	Julio	0,14%	49.910.500	69.875	49.980.375
2011	Agosto	-0,03%	49.980.375	(14.994)	49.965.381
2011	Septiembre	0,31%	49.965.381	154.893	50.120.273
2011	Octubre	0,19%	50.120.273	95.229	50.215.502
2011	Noviembre	0,14%	50.215.502	70.302	50.285.803
2011	Diciembre	0,42%	50.285.803	211.200	50.497.004
2012	Enero	0,73%	50.497.004	368.628	50.865.632
2012	Febrero	0,61%	50.865.632	310.280	51.175.912
2012	Marzo	0,12%	51.175.912	61.411	51.237.323
2012	Abril	0,14%	51.237.323	71.732	51.309.056
2012	Mayo	0,30%	51.309.056	153.927	51.462.983
2012	Junio	0,08%	51.462.983	41.170	51.504.153
2012	Julio	-0,02%	51.504.153	(10.301)	51.493.852
2012	Agosto	0,04%	51.493.852	20.598	51.514.450
2012	Septiembre	0,29%	51.514.450	149.392	51.663.842
2012	Octubre	0,16%	51.663.842	82.662	51.746.504

AÑO	MES	IPC MES	TOTAL A INDEXAR	INDEXACIÓN	SALDO INDEXADO AL MES
2012	Noviembre	-0,14%	51.746.504	(72.445)	51.674.059
2012	Diciembre	0,09%	51.674.059	46.507	51.720.565
2013	Enero	0,30%	51.720.565	155.162	51.875.727
2013	Febrero	0,44%	51.875.727	228.253	52.103.980
2013	Marzo	0,21%	52.103.980	109.418	52.213.399
2013	Abril	0,25%	52.213.399	130.533	52.343.932
2013	Mayo	0,28%	52.343.932	146.563	52.490.495
2013	Junio	0,23%	52.490.495	120.728	52.611.223
2013	Julio	0,04%	52.611.223	21.044	52.632.268
TOTAL INDEXACION				10.535.430	

SUMA INDEXADA	52.632.268
----------------------	-------------------

* Dado que el lucro cesante obtenido es con los precios de octubre no se indexa, de la misma manera el lucro cesante de cada mes se indexa solo al mes siguiente.

b) Los perjuicios por el incumplimiento del contrato de fabricación del vino de misa Pontificio

Para el Tribunal, la parte actora logró demostrar que los pedidos efectuados por **DISLICORES S.A. a DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.**, de vino Pontificio, durante la vigencia inicial y la prórroga del contrato suscrito el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), no fueron de la cantidad mínima de cajas a la cual se comprometió, en tanto las pedidas mes a mes no llegaron a ser en ningún caso iguales a ese mínimo. Así las cosas, resulta forzoso afirmar que como consecuencia de ese incumplimiento, la accionante sufrió un lucro cesante para el período comprendido entre el mes de octubre de dos mil seis (2006) y agosto de dos mil once (2011), lucro cesante el cual además se estableció en el dictamen pericial presentado por César Mauricio Ochoa Pérez, quien determinó, entre otras cosas, los estados de costos mensuales por producto, así como las cantidades no pedidas de los productos contratados.

En los papeles de trabajo (en especial los denominados P/T-08 y 09), que de antemano el Tribunal ha calificado como parte de la pericia, y con mérito probatorio, el experto realizó la tarea de costos que permitió identificar el detalle de los costos variables y fijos del Vino de Misa Pontificio, así como la utilidad marginal y las cantidades no pedidas.

Con miras a la determinación del lucro cesante, los árbitros se ocuparon de estudiar los cálculos efectuados en el ámbito de la ciencia contable y los conceptos que las partes solicitaron explicar al auxiliar, en especial, las precisiones planteadas en la "Aclaración y complementación", en la cual se lee:

"El concepto "margen de contribución" es clásico en la teoría de costos, y en los denominados análisis de punto de equilibrio de las líneas de producción (contabilidad administrativa), para nuestro caso es técnico hablar de margen de contribución, ya que es el primer resultado que bajo la teoría, y en la práctica se obtiene, margen que permite absorber (pagar) los costos fijos y establecer las diferentes utilidades del productor.

Para mayor comprensión nos aproximaremos a estos conceptos:

La siguiente es una breve explicación de los términos que fundamentan la teoría (conceptos válidos -sic- solo para establecer el Margen de Contribución):

a) Ventas o ingresos totales (IT): son los valores totales de la mercancía vendida por la empresa y pueden oscilar entre el 0% de ventas según la capacidad instalada y 100% de ventas según la misma capacidad, por ello algunos los denominan ingresos variables.

b) Costos fijos (CF): los costos fijos son los costos y gastos de nuestro sistema contable legislado, que no varían así las ventas estén en el 0% de la capacidad instalada o en el 100%, es decir con x volumen de ventas, son iguales, que en y volumen de ventas (como ejemplo tenemos: arriendo de oficina, salario del contador, honorarios del revisor fiscal, trabajadores mínimos para operación de la línea de producción, entre otros.)

c) Costos variables (CV): los costos variables son los costos y gastos, que varían con los cambios en el volumen de ventas, es decir, frente a unas ventas del 0% de la capacidad instalada, los costos variables son cero, y frente a unas ventas del 100% de la capacidad instalada los costos variables son proporcionales a esa mismo volumen de ventas.

Si es aplicada la técnica de la "contabilidad administrativa y de costos" para hallar la contribución marginal, se puede definir matemáticamente así:

Margen de Contribución = Ingresos Totales (Ventas) - Costos Variables;

MC=IT-CV, siempre que el contenido de estos términos sea el explicado anteriormente.

Algunos profesionales de la contaduría pública para mayor claridad, entre los cuales se incluye este perito, han preferido usar margen de contribución específicamente cuando la expresión se realice en términos relativos (porcentual), y "utilidad marginal" a la expresión en términos absolutos (diferencia numérica); no obstante si se entiende por Utilidad Marginal, la diferencia entre los ingresos totales y los costos variables, juzgados los términos de la ecuación bajo los lineamientos antes expresados margen de contribución y utilidad marginal, bajo los lineamientos establecidos, son el mismo sustrato representado numéricamente de forma diversa.

Que es lucro cesante en materia del litigio en el que se traban las partes, corresponde al tribunal. Sin embargo bajo la técnica de contabilidad de costos, en materia de unidades no producidas, de acuerdo a las doctrinas imperantes (americana e inglesa); quien podía producir (tiene capacidad instalada) y no lo pudo hacer por cualquier causa, obtiene como resultado un "lucro cesante", es decir, deja de percibir ingresos, los cuales de producirse hubiesen generado costos relacionados directa y variablemente con los mismos, lo que se denomina costos variables.

Siempre que se produce el ingreso se ocasiona el costo variable, obteniendo como resultado el lucro que no obtuvo el productor o prestador del servicio, por la no venta de las unidades.

Con el lucro no producido (lucro cesante) se hubiesen cubierto (absorbido) los costos y gastos fijos, para obtener las diferentes escalas de utilidad, como se estableció en el dictamen inicial.

