

LAUDO ARBITRAL

AGAVE S.A.S.

VS

COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A.

**CENTRO DE ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA
CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA**

RADICADO 2023 A 0009

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES	5
1. Partes procesales	5
a) Parte demandante inicial y demandada en reconvención	5
b) Parte demandada inicial y demandante en reconvención	5
2. Pacto arbitral	6
3. Integración del tribunal	7
4. Trámite arbitral	7
5. Término de duración del proceso.....	11
II. PRESUPUESTOS PROCESALES	12
1. Capacidad para ser parte y comparecer al proceso	12
2. Demanda en forma	13
3. Competencia del Tribunal.....	13
4. Legitimación en la causa.....	14
5. Oportunidad para ejercer la acción	15
6. Aspectos procesales del trámite	15
a) Tachas y desconocimientos	15
b) Cosa juzgada, transacción o alguna excepción que implique litis pendencia	16
c) Ausencia de vicios.....	16
III. LA CONTROVERSIA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	17
1. El contrato	17
2. Síntesis de la controversia principal.....	17
a) Síntesis de los hechos de la demanda principal	17
b) Pretensiones de la demanda principal.....	18
c) Síntesis de la oposición a la demandada inicial	20
3. Síntesis de la demanda de reconvención	20
a) Síntesis de los hechos de la demanda de reconvención.....	20
b) Pretensiones de reconvención.....	21
c) Síntesis de la oposición a la demandada en reconvención.....	22
4. Problema jurídico	22
IV. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS	23
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	24
VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	25
1. De las instituciones, conceptos y clasificaciones relevantes	27
a) Los contratos bilaterales y la interdependencia de las obligaciones	27

b)	<i>El cumplimiento forzado</i>	29
c)	<i>La excepción de contrato no cumplido y la mora purga la mora</i>	29
d)	<i>La resolución —terminación— por incumplimiento</i>	31
e)	<i>La indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato</i>	36
2.	El caso concreto	38
a)	<i>La existencia y validez del contrato celebrado</i>	38
b)	<i>De las obligaciones contractuales adquiridas por las partes y su cumplimiento en función de los incumplimientos endilgados por el acreedor</i>	39
i)	<i>Del incumplimiento contractual que le endilga AGAVE a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES</i>	39
-	De la obligación de disponer de los recursos necesarios para desfibrar y beneficiar la fibra	39
-	Del cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación por parte de la compañía de empaques	42
-	De la obligación de aplicar el incentivo rural de capitalización otorgado por FINAGRO	47
ii)	<i>Del incumplimiento contractual que le endilga COMPAÑÍA DE EMPAQUES a AGAVE</i>	47
-	Incumplimientos enarbolados en la respuesta a la demanda	48
-	Incumplimientos endilgados en la demanda de reconvencción	48
-	Análisis de las obligaciones cuyo incumplimiento se le endilga a AGAVE y su ejecución	51
c)	<i>De las pretensiones de terminación del contrato</i>	71
d)	<i>De la excepción de contrato no cumplido elevada por AGAVE</i>	73
e)	<i>Análisis de la responsabilidad civil y del daño reclamado por AGAVE</i>	73
f)	<i>Del pago de la cláusula penal que reclama agave y la extinción del crédito</i>	83
3.	Pronunciamiento expreso sobre las excepciones	86
a)	<i>Frente a las propuestas por COMPAÑÍA DE EMPAQUES</i>	86
i)	<i>Indebida acumulación de pretensiones</i>	86
ii)	<i>Incumplimiento contractual de parte de AGAVE</i>	87
iii)	<i>Cumplimiento de parte de COMPAÑÍA DE EMPAQUES</i>	87
iv)	<i>Improcedencia de incluir la cláusula penal en el juramento estimatorio</i>	87
v)	<i>Excepción de contrato no cumplido</i>	87
vi)	<i>Excesiva tasación en el juramento estimatorio</i>	88
b)	<i>Frente a las propuestas por AGAVE</i>	88
i)	<i>Excepción de incumplimiento contractual</i>	88
ii)	<i>Cumplimiento contractual por parte de AGAVE</i>	89
iii)	<i>Falta de presupuestos axiológicos para la pretensión de terminación contractual o resolución</i>	89
iv)	<i>Interrelación contractual</i>	89
v)	<i>Excesiva tasación del perjuicio</i>	91
VII.	SÍNTESIS DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL	91
VIII.	JURAMENTO ESTIMATORIO	91
IX.	VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES	92
X.	COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	92
XI.	DECISIÓN	93
1.	SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL	94
2.	SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	94
3.	SOBRE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA DEMANDA INICIAL	94
4.	SOBRE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	95

5. SOBRE LAS COSTAS DEL PROCESO	95
6. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO	95
7. SOBRE LOS ASPECTOS ADMINISTRATIVOS	95

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR AGAVE S.A.S. CONTRA COMPAÑÍA DE
EMPAQUES S.A.**

RADICADO 2023 A 0009

LAUDO ARBITRAL

Medellín, mayo 27 de 2024

En la fecha, siendo las 4:30 pm se reunió el Tribunal con presencia de las partes y por medios virtuales, con el fin de llevar a cabo audiencia de lectura del Laudo, de conformidad con los artículos 33 y 38 de la Ley 1563 de 2012, después de haberse tramitado el proceso correspondiente, en cumplimiento de lo que la normatividad vigente prevé para este tipo de procesos, sin que se haya presentado irregularidad alguna que impida dictar la presente providencia.

I. ANTECEDENTES

1. Partes procesales

a) Parte demandante inicial y demandada en reconvención

La parte demandante inicial y demandada en reconvención en este proceso arbitral es la sociedad comercial AGAVE S.A.S., con domicilio principal en Medellín, con NIT 900.909.802-8 y representada legalmente por el señor JESÚS EDUARDO TRUJILLO ARAMBURO. En adelante, el presente Laudo podrá aludir a ella simplemente como “AGAVE”, como “la convocante inicial”, “demandante inicial”, o “demandada en reconvención”.

b) Parte demandada inicial y demandante en reconvención

La parte demandada inicial y demandante en reconvención en este proceso arbitral es la sociedad comercial COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., con domicilio principal en Itagüí, con NIT 890900285-3 y representada legalmente por JOSÉ LUIS ARANGO VILLEGAS, quien compareció al proceso a absolver el interrogatorio de parte. En

adelante, el presente Laudo aludirá a ella también como “COMPAÑÍA DE EMPAQUES”, “demandada o convocada inicial” o “demandada en reconvención”.

2. Pacto arbitral

El documento que contiene el pacto arbitral que se invocó como fundamento para el funcionamiento de este Tribunal se denomina “CONTRATO DE PRODUCCIÓN Y VENTA DE FIQUE ENTRE COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. y AGAVE S.A.S.”, fechado el 26 de enero de 2016 (firmado ante notario por AGAVE S.A.S. el 22 de febrero de 2016). Dicha cláusula es del siguiente tenor:

“VIGÉSIMA SEGUNDA – CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cualquier diferencia que surja entre las partes, con ocasión de la interpretación, celebración, ejecución, o liquidación de este contrato se someterá a la decisión de un Tribunal de arbitramento constituido por un árbitro que designará el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín. La decisión será en derecho y deberá regirse por lo dispuesto en el Decreto 1888 de 1998 y la Ley 446 de 199 y demás normas concordantes, modificatorias o complementarias. El Tribunal constituido se sujetará a lo dispuesto en el Decreto-Ley 2278 de 1989 la ley 23 de 1.991, el Decreto 2.561 de 1991, la Ley 446 de 1998 y las demás normas concordantes con estas, de acuerdo con las siguientes reglas:

- 1) El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro designado de forma directa al Director del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil para que lo designe conforme al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín.
- 2) El Árbitro deberá ser abogado colombiano, inscrito en las listas de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín.
- 3) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, en lo no regulado en la presente Cláusula.
- 4) El Tribunal decidirá en derecho y su fallo será obligatorio para las partes
- 5) El Tribunal funcionará en la ciudad de Medellín, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de esta ciudad.
- 6) Los costos que se causen con ocasión de la convocatoria del Tribunal serán a cargo de la parte vencida.”

3. Integración del tribunal

1. El 15 de marzo de 2023, con fundamento en la cláusula compromisoria recién transcrita, AGAVE S.A.S., a través de su apoderado especial Dr. SANTIAGO VÉLEZ PENAGOS, presentó demanda ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (al que en adelante se aludirá también como “el Centro”), con el fin de que se integrara el tribunal arbitral para que este hiciera las declaraciones y condenas que más adelante se transcribirán. Además, solicitó una medida cautelar.

2. El 30 de marzo de 2023, por sorteo realizado se designó a la Dra. ALICIA ESCOBAR BUSTAMANTE y como suplente al Dr. FELIPE EDUARDO PINEDA CALLE. Ante el silencio de la Dra. ESCOBAR BUSTAMANTE, el Dr. PINEDA CALLE quedó elegido y aceptó el 12 de abril de 2023¹. Ninguna de las partes manifestó dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro designado.

3. El 9 de mayo de 2023 se realizó la audiencia de instalación, en la que se profirieron los autos No. 1 y 2, en los que se adoptaron, entre otras, las decisiones de declarar instalado y en funciones jurisdiccionales el Tribunal Arbitral, y de inadmitir la demanda, para lo cual se exigieron algunos requisitos².

4. Durante la misma audiencia de instalación, el árbitro nombró como secretario al abogado MAXIMILIANO ALBERTO ARAMBURO CALLE, quien aceptó la designación y cumplió con el deber de información, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012. Ninguna de las partes manifestó tener dudas sobre la imparcialidad e independencia del secretario.

4. Trámite arbitral

1. El 16 de mayo de 2023 la parte demandante inicial cumplió los requisitos exigidos en relación con la demanda, y mediante el Auto No. 3³, el Tribunal admitió la demanda. Dicho auto se notificó por correo electrónico a la demandada inicial el día 18 de mayo de 2023⁴.

¹ Documento No. 24 del expediente digital que se lleva en Masclnfo.

² Documento No. 29 del expediente digital.

³ Documento No. 34 del expediente digital.

⁴ Documento No. 37 del expediente digital.

2. Mediante Auto No. 4⁵, el Tribunal exigió a la parte convocante inicial el otorgamiento de caución para el decreto de la medida cautelar solicitada. Sin embargo, la parte solicitó disminución de la caución o plazo adicional, mediante memorial del 5 de junio de 2023⁶. Mediante Auto No. 5, se denegó la solicitud de disminución de la caución y se concedió plazo adicional para su otorgamiento⁷. Sin embargo, dicha caución no llegó a otorgarse en el curso del proceso.

3. El 20 de junio de 2023, COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., debidamente representada por su apoderado especial MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO, presentó su contestación de la demanda inicial⁸ y formuló una demanda de reconvención⁹, la cual fue admitida mediante el Auto No. 6¹⁰.

4. AGAVE se pronunció el 29 de junio de 2023¹¹ sobre las excepciones de fondo formuladas por COMPAÑÍA DE EMPAQUES, y el 24 de julio del mismo año contestó la demanda de reconvención¹².

5. Mediante Auto No. 7, el Tribunal corrió traslado a las partes de las objeciones a los juramentos estimatorios contenidos en la demanda inicial y en la demanda de reconvención¹³. Tanto AGAVE¹⁴ como COMPAÑÍA DE EMPAQUES¹⁵ pidieron pruebas en relación con esas objeciones dentro del traslado correspondiente.

6. Mediante Auto No. 8¹⁶ se convocó a las partes a la audiencia de conciliación y fijación de honorarios, la cual se llevó a cabo el 16 de agosto de 2023¹⁷. En ella se dictaron los Autos No. 9 (mediante el cual se declaró fracasada la conciliación) y 10 (mediante el cual se fijaron los honorarios).

⁵ Documento No. 38 del expediente digital.

⁶ Documento No. 40 del expediente digital.

⁷ Documento No. 42 del expediente digital.

⁸ Documento No. 45 del expediente digital.

⁹ Documento No. 44 del expediente digital.

¹⁰ Documento No. 47 del expediente digital.

¹¹ Documento No. 49 del expediente digital.

¹² Documento No. 51 del expediente digital.

¹³ Documento No. 54 de expediente digital.

¹⁴ Documento No. 59 de expediente digital.

¹⁵ Documento No. 56 de expediente digital.

¹⁶ Documento No. 61 de expediente digital.

¹⁷ Documento No. 63 del expediente digital.

7. La parte convocante inicial solicitó amparo de pobreza mediante memorial del 31 de agosto de 2023¹⁸, solicitud respecto de la cual se pronunció la demandada inicial y demandante en reconvención¹⁹. Dicha solicitud fue negada mediante el Auto No. 11²⁰, en el que se impuso la multa prevista en la ley. Del pago de dicha multa se informó al Tribunal por la parte interesada el 25 de septiembre de 2023²¹.

8. La parte convocada inicial y demandante en reconvención pagó los honorarios y gastos del proceso que le correspondían, y dentro del plazo adicional pagó también los honorarios y gastos correspondientes a AGAVE.

9. El 18 de septiembre de 2023, el apoderado de la parte convocante inicial sustituyó el poder que le había sido conferido²² en el abogado ANDRÉS FELIPE VILLEGAS GARCÍA.

10. El 19 de septiembre de 2023 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, dentro de la cual se verificó el pago total de los honorarios y gastos. Adicionalmente, se dictaron los Autos No. 12 (que aceptó la sustitución de poder), 13 (que declaró la competencia del Tribunal) y 14 (que decretó las pruebas)²³. En este último auto, además, se corrió traslado del desconocimiento realizado por COMPAÑÍA DE EMPAQUES respecto de documentos aportados por la sociedad demandante inicial. Ninguna de las partes interpuso recurso contra las decisiones adoptadas por el Tribunal. Adicionalmente, el árbitro único y el secretario complementaron el deber de información en aplicación del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, en relación con el apoderado sustituto de AGAVE. Ninguna de las partes manifestó dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro o del secretario en relación con las revelaciones hechas respecto del nuevo apoderado.

11. En cumplimiento del Auto No. 14, respecto de la prueba por informes decretada, se enviaron sendos oficios a Bancolombia²⁴ y Finagro²⁵, los cuales fueron respondidos por esas entidades los días 7 de noviembre²⁶ y 23 de octubre de 2023²⁷, respectivamente,

¹⁸ Documento No. 65 del expediente digital.

¹⁹ Documento No. 70 del expediente digital.

²⁰ Documento No. 72 del expediente digital.

²¹ Documento No. 86 del expediente digital.

²² Documento No. 74 del expediente digital.

²³ Documento No. 80 del expediente digital.

²⁴ Documento No. 78 del expediente digital.

²⁵ Documento No. 79 del expediente digital.

²⁶ Documentos No. 126 y 133 del expediente digital.

²⁷ Documento No. 100 del expediente digital.

previa insistencia a Bancolombia²⁸. De los informes rendidos por ellas se corrió traslado a las partes mediante Autos No. 18²⁹ y 21³⁰.

12. Mediante memorial del 22 de septiembre de 2023, AGAVE se pronunció sobre el desconocimiento de documentos del que se le dio traslado en el Auto No. 14 y solicitó pruebas adicionales³¹. Dichas pruebas adicionales se decretaron mediante Auto No. 15³².

13. Los días 4³³, 6³⁴, 30³⁵ y 31³⁶ de octubre se llevaron a cabo audiencias de instrucción, en las que se practicaron ratificaciones de documentos, interrogatorios de parte y testimonios. Todas esas diligencias fueron grabadas³⁷ y transcritas³⁸. AGAVE desistió de la declaración de parte solicitada y decretada, lo cual se aceptó mediante Auto No. 16³⁹, y de dos testimonios, lo cual se aceptó mediante Auto No. 22⁴⁰. Por su parte, COMPAÑÍA DE EMPAQUES desistió de un testimonio, lo cual se aceptó mediante el mismo auto. Algunos testigos aportaron documentos⁴¹, los cuales fueron incorporados al expediente, previo el decreto de la prueba, a través del Auto No. 19, que así lo ordenó y dispuso su traslado a las partes⁴².

14. Tras varias solicitudes de común acuerdo entre las partes, de suspender el proceso y aplazar las fechas para entregar los dictámenes periciales iniciales⁴³ a cargo de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, y de requerimientos a las partes para su colaboración en la práctica de la prueba⁴⁴, éstos fueron rendidos el 7 de febrero de 2024⁴⁵. En relación con esos dictámenes, AGAVE solicitó su contradicción, a través de la comparecencia de los peritos y el anuncio de aporte de dictámenes, la cual se decretó mediante el Auto

²⁸ Documento No. 102 del expediente digital, según lo dispuesto en el Auto No. 17, que obra en el acta de la audiencia del 6 de octubre de 2023 (documento No. 97 del expediente digital).