El interrogante que se plantea con frecuencia, es porque no es otro nivel de utilidad, sino el margen de contribución (utilidad marginal) el que corresponde al lucro cesante en materia de costos de producción, y la respuesta es clara cuando se entiende que los costos fijos, se causan en cualquier nivel de producción, incluso en cero unidades fabricadas, y estos deben ser absorbidos por el margen de contribución, que es el lucro obtenido, del cual se extraen los costos fijos y se obtienen los diversos niveles de utilidad. Lo anterior es una consideración eminentemente técnica desde el punto de vista de la contabilidad administrativa y de costos, nunca podrá entenderse como la determinación del lucro cesante que corresponde al caso, labor que es competencia del tribunal."

El Tribunal acoge lo expresado por el perito, y lo encuentra válido desde el punto de vista jurídico (dado el sentido amplio de la noción de lucro cesante que consagra el artículo 1614 del Código Civil³⁵). Los conceptos antes definidos contienen, a no dudar, una determinación técnico-

³⁵ Considerado por la norma citada como "la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento". Se subraya. Otras definiciones de lucro cesante son igualmente aceptables. Por ejemplo, la propuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de mayo de 1968, cuando señala que "el lucro cesante está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, (...)".

jurídica del lucro cesante, y permiten asegurar, como lo hizo el auxiliar, que la denominada "UTILIDAD O MARGEN DE CONTRIBUCIÓN" constituye el lucro cesante.

Entonces, con el fin de deducir la cuantía del lucro cesante causado a la sociedad convocante por el incumplimiento de pedidos del vino de misa Pontificio, y de acuerdo con el dictamen del perito, se tomará la "UTILIDAD O MARGEN DE CONTRIBUCIÓN" por unidad, como factor del número de unidades no pedidas según el contrato, para fijar el lucro cesante mes a mes derivado de las unidades no pedidas, de acuerdo con los estados de costos realizados por el experto, de la siguiente manera:

LUCRO CESANTE
DE OCTUBRE DE 2006 A AGOSTO DE 2011

AÑO	MES	UNIDADES NO PEDIDAS	MARGEN DE CONTRIBUCIÓN	LUCRO CESANTE
2006	10	11.688	\$ 1.997,00	\$ 23.340.936,00
2006	11	10.020	\$ 1.428,00	\$ 14.308.560,00
2006	12	11.400	\$ 2.047,00	\$ 23.335.800,00
2007	01	11.940	\$ 1.900,00	\$ 22.686.000,00
2007	02	10.080	\$ 1.922,00	\$ 19.373.760,00
2007	03	11.880	\$ 2.112,00	\$ 25.090.560,00
2007	04	11.880	\$ 2.102,00	\$ 24.971.760,00
2007	05	11.520	\$ 2.010,00	\$ 23.155.200,00
2007	06	11.988	\$ 2.134,00	\$ 25.582.392,00
2007	07	11.700	\$ 2.097,00	\$ 24.534.900,00
2007	08	11.640	\$ 2.138,00	\$ 24.886.320,00
2007	09	11.928	\$ 2.149,00	\$ 25.633.272,00
2007	10	11.760	\$ 2.175,00	\$ 25.578.000,00
2007	11	11.220	\$ 2.199,00	\$ 24.672.780,00
2007	12	11.640	\$ 2.362,00	\$ 27.493.680,00
2008	01	11.820	\$ 2.305,00	\$ 27.245.100,00
2008	02	11.388	\$ 2.272,00	\$ 25.873.536,00
2008	03	11.388	\$ 2.319,00	\$ 26.408.772,00
2008	04	12.000	\$ 2.352,00	\$ 28.224.000,00
2008	05	11.880	\$ 2.379,00	\$ 28.262.520,00

AÑO	MES	UNIDADES NO PEDIDAS	MARGEN DE CONTRIBUCIÓN	LUCRO CESANTE
2008	06	11.880	\$ 2.319,00	\$ 27.549.720,00
2008	07	11.088	\$ 2.281,00	\$ 25.291.728,00
2008	08	11.988	\$ 2.152,00	\$ 25.798.176,00
2008	09	11.880	\$ 2.951,00	\$ 35.057.880,00
2008	10	11.760	\$ 3.002,00	\$ 35.303.520,00
2008	11	11.592	\$ 2.973,00	\$ 34.463.016,00
2008	12	11.580	\$ 2.845,00	\$ 32.945.100,00
2009	01	11.580	\$ 2.987,00	\$ 34.589.460,00
2009	02	11.520	\$ 2.872,00	\$ 33.085.440,00
2009	03	11.676	\$ 2.978,00	\$ 34.771.128,00
2009	04	11.640	\$ 2.868,00	\$ 33.383.520,00
2009	05	11.844	\$ 2.922,00	\$ 34.608.168,00
2009	06	11.820	\$ 2.817,00	\$ 33.296.940,00
2009	07	11.700	\$ 2.898,00	\$ 33.906.600,00
2009	08	12.000	\$ 2.900,00	\$ 34.800.000,00
2009	09	12.000	\$ 2.941,00	\$ 35.292.000,00
2009	10	12.000	\$ 2.948,00	\$ 35.376.000,00
2009	11	11.820	\$ 3.256,00	\$ 38.485.920,00
2009	12	11.880	\$ 3.192,00	\$ 37.920.960,00
2010	01	11.640	\$ 3.240,00	\$ 37.713.600,00
2010	02	12.000	\$ 3.293,00	\$ 39.516.000,00
2010	03	11.820	\$ 3.107,00	\$ 36.724.740,00
2010	04	12.000	\$ 3.395,00	\$ 40.740.000,00
2010	05	11.916	\$ 3.449,00	\$ 41.098.284,00
2010	06	11.760	\$ 3.322,00	\$ 39.066.720,00
2010	07	11.880	\$ 3.363,00	\$ 39.952.440,00
2010	08	11.940	\$ 3.393,00	\$ 40.512.420,00
2010	09	11.760	\$ 3.380,00	\$ 39.748.800,00
2010	10	11.988	\$ 3.308,00	\$ 39.656.304,00
2010	11	11.628	\$ 2.982,00	\$ 34.674.696,00
2010	12	11.940	\$ 2.971,00	\$ 35.473.740,00
2011	01	12.000	\$ 2.073,00	\$ 24.876.000,00

AÑO	MES	UNIDADES NO PEDIDAS	MARGEN DE CONTRIBUCIÓN	LUCRO CESANTE
2011	02	11.664	\$ 3.096,00	\$ 36.111.744,00
2011	03	11.736	\$ 3.084,00	\$ 36.193.824,00
2011	04	11.616	\$ 3.216,00	\$ 37.357.056,00
2011	05	12.000	\$ 3.110,00	\$ 37.320.000,00
2011	06	11.436	\$ 3.189,00	\$ 36.469.404,00
2011	07	11.844	\$ 3.151,00	\$ 37.320.444,00
2011	08	11.700	\$ 3.094,00	\$ 36.199.800,00
TOTALES				\$ 1.873.309.140,00

Asciende, entonces, el lucro cesante por el período octubre de 2006 (inicio del contrato de fabricación) a agosto de dos mil once (2011) (época de terminación del contrato por voluntad de la demandante), a la suma de MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$1.873.309.140).

En la pretensión consecuencial de la demanda se suplica indexación de la condena. La indexación, según concepto del Consejo de Estado, es *"una institución jurídica que permite mantener el valor intrínseco del dinero"*³⁶. Por lo mismo, *"Cuando se indexa una suma de dinero pasada no se condena en el presente a un mayor valor, sino exactamente al mismo valor pasado pero en términos presentes"*³⁷.

La indexación pedida es procedente, porque, como se sabe, no tiene carácter indemnizatorio, dado que no constituye en sí misma un daño adicional³⁸. Por ello, pasa a realizarse de la siguiente manera:

³⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta 1.564. Mayo 18 de 2004. M.P. SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.

³⁷ Concepto citado del Consejo de Estado, en el cual se invocan, en este aspecto: Consejo de Estado. Sentencia de 6 de septiembre de 2001. Expediente No. 13232; sentencia de 27 de noviembre de 2002 expediente No. 13632; auto 18 de octubre de 1994, expediente No. 7934; Corte Constitucional. sentencia de tutela No. 1239 del 7 de septiembre de 2000. Y Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de septiembre de 1984.

³⁸ Salvamento de voto de Javier Tamayo Jaramillo a la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, No. 036 del 21 de marzo de 1995.

INDEXACIÓN
LUCRO CESANTE
DE OCTUBRE DE 2006 A AGOSTO DE 2011
INDEXADO A JULIO DE 2013

AÑO	MES	IPC MES	LUCRO CESANTE MES	LUCRO CESANTE ACUMULADO	TOTAL A INDEXAR	INDEXACIÓN	SALDO INDEXADO AL MES
2006	Octubre	*	\$23.340.936,00	23.340.936	23.340.936	-	23.340.936
2006	Noviembre	0,24%	\$14.308.560,00	37.649.496	23.340.936	56.018	37.705.514
2006	Diciembre	0,23%	\$23.335.800,00	61.041.314	37.705.514	86.723	61.128.037
2007	Enero	0,77%	\$22.686.000,00	83.814.037	61.128.037	470.686	84.284.723
2007	Febrero	1,17%	\$19.373.760,00	103.658.483	84.284.723	986.131	104.644.614
2007	Marzo	1,21%	\$25.090.560,00	129.735.174	104.644.614	1.266.200	131.001.374
2007	Abril	0,90%	\$24.971.760,00	155.973.134	131.001.374	1.179.012	157.152.146
2007	Mayo	0,30%	\$23.155.200,00	180.307.346	157.152.146	471.456	180.778.803
2007	Junio	0,12%	\$25.582.392,00	206.361.195	180.778.803	216.935	206.578.129
2007	Julio	0,17%	\$24.534.900,00	231.113.029	206.578.129	351.183	231.464.212
2007	Agosto	-0,13%	\$24.886.320,00	256.350.532	231.464.212	(300.903)	256.049.629
2007	Septiembre	0,08%	\$25.633.272,00	281.682.901	256.049.629	204.840	281.887.740
2007	Octubre	0,01%	\$25.578.000,00	307.465.740	281.887.740	28.189	307.493.929
2007	Noviembre	0,47%	\$24.672.780,00	332.166.709	307.493.929	1.445.221	333.611.931
2007	Diciembre	0,49%	\$27.493.680,00	361.105.611	333.611.931	1.634.698	362.740.309
2008	Enero	1,06%	\$27.245.100,00	389.985.409	362.740.309	3.845.047	393.830.456
2008	Febrero	1,51%	\$25.873.536,00	419.703.992	393.830.456	5.946.840	425.650.832
2008	Marzo	0,81%	\$26.408.772,00	452.059.604	425.650.832	3.447.772	455.507.376
2008	Abril	0,71%	\$28.224.000,00	483.731.376	455.507.376	3.234.102	486.965.478
2008	Mayo	0,93%	\$28.262.520,00	515.227.998	486.965.478	4.528.779	519.756.777
2008	Junio	0,86%	\$27.549.720,00	547.306.497	519.756.777	4.469.908	551.776.406
2008	Julio	0,48%	\$25.291.728,00	577.068.134	551.776.406	2.648.527	579.716.660
2008	Agosto	0,19%	\$25.798.176,00	605.514.836	579.716.660	1.101.462	606.616.298
2008	Septiembre	-0,19%	\$35.057.880,00	641.674.178	606.616.298	(1.152.571)	640.521.607
2008	Octubre	0,35%	\$35.303.520,00	675.825.127	640.521.607	2.241.826	678.066.953
2008	Noviembre	0,28%	\$34.463.016,00	712.529.969	678.066.953	1.898.587	714.428.556
2008	Diciembre	0,44%	\$32.945.100,00	747.373.656	714.428.556	3.143.486	750.517.142
2009	Enero	0,59%	\$34.589.460,00	785.106.602	750.517.142	4.428.051	789.534.653
2009	Febrero	0,84%	\$33.085.440,00	822.620.093	789.534.653	6.632.091	829.252.184
2009	Marzo	0,50%	\$34.771.128,00	864.023.312	829.252.184	4.146.261	868.169.573
2009	Abril	0,32%	\$33.383.520,00	901.553.093	868.169.573	2.778.143	904.331.235
2009	Mayo	0,01%	\$34.608.168,00	938.939.403	904.331.235	90.433	939.029.837
2009	Junio	-0,06%	\$33.296.940,00	972.326.777	939.029.837	(563.418)	971.763.359
2009	Julio	-0,04%	\$33.906.600,00	1.005.669.959	971.763.359	(388.705)	1.005.281.253