²⁹ Documento No. 103 del expediente digital.

³⁰ Documento No. 149 del expediente digital.

³¹ Documento No. 83 del expediente digital.

³² Documento No. 90 del expediente digital.

³³ Documento No. 94 del expediente digital.

³⁴ Documento No. 97 del expediente digital.

³⁵ Documento No. 103 del expediente digital.

³⁶ Documento No. 110 del expediente digital.

³⁷ Documentos No. 95, 98, 117, 118, 119 y 120 del expediente digital.

³⁸ Documentos 127, 128, 129, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144 y 159, 1 del expediente digital.

³⁹ Documento No. 94 del expediente digital.

⁴⁰ Documento No. 149 del expediente digital.

⁴¹ Documentos 106, 108 y 109 del expediente digital.

⁴² Documento 116 del expediente digital.

⁴³ Concedidas mediante Autos No. 23 y 24.

⁴⁴ Auto No. 23, que corresponde al documento No. 153 del expediente digital.

⁴⁵ Documentos No. 166, 167 y 168 del expediente digital.

No. 25⁴⁶. Mediante autos No. 20⁴⁷, 26⁴⁸ y 27⁴⁹ se concedieron sendos aplazamientos de la fecha para presentar los dictámenes de contradicción y/o suspensiones del proceso, previas solicitudes de las partes.

15. AGAVE aportó los dictámenes de contradicción el 12 de abril de 2024⁵⁰ y COMPAÑÍA DE EMPAQUES solicitó oportunamente su contradicción⁵¹. A dicha solicitud se accedió mediante Auto No. 28⁵², y en cumplimiento de lo allí ordenado se llevaron a cabo las audiencias de contradicción de dictámenes periciales (iniciales y de contradicción) los días 30 de abril y 7 de mayo de 2024. Ambas audiencias fueron grabadas⁵³ y transcritas⁵⁴.

16. Mediante Auto No. 29⁵⁵ se declaró cerrado el periodo probatorio y se convocó a las partes a la audiencia de alegaciones. Dicha audiencia se realizó el día 14 de mayo de 2024⁵⁶. En ella, las partes presentaron sus alegatos orales y adicionalmente enviaron al secretario alegatos por escrito⁵⁷. Al finalizar la audiencia se convocó a las partes para la audiencia de lectura del Laudo.

5. Término de duración del proceso

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2023⁵⁸. Entre el momento de su finalización y la fecha de la audiencia de lectura del presente Laudo, han transcurrido ocho (8) meses y ocho (8) días calendario. Sin embargo, el proceso estuvo suspendido por solicitud de las partes:

- A) Entre los días 9 y 29 de octubre de 2023, ambas fechas inclusive, es decir, durante veintiún (21) días calendario, según se decretó mediante Auto No. 17⁵⁹;

⁴⁶ Documento No. 170 del expediente digital.

⁴⁷ Documento No. 121 del expediente digital.

⁴⁸ Documento No. 175 del expediente digital.

⁴⁹ Documento No. 178 del expediente digital.

⁵⁰ Documentos 180 y 181 de expediente digital.

⁵¹ Documento 183 del expediente digital.

⁵² Documento 184 del expediente digital.

⁵³ Documentos 191 y 192 del expediente digital.

⁵⁴ Documentos 188, 189, 190, 194 y 195 del expediente digital.

⁵⁵ Documento 193 del expediente digital.

⁵⁶ Documento No. 196 del expediente digital.

⁵⁷ Documentos No. 198 y 200 del expediente digital.

⁵⁸ Documento No. 76 del expediente digital.

⁵⁹ Documento No. 97 del expediente digital.

- B) Entre los días 3 y 28 de noviembre de 2023, ambas fechas inclusive, es decir, durante veintiséis (26) días más, según se decretó mediante Auto No. 20⁶⁰;
- C) Entre el 19 de diciembre de 2023 y el 31 de enero de 2024, ambas fechas inclusive, es decir, durante cuarenta y cuatro (44) días más, según se decretó mediante Auto No. 24⁶¹;
- D) Entre los días 9 y 11 de abril de 2024, ambas fechas inclusive, es decir, durante tres (3) días más, según se decretó mediante Auto No. 27⁶².

La suma total de los días durante los cuales el término del proceso ha estado suspendido asciende a un total de noventa y cuatro (94) días, los cuales deben contabilizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012. Así las cosas, el término de duración vence el día viernes 21 de junio de 2024, razón por la cual este Laudo se dicta de manera oportuna.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Capacidad para ser parte y comparecer al proceso

Ambas partes son sociedades de naturaleza mercantil, como se desprende de los correspondientes certificados de existencia y representación legal⁶³. En la documentación examinada por el Tribunal, no se advierte limitación alguna a su capacidad para ser parte del proceso.

En ambos casos, los poderes correspondientes fueron otorgados por los correspondientes representantes legales a abogados inscritos en el Registro Nacional de Abogados. En el caso de la convocante inicial, la sustitución del apoderado principal se hizo con arreglo a las normas procesales pertinentes, y a un abogado habilitado para actuar, tal como se reconoció en el Auto No. 12⁶⁴, que no fue impugnado por ninguna de las partes. Para ello debe tenerse en cuenta, además, que en audiencia en la que

⁶⁰ Documento No. 121 del expediente digital.

⁶¹ Documento No. 158 del expediente digital.

⁶² Documento No. 178 del expediente digital.

⁶³ Contenidos ambos en el documento No. 8 del expediente digital.

⁶⁴ Documento No. 75 del expediente digital.

se practicaron los interrogatorios de parte,⁶⁵ actuó el apoderado sustituto con presencia del representante legal de dicha convocante inicial, sin que se hiciera manifestación alguna en relación con el acto de apoderamiento.

Por lo tanto, concluye el Tribunal que no se advierte ninguna condición que pueda afectar la capacidad de ser parte y comparecer al proceso, en ninguna de las dos sociedades mercantiles que integran los extremos del presente proceso arbitral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Código General del Proceso.

2. Demanda en forma

Tanto respecto de la demanda principal como de la demanda de reconvención, el Tribunal examinó en la oportunidad procesal correspondiente los requisitos formales de la demanda. Mientras respecto de la demanda inicial el Tribunal exigió en el Auto No. 2 la subsanación de algunos defectos, que fueron oportunamente subsanados, respecto de la demanda de reconvención la admitió sin cortapisas. En ese sentido, los requisitos de forma de las correspondientes demandas, que son los exigidos por el Código General del Proceso, fueron satisfechos en ambos casos.

3. Competencia del Tribunal

El pacto arbitral que han invocado tanto la Convocante inicial como la Demandante en reconvención, es el contenido en la cláusula vigésima segunda del contrato denominado “*Contrato de producción y venta de fique entre Compañía de Empaques S.A. y Agave S.A.S.*”, que ya fue transcrita. Dicho contrato fue fechado por las partes el 26 de enero de 2016 (aunque la firma del representante legal de Agave S.A.S. aparece vertida ante notario público el 22 de febrero del mismo año).

Tal como se indicó en el Auto No. 12⁶⁶, ninguna de las partes cuestionó a lo largo del proceso ni la existencia ni la validez del pacto arbitral invocado por ambas en sus respectivas demandas. Las consideraciones realizadas en aquella providencia no han cambiado en absoluto a la luz de las pruebas practicadas. Por lo tanto, el Tribunal ratifica que el contrato en el que se encuentra la cláusula compromisoria que dio lugar a este proceso y ya fue transcrita, fue suscrito por dos personas jurídicas, debidamente representadas por quien acreditó tener la calidad de representante legal de cada una

⁶⁵ Documento No. 94 del expediente digital.

⁶⁶ Contenido en el acta de la primera audiencia de trámite (documento No. 80 del expediente digital).

de ellas. Tal como está redactada, no puede decirse que tenga objeto ilícito ni causa ilícita, pues versó sobre elementos disponibles del contrato, susceptibles de valoración económica, y —como se advirtió— ninguna de las partes alegó jamás alguna de las causales que podrían conducir a declarar su nulidad relativa o anulabilidad, de conformidad con la ley.

Por lo anterior, encuentra el Tribunal que la cláusula es, desde el punto de vista de su validez, apta para que el Tribunal pueda ocuparse de las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención.

Desde el punto de la arbitrabilidad objetiva de las pretensiones y excepciones formuladas respecto de las relaciones jurídicas principal y de reconvención, tampoco advierte el Tribunal que haya variación alguna que modifique su juicio inicial. En ambos casos se trata de un objeto susceptible de ser tramitado por la justicia arbitral, pues se trata de derechos de libre disposición vinculados al cumplimiento o incumplimiento de un contrato cuya existencia y validez aceptan las partes, que es precisamente el contrato “para la producción y venta de fique”, que incorpora el pacto arbitral. Dichas pretensiones involucran intereses de carácter patrimonial, valorables en dinero y que se desprenden de relaciones jurídicas contractuales de igual carácter. La cláusula compromisoria pactada, entonces, le otorga al Tribunal Arbitral la facultad para pronunciarse acerca de todas las pretensiones formuladas, tanto en la demanda inicial como en la de reconvención, así como respecto de las excepciones de mérito recíprocamente planteadas frente a dichas pretensiones.

Finalmente, dado que las dos sociedades que integran los extremos procesales de este proceso tienen capacidad de goce, están habilitadas para intervenir en él. Por ello, el Tribunal ratifica lo señalado en el auto mediante el cual se declaró competente, en el sentido de que no hay circunstancia alguna que afecte la capacidad de goce ni la facultad de disposición. Además, dado que las partes han comparecido a este trámite representadas por profesionales del derecho que ejercen poderes que han sido examinados por el Tribunal, sin que ninguna de ellas alegue falta de poder bastante en la otra, ninguna duda le cabe al Tribunal de que su competencia en cuanto a la arbitrabilidad subjetiva está fuera de duda.

4. Legitimación en la causa

En el presente proceso se encuentra acreditada la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, en la medida en que lo que se discute en la relación inicial y en

la de reconvención, gira en torno al cumplimiento o incumplimiento del contrato que las partes celebraron. Como las partes del contrato son las mismas partes procesales, y no se involucra a terceros ajenos a dicha relación contractual, no hay motivo alguno que le permita dudar al Tribunal Arbitral sobre la correcta legitimación en la causa de la demandante inicial y demandada en reconvención, ni de la demandada inicial y demandante en reconvención.

5. Oportunidad para ejercer la acción

Tanto las pretensiones formuladas en la demanda principal como en la de reconvención se derivan de la alegación de incumplimiento del objeto (y de las obligaciones concretas) del contrato para la producción y venta de fique suscrito por las partes. Teniendo en cuenta que el contrato se suscribió en el año 2016, y no se trata de un contrato de aquellos respecto de los cuales la ley dispone de términos especiales de prescripción, ha de entenderse que a las acciones derivadas de esos posibles incumplimientos se aplica la prescripción ordinaria prevista en el texto actual del artículo 2536 del Código Civil, que es de diez (10) años.

Ninguno de los incumplimientos que recíprocamente se formulan las partes en las pretensiones iniciales y las de reconvención ocurrió más de diez años antes de haberse formulado las correspondientes demandas. Adicionalmente, ninguna de las partes alegó la excepción de prescripción respecto de las pretensiones de su contraparte, como exigiría el artículo 2513 del Código Civil.

Por lo tanto, el ejercicio de la acción en cuanto a las pretensiones principales y en cuanto a las pretensiones de reconvención fue oportuno.

6. Aspectos procesales del trámite

a) Tachas y desconocimientos

Ninguno de los testigos fue tachado por las partes. Tampoco lo fue documento alguno. Por tales razones, no hay decisión alguna que deba tomar el Tribunal Arbitral sobre estos aspectos en el Laudo.

Sin embargo, COMPAÑÍA DE EMPAQUES sí desconoció documentos aportados por AGAVE⁶⁷. Respecto de dichos desconocimientos, la demandante inicial se pronunció solicitando medios de prueba, que fueron decretados mediante Auto No. 15.⁶⁸ Dichos documentos fueron objeto del correspondiente juicio de valoración al interior del trámite y en el presente laudo se hacen las consideraciones correspondientes de su mérito probatorio.

b) Cosa juzgada, transacción o alguna excepción que implique litispendencia

Aunque la demanda inicial de AGAVE mencionó la propuesta de un contrato de transacción entre las partes, expresamente afirmó que ese contrato no había sido suscrito por COMPAÑÍA DE EMPAQUES. Ninguna de las partes alegó la existencia de fenómeno alguno generador de cosa juzgada respecto del objeto litigioso en ninguna de las dos relaciones (principal y de reconvencción) debatidas en el proceso arbitral. Tampoco surgió de las pruebas practicadas que las partes ya hubiesen puesto fin a sus controversias por medio alguno que pudiese obligar al Tribunal Arbitral a declarar la cosa juzgada.

Tampoco se advierte la presencia de los elementos que constituirían alguna litispendencia de este proceso arbitral, respecto de otros posibles procesos.

c) Ausencia de vicios

El Tribunal Arbitral examinó en diferentes oportunidades procesales la posible existencia de causales de nulidad o irregularidades que debiesen ser saneadas. No solo no encontró en ninguna de esas oportunidades vicios o causales de nulidad, sino que, además, solicitó a las partes que se pronunciaran al respecto: las partes no encontraron vicios o irregularidades que debieran sanearse. De ello quedó constancia al cerrarse el periodo probatorio⁶⁹, audiencia en la cual las partes manifestaron expresamente no encontrar ninguna irregularidad o nulidad que debiera ser saneada.

⁶⁷ Desconocimiento contenido en el apartado V., lib. B. de la contestación de la demanda (documento No. 45 del expediente digital).

⁶⁸ Documento No. 90 del expediente digital.

⁶⁹ Lo cual se hizo mediante el Auto No. 29, que está incluido en el documento No. 193 del expediente digital.

Dicha circunstancia no ha cambiado desde esa audiencia, razón por la cual no encuentra el Tribunal ningún vicio que impida proferir el Laudo en esta oportunidad.

III. LA CONTROVERSIA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. El contrato

El contrato sobre cuyo incumplimiento versan las pretensiones de la demanda principal se denominó por las partes “de producción y venta de fique”, y en virtud suya AGAVE se obligó a “sembrar, mantener y cosechar 400 hectáreas de planta de fique para la extracción de la fibra (...) para venderlo exclusivamente” a COMPAÑÍA DE EMPAQUES. Simultáneamente, esta última se convirtió en acreedora de la primera por un dinero prestado a interés, de conformidad con la cláusula primera de dicho contrato, cuya existencia no negó ninguna de las partes, y cuya validez no discutieron.

2. Síntesis de la controversia principal

a) Síntesis de los hechos de la demanda principal

Los hechos que invoca AGAVE se sintetizan de la siguiente manera:

- i) El “Contrato de producción y venta de fique” que suscribieron las partes en el año 2016, es parte de un proyecto económico complejo desarrollado entre ellas, que incluía además un contrato de mutuo, en el que era mutuante COMPAÑÍA DE EMPAQUES y mutuaría AGAVE. Las obligaciones de ambos contratos están coligadas, de manera que para el cumplimiento de las contenidas en el primer contrato, se hicieron los desembolsos de las obligaciones del segundo.
- ii) AGAVE cumplió a cabalidad con sus obligaciones. Por el contrario, COMPAÑÍA DE EMPAQUES incumplió las suyas, al no poner a disposición de AGAVE las máquinas desfibradoras aptas para el cultivo que se estaba desarrollando.
- iii) El incumplimiento de COMPAÑÍA DE EMPAQUES ocasionó perjuicios a la sociedad demandante inicial, pues no percibió utilidades y debió incurrir en gastos adicionales a los recursos que recibió en mutuo.