AÑO	MES	IPC MES	LUCRO CESANTE MES	LUCRO CESANTE ACUMULADO	TOTAL A INDEXAR	INDEXACIÓN	SALDO INDEXADO AL MES
2009	Agosto	0,04%	\$34.800.000,00	1.040.081.253	1.005.281.253	402.113	1.040.483.366
2009	Septiembre	-0,11%	\$35.292.000,00	1.075.775.366	1.040.483.366	(1.144.532)	1.074.630.834
2009	Octubre	-0,13%	\$35.376.000,00	1.110.006.834	1.074.630.834	(1.397.020)	1.108.609.814
2009	Noviembre	-0,07%	\$38.485.920,00	1.147.095.734	1.108.609.814	(776.027)	1.146.319.707
2009	Diciembre	0,08%	\$37.920.960,00	1.184.240.667	1.146.319.707	917.056	1.185.157.723
2010	Enero	0,69%	\$37.713.600,00	1.222.871.323	1.185.157.723	8.127.691	1.230.999.014
2010	Febrero	0,83%	\$39.516.000,00	1.270.515.014	1.230.999.014	10.198.126	1.280.713.140
2010	Marzo	0,25%	\$36.724.740,00	1.317.437.880	1.280.713.140	3.219.588	1.320.657.468
2010	Abril	0,46%	\$40.740.000,00	1.361.397.468	1.320.657.468	6.080.490	1.367.477.958
2010	Mayo	0,10%	\$41.098.284,00	1.408.576.242	1.367.477.958	1.412.316	1.409.988.558
2010	Junio	0,11%	\$39.066.720,00	1.449.055.278	1.409.988.558	1.603.067	1.450.658.344
2010	Julio	-0,04%	\$39.952.440,00	1.490.610.784	1.450.658.344	(611.344)	1.489.999.441
2010	Agosto	0,11%	\$40.512.420,00	1.530.511.861	1.489.999.441	1.672.258	1.532.184.118
2010	Septiembre	-0,14%	\$39.748.800,00	1.571.932.918	1.532.184.118	(2.079.706)	1.569.853.212
2010	Octubre	-0,09%	\$39.656.304,00	1.609.509.516	1.569.853.212	(1.384.788)	1.608.124.729
2010	Noviembre	0,19%	\$34.674.696,00	1.642.799.425	1.608.124.729	3.120.262	1.645.919.687
2010	Diciembre	0,65%	\$35.473.740,00	1.681.393.427	1.645.919.687	10.674.145	1.692.067.572
2011	Enero	0,91%	\$24.876.000,00	1.716.943.572	1.692.067.572	15.397.815	1.732.341.387
2011	Febrero	0,60%	\$36.111.744,00	1.768.453.131	1.732.341.387	10.394.048	1.778.847.179
2011	Marzo	0,27%	\$36.193.824,00	1.815.041.003	1.778.847.179	4.802.887	1.819.843.890
2011	Abril	0,12%	\$37.357.056,00	1.857.200.946	1.819.843.890	2.183.813	1.859.384.759
2011	Mayo	0,28%	\$37.320.000,00	1.896.704.759	1.859.384.759	5.206.277	1.901.911.036
2011	Junio	0,32%	\$36.469.404,00	1.938.380.440	1.901.911.036	6.086.115	1.944.466.556
2011	Julio	0,14%	\$37.320.444,00	1.981.787.000	1.944.466.556	2.722.253	1.984.509.253
2011	Agosto	-0,03%	\$36.199.800,00	2.020.709.053	1.984.509.253	(595.353)	2.020.113.700
2011	Septiembre	0,31%		2.020.113.700	2.020.113.700	6.262.352	2.026.376.053
2011	Octubre	0,19%		2.026.376.053	2.026.376.053	3.850.114	2.030.226.167
2011	Noviembre	0,14%		2.030.226.167	2.030.226.167	2.842.317	2.033.068.484
2011	Diciembre	0,42%		2.033.068.484	2.033.068.484	8.538.888	2.041.607.371
2012	Enero	0,73%		2.041.607.371	2.041.607.371	14.903.734	2.056.511.105
2012	Febrero	0,61%		2.056.511.105	2.056.511.105	12.544.718	2.069.055.823
2012	Marzo	0,12%		2.069.055.823	2.069.055.823	2.482.867	2.071.538.690
2012	Abril	0,14%		2.071.538.690	2.071.538.690	2.900.154	2.074.438.844
2012	Mayo	0,30%		2.074.438.844	2.074.438.844	6.223.317	2.080.662.161
2012	Junio	0,08%		2.080.662.161	2.080.662.161	1.664.530	2.082.326.690
2012	Julio	-0,02%		2.082.326.690	2.082.326.690	(416.465)	2.081.910.225

AÑO	MES	IPC MES	LUCRO CESANTE MES	LUCRO CESANTE ACUMULADO	TOTAL A INDEXAR	INDEXACIÓN	SALDO INDEXADO AL MES
2012	Agosto	0,04%		2.081.910.225	2.081.910.225	832.764	2.082.742.989
2012	Septiembre	0,29%		2.082.742.989	2.082.742.989	6.039.955	2.088.782.944
2012	Octubre	0,16%		2.088.782.944	2.088.782.944	3.342.053	2.092.124.996
2012	Noviembre	-0,14%		2.092.124.996	2.092.124.996	(2.928.975)	2.089.196.021
2012	Diciembre	0,09%		2.089.196.021	2.089.196.021	1.880.276	2.091.076.298
2013	Enero	0,30%		2.091.076.298	2.091.076.298	6.273.229	2.097.349.527
2013	Febrero	0,44%		2.097.349.527	2.097.349.527	9.228.338	2.106.577.865
2013	Marzo	0,21%		2.106.577.865	2.106.577.865	4.423.814	2.111.001.678
2013	Abril	0,25%		2.111.001.678	2.111.001.678	5.277.504	2.116.279.182
2013	Mayo	0,28%		2.116.279.182	2.116.279.182	5.925.582	2.122.204.764
2013	Junio	0,23%		2.122.204.764	2.122.204.764	4.881.071	2.127.085.835
2013	Julio	0,04%		2.127.085.835	2.127.085.835	850.834	2.127.936.669
LUCRO CESANTE INDEXADO							2.127.936.669

* Dado que el lucro cesante obtenido es con los precios de octubre no se indexa, de la misma manera el lucro cesante de cada mes se indexa solo al mes siguiente.

Indexado en la forma resaltada, el lucro cesante total por el período octubre de 2006 hasta agosto de 2011, es de DOS MIL CIENTO VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$2.127.936.669).

4.8 COSTAS DEL PROCESO

Por la suerte de las pretensiones, cuyo resultado favorable se limita a la decisión de reconocimiento de una suma que debió asumir la demandada conforme al Contrato No. 1 y al pago de lucro cesante por el Contrato No. 2, considera el Tribunal que la condena en costas debe aplicarse únicamente en consideración de las sumas a las cuales se condena a la parte demandada.

Para decidirlo de este modo, además, ha tenido presente el Tribunal la conducta procesal observada por la parte demandada, en particular la relativa al manejo de la inspección judicial que se practicó en sus instalaciones. Si bien procesalmente su comportamiento debiera apreciarse en un sentido probatorio, los árbitros juzgan que en este

ámbito la incidencia final de la conducta no merece evaluación y sí, en cambio, la debe recibir en el terreno de las costas.

Así las cosas, tomando como guía el Acuerdo 2222 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura, se aplicará el porcentaje del 15% como agencias en derecho, sobre las condenas ya indexadas, y se dispondrá el reembolso de los honorarios y gastos de funcionamiento que cubrió la demandante, además de los gastos y honorarios fijados a los peritos intervinientes en el proceso. Lo cual arroja el siguiente resultado:

Agencias en derecho: \$327.085.341

Reembolso de pagos efectuados por la sociedad demandante con ocasión del proceso: \$176.270.851

Honorarios y gastos periciales: \$19.000.000³⁹

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado e integrado para dirimir el conflicto existente entre **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** contra **DISLICORES S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. Se declara que no procede la tacha de sospecha formulada por la parte convocada frente al testimonio rendido por el señor Jorge Ángel Posada Piedrahita.

SEGUNDO. Se desestiman las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada en contra de los dictámenes contable y técnico

³⁹ Verifíquese acta de audiencia de instrucción del veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012), folios 909 al 912 del cuaderno No. 2 principal, acta de audiencia de instrucción del primero (1º) de febrero de dos mil trece (2013), folios 955 al 958 del cuaderno No. 2 principal, y Auto No. 6 proferido por el Tribunal de Arbitramento el veintiocho (28) de febrero de 2013.

realizados por el contador César Mauricio Ochoa Pérez y por el ingeniero Javier Ernesto Castrillón Forero.

TERCERO. Se deniegan, en los términos precisados en la parte motiva del presente laudo, y con la salvedad establecida en la resolución cuarta de este laudo, las pretensiones de la demanda, en relación con el contrato de fabricación denominado No. 1, fechado el cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005), concerniente a los productos Frizzantino y Charleston y al cual la demandante puso fin unilateralmente el dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011).