- iv) COMPAÑÍA DE EMPAQUES no aplicó un beneficio económico aprobado por Finagro, al crédito concedido a AGAVE.
- v) Los incumplimientos de COMPAÑÍA DE EMPAQUES representaron daños porque se impidió el desfibrado, lo cual hizo perder parte de la cosecha, y al momento de presentar la demanda no era posible recolectar las hojas de fique para recuperar el cultivo.
- vi) Pese al esfuerzo por invertir recursos adicionales, AGAVE no logró conseguir los recursos suficientes para mitigar el daño producido por el incumplimiento de COMPAÑÍA DE EMPAQUES.
- vii) El contrato permite la terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales de cualquiera de las partes, y la aplicación de la cláusula penal pactada en ese acuerdo de voluntades.
- viii) Las partes pactaron una cláusula compromisoria, que AGAVE debió emplear convocando el presente Tribunal Arbitral, porque se hizo imposible llegar a un acuerdo directo entre las partes.

b) Pretensiones de la demanda principal

Mediante la demanda inicial subsanada, y con fundamento en los hechos sintetizados en el apartado anterior, AGAVE S.A.S. pretende lo siguiente:

PRIMERA: Que se declare que COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. es responsable frente a AGAVE S.A.S por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión del “Contrato de producción y venta de fique” celebrado el 26 de enero de 2016.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior y en atención a la cláusula décima tercera del contrato, se ordene la terminación del mismo.

TERCERA: Que se ordene el pago de Mil Quinientos Once Millones Novecientos Ochenta y Nueve Mil Setecientos Ochenta y Nueve Pesos (\$1.511.989.789), por concepto de la utilidad dejada de percibir por AGAVE S.A.S hasta el 2023, debidamente indexados desde el momento en que se debió realizar la cosecha

del fique y en consecuencia se debió generar la utilidad, hasta el momento en que se haga efectivo el pago, así:

- Ciento Cuarenta y Tres Millones Novecientos Veinticinco Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$143.925.655) indexados desde el 31 julio de 2020.
- Ciento Veintiséis Millones Cuatrocientos Diez Mil Doscientos Noventa y Ocho Pesos (\$126.410.298) indexados desde el 31 julio de 2021.
- Cuatrocientos Diez Millones Seiscientos Seis Mil Quinientos Veintisiete Pesos (\$410.606.527) indexados desde el 31 julio de 2022.
- Ochocientos Treinta y Un Millones Cuarenta y Siete Mil trescientos Ocho Pesos (\$831.047.308) indexados desde el 31 julio de 2023.

CUARTA: Que se ordene el pago de Trescientos Cincuenta Millones de Pesos (\$350.000.000), debidamente indexados desde el 09 de marzo de 2023 fecha en la que se certificó el valor necesario para mitigar el daño, hasta el momento en que se haga efectivo el pago; con el fin de que AGAVE S.A.S pueda recuperar el cultivo y logre obtener utilidades del 2023 hasta el 2030, fecha en la que se debía terminar el contrato.

QUINTA: Que se ordene el pago de indemnización de perjuicios patrimoniales por concepto de daño emergente, por los gastos generados por el cultivo, pago de nómina de trabajadores y liquidación por un valor total de Ochocientos Cuarenta y Dos Millones Doscientos Veintinueve Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho (\$842.229.498), valor que deberá indexarse desde el 31 de diciembre de 2022, fecha en la cual la demandante realizó el ultimo pago por este concepto, hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

SEXTA: En virtud de la cláusula penal que se ordene el pago de Trescientos Cincuenta Millones de Pesos (\$350.000.000) por concepto de multa, y se declare extinta la obligación de pago del crédito otorgado a AGAVE S.A.S para el establecimiento del cultivo, por entenderse asumido por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A.

SEPTIMA: Que como consecuencia del reconocimiento de todas o cualquiera de las pretensiones que se formulan en el presente libelo, se condene a la convocada en costas y agencias en derecho

c) Síntesis de la oposición a la demandada inicial

La demandada inicial COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a través de las siguientes excepciones:

- A. Indebida acumulación de pretensiones.
- B. Incumplimiento contractual de parte de AGAVE.
- C. Cumplimiento de parte de AGAVE.
- D. Improcedencia de incluir en la cláusula penal en el juramento estimatorio.
- E. Excepción de contrato no cumplido.
- F. Excesiva tasación en el juramento estimatorio.

Así mismo, objetó el juramento estimatorio y solicitó al Tribunal Arbitral aplicar a la demandante inicial la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del proceso.

3. Síntesis de la demanda de reconvención

a) Síntesis de los hechos de la demanda de reconvención

Los hechos de la demanda de reconvención se sintetizan así:

- i) Las partes suscribieron el 26 de enero de 2016 un contrato de producción y venta de fique, cuyo objeto quedó estipulado en la cláusula primera de ese acuerdo de voluntades.
- ii) AGAVE sabía que para el flujo de caja necesario para su operación no bastaban los recursos suministrados por COMPAÑÍA DE EMPAQUES.
- iii) AGAVE S.A.S. incumplió con sus obligaciones principales de (i) sembrar, (2) mantener y (iii) cosechar 400 hectáreas o por lo menos 350 hectáreas de planta de fique para la extracción de la fibra, las cuales se debían de cumplir sin ningún tipo de condicionamiento. Así mismo, incumplió otras obligaciones consagradas en la cláusula segunda del contrato de producción y venta de fique, pues no construyó la infraestructura necesaria para sus labores, ni afilió a sus trabajadores al sistema de seguridad social integral.

- iv) El cumplimiento de las obligaciones de AGAVE debía darse en primer lugar, para que COMPAÑÍA DE EMPAQUES pudiera posteriormente cumplir las suyas, pues se trataba de obligaciones de ejecución sucesiva.
- v) COMPAÑÍA DE EMPAQUES siempre puso a disposición de AGAVE las máquinas y operarios para el proceso de desfibrado, pero la falta de cosecha por parte de AGAVE hizo imposible el cumplimiento de las obligaciones de la demandante en reconvención.
- vi) AGAVE pretendió justificar su incumplimiento pidiendo a COMPAÑÍA DE EMPAQUES unas máquinas que no existen en el mercado, a sabiendas de que las que sí existen funcionan bien en un cultivo de mayores dimensiones al que la demandante inicial desarrollaba.
- vii) AGAVE perdió interés en el cultivo, e insistió en su fracaso, impidiendo que el proceso de desfibrado se lograra.
- viii) Los incumplimientos de AGAVE ocasionaron perjuicios a COMPAÑÍA DE EMPAQUES por valor de \$5.740.000.000 entre los años 2019 a 2023, más el valor de la cláusula penal.

b) Pretensiones de reconvención

Con fundamento en los anteriores hechos, la demandante en reconvención pretende lo siguiente:

PRIMERA. Declarar que AGAVE S.A.S. incumplió sin justa causa y de manera grave el contrato celebrado el día 26 de enero de 2016 denominado: “Contrato de producción y venta de fique entre Compañía de Empaques S.A. y Agave S.A.S.” y celebrado con COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A.

SEGUNDA. Declarar que COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. cumplió y se allanó a cumplir todas sus obligaciones del “Contrato de producción y venta de fique entre Compañía de Empaques S.A. y Agave S.A.S.” celebrado con AGAVE S.A.S. el 26 de enero de 2016.

TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores, se dé por terminado el contrato denominado “Contrato de producción y venta de fique entre Compañía

de Empaques S.A. y Agave S.A.S.” y se condene a la sociedad AGAVE S.A.S a indemnizar a favor de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. los perjuicios causados, equivalentes a las siguientes sumas de dinero o las mayores que lleguen a acreditarse.

3.1. Al pago de la suma de CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$5.740.000.000) por concepto de lucro cesante entre el año 2019 y 2023, más los intereses corrientes o moratorios causados a partir del 30 de junio de 2023 o desde que su señoría lo considere.

3.2. Al pago de SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/L (\$63.000.000) correspondiente a la indemnización de acuerdo con el valor de la semilla, contemplada en la cláusula vigésima del contrato, más los intereses corrientes o moratorios causados a partir del 26 de enero de 2016 o desde que su señoría lo considere.

3.3. Al pago de la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$350.000.000) a título de sanción en virtud de lo señalado en la Clausula Penal estipulada en la cláusula vigésima del contrato, más los intereses corrientes o moratorios causados a partir de que el Laudo quede en firme.

c) Síntesis de la oposición a la demandada en reconvención

La demandada en reconvención AGAVE S.A.S. se opuso a la prosperidad de la demanda de reconvención, a través de las siguientes excepciones:

- A. Excepción de incumplimiento contractual
- B. Cumplimiento contractual de AGAVE S.A.S.
- C. Falta de presupuestos axiológicos para la pretensión de resolución
- D. Interrelación contractual
- E. Excesiva tasación del perjuicio

Adicionalmente, la parte demandada en reconvención objetó el juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso.

4. Problema jurídico

Deberá este Tribunal Arbitral analizar si existieron los incumplimientos contractuales bilateralmente endilgados y en caso afirmativo aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes en función del remedio contractual pertinente y el marco definido tanto por las pretensiones como por las excepciones alegadas.

IV. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

1. Pruebas decretadas

Por la parte demandante inicial y demandada en reconvención se decretaron los siguientes medios de prueba:

- Interrogatorio de parte a COMPAÑÍA DE EMPAQUES.
- Declaración de la propia parte.
- Testimonios de John Jairo Mira Castillo (solicitado por ambas partes), Luis Fernando Correa Velásquez, Jeyson Cano Alzate, Alexander Palacio, Duban Ortega Berrío, Jorge Luis Medina Arango, Paulina Trujillo Quintero y Alejandro David Castrillón Sierra.
- La totalidad de los documentos aportados en las diferentes oportunidades procesales.
- Prueba por informes a Bancolombia y Finagro.
- Dictámenes de contradicción en relación con los dos dictámenes iniciales presentados por COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

Por la parte demandada inicial y demandante en reconvención se decretaron los siguientes medios de prueba:

- Interrogatorio de parte.
- Ratificación de documentos aportados por AGAVE.
- Documental por exhibición por parte de AGAVE.
- La totalidad de los documentos aportados en las diferentes oportunidades procesales.
- Testimonios de Junior Gabriel Campo Gudiño, Walter Eliécer Polo Valdez, Jesús Alberto Bolaños Alviar, Jesús Amado Salazar Quintero, Jairo Coronel, Jhon Jairo Mira (solicitado por ambas partes), Luis Eduardo González.
- Dictámenes periciales en relación con:

- La idoneidad de las máquinas puestas a disposición por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. en el proceso de desfibrado” y la indicación del “orden de las actividades que se debe realizar para llegar al desfibrado de fique, y el análisis de “si es posible desfibrar sin antes cosechar”
- La determinación de si los dineros suministrados por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. fueron utilizados debidamente por la sociedad demandada en reconvención, si tenía la capacidad económica o recursos necesarios para la ejecución del contrato, las inversiones en el cumplimiento del contrato y los perjuicios económicos sufridos” por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A.

2. Pruebas practicadas

Salvo las que a continuación se enuncian, cuyo desistimiento fue aceptado por el Tribunal Arbitral, la totalidad de las pruebas decretadas se practicaron. Las pruebas decretadas y no practicadas fueron las siguientes:

- Declaración de la propia parte de AGAVE, por desistimiento aceptado mediante Auto No. 16⁷⁰.
- Testimonios de ALEXANDER PALACIO, LUIS FERNANDO CORREA VELÁSQUEZ y WALTER ELIÉCER POLO VALDEZ, por desistimientos aceptados mediante Auto No. 20⁷¹.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia realizada el día 14 de mayo de 2024⁷², el Tribunal escuchó las alegaciones de las partes, concediéndole a cada una de ellas un espacio de una hora. Ambas intervenciones fueron grabadas y, además, cada una de las partes aportó sus alegaciones por escrito⁷³.

La parte Convocante inicial y demandada en reconvención centró sus alegaciones en la ausencia de incumplimiento por parte de AGAVE S.A.S., y en acreditar que el cultivo había sido establecido adecuadamente previa inversión de los recursos obtenidos a

⁷⁰ Documento No. 94 del expediente digital.

⁷¹ Documento No. 149 del expediente digital.

⁷² Documento No. 196 del expediente digital.

⁷³ Documentos No. 198 y 200 del expediente digital.

través de la operación de crédito, para resaltar a continuación que, en su criterio, quedó acreditado el incumplimiento de COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. respecto de la obligación de desfibrar, pues nunca suministró las máquinas idóneas, necesarias y suficientes para poder cosechar y desfibrar el cultivo de la finca El Porvenir. Para ello, destacó que sólo COMPAÑÍA DE EMPAQUES tenía capacidad para determinar cuántas y cuáles máquinas debían ponerse en funcionamiento, y con qué cantidad de operarios. En suma, alegó que la prueba documental dio cuenta de que COMPAÑÍA DE EMPAQUES tuvo problemas para conseguir las máquinas y los operarios, y que los supuestos incumplimientos de AGAVE en cuanto a la infraestructura de la finca, la forma de contratación del personal y la densidad de siembra, no tienen conexión con los incumplimientos de la demandada inicial.

Por su parte, la Convocada inicial y demandante en reconvención sostuvo en sus alegatos que haber establecido un cultivo no era suficiente para que AGAVE pudiese decir que cumplió con sus obligaciones contractuales. En ese sentido, advirtió que AGAVE no hizo esfuerzos por sacar adelante el cultivo, con lo necesario para obtener un cultivo de fique agroindustrial, que incluyera no sólo la siembra, sino también el beneficio. Y en el beneficio, sostuvo COMPAÑÍA DE EMPAQUES, están los incumplimientos de AGAVE. Específicamente, en el corte y la cosecha, transporte, establecimiento de lugares para el proceso de desfibrado, secado y almacenamiento, además de instalaciones para los trabajadores. Sostuvo que COMPAÑÍA DE EMPAQUES sí ofreció máquinas industriales, que fueron rechazadas por AGAVE, y que esta compañía comenzó a sacarle el cuerpo al contrato desde enero de 2021, cuando todavía no había centro para el desfibrado, no había vías ni infraestructura.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Nos encontramos frente a una demanda inicial de la cual se concluye, al ser interpretada por el Tribunal, que implora la terminación del contrato celebrado entre las partes para la producción y venta de fique, a consecuencia del incumplimiento por parte de la demandada, esto es COMPAÑÍA DE EMPAQUES, de las obligaciones contraídas con la celebración de este. Así mismo, solicita que como consecuencia de que el incumplimiento es imputable a la demandada, deberá condenársele al pago de: i) la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento, tanto a título de daño emergente, como de lucro cesante, ii) la cláusula penal y iii) finalmente, solicita que se debe declarar extinta la obligación de pago del crédito otorgado a AGAVE por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES para el establecimiento del cultivo.

Con la finalidad de enervar las pretensiones de la demanda principal la sociedad demandada propuso algunas excepciones que ameritan ser invocadas en este momento, como son: el incumplimiento contractual de la demandante y la excepción de contrato no cumplido.

La primera de ellas, fundamentada en el incumplimiento de múltiples obligaciones, a las que haremos mención específica más adelante, las cuales en sentir de la demandada debían ser cumplidas primero en el tiempo, para que COMPAÑÍA DE EMPAQUES pudiera a su vez desfibrar las hojas cosechadas.

Por su parte, la segunda excepción, está fundamentada en dos instituciones jurídicas disímiles, cuales son la propia excepción de contrato no cumplido, de una parte, y la denominada doctrinal y jurisprudencialmente *la mora purga la mora*. Igualmente se invoca argumentación asociada a la imposibilidad del contratante incumplido de pedir, bien la resolución, o bien el cumplimiento contractual, acompañado de la acción de indemnización de perjuicios.

También se presentó demanda de reconvención, en la cual, la demandada inicial, esto es la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, eleva pretensiones en contra de AGAVE, en las cuales solicita fundamentalmente se declare: i) que fue la demandante inicial, esto es AGAVE, la que incumplió de manera grave y sin justa causa las obligaciones contraídas en el contrato de producción y venta de fique celebrado entre las partes y ii) que la demandante en reconvención cumplió y se allanó a cumplir con sus obligaciones, y que a consecuencia de lo anterior se: iii) de por terminado el contrato, iii) se condene a AGAVE a indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento, los cuales solicita a título de daño emergente y lucro cesante y, finalmente, iv) se ordene el pago de la cláusula penal en cantidad de \$350.000.000.oo

Frente a esta demanda de reconvención, la sociedad AGAVE propuso, con relevancia para este momento, excepciones de mérito que denominó: i) Incumplimiento contractual de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, ii) Cumplimiento de AGAVE a sus obligaciones y iii) Falta de presupuestos axiológicos para solicitar la resolución o terminación contractual.

Analizado el anterior panorama no queda duda para este Tribunal que, previo a entrar en el análisis del caso concreto, se deben evocar las siguientes instituciones, conceptos y clasificaciones del derecho contractual, junto con sus contornos, requisitos y efectos fundamentales, como que son de relevante importancia a la hora de resolver la litis, en tanto considera que es entre ellas que deberá encontrarse la institución adecuada para

impartir justicia en el caso concreto: 1. Los contratos bilaterales y la interdependencia de las obligaciones, 2. El cumplimiento forzado, 3. La excepción de contrato no cumplido, 4. La resolución – terminación- por incumplimiento, 5. La indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento y 6. La mora purga la mora.

1. De las instituciones, conceptos y clasificaciones relevantes

a) Los contratos bilaterales y la interdependencia de las obligaciones

El artículo 1496 del Código Civil colombiano clasifica los contratos en unilaterales y bilaterales, señalando que los primeros son aquellos en los cuales una sola de las partes contrae obligaciones y la otra simplemente adquiere la calidad de acreedora, como sería el contrato de mutuo, mientras que en los bilaterales “las partes contratantes se obligan recíprocamente”, como ocurre en el típico contrato de compraventa.

Cuando hablamos del contrato desde la óptica de su formación como acto jurídico, el mismo siempre será un acto jurídico bilateral, esto es, de aquellos que requiere el acuerdo de dos o más voluntades para su formación, pero desde la óptica de las obligaciones que de él surgen para las partes, podrá ser unilateral o bilateral, según se anotó, si solo una de ellas o ambas resultan obligadas⁷⁴.

En los contratos donde ambas partes contraen obligaciones, es común encontrar conjuntos de obligaciones que son recíprocas entre sí, de tal manera que la razón de ser de la obligación de una de las partes, lo es la obligación de la otra, como ocurre en el contrato de compraventa, donde la obligación del vendedor de transferir el dominio tiene como contrapartida, la obligación del comprador de pagarle el precio. Sin embargo, también es factible encontrar obligaciones que no tienen una contra partida en otra obligación de su contraparte, en tanto la razón de ser de la obligación de una de las partes no lo es otra obligación de la otra parte. Así, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento la obligación de permitir el uso y goce de la cosa por parte del arrendador no tiene su razón de ser en la obligación del arrendatario de efectuar las reparaciones locativas, ni en la de restituir a la finalización del contrato el bien arrendado.

Sobre este particular podemos citar al profesor Renato Scognamiglio quien señaló:

⁷⁴ Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol I. *Introducción. Teoría del Contrato*. 6ª ed. Pamplona: Aranzadi, p. 167.

“Con ese fin hemos de referirnos principalmente a la clasificación de los contratos en atención a las prestaciones que deben realizar las partes y a la correlación que se puede presentar entre aquellas. En esta materia se recuerda, ante todo, por su vivo interés, la distinción entre contratos de prestaciones correspondientes y de prestaciones a cargo de una sola parte. Esta clasificación sustituye en el derecho vigente (arts. 1333, 1406, 1453, 1460 cód. civ.) a la tradicional, todavía mencionada por algunos escritores, entre contratos bilaterales (con efecto obligatorios para ambas partes) y unilaterales (de obligación para una sola parte). Esto constituye un progreso, no solo en la terminología, pues la antigua daba lugar a graves equívocos sobre la configuración del contrato según su estructura (pues siempre es un negocio bilateral), sino también en el valor de clasificación, que expresada como lo indicamos, corresponde mejor a la realidad normativa de varias hipótesis. Por cierto, el carácter esencial de los contratos en cuestión (venta, permuta, arrendamiento, etc., pero también los contratos de asociación o con prestaciones paralelas) solamente puede ser captado a plenitud teniendo en cuenta el sinalagma (correlatividad de las prestaciones) a que dan lugar, que no solamente ha de darse en la fase constitutiva del contrato (sinalagma genético), sino que debe perdurar posteriormente (y este es el punto más destacado para la disciplina normativa), hasta el agotamiento de la eficacia del contrato (en este sentido también se habla de sinalagma funcional, que resulta comprometido con la resolución del contrato, en los casos de incumplimiento, imposibilidad sobrevenida, etc.). Además, no es correcto tratar indiferenciadamente todos los contratos de prestaciones correlativas o bilaterales, pues no siempre la correlatividad se traduce en el nacimiento de obligaciones a cargo de una y otra parte (cfr. el mutuo remunerado, según los arts. 1815 y 1820 cód. civ.; sobre el cual v. en seguida), fuera de que el nacimiento de obligaciones para ambas partes no siempre corresponde al carácter de la correlatividad de las prestaciones (piense p. ej. En la obligación que surge del *modus*, que no influye en la naturaleza del contrato de donación, y aun en el deber de ejecución del contrato y de compórtese de buena fe, que siempre están presentes a cargo de ambas partes) (C.C.col. arts. 1496, 2229)”⁷⁵.

La interdependencia mencionada, que es predicable de algunas de las obligaciones de los contratos bilaterales, ha justificado la creación de mecanismos legales para protegerla, siendo los más destacados por la doctrina la excepción de contrato no cumplido y la acción de resolución o terminación del contrato por incumplimiento de una

⁷⁵ Scognamiglio, Renato: *Teoría General del Contrato*. Traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1971, pp. 290 y 291.

de las partes. Los anteriores, se anota, no son los únicos mecanismos para el efecto, en la medida que también, sin carácter exclusivo de este tipo de obligaciones, tenemos la posibilidad de la ejecución forzada, la indemnización de perjuicios por el incumplimiento y la mora purga la mora, que pueden igualmente cumplir la función de mantener el sinalagma contractual.

Por su parte, las obligaciones no interdependientes entre sí también cuentan con mecanismos legales tendientes a protegerlas, como es la ejecución forzada de las mismas y la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, los cuales, si bien no son exclusivos de estas, sí les permiten lograr la satisfacción del derecho del acreedor.

A continuación, nos referiremos a los anteriores mecanismos, según el plan referido con antelación.

b) El cumplimiento forzado

Toda obligación civil tiene como uno de sus atributos la posibilidad con que cuenta el acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación y las que surgen del contrato en general y del contrato bilateral en particular no son la excepción.

Bajo dicho postulado, si el deudor no ejecuta de manera completa, perfecta y oportuna la prestación a favor del acreedor éste tiene la opción de exigir, mediante la fuerza del Estado, la ejecución de la misma por su deudor.

Como quiera que en el caso bajo estudio no existe pretensión de cumplimiento forzado alguna, no profundizaremos sobre la misma y solo la dejamos por razones metodológicas esbozada en estos términos.

c) La excepción de contrato no cumplido y la mora purga la mora

Como un mecanismo de protección de la interdependencia de las obligaciones correlativas en los contratos bilaterales, con efectividad temporal, se establece el instrumento contractual denominado excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*, el cual consiste en que uno de los contratantes no está habilitado para exigir el cumplimiento de la prestación a cargo del otro contratante mientras él mismo no haya cumplido con aquella a su cargo, que sea correlativa a la que pretende exigir o por lo menos se haya allanado a cumplirla y, en tal sentido, de hacerlo, a quien

se pretende obligar a cumplir a través de un proceso judicial podrá oponerse utilizando esta herramienta contractual que le permite no cumplir hasta tanto el otro contratante no haga lo propio o a lo menos se allane a hacerlo.

El Código Civil colombiano no regula de manera directa e inequívoca esta institución de protección de la reciprocidad de las prestaciones contractuales. Sin embargo, a propósito de regular el fenómeno de la mora en los contratos bilaterales, en el artículo 1609, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que lo hace de manera indirecta. En efecto se señala en la norma citada que ninguno de los contratantes en un contrato bilateral estará en mora de cumplir mientras el otro contratante no haya cumplido o por lo menos se haya allanado a hacerlo en tiempo y forma debidos.

En nuestro concepto la excepción de contrato no cumplido y la mora purga la mora son instituciones jurídicas diferentes, en la medida que la primera tiene como efecto inhibir la posibilidad de ser constreñido uno de los contratantes a cumplir lo debido mientras no reciba la satisfacción de su derecho de crédito correlativo, mientras que el efecto de la otra, es la circunstancia de no estar en mora y, como tal, no tener que asumir las consecuencias de la misma, en tanto el otro contratante tampoco haya cumplido o se haya allanado a hacerlo.

Y es que la circunstancia de no tener que ejecutar la prestación debida no es porque el otro contratante se encuentre en mora, es simplemente porque no haya ejecutado su prestación, al margen de que se le pueda o no imputar en ese momento la mora, lo que difiere de lo que se ha entendido como que la mora de uno de los contratantes purga o contrarresta los efectos de la mora del otro y hace que debamos concluir que son instituciones diferenciables no solo en su fuente, sino también en sus consecuencias.

Vale la pena reiterar, que estas instituciones se refieren a aquellas obligaciones surgidas de contratos bilaterales, pero solo en cuanto a las obligaciones que calificamos como reciprocas, es decir, entre aquellas que realmente debe existir la interdependencia que busca la igualdad de cargas protegida por la ley. Lo que significa que el incumplimiento de cualquier obligación ni releva al otro contratante de cumplir, ni lo exonera de los efectos de la mora, en la medida que deberá tratarse de obligaciones interdependientes que hacen que la una no tenga razón justa de ser ejecutada en tanto su equivalente contractual no sea a la vez recibido en contraprestación.

Por otra parte, no menos importante es analizar las vicisitudes que pueden ocurrir cuando las prestaciones de ambas partes no son exigibles en un mismo momento, bien porque las partes así lo hayan querido o porque por las circunstancias de la contratación

o de la prestación propiamente dicha, debamos concluir que una de las partes cuenta con un plazo tácito para ejecutar su prestación, todo lo cual nos pone en un escenario según el cual las prestaciones de las partes son exigibles en momentos diferentes.

Y es que lo anterior es importante en la medida que si se trata de obligaciones de ejecución en un mismo instante o del segundo obligado en el tiempo en los casos de obligaciones de ejecución en momentos diferentes, uno de los contratantes no estará obligado a ejecutar su prestación sino solo en el evento que el otro contratante, obligado a ejecutar de manera concomitante o anterior, según el caso, haya ejecutado o se haya allanado a ejecutar su prestación. Pero la excepción de contrato no cumplido no es aplicable al primer llamado en el tiempo a ejecutar su prestación, en aquellos casos en los cuales la ejecución de las prestaciones es escalonada. Para estos últimos eventos solo está abierta la posibilidad de alegación de la excepción de contrato no cumplido para el segundo obligado en el tiempo, el cual no estará en la necesidad de ejecutar la prestación si el primer obligado no ha cumplido con la suya, y debe tratarse de una ejecución efectiva y total de la prestación y no solo de estar dispuesto o haberse allanado a cumplir.

De la misma manera operará la mora en aquellos casos de cumplimiento simultáneo en los cuales la mora de uno de los sujetos obligados queda contrarrestada con la mora del otro sujeto. Pero en aquellos eventos de obligaciones de ejecución en diferentes momentos, la mora del primero obligado a cumplir, releva al segundo de hacerlo e impide que éste incurra en mora, por lo cual no operará la llamada compensación de moras o que la mora del uno purga la mora del otro, en la medida que la mora del primero releva al segundo de cumplir y en tal medida, no estando obligado a cumplir, no podrá indicarse que su falta de ejecución de la prestación tiene la virtud de constituir un incumplimiento culpable capaz de servir de venero para constituirlo en mora.

En el anterior orden de ideas, cuando hay prestaciones reciprocas de ejecución escalonada no ocurrirá la aplicación de la institución de que la mora purga la mora, en la medida que solo incurrirá en ella el primero que estando obligado a cumplir no lo haga y así el segundo quedará relevado de cumplir y como tal no podrá incurrir en mora.

d) La resolución —terminación— por incumplimiento

La resolución del contrato, en sentido general, es la extinción o desaparición del mismo a consecuencia de un evento posterior a su perfeccionamiento, o lo que es lo mismo, a

un hecho o circunstancia subsiguiente a su estructuración. También se le ha puntualizado como la disolución de la relación contractual⁷⁶.

A la resolución se puede llegar por una de tres maneras:

- Resolución voluntaria, es aquella que ocurre como consecuencia de la expresión de la voluntad de los mismos sujetos que intervinieron en su estructuración, por virtud de la cual, en aplicación de la expresión de que en derecho las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen, quienes determinaron el nacimiento del contrato, determinan igualmente su extinción, institución denominada mutuo disenso. Igualmente ocurre la misma cuando se hubiera conferido, por ley o acuerdo de las partes, la facultad a uno de los sujetos de resolver el contrato, bien a consecuencia de su sola determinación, como en los contratos que deben estar precedidos por la confianza mutua, o bien cuando la misma obedece al incumplimiento de la otra parte a sus obligaciones, a esta modalidad se le denomina revocación o desistimiento.
- Resolución legal, es aquella que ocurre, como su nombre lo indica, cuando una ley de aplicación general determina la extinción del contrato de manera automática a consecuencia de la ocurrencia de determinado evento, como por ejemplo la muerte del mandatario en aquellos supuestos donde de manera expresa no se ha convenido que el mismo continúe con sus herederos y cuando, a consecuencia de la naturaleza personalísima de la prestación, la muerte del acreedor o del deudor en consideración del cual se realizó el pacto acarrea su extinción.
- Resolución judicial, es aquella que pone fin al contrato a consecuencia de una declaración que mediante sentencia hace un juez, precedido de una ley o acuerdo de las partes que lo autoriza para el efecto. El típico ejemplo es el de la llamada condición resolutoria tácita, aplicable ante el incumplimiento contractual de uno de los obligados en los contratos bilaterales, donde es el juez quien, ante la constatación de la ocurrencia en el caso concreto de los supuestos de hecho de la norma y la solicitud de la parte afectada, determina el fin del contrato. Otro ejemplo ocurre en aplicación de la teoría de la imprevisión en aquellos eventos en los cuales no se pueden adoptar medidas que, en ejecución del contrato, permitan reestablecer el equilibrio patrimonial perdido, en cuyo caso se autoriza al juez la terminación de la relación contractual.

⁷⁶ Bianca, C. Massimo: *Derecho civil 3. El contrato*. Traducido por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp 754.

Ahora bien, dependiendo de si los efectos de la resolución se producen solo a futuro, dejando lo ya ocurrido incólume, o si, por el contrario, lo que impacta la misma es, además, el pasado, buscando que las cosas vuelvan al estado anterior al del contrato, podemos hablar de resolución retroactiva o no retroactiva. Algunos utilizan el concepto de resolución, para evocar aquella que produce tanto efectos al futuro como al pasado y el de terminación para la que solo los produce hacia el futuro, es decir la no retroactiva y esa opción lingüística la hemos adoptado para el presente Laudo arbitral.

Pareciera que, si estamos frente a la resolución voluntaria, serán los sujetos o el sujeto que la determina, el llamado a fijar su alcance; si estamos frente a la legal el legislador mismo, pero sí lo es el juez, deberá observar, de un lado el límite fijado por la solicitud del demandante y la posibilidad o imposibilidad física, razonable y equitativa de volver las cosas al estado anterior u optar por una resolución solo con efectos futuros, esto es por una terminación. Para el efecto se ha utilizado la clasificación de los contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo, para indicar que en los primeros estamos frente a una determinación con efectos retroactivos, es decir, frente a una verdadera resolución, mientras que en los de ejecución o tracto sucesivo los efectos de la decisión judicial lo serán solo hacia el futuro.

Descendiendo a la resolución-terminación del contrato bilateral por incumplimiento de uno de los contratantes a alguna o algunas de sus obligaciones, debemos arrancar por señalar que se trata de otro de los remedios consagrados por el legislador para efectos de mantener la interdependencia de las obligaciones, que consiste en que la posibilidad de que, ante el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes, el otro, que cumplió o se allanó a cumplir, pueda optar por acudir donde el juez del contrato para que declare la resolución o terminación de este.

Se trata, sin lugar a duda, de una resolución judicial, motivada, de un lado, en lo que se ha denominado por algunos, la condición resolutoria tácita⁷⁷ y, del otro lado, en la circunstancia consistente en el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes y el cumplimiento o, por lo menos, la disposición certera a cumplir, del otro contratante, que es el facultado por la ley para hacerle la solicitud al juez válidamente.

⁷⁷ O derecho de resolución del contrato, según Arturo Valencia Zea, quien en su libro *Derecho Civil, T. III., De las Obligaciones* (6ª ed. Bogotá: Temis, pp. 162 y 163) señaló que lo consagrado por el artículo 1546 del Código Civil colombiano no fue una condición resolutoria tácita, sino un derecho a la resolución del contrato, que a imagen del artículo 1184 del Código Civil francés de 1804, lo tiene consagrado, pero que fruto a consecuencia de una mala explicación del Pothier se hubiera confundido con la *lex commissoria* de los romanos.