CUARTO. Se declara que **DISLICORES S.A.** incumplió la obligación que contrajo en el parágrafo único de la cláusula segunda del contrato de fabricación de cinco (5) de noviembre de dos mil cinco (2005).

QUINTO. En consecuencia, se condena a **DISLICORES S.A.** a pagar a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.**, en un término no mayor de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de CUARENTA MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTIDÓS PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$40.968.722,98), la cual al ser indexada al 31 de julio de 2013 arroja una cifra final de CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$52.632.268,00)

SEXTO. Se declara que las excepciones alegadas por la parte convocada quedan implícitamente resueltas, conforme a los fundamentos contenidos en las consideraciones del laudo y que, por los razonamientos efectuados, no prosperan.

SÉPTIMO. Se declara que **DISLICORES S.A.** incumplió el contrato de fabricación No. 2, de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), relativo al vino de misa Pontificio, cuya duración expiró el dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011), por decisión unilateral de la convocante.

OCTAVO. Se condena a **DISLICORES S.A.** a pagar a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.**, en un término no mayor de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$1.873.309.140) la cual al ser indexada al 31 de julio de 2013 arroja una cifra final de DOS MIL CIENTO VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$ 2.127.936.669,00)

NOVENO. Se declara que no hay lugar a imponer sanciones a la parte demandante, con ocasión del juramento estimatorio que prestó en la demanda en cumplimiento de la Ley 1395 de 2010.

DÉCIMO. Se condena a la parte demandada a pagar a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.**, dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la suma de QUINIENTOS VEINTIDOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS (\$522.356.192), por concepto de agencias en derecho y gastos procesales, de acuerdo con la liquidación de costas efectuada en este laudo.

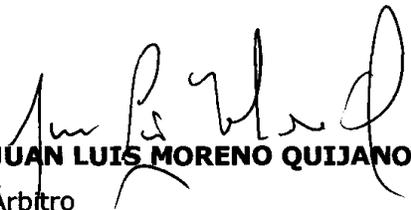
UNDÉCIMO. Se dispone la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo Notarial de Medellín.

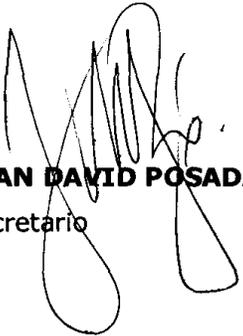
DUODÉCIMO. Se ordena que por el Presidente del Tribunal, en su oportunidad, se efectúe la liquidación final y si hubiere lugar a ello, el reembolso a las partes de los saldos y sumas a que tengan derecho.

DÉCIMOTERCERO. Expídanse copias auténticas del presente laudo para las partes.


JUAN MANUEL FERNANDEZ V.
Presidente


JORGE PARRA BENÍTEZ
Arbitro


JUAN LUIS MORENO QUIJANO
Árbitro


JUAN DAVID POSADA G.
Secretario

CON SALVAMENTO PARCIAL DE
VOTO

**ESPACIO
EN
BLANCO**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE DARÍO MURILLO E HIJOS Y
COMPAÑÍA LTDA. CONTRA DISLICORES S.A.**

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Comparto plenamente lo decidido por el Tribunal en el laudo proferido en este proceso arbitral, excepto en relación con el análisis y decisiones contenidos en el mismo acerca de la duración del denominado Contrato No. 2, celebrado por la convocante, **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, y la convocada, **DISLICORES S.A.**, para la fabricación del vino de Misa Pontificio, contrato que consta en documento fechado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), en el cual se convino una duración inicial de tres (3) años.

El Tribunal consideró, por mayoría, que ese contrato se prorrogó por acuerdo de las partes al concluir su vigencia inicial el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009) y procedió, en consecuencia, a proferir las respectivas declaraciones y condenas derivadas de esa prórroga, que en mi concepto no se produjo.

Emito pues el presente **SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL** en relación con esta cuestión específica, frente a la cual me aparto, con todo respeto, de la decisión adoptada mayoritariamente por el Tribunal, por las razones que a continuación expongo:

1. En la cláusula Cuarta del denominado Contrato No. 2, que consta en documento fechado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) y tuvo por objeto la fabricación del vino de Misa marca Pontificio, las partes estipularon lo relativo a su vigencia en la cláusula Cuarta, así:

"Cuarta: Duración: este contrato tendrá una duración Inicial de tres (3) años, contados a partir de la firma de este documento, prorrogables por mutuo acuerdo por las partes".

Es claro que las partes acordaron un término preciso de duración inicial del contrato, que concluiría el cuatro (4) de octubre de dos

mil nueve (2009), y que previeron la posibilidad de prorrogar la duración del mismo por su mutuo acuerdo, previsión que incluso resulta irrelevante, pues su omisión en todo caso no impediría que la prórroga se produjera, si las partes así lo acordaban.

En consecuencia, es imperativo concluir que el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), día en el cual se cumplieron los tres (3) años de la vigencia inicial del contrato, éste terminó irremediamente, a menos que las partes hubieran acordado su prórroga.

2. El mutuo acuerdo de las partes mediante el cual podría haberse prorrogado el contrato, implicaba, bien, la suscripción de un documento de prórroga emanado de los representantes legales de las dos compañías (o de sus apoderados, facultados para el efecto), documento cuya existencia no fue probada y ni siquiera afirmada en el proceso; o bien, un acuerdo verbal expreso de dichos representantes, acerca del cual tampoco existe prueba en la *litis*; o, en último término, el consentimiento tácito de ambas partes, manifestado a través del comportamiento de las dos, del cual pudiera deducirse, clara e inequívocamente, la voluntad de ambas de continuar vinculadas por el mismo contrato de fabricación que obra en el documento suscrito el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), por un período determinado adicional al inicialmente pactado, para continuar, **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**, por su libre voluntad, sujetas a las mismas obligaciones acordadas en dicho contrato.
3. Descartada la existencia de un acuerdo expreso de prórroga, celebrado verbalmente o por escrito, es preciso examinar con todo cuidado los comportamientos observados por las partes que pudieran interpretarse como la voluntad inequívoca de ambas de prorrogar dicho contrato por un tiempo determinado, para quedar sujetas ambas a las mismas obligaciones contraídas en virtud del mismo.

4. Un acuerdo tácito de las partes dirigido a prorrogar la duración del denominado Contrato No. 2 habría de ser un verdadero acto jurídico, al cual no podría faltar ninguno de los elementos necesarios para predicar su existencia y validez, elementos de los cuales sólo parece necesario, en el caso *sub judice*, detenerse en el examen de si las conductas observadas por **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.** son o no constitutivas de un verdadero consentimiento, no de una sola de ellas, sino de las dos, para continuar ligadas al denominado Contrato No. 2, una vez cumplido el término de duración inicial de tres (3) años estipulado en el mismo. Y resulta evidente que de no llegar a la conclusión inequívoca de que las dos voluntades concurrieron en un mismo sentido para formar ese acuerdo, hemos de atenernos a que el contrato terminó el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009) y no se prorrogó por el mutuo acuerdo de las partes, ni de ninguna otra manera.