Como ya tuvimos oportunidad de señalarlo, nos hemos referido a los conceptos resolución y terminación, en la medida que la doctrina ha querido acuñar términos diferentes para los eventos en que la resolución produce tanto efectos hacia el pasado y el futuro, como cuando solo los produce para el futuro. Así las cosas, se prefiere la palabra resolución para los eventos en los cuales la misma produce plenos efectos, esto es, tanto *ex nunc* como *ex tunc*, y la terminación para aquellos en los cuales los mismos solo están llamados a ser producidos hacia el futuro, es decir, *ex tunc*.

Igualmente, es fundamental reiterar que los casos de terminación parten del supuesto de que las prestaciones ya han iniciado a ejecutarse y que no es física o equitativamente factible volver las cosas al estado anterior. En términos de la mayoría, esto ocurre en los contratos de ejecución sucesiva o tracto sucesivo⁷⁸.

Son múltiples los pronunciamientos tanto doctrinales, como jurisprudenciales, en torno a los requisitos que deben concurrir a efectos de la declaratoria judicial de resolución de un contrato bilateral por incumplimiento, los cuales, aunque en algunos eventos mayores o menores, siempre coinciden en por lo menos tres: 1. Existencia de un contrato bilateral válido; 2. Incumplimiento imputable al deudor de sus obligaciones contractuales, deudor que es el demandado; y 3. Haber el otro contratante, demandante, cumplido o por lo menos haberse allanado a cumplir sus obligaciones correlativas.

En cuanto al primero de los requisitos hay que señalar que está supeditado este remedio contractual al incumplimiento de aquellos contratos existentes y válidos, es decir, aquellos que logren superar los juicios de cumplimiento de requisitos para la existencia y para la validez del contrato. Lo anterior, en la medida que si el conflicto está precedido por un contrato inexistente o afectado en su validez, serán los mecanismos propios de dichas instituciones los llamados a operar y no la resolución o terminación por incumplimiento de obligaciones que no nacieron, o están llamadas a desaparecer con el reconocimiento de la nulidad.

De manera adicional, el primer requisito hace referencia a contratos bilaterales, es decir, aquellos en los cuales ambas partes contraen obligaciones reciprocas o también denominados sinalagmáticos. En nuestro concepto, no entrarían en esta categoría los contratos denominados sinalagmáticos imperfectos, en tanto ni son bilaterales, ni realmente podemos entender que las obligaciones surgidas para ambas partes tienen una relación de interdependencia suficiente para ser tutelada a través de este

⁷⁸ Canosa Torrado, Fernando: *La resolución de los contratos*. 4ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, pp 34-40.

mecanismo de la resolución o terminación del contrato, encontrando que generaría más desventajas que aspectos positivos su aplicación.

Por otra parte, es fundamental también llamar la atención en relación con el segundo requisito, el consistente en la necesidad que uno de los contratantes hubiera incumplido las obligaciones a su cargo. Sobre este asunto, la tendencia generalizada considera que no cualquier incumplimiento contractual es causa suficiente para la aplicación de este remedio contractual. De hecho, así se ha venido acuñando no solo en la jurisprudencia española, sino también en las normas de *soft law* que se han venido acogiendo⁷⁹.

Para efectos de que el incumplimiento contractual sea causa de la resolución del vínculo, se requiere que se trate de un incumplimiento total o de uno parcial, que en diferentes escenarios se ha señalado debe tener alguna o algunas de las siguientes características: esencial, sustancial, importante, de obligaciones principales, grave, que comporte la frustración del fin del contrato, que se afecte las aspiraciones legítimas de la contraparte, etc.⁸⁰

Así las cosas, no cualquier incumplimiento contractual es suficiente para obtener la resolución —terminación— judicial del contrato por tal causa. Debe tratarse o de un incumplimiento total o de uno parcial, del cual no pueda predicarse que es un incumplimiento menor, no importante, tardío, leve, intrascendente, inane, de obligaciones accesorias, irrelevante, etc.

Finalmente, en cuanto al tercer requisito habrá que señalar que este remedio contractual está restringido a aquel contratante cumplido, que ha ejecutado la prestación a su cargo o que por lo menos ha estado dispuesto de manera oportuna a hacerlo. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, se señaló que esta acción resolutoria tiene su antecedente más lejano en el derecho canónico y que estaba solo concebida para aquel contratante que hubiera cumplido con sus obligaciones, por el marcando criterio moral que le imprimieron los canonistas a la misma y que así a continuación fue acogida por los glosadores. De la misma manera se afirma que en el antiguo derecho español, Partida Quinta, reproducida en el Ordenamiento de Alcalá y en la Recopilación, se siguió idéntica línea, de restringir dicha acción al contratante cumplido, todo lo cual llevó, junto con un antecedente remoto de la *lex commissoria*, a

⁷⁹ Ver Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; Principios de Derecho Europeo de los Contratos; Principios UNIDROIT. STS de 26 de octubre de 2012, 19 de mayo de 2009, 19 de mayo de 2008, 4 de enero de 2007, 22 de marzo de 1985, 7 de marzo de 1983 y 25 de febrero de 1978.

⁸⁰ Villamil Portilla, Edgardo: *Levedad del incumplimiento contractual y otros ensayos*. Bogotá, 2016, pp 24-29.

que el Código Civil francés de 1804 la estableciera en su artículo 1184 con igual exigencia. Es innegable que la codificación francesa influyó de manera decisiva en legislaciones latinoamericanas y en tal sentido podemos citar a modo de ejemplo a Colombia, Chile, Venezuela, Ecuador, México, Brasil, Bolivia, etc., países en los que se incluyó la institución en comento a favor del contratante cumplido o que, a lo menos, estuvo presto a cumplir⁸¹.

En el mismo sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia española consideran que este tercer requisito es aplicable en su territorio y que para efectos de que uno de los contratantes pueda optar por la resolución del contrato bilateral incumplido, debemos estar frente a un contratante que cumplió o se allanó a cumplir. Lo anterior, no obstante que el artículo 1124 del Código Civil español no lo señala de manera expresa como un requisito inequívocamente necesario para el efecto, pero se puede desprender de la interpretación de la norma que exige que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbía, de donde se deduce que el otro obligado sí debe haber cumplido para poder estar facultado para implorar la resolución.

Hay que anotar que la resolución que hemos venido analizando en el presente acápite es la judicial, es decir, aquella que requiere de un proceso y un pronunciamiento judicial que reconozca la ocurrencia en el caso concreto de los requisitos legales para la aplicación de la consecuencia jurídica consagrada por la ley. La cual se diferencia de la resolución que igualmente puede en un caso determinado ser aplicable al contrato ante el incumplimiento de las obligaciones, pero a consecuencia de un acuerdo de voluntades expreso de las partes, quienes en ejercicio de la autonomía privada pueden convenir que ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales el contrato se resolverá o terminará, institución que no está supeditada solo a los contratos bilaterales y que solo está limitada por las fronteras de protección del interés general, el derecho ajeno y las buenas costumbres, por lo cual es perfectamente válido que las partes lo establezcan como una consecuencia aplicable tanto ante el incumplimiento de una parte, como al de ambas.

En este último caso, si las partes no definen el alcance de la resolución o terminación por incumplimiento, los requisitos y efectos de la misma serán los mismos que ha señalado la ley para la condición resolutoria tácita.

e) La indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de noviembre de 1979, M.P. Alberto Ospina Botero.

En el marco de la institución conocida como la responsabilidad civil contractual o por el incumplimiento de obligaciones previamente contraídas (esta última alocución que preferimos), se ha establecido legal y jurisprudencialmente que quien, a consecuencia directa del incumplimiento a él imputable, de una obligación, le cause perjuicios al acreedor adquiere la obligación de indemnizarlos.

Basada fundamentalmente en normas legales contenidas en el Código Civil, especialmente en sus artículos 1602, 1603, 1604, 1608 y 1613 a 1616, aplicables a las relaciones contractuales regidas por el Código de Comercio en virtud de la remisión expresa del artículo 822 del estatuto mercantil, la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha precisado los requisitos y/o elementos axiológicos necesarios para que surja la obligación indemnizatoria en el marco de la conocida como responsabilidad civil contractual.

Los requisitos y/o elementos axiológicos que de manera reiterada⁸² la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha indicado pueden concretarse en los siguientes: (i) existencia de un contrato válido; (ii) el incumplimiento de una o varias de las obligaciones derivadas de ese contrato, imputado a título de culpa o dolo del deudor; (iii) el daño sufrido por el acreedor; y (iv) la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento imputable.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aludiendo a los requisitos enunciados, indicó que la responsabilidad civil de carácter contractual “(...) se estructura por la existencia de una relación jurídica preexistente entre las partes, es decir, cuando el menoscabo deviene de la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de una obligación pactada en un contrato existente y válido”⁸³, exigiendo que el incumplimiento lo sea “por culpa o dolo de las obligaciones surgidas de la convención”⁸⁴, y puntualizando además que “cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja

⁸² Algunas sentencias que recogen lo dicho de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes: SC2555-2019 de julio 12 de 2019 (radicación 20001-31-03-005-2005-00025-01); SC1230-2018 de abril 25 de 2018 (radicación 08001-31-03-003-2006-00251-01); SC7220-2015 de junio 9 de 2015 (radicación 11001-31-03-034-2003-00515-01).

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC-1230-2018 de abril 25 de 2018 (radicación 08001-31-03-003-2006-00251-01).

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC038-2015 de febrero 2 de 2015 (radicación 11001-31-03-019-2009-00298-01).

o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado'⁸⁵. Consecuentes con lo anterior debe darse una relación de causalidad directa y adecuada entre la conducta incumplidora del deudor y los daños que reclama el acreedor. El fundamento de la necesidad de existencia de tal nexo "no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son 'consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento'⁸⁶.

La solicitud indemnizatoria en el marco de los contratos bilaterales puede ser ejercida en conjunto con la acción de cumplimiento, con la acción resolutoria e, incluso, se ha reconocido doctrinal y jurisprudencialmente que puede ser solicitada de manera autónoma, esto es, simple y llanamente buscando la reparación del daño sufrido. Ahora bien, el componente indemnizatorio en todos los casos debe reunir los requisitos señalados anteriormente.

2. El caso concreto

A continuación descenderemos las anteriores disquisiciones generales al caso concreto.

a) La existencia y validez del contrato celebrado

Para este Tribunal, luego de analizar los requisitos de existencia predicables de manera general a todos los contratos y los particulares aplicables al contrato atípico celebrado, no queda duda que estamos en frente de uno existente. Sin duda existió un acuerdo de voluntades, debidamente expresado, precedido de una causa y con un objeto posible y determinado.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC16690-2016 de noviembre 17 de 2016 (radicación 11001-31-03-008-2000-00196-01)

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 6878 de septiembre 26 de 2002.

Igualmente se recorrieron los requisitos o elementos necesarios para la validez del mismo, esto es, que quienes lo celebraron fueran capaces, que la voluntad de cada una de las partes fuera libre y que tanto la causa como el objeto del acto jurídico fueran lícitos, concluyéndose que no existió vicio alguno que pudiera ser fuente de invalidez del negocio.

Además del análisis del Tribunal, es importante señalar que ninguna de las partes alegó en momento alguno ni la inexistencia ni la nulidad del contrato o de alguna o algunas de sus cláusulas.

b) De las obligaciones contractuales adquiridas por las partes y su cumplimiento en función de los incumplimientos endilgados por el acreedor

Analizaremos a continuación tanto las obligaciones que AGAVE le endilga incumplidas a COMPAÑÍA DE EMPAQUES, como las que ésta le atribuye incumplidas a aquella.

i) Del incumplimiento contractual que le endilga AGAVE a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES

En su demanda inicial, subsanada para efectos de su admisión, la sociedad AGAVE le endilga a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES el incumplimiento de por lo menos dos obligaciones derivadas del contrato. En primera medida le endilga el incumplimiento de la contenida en el numeral 5 de la cláusula tercera que establece a cargo de la demandada la obligación de “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso.” Por otra parte le atribuye haber incumplido la obligación de haber aplicado al saldo del mutuo el beneficio del Incentivo a la Capitalización Rural que FINAGRO le había abonado a través del intermediario financiero. Procederemos a hacer un análisis individual de la siguiente manera:

- De la obligación de disponer de los recursos necesarios para desfibrar y beneficiar la fibra

De una lectura desprevenida del contrato se concluye claramente que esta actividad estaba a cargo de la sociedad COMPAÑÍA DE EMPAQUES y consistía en poner a disposición del proyecto todos los recursos, de dinero, maquinaria, personal, etc.

necesarios para el procesamiento de las hojas de fique que AGAVE debía cosechar. Dentro de estas labores se encontraba la de desfibrar y beneficiar la fibra, esto es fermentarla y secarla. Con la única anotación de que la disposición de la infraestructura e instalaciones necesarias para el secado y almacenamiento de la fibra estaban a cargo de AGAVE. Es decir, si bien es cierto que todos los recursos necesarios para las actividades de desfibrado, beneficio, fermentado y secado de la fibra estaban a cargo de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, lo que respecta única y exclusivamente a la infraestructura e instalaciones para el secado y almacenamiento se encontraban a cargo de AGAVE, de acuerdo con las especificaciones técnicas que para el efecto le debía dar la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

En efecto se pueden traer a colación las siguientes cláusulas contractuales que denotan lo indicado anteriormente, aclarando desde ahora que tenía la calidad de contratante la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, mientras que AGAVE lo era la de contratista:

“SEGUNDA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA...”

7) Cosechar y disponer las hojas maduras de fique en un punto de la finca o del núcleo productivo donde se tenga acceso a el equipo de desfibrado tipo mediano y el vehículo que lo transporta.

8) Disponer de la infraestructura de tanques y secadero requerida para el beneficio de la fibra, así como de un espacio protegido de la intemperie para el almacenamiento de fibra seca...

12) Construir por su cuenta y riesgo toda la infraestructura de vías e instalaciones necesarias para la producción, siembra, cultivo, secado y almacenamiento del fique de acuerdo con las especificaciones técnicas señaladas por EL CONTRATANTE.”

“..TERCERA – OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE...”

5) Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso...”

“SEXTA – PRECIO....”

PARÁGRAFO: En caso de que se presente problemas de calidad en el desfibrado atribuibles a mal funcionamiento de la maquina desfibadora, estas serán asumidas por el contratante.”

“NOVENA – PROCEDIMIENTO DE RECEPCIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL FIQUE: EL CONTRATANTE por medio de sus técnicos compradores y, en

presencia de EL CONTRATISTA o su mandatario, procederá a realizar para la recepción y clasificación del fique las siguientes actividades:

...

b) Debido a que la actividad de desfibrado y su costo es asumido por el CONTRATANTE éste será el responsable de que la humedad sea la adecuada, y corresponderá máximo al 12% doce por ciento. Salvo que el mayor grado de humedad sea por deficiencias en la infraestructura de secaderos y almacenamiento”.

Además de lo anterior, la misma COMPAÑÍA DE EMPAQUES al momento de dar respuesta a la demanda afirma que “puso a su disposición la máquina y los operarios necesarios para el proceso de desfibrado, dando cabal cumplimiento a sus obligaciones”⁸⁷. Y que “EL CONTRATANTE cumplió con los referidos operarios y máquinas frente a toda la cosecha y hojas maduras de fique dispuestas por el contratista (...)”⁸⁸.

Finalmente, haremos referencia al interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, quien afirmó en varios momentos que, en efecto, era obligación de la COMPAÑÍA el proceso de desfibrado, y que estaban en capacidad de “darle la vuelta” a todo el cultivo de 350 hectáreas en un año, que es lo recomendado.

Valga anotar que fueron contestes los testigos que declararon en el trámite arbitral, lo mismo que los peritos que rindieron dictámenes técnicos referidos al cultivo y su beneficio, en el sentido de que el cultivo debía ser cosechado por lo menos una vez al año, es decir, que a todas las matas sembradas en las 350 hectáreas, en el proceso de beneficio de la fibra, debían cortarlas las hojas una vez al año y que ese volumen de hojas cortadas eran las que debían ser desfibradas por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

Consecuentes con lo anterior este Tribunal encuentra acreditado el nacimiento de la obligación a cargo de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES consistente en poner los recursos humanos, mecánicos y en general todos los requeridos para el proceso de desfibrado y beneficio de las hojas de fique de las 350 hectáreas sembradas en la finca de AGAVE.

⁸⁷ Ver segundo párrafo de la página 6 de la respuesta a la demanda, presentada por COMPAÑÍA DE EMPAQUES, documento No. 45 del expediente digital.

⁸⁸ Ver penúltimo párrafo de la página 13 de la contestación de la demanda, presentada por COMPAÑÍA DE EMPAQUES, documento No. 45 del expediente digital.

Tal obligación no solo debía comprender las máquinas y el personal suficiente para desfibrar la totalidad de las hojas que año a año debían ser cortadas a cada una de las plantas del cultivo, sino que debía iniciar en el momento en el cual el cultivo estuviera apto para ser cosechado.

- Del cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación por parte de la compañía de empaques

No es una conclusión difícil de lograr aquella que indica que en la ejecución del contrato que nos ocupa no se cumplió la finalidad de cosechar y beneficiar la totalidad de la fibra que el cultivo plantado en la Finca El Porvenir debía y podía producir año a año, a partir del mes de julio del año 2019.

En efecto, materialmente hablando y sin adentrarnos aún en el análisis obligacional, se puede afirmar que ni AGAVE cortó las hojas mínimas que técnicamente se encuentra recomendado cortar año a año, ni la COMPAÑÍA DE EMPAQUES dispuso de los recursos necesarios para efectuar la labor de beneficio, es decir, entre otras, de desfibrado, fermentado y secado de la fibra que estaba en condiciones aptas para el efecto en el cultivo.

Es claro para este Tribunal que la finalidad buscada por las partes consistente en obtener la fibra que el cultivo estaba en capacidad de dar año a año a partir de la primera cosecha no se logró y en efecto eso se concluye claramente tanto de los escritos de ambas demandas, como de la prueba testimonial y pericial practicada. Ahora bien, si en efecto ocurrió el cumplimiento de la obligación analizada en este acápite de manera oportuna y completa por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES será lo que analicemos a continuación.

De conformidad con la bitácora del cultivo —que se llevaba en cumplimiento de la obligación adquirida por AGAVE en el numeral 6 de la cláusula segunda del contrato— la cual era diligenciada por personal de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, según nota del 24 de enero del año 2019, suscrita por Eduardo Trujillo y John Jairo Mira se debía “comenzar con la planeación de vías y áreas de desfibrado”⁸⁹, lo cual da a entender que para esa época ya se tenía previsto para un plazo cercano el inicio del beneficio de la fibra. Esto es corroborado con la nota del 25 de julio de 2019, suscrita por el señor John Jairo Mira, que indica “Muy buen estado de desarrollo del cultivo homogéneo y

⁸⁹ Ver página 16 de la bitácora, que se encuentra entre los documentos exhibidos por AGAVE, obrantes en el documento No. 112 del expediente digital.

sano. En los próximos meses se puede iniciar el desfibrado en un área entre 80 y 100 has.”. Y la del 18 de octubre de 2019, en la que la misma persona de COMPAÑÍA DE EMPAQUES indica que “Se revisó el sitio para secadero provisional. Se dio la instrucción de como adecuar el sitio, así como la madera requerida”⁹⁰.

El señor Mira, además, en su declaración testimonial indicó:

“ya nosotros damos al socio digamos la indicación de que hay una parte del cultivo apta para ser cosechada, eso es en el año 2019 que nosotros le decimos: “Listo, vea, aquí ya tenemos aproximadamente unas 80 o 100 ha que podemos empezar a cosechar este año”⁹¹.

El perito Carlos Alberto Álvarez, que rindió dictamen a solicitud de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, en la diligencia de contradicción del dictamen afirmó lo siguiente:

“¿Conoce usted a la Compañía AGAVE S.A.S.? CONTESTÓ: Sí, yo conozco a la Compañía AGAVE S.A.S. PREGUNTADO: ¿Por qué la conoce? CONTESTÓ: Pues porque quien montó esa empresa trabajó conmigo aquí en COMPAÑÍA DE EMPAQUES muchos años, y en determinado momento, yo ya estaba jubilado, me invitó a conocer el cultivo que tenía en Amalfi. PREGUNTADO: ¿Hace cuánto fue esa visita?, ¿cuándo visitó usted el cultivo? CONTESTÓ: Pues eso fue como antes de la pandemia. ¿Qué vi yo allá? Yo vi que el cultivo estaba bien, las matas con muy buen desarrollo, bien presentadas, bien organizadas, y recomendé, le dije: “hombre, esto ya está de cuchillo”; así hablamos en fique cuando hay que comenzar a beneficiar las plantas de fique. PREGUNTADO: Cuando usted estuvo por allá, ¿no había iniciado todavía el beneficio? CONTESTÓ: No señor, no había empezado el beneficio. Fue una de las cosas que le dije: “bueno, ya toca que iniciar el beneficio o si no esto se comienza a florecer, y traerá problemas de desaparecer matas por florecimiento”. PREGUNTADO: ¿Cuál era su concepto en ese momento del estado de ese cultivo? CONTESTÓ: Mi concepto, que estaba un cultivo bien manejado, de pronto muy juntas las matas, pero eso no es tan relevante en el cultivo, sobre todo cuando uno ve que el terreno y el clima de la zona dan como resultado un buen desarrollo de las plantas”⁹².

Del análisis probatorio general se encuentra claramente que para el segundo semestre del año 2019 ya había una cantidad considerable de matas en condiciones de ser

⁹⁰ Las últimas dos notas citadas se pueden corroborar en la página 18 de la bitácora ya citada.

⁹¹ Véase documento No. 138 del expediente digital, que contiene la transcripción de esa declaración.

⁹² Véase la transcripción de esa declaración, que obra en el documento No. 188 del expediente digital.

cosechadas y para el efecto debían disponerse por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES los recursos necesarios para el cumplimiento de su obligación. No obstante lo anterior solo para finales del mes de noviembre de 2019 se dispuso de una máquina, sin la capacidad suficiente para desfibrar la totalidad del cultivo disponible y la cual solo fue operada por dos funcionarios de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES por un corto periodo de tiempo. Es de anotar que esta máquina, en palabras del dictamen del perito Álvarez, tenía una capacidad para desfibrar 4.000 hojas día, por lo cual, según los rendimientos requeridos y a los cuales hicieron referencia no solo los dictámenes periciales, sino también las demás pruebas recaudadas, era claramente insuficiente para la labor que se requería. Nótese que por cada 41 hectáreas aproximadamente se producirían por año 3.225.125⁹³ hojas, las cuales, si se desfibraran a razón de 4.000 hojas diarias requerirían 806 días efectivos de trabajo, lo cual, incluso sin descontar los días de descanso nos arroja más de dos años de labores y claramente para el año 2019 se tenían más de 41 hectáreas listas para ser cosechadas.

Ahora bien, si continuamos el análisis de las máquinas puestas a disposición del cultivo por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES —según el dicho del representante legal de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES “Después, en marzo del 2020, llevamos otras dos máquinas medianas. O sea que ya teníamos tres máquinas medianas trabajando”— podemos observar que pasaron los meses de diciembre de 2019 y enero y febrero de 2020 sin que se atendieran labores de desfibrado con recursos de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES y, además, ya para esa época se habla de que están dispuestas para ser cosechadas 300 hectáreas. Es decir, la cantidad de cultivo para ser cosechado crecía de manera acelerada y, sin embargo, no se ponía por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES la maquinaria necesaria para desfibrar lo requerido. Nótese que si cada máquina de las suministradas está en capacidad de desfibrar 4.000 hojas diarias, con tres máquinas se tendría una capacidad de 12.000 hojas por día. Por otra parte, a cada mata se le debían cortar en promedio 26 hojas por año, que a razón de 3.000 por hectárea daría un total de 78.000 hojas por hectárea al año, las cuales para ser desfibradas con las 3 máquinas puestas a disposición de la finca darían un rendimiento de 6,5 días por cada hectárea. Así las cosas, claramente tres máquinas de la capacidad puesta a disposición de la finca por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, no tenían la capacidad de cumplir con los rendimientos de desfibrado requeridos.

Es de anotar que al momento de analizar las pruebas arrimadas al proceso con la finalidad de acreditar el cumplimiento de esta obligación por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, el juzgador tuvo que analizar en conjunto los dictámenes periciales, el

⁹³ Ver página 67 de dictamen pericial del señor Carlos Alberto Álvarez, documento No.166 del expediente digital.

interrogatorio de parte y los testimonios, en la medida en que, si bien los mismos son coincidentes en los rendimientos de las máquinas de desfibrado, llegan a conclusiones erradas en cuanto a si en efecto se podría cumplir con el desfibrado de la totalidad de la finca en un año. Para este Juzgador es claro, luego de hacer los análisis de cada una de las máquinas, con base en los rendimientos y el número de máquinas llevadas efectivamente a la finca por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES que en efecto las mismas, desde el primer momento, fueron insuficientes para procesar las hojas disponibles.

Ahora bien, se ha insinuado por varios de los declarantes y se afirmó igualmente por el perito Carlos Alberto Álvarez, que COMPAÑÍA DE EMPAQUES disponía de una máquina industrial, con capacidad para procesar 48.000 hojas al día, a razón de 6.000 hojas por hora, la cual se indica propuso llevar a la Finca de AGAVE. Sobre el particular habrá de señalarse que al margen de si tal ofrecimiento en efecto ocurrió y si el mismo en efecto fue rechazado por AGAVE —de lo cual no existe suficiente material de convicción— e, igualmente, al margen de si el mismo constituye el cumplimiento de la obligación adquirida o por lo menos un allanamiento al mismo, se deberá indicar que de conformidad con los análisis efectuados de rendimientos en el dictamen del señor Carlos Alberto Álvarez, una sola máquina de esta características tampoco hubiera tenido la capacidad para desfibrar la totalidad requerida del cultivo en un año calendario. Lo anterior en la medida que según su dicho “(...) trabajando con dos máquinas industriales se podría completar un punto de desfibrado de 41.3875 hectáreas en un solo turno de trabajo en 29 días, entonces las 331.1 hectáreas se podrían desfibrar en 235 días”⁹⁴.

De manera adicional, que no menos importante, existen otros medios de convicción que hacen reafirmar las conclusiones indicadas hasta el momento, de los cuales citaremos al menos dos.

De una parte, la comunicación calendada el día 13 de noviembre del año 2020 en la cual el Presidente de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES⁹⁵ manifiesta que la COMPAÑÍA

“ha venido realizado múltiples esfuerzos y realizando inversiones muy cuantiosas en el desarrollo de una maquina desfibradora para cultivos de gran extensión como el suyo. En esa tarea llevamos en la etapa más reciente, al menos 5 años buscando los resultados esperados, pero sin éxito total en nuestro propósito (...)

⁹⁴ Ver página 69 del dictamen pericial arimado por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, documento No. 166 del expediente digital.

⁹⁵ Documento 6, incluido en el documento No. 8 del expediente digital.

Pensamos que en los próximos dos o tres meses podemos tener avances muy significativos en esta materia.”

Por otra parte, en misiva del 4 de marzo del 2021⁹⁶, el Director Agrícola de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, manifestó:

“aún no tenemos disponible una máquina desfibradora que llene las expectativas que todos tenemos para un cultivo del tamaño del suyo, a pesar de que en los últimos meses hemos probado varios prototipos con resultados que todavía no nos permiten su utilización definitiva.

“También hemos explorado la posibilidad de vincular desfibradores entrenados a la Compañía, sin mucho éxito, ya que en Antioquia no hay personas con estas habilidades y en los lugares del país donde están, no logramos convencerlos de que se desplacen de sus hogares para trabajar con nosotros. Otra opción que les hemos propuesto, es que vengan como contratistas independientes, pero tampoco así hemos tenido éxito.

“Lo anterior no quita la responsabilidad que tenemos, pero queremos ponerlo de presente para que no se entienda que ha habido negligencia o desinterés por parte de la Compañía”.

De los análisis probatorios puntuales referidos anteriormente y del estudio en conjunto de todas las pruebas arrojadas concluye este Tribunal que la COMPAÑÍA DE EMPAQUES cumplió de manera tardía, deficiente e insuficiente con su obligación de “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso” por lo cual efectivamente incurrió en el incumplimiento de la obligación contractual que le endilga la sociedad AGAVE, en la medida que cumplir deficiente y tardíamente la obligación es tanto como incumplirla.

Es fundamental desde ahora señalar que tal obligación tenía la entidad de ser una obligación fundamental del contrato, en tanto que sin el cumplimiento de la misma no se lograría obtener el resultado económico esperado del objeto contractual y, como tal, es de aquellas obligaciones cuyo incumplimiento tiene la entidad necesaria para fundamentar la terminación del contrato en la medida que cumple con las características que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado para ser un incumplimiento

⁹⁶ Documento 7, incluido en el documento No. 8 del expediente digital.

resolutorio (se aclara que para el caso concreto se trata de un incumplimiento capaz de generar la terminación del contrato). Se trataba, sin más, de una obligación esencial para el cumplimiento de la finalidad contractual perseguida.

- De la obligación de aplicar el incentivo rural de capitalización otorgado por FINAGRO

De una lectura cuidadosa del contrato no se logra vislumbrar el acuerdo entre las partes asociado a tal incentivo. No obstante, la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, al dar respuesta al hecho décimo séptimo de la demanda, afirmó que no era cierto que “no se haya aplicado el beneficio de FINAGRO, esto porque en diciembre de 2017 se le realizó el abono por un valor de \$243.753.895”.

Por otra parte, se anexó a la respuesta una certificación de la revisoría fiscal de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, que da cuenta de sendos abonos, movimientos crédito, registrados en la contabilidad a nombre de AGAVE, para el mes de abril del año 2017, los cuales suman en total la cantidad de \$243.753.895.

Ahora bien, no existiendo prueba clara del nacimiento de la obligación, en la medida que ni existe la fuente obligacional concreta identificable al interior de acervo probatorio, ni se puede concretar en efecto la magnitud de la obligación supuestamente adquirida por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, en tanto no se tiene noticia del valor que debía abonar a la obligación por concepto del incentivo, no hay lugar a profundizar sobre el presente asunto y por el contrario considera este Tribunal que no hay certeza del nacimiento de la obligación cuyo cumplimiento echa de menos la sociedad demandante.

Además, y con el fin de dejar este asunto completamente agotado, no encontramos una consecuencia resolutoria y/o indemnizatoria en las pretensiones de la demanda que inequívocamente se desprenda de este supuesto incumplimiento y/o que pueda acarrearla, máxime si ya tenemos por acreditado el otro incumplimiento contractual que en efecto acarrea tales consecuencias.

- ii) *Del incumplimiento contractual que le endilga COMPAÑÍA DE EMPAQUES a AGAVE*

Tanto en la respuesta a la demanda inicial, como en la demanda de reconvención COMPAÑÍA DE EMPAQUES afirma que la sociedad AGAVE incumplió con algunas de

las obligaciones que contrajo con la celebración del contrato objeto de este litigio, tal como detallaremos a continuación.

- Incumplimientos enarbolados en la respuesta a la demanda

Al responder los hechos sexto y décimo quinto de la demanda inicial COMPAÑÍA DE EMPAQUES le endilga a AGAVE el incumplimiento de las siguientes diez obligaciones:

- i. Mantener.
 - ii. Cosechar.
 - iii. Vender exclusivamente (por haber realizado pocas ventas).
 - iv. Pagar el préstamo.
 - v. Disponer de los recursos económicos y humanos para manejar adecuadamente el cultivo.
 - vi. Acatar las recomendaciones del asistente técnico designado por el CONTRATANTE.
 - vii. Disponer de las hojas maduras de fique en el punto de la finca donde se tenga acceso a el equipo de desfibrado mediano y el vehículo que lo transporta.
 - viii. Disponer de la infraestructura de tanques y secadero requerida para el beneficio de la fibra, así como de un espacio protegido de la intemperie para el almacenamiento de la fibra seca.
 - ix. Construir por su cuenta y riesgo toda la infraestructura de vías e instalaciones necesarias para la producción, siembre, cultivo, secado y almacenamiento del fique.
 - x. Cumplir con las disposiciones legales en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo.
- Incumplimientos endilgados en la demanda de reconvención

En el hecho SEXTO de la demanda de reconvención se indica que

“(…) la sociedad AGAVE S.A.S. incumplió con sus obligaciones principales de (i) sembrar, (2) mantener y (iii) cosechar 400 hectáreas o por lo menos 350 hectáreas de planta de fique para la extracción de la fibra, las cuales se debían de cumplir sin ningún tipo de condicionamiento, como se explicará a continuación:

6.1. Frente a la obligación de sembrar: la sociedad AGAVE S.A.S. tenía la obligación de sembrar 1.050.000 semillas de fique que fueron dadas por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES de acuerdo con recomendaciones que haga el asistente técnico por parte de la CONTRATANTE (cláusula segunda numeral 5), se debía sembrar 2.424 plantas por hectárea esto para obtener el buen desarrollo de las plantas, sin embargo la CONTRATISTA sembró 3.000 plantas por hectárea lo que produjo el florecimiento temprano de la planta y lo que hizo que se imposibilitará el control de malezas, arvenses.