5. La interpretación de las conductas de las partes para desentrañar si ellas constituyen o no una manifestación de voluntad tácita de ambas dirigida a prorrogar el mismo contrato que suscribieron tres (3) años antes, implica apreciar tales conductas en las circunstancias en que tuvieron lugar, conjugándolas con una serie de indicios que nos permitan llegar a una conclusión razonable en uno u otro sentido. Pero ello, bajo el principio incuestionable de que, en caso de duda acerca de si las voluntades de las partes coincidieron o no para prorrogar el contrato, debemos concluir que la prórroga no se produjo, en vez de absolver la duda en el sentido de predicar que ella sí se dio.

6. Para el suscrito árbitro resulta de trascendental importancia, para decidir la cuestión, apreciar el comportamiento que observó cada parte en la ejecución del Contrato No. 2, frente a lo estipulado en el mismo, desde su celebración hasta la terminación de su vigencia inicial. Al respecto, resulta claro, de acuerdo con la prueba allegada al proceso, lo siguiente:

6.1 El contrato tuvo por objeto la fabricación de vino de Misa Pontificio que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** llevaría a cabo para **DISLICORES S.A.**, propietaria de la marca, procediendo a despacharle el producto con base en los pedidos que esta última sociedad le hiciera.

No hay duda de que éste fue el objeto del Contrato No. 2 celebrado por las partes, y de que ellas ejecutaron tal contrato conforme a ese objeto, de modo que la convocada hacía pedidos de cajas del mencionado vino y la convocante se lo fabricaba y despachaba, sin que entremos aún a considerar la trascendencia que pueda tener frente al tema que se analiza el hecho de que **DISLICORES S.A.** siempre incumplió, al hacer sus pedidos mensuales muy por debajo de las cantidades mínimas que debía encargar, según el contrato.

6.2 Aunque en el contrato mismo no aparece el precio definido por las partes para el vino objeto de fabricación, y se indica que éste quedaría consignado en un anexo cuya existencia y términos no fueron probados, sí quedó demostrado que la convocada hizo a la convocante una serie de pedidos de vino de Misa Pontificio; que ésta se los facturó con determinados precios; y que aquélla pagó las respectivas facturas. De todo lo cual se concluye que ambas partes acordaron los precios del producto objeto de fabricación.

6.3 En la cláusula Quinta del denominado Contrato No. 2, se estipuló lo siguiente:

"QUINTA: CANTIDADES: la titular se compromete a encargar a la fabricante un mínimo de 1.000 cajas mensuales".

En relación con esta cláusula, es preciso detenerse en un hecho que resulta trascendental para resolver la cuestión que es objeto de análisis: según se acreditó plenamente en el proceso, **DISLICORES S.A.**, durante la ejecución del denominado Contrato No. 2, siempre hizo pedidos inferiores a la cantidad mínima mensual de mil (1.000) cajas de botellas de vino, que se obligó a encargar a **DARÍO**

MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA., y ese hecho incuestionable es, justamente, el que llevó a la convocante a formular su demanda en relación con dicho Contrato No. 2, y el que condujo al Tribunal a declarar el incumplimiento del mismo por parte de la convocada y a condenarla a pagar los perjuicios derivados de tal incumplimiento.

Y bien: ¿cuál pudo ser la explicación de la conducta de **DISLICORES S.A.** de hacer siempre los pedidos de vino de Misa Pontificio muy por debajo de la cantidad mensual que supuestamente estaba obligada a encargar, de conformidad con la cláusula Quinta del contrato? Vale decir: ¿por qué **DISLICORES S.A.** incumplió sistemáticamente lo estipulado en dicha cláusula?

DISLICORES S.A. estimó ese hecho en el proceso como un indicio de mucho peso para fundamentar su posición de que este contrato (al igual que el Contrato No. 1) fue simulado y, finalmente, aunque sostuvo una simulación absoluta del contrato, encaminó sus pruebas a demostrar una simulación relativa y parcial, que parece hacer relación únicamente al pacto que imponía a **DISLICORES S.A.** la obligación de encargar cada mes una cantidad mínima del producto objeto de fabricación. Este indicio fue apreciado por el Tribunal en relación con la simulación alegada, junto con otros que también esgrimió la parte demandada, para concluir, con el rigor que es debido, que de no haberse formado un convencimiento total en los árbitros de la ocurrencia de tal simulación, era necesario abstenerse de declararla, como en efecto se procedió en el laudo, en consonancia con lo que al respecto han enseñado la jurisprudencia y la doctrina.

Pero aún habiendo descartado la simulación en relación con la totalidad del Contrato No. 2 y con la inserción, en el mismo, de la mencionada cláusula Quinta, lo cierto es que **DISLICORES S.A.** jamás se ajustó en sus pedidos a la cantidad mínima indicada de mil (1.000) cajas mensuales, limitándose a pedir siempre, sistemáticamente, cantidades muy inferiores a ésta, mostrando con

su conducta reiterada que, bien, no le era posible colocar en el mercado esa cantidad mínima de producto, que sin embargo se había obligado a pedir cada mes; o que no era consciente de su obligación de pedir ese mínimo; o que no estimaba que esa cláusula le fuera exigible; o, en últimas, que simplemente no estaba dispuesta a cumplir con dichos mínimos, por cualquier otra razón, como efectivamente jamás cumplió.

Pues bien: lo único que resultó probado al respecto es que, por la razón que fuera, **DISLICORES S.A.** incurrió en ese incumplimiento sistemático del Contrato No. 2, mes a mes, y que nunca tuvo una verdadera voluntad de sujetarse a los pedidos mínimos pactados, pues jamás lo hizo.

6.4 Resulta claro, en consecuencia, que las voluntades de las partes coincidían en que: **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** fabricaría para **DISLICORES S.A.** el vino de Misa marca Pontificio, y no otro, conforme al Contrato No. 2; esa fabricación se basaba en pedidos de la última sociedad a la primera; y ambas aceptaron los precios que rigieron para ese producto, pues la convocante facturaba a la convocada los pedidos que ésta le hacía con esos precios y la última los pagaba, sin discutirlos.

Pero resulta igualmente claro que las voluntades de las partes sólo coincidieron al momento de suscribir el contrato en que **DISLICORES S.A.** se obligaba a encargar cada mes a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** un mínimo de mil (1.000) cajas de vino de Misa Pontificio, y que **DISLICORES S.A.** incumplió siempre esa obligación, por la razón que fuera, ante lo cual resulta apenas elemental suponer, que si bien esa compañía estaba atada a dicha obligación en virtud del contrato hasta que terminara su vigencia inicial el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), lo que menos habría querido **DISLICORES S.A.** era prorrogar el mismo contrato, que incluía la mencionada obligación, para continuar sujeta a ella después de llegar esa fecha, que le permitía,

por fin, desligarse de un compromiso que jamás pudo cumplir y que le mereció al menos un reclamo escrito de **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, formulado en carta del cuatro (4) de agosto de dos mil ocho (2008), que obra en el expediente.

6.5 Con base en estas circunstancias, para el suscrito árbitro emana de las simples reglas de la experiencia, que cualquier pedido formulado por **DISLICORES S.A.** a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** de cualquier número de cajas de botellas de vino de Misa Pontificio, posterior al cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), en ningún caso puede interpretarse como una voluntad inequívoca de **DISLICORES S.A.** en el sentido de prorrogar el mismo Contrato No. 2 que había celebrado tres (3) años antes y que incluía una obligación específica, y de gran importancia, a la cual, sin duda, no le convenía seguir ligada, pues jamás pudo cumplirla, de lo cual se desprende fácilmente que su voluntad no pudo ser la de continuar atada a ella.

6.6 Es claro que **DISLICORES S.A.** estaba dispuesta a seguir haciendo pedidos muy inferiores a los mínimos que le imponía el denominado Contrato No. 2, después de su terminación, el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), y a pagar esos pedidos a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, como en efecto lo hizo; y es claro, también, que esta última sociedad estaba dispuesta a despachar los pedidos que la primera le hiciera después de esa fecha, como también lo hizo, efectivamente.

Hasta ahí, eran coincidentes las voluntades de ambas partes. Pero entender que tales voluntades coincidieron para prorrogar el mismo contrato, que implicaba para **DISLICORES S.A.** la obligación de hacer unos pedidos mínimos mensuales que jamás cumplió, y que esa prórroga se extendería por tres (3) años más, lo reitero con todo respeto, es enteramente contrario a las evidencias que arroja la prueba sobre las conductas de las partes, y a lo que surge de un simple análisis del comportamiento que suelen tener las personas en sus relaciones comerciales.

Incluso, es probable que la voluntad de **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** haya podido ser la de entender prorrogado el contrato en los mismos términos del documento que había suscrito con **DISLICORES S.A.**, es decir, con inclusión de lo estipulado en la cláusula Quinta del mismo, que exigía a **DISLICORES S.A.** hacer unos pedidos mínimos mensuales de mil (1.000) cajas de vino, cumplimiento que de hecho le reclamó en la citada comunicación del cuatro (4) de agosto de dos mil ocho (2008). Pero no puede darse por demostrado, de ninguna manera, que la voluntad de **DISLICORES S.A.** fuera la misma y, **en cambio, la circunstancia de su persistente incumplimiento de la citada cláusula Quinta impone la necesidad de concluir que su voluntad era justamente la contraria.**

7. Adicionalmente, haré, con todo respeto, referencia expresa a los siguientes razonamientos contenidos en el laudo sobre la cuestión que se analiza, así:

7.1 Se manifiesta en el laudo lo siguiente:

"Aterrizados en la prueba obtenida en la instrucción, es notorio que ningún medio de prueba se procuró para acreditar que entre **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CIA. LTDA.** y **DISLICORES S.A.**, para octubre de dos mil nueve (2009), al término de los tres (3) años iniciales del contrato, se hubiera celebrado un convenio manifiesto, escrito o verbal, de los términos como en adelante someterían su relación comercial de fabricación del vino de misa Pontificio. No aparecen en el expediente testimonios o documentos que acrediten que para la aludida época las partes determinaron el modo y circunstancias en que la demandada haría pedidos de fabricación a la actora, en cuáles cantidades o si los mismos quedaban sujetos a vaivenes del mercado y a la voluntad de la propietaria de la marca, precios, formas de pago, etc. Ninguna oferta de contrato distinto al que ligaba a las partes y ninguna aceptación expresa o tácita de propuesta semejante constan en los autos.

"Pero tampoco hay prueba de que la intención de las partes fuera cambiar las estipulaciones del contrato celebrado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006).

Sí la hay, con todo, de que con posterioridad al cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), **DISLICORES S.A.** siguió haciendo pedidos a la convocante, por iguales montos a los que solía hacer y con precios similares”.

Es claro que “no aparecen en el expediente testimonios o documentos que acrediten que para la aludida época las partes determinaron el modo y circunstancias en que la demandada haría pedidos de fabricación a la actora, en cuáles cantidades o si los mismos quedaban sujetos a vaivenes del mercado y a la voluntad de la propietaria de la marca, precios, formas de pago, etc.”, como también es claro que “tampoco hay prueba de que la intención de las partes fuera cambiar las estipulaciones del contrato celebrado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006)”.

Pero es que la prueba que el Tribunal debió exigir, ineludiblemente, para reconocer que la prórroga sí tuvo lugar, o abstenerse de hacerlo, no era la de que las partes tuvieran “la intención” de “cambiar las estipulaciones del contrato”, sino justamente la contraria: la de tener ambas partes la voluntad inequívoca de querer seguir ligadas al mismo contrato, mediante una prórroga de éste, por tres (3) años adicionales.

Y resulta que lo verdaderamente demostrado en el proceso es algo bien distinto: quedó plenamente establecido que los pedidos hechos por **DISLICORES S.A.** a **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, tanto antes del cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009) como después de esa fecha, se apartan, no en forma despreciable, sino de manera sustancial, de las cantidades mínimas que forzosamente debía pedir esa compañía para cumplir a cabalidad lo pactado en la cláusula Quinta del contrato. Y esta grave divergencia entre lo pactado y lo ejecutado resulta más que suficiente para desvirtuar la supuesta voluntad de **DISLICORES S.A.**

de prorrogar dicho contrato, de cuyo cumplimiento siempre se apartó, en punto tan sustancial que no solo le mereció el único reclamo escrito que le dirigió la convocante durante la vigencia del contrato (carta del 4 de agosto de 2008), sino que, además, fue el que dio pie más adelante a la instauración del proceso que hoy decide el Tribunal.

7.2 Enseguida, se indica en el laudo:

“Para el Tribunal, esos pedidos, despachos, facturas y pagos subsiguientes a cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), en las mismas condiciones en que se ejecutó el contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), tiene el significado de que las partes contratantes continuaron llevando a cabo las mismas prestaciones que habían acordado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) y, por tanto, a través de esos hechos prorrogaron el contrato, cuya duración original calificaron de inicial, en una nítida señal de que esa duración no sería obstáculo para permanecer vinculados por una relación mercantil”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Para el suscrito árbitro resulta evidente que, al contrario de lo que apreció el Tribunal, por mayoría, las partes contratantes no continuaron llevando a cabo **“las mismas prestaciones que habían acordado el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006)”**, pues la prestación sustancial pactada en esa fecha a cargo de **DISLICORES S.A.** en el denominado Contrato No. 2 que suscribieron las partes, no era ciertamente la de pedir cada mes la cantidad de cajas de vino de Misa Pontificio que a bien quisiera o pudiera, sino, imperativamente, la de pedir un mínimo de mil (1.000) cajas de botellas, **exigencia que, se insiste, forma parte sustancial e inseparable de la prestación acordada**, cuyo incumplimiento sistemático debió dar lugar a reconocer que **DISLICORES S.A. jamás mostró voluntad alguna de cumplir esa prestación, tal como fue pactada, sino de una manera muy distinta, que no**

permite asumir que quiso seguir atada a ella una vez terminó la vigencia del contrato.

7.3 Adicionalmente, se indica en el laudo:

"Y puede abundarse en elementos persuasivos, quizás definitivos. Así, para el Tribunal es de gran significado el hecho de que la demandante reclamó a **DISLICORES S.A.** por comunicación de treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010) (folio 125 a 126 del cuaderno No. 1 principal)⁴⁰, por el cumplimiento del contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) y no por uno diferente y frente a tal reclamo, según emerge de la prueba recaudada, la conducta de la convocada fue totalmente indiferente, como se concluye de no aparecer un medio de convicción que estableciera que la demandada se opuso a que le exigieran obligaciones que no tuviera a su cargo.

"Similar situación se presenta con la comunicación de la demandante que puso fin al contrato, de dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011) (folio 202 del cuaderno No. 1 principal), cuando se refiere al contrato de cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006) y no a uno diferente".