6.2. Frente a la obligación de mantenimiento: el CONTRATISTA, en ningún momento realizó el adecuado mantenimiento de las 350 hectáreas de planta de fique, no hizo el control de maleza, plateo, aplicación de fertilizantes, la poda, el abono, entre otras labores que permiten el buen desarrollo del cultivo, esto se observa entre otras pruebas en el acta de visita del 12 de julio de 2022 donde se indica:

(i) “Lote de mina: Hay tres focos de floración importante, que puede ser que más de la mitad de las plantas estén florecidas.” (ii) “El cultivo presenta un color amarillo que indica falta de nutrición y fertilización. (iii) “Lote la puerta: hay un foco de floración y floración dispersa del 20%, se aprecia un alto grado de desnutrición por la cantidad de hojas amarillas. Esta todo enrrastrojado”. (v) “Lote los Alpes: en la vega de los Alpes se observa una floración que equivale al 30% del lote”. (vi) “Lote camino de Maracaibo: se observa una floración del 10% del cultivo, la maleza permite ver el cultivo y una deficiencia de nutrición en las plantas”. (vii) “Camino de portachuelo: tiene una floración cercana al 50%, maleza más alta que las matas y las hojas tienen bastante antracnosis.

6.3. Frente a la obligación de cosechar: la sociedad AGAVE S.A.S no realizó el corte de las hojas maduras de fique y no las dispuso en un punto de la finca o del núcleo productivo donde se tenga acceso al equipo de desfibrado tipo mediano y el vehículo que las transporta (cláusula segunda numeral 7), es que véase en el comunicado del 4 de marzo de 2021 suscrito por John Jairo Mira Castillo donde por parte de COMPAÑÍA DE EMPAQUES se es enfático en señalar que se requiere la cosecha de las hojas, veamos:

“(…) le solicito disponer del personal que se requiera por parte de Agave para adelantar las labores de corte y arrume de hojas así como secado”, “en aras de lograr la mayor eficiencia posible, el personal de Agave, debe garantizar al menos 4000 hojas de fique cortadas y arrumadas cada día en los puntos donde se ubique cada máquina que vaya ingresando al proceso”, “La falta de cosecha va llevando el cultivo aun estado en el cual las malezas se empiezan a volver limitantes (…)”.

En el hecho SÉPTIMO se afirma que

“La sociedad AGAVE S.A.S no construyó la infraestructura de vías e instalaciones necesarias para la producción, siembra, cultivo y almacenamiento del fique.

7.1. AGAVE S.A.S. en un evidente incumplimiento de la obligación del numeral 12 de la cláusula segunda no construyó los campamentos en condiciones dignas para las personas que cumplían con las diferentes actividades, pues únicamente lo construido podían albergar alrededor de 20 personas, cuando la necesidad del cultivo exigía por lo menos el albergue de 90 personas.

7.2. AGAVE S.A.S en cumplimiento de su obligación contemplada en el numeral 12 de la cláusula segunda, debía instalar cuarenta y siete (47) unidades de tanques plásticos de 1000 litros y solo fueron instalados escasamente tres (3).

7.3. AGAVE S.A.S. no construyó las vías necesarias para el cultivo, es que se habían obligado a construir 4 kilómetros de vías por cada 100 hectáreas como se señala en el cuadro de flujo aportado, sin embargo, la sociedad AGAVE S.A.S solo construyó 7 kilómetros de vías para un total de 400 hectáreas que cuenta la finca el Porvenir, las cuales son insuficientes, así mismo de acuerdo con el informe de avalúo adjuntado se señala que:

“Las vías internas del predio están en muy mal estado, son de difícil tránsito o intransitables, como consecuencia del abandono en el mantenimiento y el invierno prolongado en los últimos dos (2) años. El acceso a gran parte del cultivo actualmente es a pie o a caballo.”

En el hecho OCTAVO de la demanda de reconvención se indica:

“Que otra de las obligaciones que incumplió el contratista es la señalada en el numeral (v) de la CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA en lo referente a afiliar a sus trabajadores a la ARL, pensión sociales y EPS, esto porque en ningún momento afilió a sus trabajadores al sistema de seguridad social integral por los riesgos de salud, pensión, riesgos laborales, como tampoco suministró uniformes de trabajo, ni elementos de protección personal como guantes, tapones auditivos etc.”

En el hecho DÉCIMO TERCERO se manifiesta

“Que AGAVE S.A.S. por razones que se desconocen perdió prontamente interés en el proyecto y no desaprovecho ni oportunidad ni escrito para hacerlo saber, insistiendo en el fracaso del mismo y a la pérdida del cultivo, pero para poder espiar sus culpas, su negligencia, su incapacidad y su incumplimiento contractual, trato de enrostrar un incumplimiento a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. con

miras a que se diera por terminado el contrato y salir lo mejor librado del asunto y la excusa fue que las máquinas desfibradoras puestas a su disposición no eran aptas para el tamaño del cultivo y con dicha disculpa no realizó mantenimiento y no cosecho, incumpliendo de manera injustificado el contrato y causando graves perjuicios a la CONTRATANTE.

13.1. La sociedad AGAVE obstaculizó, entorpeció e incluso, impidió que el proceso final del desfibrado se logrará, esto porque no cosecho ni dispuso de las hojas de fique en un punto de la finca o núcleo productivo donde se tuviese un acceso a el equipo de desfibrado tipo mediano y el vehículo que lo transporta, ni tampoco acepto recibir las máquinas suministradas por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., siempre señalando sin razón alguna que estas no eran aptas para un cultivo como el suyo”.

- Análisis de las obligaciones cuyo incumplimiento se le endilga a AGAVE y su ejecución

Con el objeto de realizar el estudio en conjunto de todas las obligaciones cuyo incumplimiento se imputa a AGAVE, procederemos a sintetizarlas y analizarlas de la siguiente manera, quedando todos los incumplimientos atribuidos tanto en la respuesta de la demanda inicial, como en la demanda de reconvención, en los siguientes grupos de temas:

- (i) Obligación de sembrar, establecer y mantener el cultivo de plantas de fique (sembrar, ya que lo hizo en una cantidad que superó lo recomendado)

En primera medida hay que resaltar las múltiples anotaciones que existen en la bitácora del cultivo que dan cuenta de que AGAVE en efecto lo sembró, estableció y mantuvo de manera acertada, oportuna y sin reparos significativos desde lo agronómico desde el año 2016 y hasta el mes de septiembre de 2020⁹⁷.

⁹⁷ Se ponen de presente las anotaciones periódicas realizadas en la bitácora varias veces citada, desde el 27 de mayo de 2016, por personal de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES. Se resaltan las siguientes anotaciones adicionales, aclarando que son muchas más las que existen en la bitácora en el mismo sentido:

- Del 20 de octubre de 2016 que señala que: “se encontró la finca completamente abierta y a la fecha se han sembrado unas 300has, quedando pendiente por sembrar 50has. Se observa buen desarrollo de las plantas...”.
- Diciembre 13 de 2016 señala que “Las plantas sembradas tienen buen desarrollo, el estado general es bueno.”
- Enero 10 de 2017: “Situaciones encontradas: 1. A la fecha hay sembradas en sitio definitivo 400ha. 3. El cultivo se encuentra enmalezado, se vienen haciendo el control de maleza con glifosato y mebufurol. 6. Se están realizando labores para construir las vías de acceso”.

Sumado a lo anterior, en la comunicación del Presidente de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES del 13 de noviembre de 2020 se señala abiertamente lo siguiente:

“En estos años se han marcado hitos muy importantes, como es el hecho de tener un cultivo de fique agroindustrial, pionero en el mundo como el suyo, bien manejado en lo agrícola, gracias a ese trabajo conjunto suyo con el área de Dirección Agrícola (...) Sabemos que su cultivo ha tenido un muy buen manejo y que se ha venido haciendo las inversiones respectivas por parte de AGAVE S.A.S. y somos los más interesados en que este proyecto llegue a buen puerto. Le agradecemos mucho este llamado de atención que nos hace y aceptamos esa invitación a reunirnos para que alineemos el rumbo ya que como usted, nosotros creemos que todavía estamos a tiempo”⁹⁸.

Además, todos los testigos fueron contestes en señalar que el cultivo fue establecido en 350 hectáreas, magnitud de la obligación, y con un excelente desarrollo de las plantas.

Ahora bien, existen algunos reparos en la argumentación de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES en relación con el número de matas sembradas por hectárea, la cual es soportada por algunos de los testimonios y por el dictamen pericial por ella arrimado al proceso. Sobre el particular, este Tribunal encuentra de vital importancia para descartar este incumplimiento endilgado evocar las situaciones que a continuación se enuncian.

Desde el cuadro inicial de proyección financiera del proyecto, se tuvieron en cuenta 3000 plantas por hectárea y, según el dicho del señor John Jairo Mira Castillo, Director Agrícola de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, él se encargaba de:

-
- Agosto de 2017: “Se realizó visita general a la finca. La finca se encuentra resembrada y ajustada en lo correspondiente a las 350 has del Porvenir. El estado general del cultivo es bueno, no hay problemas fitosanitarios. Se viene haciendo plateo general al cultivo y se fertiliza con urea”.
 - Septiembre de 2017: “Recomendaciones: 1. Continuar las labores como se están desarrollando. 2. El cultivo se encuentra libre de plagas y enfermedades y presente un buen desarrollo.
 - Febrero 21 de 2018: “Situaciones encontradas: 1. El cultivo se encuentra libre de plagas y enfermedades. Presenta buen desarrollo. 2. Se encuentran haciendo control de malezas con rula (...). 3. La vía de acceso se encuentra en perfectas condiciones”.
 - Junio 18 de 2019: “Recomendaciones y Situaciones Encontradas: Se encuentran plantas en buen desarrollo, libres de plagas y enfermedades, buen control de malezas.”
 - Junio 17 de 2020: “El estado general del cultivo es bueno”.

Es solo a partir de la visita del 25 de septiembre de 2020 cuando John Jairo Mira y Eduardo Trujillo indican que en la visita “se evidencia una situación crítica de pérdida de control sobre el cultivo por falta de desfibrado”.

⁹⁸ Documento 6, del documento No. 8 del expediente digital.

“desarrollar conjuntamente con el socio, en este caso AGAVE S.A.S., ya las condiciones financieras; es decir, establecer como un horizonte de costos de producción, con base en los cuales se proyectaba esa financiación, y que el socio también tuviera cierta claridad o que tuviera claridad en el resultado final del negocio en el que se estaba involucrando (...)”⁹⁹.

Además afirmó que

“en vista de la gran experiencia que tiene el socio AGAVE S.A.S. en el cultivo de fique por los 35 años de trabajo en esta empresa, hubo digamos concesiones desde lo técnico, ya que el socio y el representante legal, el señor Eduardo Trujillo, aducía que para él serían ventajosas. Entonces en ciertos casos, por ejemplo como en el número de plantas sembradas por hectárea, básicamente se acoge la decisión del socio de avanzar, y digamos que se parte de ahí a proyectar como los costos, y se señala cuáles son las inversiones y las infraestructuras que debe tener el proyecto”¹⁰⁰.

El mismo representante legal de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES reconoció que fueron suministradas semillas para plantar 3000 matas por hectárea, lo cual corrobora que en efecto se trató de un acuerdo entre ambos contratantes¹⁰¹.

Por demás, no existe evidencia alguna de que se hubiera dado a AGAVE la instrucción oportuna, desde la dirección agronómica —que ejercía la COMPAÑÍA DE EMPAQUES—, ni desde el contrato, en el sentido de que se tenían que sembrar menos de 3000 plantas por hectárea, razón por la cual la presente alegación —luego de que durante los primeros 6 años desde el inicio del proyecto nunca se hizo reparo alguno sobre el particular— sorprende por lo extemporánea y contraria a la regla del *venire contra factum proprium*, emanada del principio de buena fe.

Así las cosas, para este Tribunal, AGAVE cumplió con esta obligación de manera oportuna, completa y adecuada y, como tal, no existió el incumplimiento endilgado desde la celebración del contrato y por lo menos, hasta el mes de septiembre de 2020, fecha en la cual, según la bitácora ocurrió la pérdida del control del cultivo por falta de desfibrado.

⁹⁹ Declaración cuya transcripción obra en el documento No. 138 del expediente digital.

¹⁰⁰ Declaración cuya transcripción obra en el documento No. 138 del expediente digital.

¹⁰¹ Declaración cuya transcripción obra en el documento No. 127 del expediente digital.

Todas las evidencias de dificultades del cultivo en relación con su florecimiento y el crecimiento de malezas son situaciones ocurridas de manera tardía, luego de que, a consecuencia del no desfibrado (obligación a cargo de COMPAÑÍA DE EMPAQUES) se hubiera perdido el control del cultivo. Hasta el momento en que debía ocurrir la cosecha de las plantas, el cultivo estuvo bien mantenido e, incluso, la misma COMPAÑÍA DE EMPAQUES, en la comunicación del 4 de marzo de 2021 afirmó que “la falta de cosecha va llevando el cultivo a un estado en el cual las malezas se empiezan a volver limitantes, pero esperamos a partir del reinicio de actividades, ir creciendo en desfibrado hasta recuperar completamente el control del cultivo”¹⁰².

En consecuencia, el estado de enmalezamiento que afectó al cultivo de manera dramática a partir del mes de septiembre de 2020 no es un incumplimiento contractual atribuible a AGAVE y, por el contrario, es consecuencia de la falta de desfibrado que, repetimos, era una obligación a cargo de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

- (ii) Obligación de cosechar, (ya que no cortó las hojas suficientes ni las dispuso en el punto convenido en el contrato).

En efecto para este Tribunal resultó acreditado que AGAVE adquirió la obligación de cortar las hojas maduras y ponerlas a disposición de los empleados de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES encargados de la labor de desfibrado en los puntos que debían disponerse para dicha labor.

Se ha planteado a lo largo del proceso la inquietud de qué debía ocurrir primero, si el corte de las hojas o la disposición de las máquinas y recursos en general para efectos del desfibrado. Sobre el particular, para este Tribunal es bastante convincente el dicho del perito Carlos Alberto Álvarez, contratado por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, quien señaló en la audiencia de contradicción de su dictamen:

“muchos agricultores sí adelantan el corte cuando hay certeza de que va a haber una máquina, adelantan el corte, pero ese adelanto no puede ser muy amplio en días, por ejemplo, se pueden dañar las hojas y se puede perder la producción. Cuando se dice “echar cuchillo”, es porque ya hay certeza de quién va a desfibrar y cómo va a suceder el proceso”¹⁰³.

¹⁰² Documento 7, incluido en el documento No. 8 del expediente digital.

¹⁰³ Ver declaración transcrita en el documento No. 188 del expediente digital.

Con fundamento en lo anterior, en lo afirmado por el otro perito, Sr. Rubén Darío Arboleda, quien rindió dictamen de contradicción¹⁰⁴ y en el dicho de algunos testigos¹⁰⁵ concluimos que no había razón para cortar las hojas del cultivo mientras no se tuviera certeza de la existencia en la finca de las máquinas y demás recursos necesarios para garantizar el proceso de desfibrado.

Ahora bien, en cuanto al suministro de hojas para las máquinas que en efecto fueron puestas a disposición de la finca, hay que señalar que no existe unidad en el dicho de los testigos. Mientras unos afirman que en efecto siempre se suministraron las requeridas e, incluso, que en alguna oportunidad se perdieron algunas que fueron cortadas pero no desfibradas oportunamente (testigos solicitados por AGAVE), existieron otros testigos que señalaron que en algunas oportunidades las máquinas se quedaron sin trabajar por falta de hojas (testigo de parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES).

Dado lo anterior se ocupó este Tribunal de entender el alcance de la obligación de entrega de hojas y a esos efectos llama la atención el numeral 2 de la cláusula octava del contrato que señala:

¹⁰⁴ Dijo el perito que “El desfibrado no se realizó porque no existían las suficientes máquinas y operarios que se requerían para cosechar un cultivo como el instalado en la finca El Porvenir. Se explica que si no hay máquinas suficientes, no se puede cosechar porque la hoja no se pierde al no poder ser desfibrada” (declaración cuya transcripción obra en el documento 189 del expediente digital).