Es claro que de los términos del reclamo formulado por **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** a **DISLICORES S.A.** mediante la comunicación del treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010) a la cual se alude, así como de los que aparecen en su carta del dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011), se desprende que la primera sociedad (la convocante), asumía que el denominado Contrato No. 2 estaba vigente para esas fechas, es decir, que se había prorrogado al concluir su vigencia inicial el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009). Pero estas dos cartas no van más allá de descubrir, al respecto, la **posición unilateral** de **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** sobre este punto, que obviamente es la misma que ha esgrimido en el proceso, y nada permiten concluir sobre el pensamiento que al

⁴⁰ Reclamo parecido había elevado en 2008, según escrito de 4 de agosto que corre a folio 122 del cuaderno No. 1 principal, y sobre el cual la prueba arrojó que la convocada nada dijo.

respecto tuvo el representante legal de **DISLICORES S.A.** en esas fechas, y mucho menos sobre la supuesta voluntad que pudo tener el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009) de prorrogar el mencionado Contrato No. 2. Y ello, menos aún, si la reiterada conducta de **DISLICORES S.A.** de separarse de la obligación contraída en la cláusula Quinta resultó siempre incompatible con cualquier supuesta voluntad de prorrogar dicho contrato.

Dar al silencio de **DISLICORES S.A.** frente a esas comunicaciones el efecto probatorio que se le ha dado, significa asumir, bien, que esa compañía tenía un deber jurídico de pronunciarse sobre las mismas (que obviamente no tenía), de cuya omisión habría de derivarse una grave consecuencia en materia sustancial y probatoria; o bien, estimar tal silencio como un elemento probatorio concluyente acerca de la voluntad que supuestamente tuvo esa compañía de prorrogar el contrato, voluntad que resulta incompatible con unos indicios de un peso mucho mayor que estuvieron presentes antes del cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), y con posterioridad a esa fecha, y que conducen a concluir que las voluntades de ambas partes no coincidieron para prorrogar el contrato.

7.4 En relación con la duración de la prórroga del Contrato No. 2 que el Tribunal optó por reconocer, se indica en el laudo:

“Entiende el Tribunal, además, que la prórroga de un negocio jurídico de duración definida, si nada se dice o se dispone en contrario (por la ley o por las partes), prolonga el contrato por un tiempo igual al primitivo. Para el caso, entonces, se concluye que el conocido como contrato No. 2 se prorrogó el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009). Mas, no obstante que al alargarse su duración iría ésta hasta el cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012), como ya se precisó frente al contrato No. 1, la sociedad demandante, de modo unilateral, se separó de sus vínculos contractuales el dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011)”.

Con todo respeto, el suscrito árbitro considera que no existe fundamento legal ni contractual alguno para entender "que la prórroga de un negocio jurídico de duración definida, si nada se dice o se dispone en contrario (por la ley o por las partes), prolonga el contrato por un tiempo igual al primitivo".

Lo cierto es que la prórroga del Contrato No. 2 fue asumida por el Tribunal, por mayoría, con base en la apreciación de algunos elementos probatorios que el suscrito árbitro no comparte. Pero, dicho sea con todo respeto, entender que esa prórroga quedó tácitamente acordada, en principio, por el mismo término de duración del contrato, va mucho más allá, pues carece de respaldo probatorio; no tiene sustento legal alguno; y, se insiste, implica asumir una voluntad que por lo menos **DISLICORES S.A.** no pudo tener, de seguir ligada a un contrato que jamás cumplió y del cual quedó liberada el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), así siguiera haciendo diversos pedidos que **DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.** continuó atendiendo, pero que de todas maneras siguieron siendo, como siempre lo fueron, muy inferiores a los mínimos que el contrato terminado imponía a la convocada, que ésta nunca respetó.

Obsérvese que en la denominada "tácita reconducción", prevista por el Art. 2014 del Código Civil para el arrendamiento de inmuebles (que sin ser aplicable al caso, sí sería la figura más cercana a la de la prórroga que nos ocupa en un contrato de tracto sucesivo), se genera, por un acuerdo tácito de las partes, una renovación del arriendo, que ni siquiera se da por el mismo término de vigencia inicial del contrato, sino por "tres meses en los predios urbanos" y por el tiempo

"necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos".

No encuentra pues el suscrito árbitro sustento alguno para concluir que las partes del contrato *sub judice* lo prorrogaron por la voluntad de ambas tácitamente expresada, y menos aún, que quisieron hacerlo por los mismos tres (3) años de su vigencia inicial (aunque en el laudo se concluye que de todos modos el contrato terminó luego, el 16 de septiembre de 2011, por voluntad unilateral de la convocante, lo cual resulta irrelevante para el presente análisis de la cuestión).

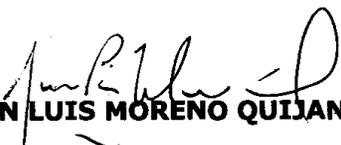
8. Aunque el suscrito árbitro considera que la apreciación de las circunstancias indicadas es más que suficiente para concluir que el denominado Contrato No. 2 terminó el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), y no se prorrogó, existe un elemento adicional, de innegable trascendencia en el análisis de la cuestión, que no fue tenido en cuenta para adoptar la decisión mayoritaria que se tomó al respecto:

En el proceso no aparece prueba alguna que demuestre que las conductas de las partes que dieron lugar a algo tan relevante como reconocer que el Contrato No. 2 quedó prorrogado el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009) por tres (3) años adicionales, emanaron de los representantes legales de dichas partes o fueron autorizadas por éstos. En efecto, el Tribunal concluyó, por mayoría, en la decisión de la cual me aparto, que los pedidos de **DISLICORES S.A. a DARÍO MURILLO E HIJOS Y CÍA. LTDA.**, hechos después del cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), y los despachos que la última sociedad hizo a la primera en atención a esos pedidos, tuvieron el trascendental efecto de constituir una inequívoca manifestación de voluntad de cada parte de prorrogar el contrato celebrado, en sus mismos términos, y por tres (3) años más, sin que se haya establecido plenamente que

esas conductas emanaran de los respectivos representantes legales de la convocante y la convocada, o que fueran autorizadas por éstos, vale decir, sin constatar si esa supuesta manifestación de voluntad emanaba de quienes estaban autorizados legalmente para expresarla, y si realmente coincidía con la voluntad consciente y libre, no de una sola de las partes, sino de ambas.

Con base en las precedentes consideraciones, me aparto de la decisión del Tribunal de declarar incumplido el contrato celebrado por las partes para la fabricación del vino de Misa Pontificio con posterioridad al cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), fecha en la cual, en mi concepto, terminó dicho contrato. Y, por lo tanto, también me aparto de la decisión de condenar a la sociedad convocada por razón de un supuesto incumplimiento de ese contrato posterior a esa fecha, pues, en mi concepto, la declaración de incumplimiento del contrato celebrado y la condena derivada del mismo debieron reducirse al período comprendido entre el cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006), fecha de suscripción del contrato, y el cuatro (4) de octubre de dos mil nueve (2009), fecha de terminación del mismo.

Medellín, seis (6) de agosto de dos mil trece (2013).


JUAN LUIS MORENO QUIJANO
Árbitro