¹⁰⁵ El testigo Duván Ortega (declaración transcrita en el documento No. 143 del expediente digital), sobre las labores de corte señaló:

“¿Del corte y del desfibrado? Listo. Cuando se va a hacer el corte y el desfibrado, nosotros con los muchachos de COMPAÑÍA, con los operarios, se instala la máquina donde usted pueda alimentarla varios días. Entonces se dispone la máquina en un lote donde usted pueda disponer de la hoja por varios días, no por un solo día, sino por varios días, y ya empieza usted a hacer la labor del corte, envía a los muchachos a cortar y arrumar la hoja; los muchachos encargados de organizar la máquina para el desfibrado son los de COMPAÑÍA, porque ellos tienen los parámetros necesarios para saber cómo organizan la máquina. Entonces nosotros disponíamos del personal para cortar la hoja, contábamos entre 15 y 20 hojas, dependiendo la cantidad de hojas que tuviera la mata, y la disponíamos en el lugar donde ellos nos decían que la arrumáramos... ¿La maquinaria impide que ustedes hagan el corte? Si no está la maquinaria, ¿ustedes no pueden cortar?, ¿eso es imposible? CONTESTÓ: Sí señor, porque el producto se puede perder, la hoja, porque necesitamos desfibrar la hoja para poder sacar el producto. Entonces si cortamos la hoja, se pierde la hoja, la hoja tiene que estar así para que se conserve. PREGUNTADO: Ah, pero entonces ustedes sí podían cortar, sí podían cosechar. CONTESTÓ: Claro, teníamos 100 hectáreas para cosechar, pero no había máquina”.

Por su parte, el testigo Luis Eduardo González (declaración transcrita en el documento 142 del expediente digital) indicó sobre el tiempo de duración de las hojas luego de cortadas lo siguiente:

“PREGUNTADO: ¿Y esa materia prima cuánto tiempo se puede almacenar? CONTESTÓ: Desde que no se asolee, que no le dé mucho el sol, 8 o 15 días dura para hacerle el proceso. Pero si está muy asoleada, muy a la intemperie; 2 o 3 días. PREGUNTADO: ¿Y se daña en 2 o 3 días? CONTESTÓ: Sí señor, porque ya el sol la va deteriorando, por eso en muchas partes, con el mismo rastrojo de donde se está cortando, uno va tapando la hoja, para que no se deteriore mucho con el sol”.

“ENTREGA Y TRANSPORTE DEL FIQUE: La entrega del fique al CONTRATANTE se realizará en los siguientes términos: ...2) EL CONTRATISTA se obliga a realizar entregas parciales de la hoja de fique de acuerdo con el cronograma de entregas comunicado por EL CONTRATANTE a éste durante la vigencia del Contrato”.

Con base en esta estipulación contractual y teniendo en cuenta que no se evidenció la existencia de un cronograma de entregas ajustado al número de máquinas que en las diferentes épocas hubo a disposición de la finca, no podemos concluir que en efecto esta obligación fue incumplida por AGAVE.

Además de lo anterior, para descartar de tajo esta argumentación, si en gracia de discusión admitiéramos que no se cortaron las hojas adecuadas, tal conducta ocurre luego de que ya COMPAÑÍA DE EMPAQUES había incumplido su obligación fundamental de poner los recursos necesarios para la labor de desfibrado y, como tal, AGAVE estaba relevado de cumplir su obligación correlativa de cosechar las hojas, por lo cual necesariamente tendríamos que concluir que no existió tal incumplimiento.

(iii) Obligación de pagar el préstamo

El contrato de mutuo es uno de los que cabe dentro de la categoría de los contratos reales, esto es, dentro de aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, para el caso, dinero. En efecto existe la prueba necesaria al interior del proceso, fundamentalmente en la modalidad de confesión, en los hechos de la demanda inicial, conforme con la cual en efecto AGAVE recibió el dinero de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES y en tal medida adquirió la obligación de devolverlo. Además existen otros medios de convicción que dan cuenta de que en efecto tal obligación fue adquirida por AGAVE, como, de manera sintética, podemos citar:

- El interrogatorio de parte al representante legal de AGAVE, donde éste indicó que: “nos entregaron alrededor de dos mil ciento setenta millones de pesos (\$2.170.000.000)”¹⁰⁶.
- El testimonio de Paulina Trujillo, quien señaló que:

¹⁰⁶ Declaración transcrita en el documento No. 129 del expediente digital.

“Ellos desembolsaban de lo del crédito, según la proyección que mandaron; había unos desembolsos que eran cada 2 meses, los hacían a través de una Fiducuenta; de hecho, ahorita como analizando bien la contabilidad, el préstamo fue de alrededor de \$2.600, no sé si puedo mirar la cifra que la tengo apuntada. PREGUNTADA: No sé, eso se lo dice es el señor Árbitro. CONTESTÓ: Si el Árbitro me deja, puedo mirar la cifra que la tengo apuntada aquí en un papelito, porque lo miré con el contador esta semana nuevamente. EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: Muéstrenoslo en la cámara el papelito, y lo mira. CONTESTÓ: Tengo apuntado; el balance fue que COMPAÑÍA nos prestó \$2.900, y realmente de deuda hay \$2.627, porque se abonaron en diferentes tiempos \$306 millones a COMPAÑÍA, con el incentivo del ICR”¹⁰⁷.

- El contrato de transacción, que si bien no puso punto final a la disputa, sí otorga convicción sobre una serie de hechos, y en el cual se indicó que: “AGAVE S.A.S. a la fecha enero 31 de 2022 ha recibido aportes de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., por valor de TRES MIL QUINIENTOS SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$3.560.443.083) (...)De ese valor (...), corresponde a capital la suma de: DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS CON VEINTE CENTAVOS M/CTE (\$2.746.690.311.20) (...) AGAVE S.A.S. acepta pagar la deuda (...)”¹⁰⁸.

En el Contrato de Producción y Venta de Fique ajustado entre las partes, en relación con las circunstancias que rodearon el mutuo y la oportunidad para el pago del crédito, y se hicieron una serie de estipulaciones que es importante evocar para analizar si en efecto ha ocurrido el incumplimiento de la obligación de pagar a cargo de AGAVE, a saber:

“(...) hemos celebrado el presente contrato de PRODUCCIÓN Y VENTA DE FIQUE basados en la presente motivación: (...) La sociedad AGAVE S.A.S., es propietaria de 400 hectáreas aproximadamente, las cuales son aptas para el cultivo de plantas de estas fibras y posee el conocimiento e infraestructura propios para adelantar cultivos agrícolas, sin embargo no tiene el capital de trabajo para llevar a cabo esta labor, por este hecho solicita a la Compañía de Empaques S.A. que le haga unos préstamos o en su defecto que sirva de garante ante una entidad financiera, para obtener recursos por un valor aproximado de DOS MIL MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M.L. (\$2.189.730,328,00). Que se

¹⁰⁷ Declaración transcrita en el documento No. 144 del expediente digital.

¹⁰⁸ Documento 11, que hace parte del documento No. 8 del expediente digital.

utilizarán inicialmente para el establecimiento del cultivo. EL CONTRATISTA garantizará ante la Compañía de Empaques S.A. la obligación adquirida con una hipoteca abierta sin límite en su cuantía sobre el predio total que posee una extensión aproximada de 400 hectáreas y con unos pagarés en blanco con carta de instrucción. Estos préstamos en caso que sea la COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. la que los otorgue, se harán con desembolsos parciales.

La Compañía de Empaques S.A. con el propósito de obtener su materia prima, celebrará con AGAVE S.A.S. un contrato de producción y venta de fique y para ello le tramitará recursos por valor de DOS MIL MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M.L. (\$2.189.730,328,00) aproximadamente que obtendrá con un crédito que solicitará por intermedio de una entidad financiera o le servirá de garante ante la entidad financiera.”

“PRIMERA – OBJETO. (...)Para llevar a cabo el objeto del presente contrato, EL CONTRATISTA le solicita al CONTRATANTE recursos por valor aproximado de DOS MIL MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M.L. (\$2.189.730,328,00) mediante desembolsos parciales los cuales serán respaldados con una hipoteca abierta y sin límite en su cuantía. Se pacta que además de la hipoteca se firmará uno o varios pagarés en blanco con la respectiva carta de instrucción. Los intereses sobre esta obligación serán pagados a una tasa equivalente a la que la entidad financiera le cobre al CONTRATANTE para el financiamiento del crédito. Al valor de esta obligación debe sumarse los valores ocasionados por gastos bancarios, operativos y de cualquier otra índole en que incurra el CONTRATANTE en el trámite, otorgamiento y desembolso de este crédito.

El abono a la obligación u obligaciones se realizará con el producto de la cosecha que se recoja por parte del CONTRATISTA, el monto mensual descontable una vez se inicie la recolección de la cosecha y se empiece a pagar el capital y los intereses del crédito, no será superior al 70% del valor de la fibra comprada por EL CONTRATANTE, salvo que el CONTRATISTA lo autorice por escrito (...)”.

“TERCERA – OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE

8) Realizar, previa autorización del CONTRATISTA, descuentos sobre el valor de la fibra de fique comprada, para el servicio a deudas contraídas por el CONTRATISTA con entidades bancarias legalmente reconocidas, relacionadas con la financiación de la explotación de fique objeto de este contrato o deudas

contraídas con la entidad contratante, y su transferencia a dichas entidades. El monto mensual descontable no será superior al 70% del valor de la fibra comprada, salvo que el CONTRATISTA lo autorice por escrito.”

“DÉCIMA PRIMERA – DEDUCCIONES: EL CONTRATISTA autoriza al CONTRATANTE para que en caso de existir a su favor una deuda de plazo vencido, EL CONTRATANTE descuente el porcentaje suficiente del precio de cada una de las ventas de cada compraventa de fique realizada en ejecución del Contrato, para ser abonado a la deuda, capital más intereses que haya contraído EL CONTRATISTA, y si fuere el caso, hasta su pago total. El saldo que resulte luego de practicadas las deducciones y retenciones antes mencionadas será entregado por EL CONTRATANTE a EL CONTRATISTA, pero nunca será inferior al 30% del valor de la venta, salvo que el CONTRATISTA lo autorice por escrito.

DÉCIMA SEGUNDA – VENCIMIENTO DEL PLAZO Y ACCIONES: EL CONTRATANTE podrá declarar vencido el plazo de la deuda y demandar judicialmente el pago de la totalidad de las obligaciones, junto con sus intereses y sin necesidad de requerimiento previo, en los siguientes casos: (i) cuando EL CONTRATISTA incumpla cualquiera de las obligaciones señaladas en el presente Contrato; (ii) cuando el cultivo prometido en venta sea perseguido o embargado; (iii) cuando el cultivo sufre merma, desmejora o depreciación de tal naturaleza, que ya no constituya suficiente garantía para atender las obligaciones con EL CONTRATANTE; y (iv) cuando EL CONTRATISTA estableciere algún gravamen sobre el cultivo o lo enajenare (...).”

DÉCIMA TERCERA-
(...)

PARÁGRAFO: Las obligaciones monetarias contraídas por EL CONTRATISTA tales como el pago del capital y los intereses de plazo y mora, así como las sumas judiciales o de honorarios de abogado que acarree su cobro, sobrevivirán a la terminación o suspensión del contrato por cualquier causa.

“VIGÉSIMA – CLÁUSULA PENAL: En caso de que el CONTRATISTA abandone el cultivo o desista del mismo después de establecido en campo, reconocerá al CONTRATANTE una indemnización (...) Lo anterior no extingue la obligación del CONTRATISTA de continuar pagando al CONTRATANTE, o a la entidad financiera con que el CONTRATANTE haya tramitado los recursos financieros, el capital más los intereses adeudados a la fecha del abandono o desistimiento del cultivo (...) PARÁGRAFO: En caso de que EL CONTRATANTE incumpla sus

obligaciones de compra de la cosecha durante los 7 primeros años contados a partir de la firma del presente contrato, EL CONTRATANTE asumirá la obligación de continuar pagando el crédito a la entidad financiera con que haya tramitado los recursos financieros para el establecimiento del cultivo, entiéndase el capital más los intereses adeudados a la fecha del incumplimiento. Igualmente si el incumplimiento por parte del CONTRATANTE se da durante los primeros 7 años a la firma del presente contrato, el CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA una única suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por cada año o fracción que falte para cumplir los 7 años iniciales del Contrato contados desde la firma del presente documento, sin sobrepasar en ningún caso la suma de trescientos cincuenta millones (\$350.000.000) a manera de multa. Si pasados los primeros 7 años de la firma del presente contrato se presenta incumplimiento por parte del CONTRATANTE este continuará pagando la deuda que se tenga al momento del incumplimiento a la entidad financiera con la cual se tenga el crédito”.

De una lectura cuidadosa y retrospectiva de las anteriores estipulaciones contractuales encuentra el Tribunal que los recursos objeto del mutuo eran necesarios para que AGAVE pudiera cumplir con sus obligaciones contractuales asociadas al establecimiento del cultivo y que los recursos dinerarios para efectos de devolver el capital obtenido y pagar los costos y rendimientos por su utilización saldrían de la explotación económica del mismo y, específicamente, de los dineros que COMPAÑÍA DE EMPAQUES tendría que pagar por el suministro de la materia prima obtenida.

Es palmario que, si AGAVE no contaba, como en efecto lo declaró al celebrar el contrato, con los recursos de capital de trabajo para establecer el cultivo y requería que de la explotación del mismo se generaran los necesarios para devolver dicho capital al acreedor, la fuente para el pago dependía no solo del cumplimiento del contrato por parte de AGAVE, sino de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES. Desde la óptica mercantil, encuentra este Tribunal que se trataba de un típico negocio de gana-gana, donde ambos aportaban, ambos asumían riesgos y finalmente, si se lograba el objetivo trazado ambos obtenían un provecho.

Consecuentes con lo anterior, las partes establecieron que de los pagos de la fibra que tenía la obligación de adquirir en un 100% la COMPAÑÍA DE EMPAQUES se harían los pagos correspondientes al mutuo, vía deducción directa del acreedor, con un límite del 70%.

En efecto, COMPAÑÍA DE EMPAQUES al dar respuesta a la demanda reconoció que

“...AGAVE S.A.S. se comprometía a realizar el abono a la obligación u obligaciones con el producto propio de la venta de la cosecha que se recoja por parte del contratista, con independencia de si se presentaba o no se presentaba utilidad, sino que simplemente del valor de la fibra comprada por el contratante se descontaba un porcentaje para abono a capital e intereses.”¹⁰⁹ Igualmente reconoció que en efecto ocurrieron “abonos realizados en las cuatro (4) ventas que realizó AGAVE S.A.S. a la CONTRATANTE y que se anuncian en el hecho DÉCIMO SEXTO de la demanda.”¹¹⁰ Igualmente en el último párrafo de la página 24 de la respuesta a la demanda indicó que la COMPAÑÍA DE EMPAQUES “descontó lo autorizado para ser abonado a los intereses del capital adeudado por el CONTRATISTA en únicamente cuatro ventas realizadas por este al CONTRATANTE, sin que se hubiera quedado NI UNA SOLA HOJA DE FIQUE MADURA Y DE ACUERDO A LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS cosechadas y puestas a disposición del CONTRATANTE sin desfibrar y sin comprar”.

Entiende este Tribunal, del análisis conjunto de las pruebas arrojadas, que toda la fibra producida y vendida a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, al margen de si fuera mucha o poca, generó la aplicación del pacto de deducción del precio para ser abonado al crédito.

Por otra parte, no encuentra este Tribunal que se hubiera presentado ninguno de los supuestos de aceleración del plazo contenidos en la cláusula DÉCIMA SEGUNDA del Contrato y, por lo tanto, AGAVE solo está en la obligación de abonar al crédito con el producto de las ventas de fique. De manera que si este no puede ser aprovechado como consecuencia de la falta de cumplimiento por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES de la obligación de ejecutar el desfibrado, el resultado es que no existe una obligación exigible, pendiente de pago, que pueda generar la conclusión de que AGAVE hubiera incumplido su obligación de pagar el crédito.

Y es que, no habiéndose acelerado el plazo, ni habiendo fibra vendida por una circunstancia no atribuible a AGAVE, si bien es cierto que esta última conserva la obligación, la misma no es actualmente exigible y como tal, no pagar no constituye una circunstancia de incumplimiento contractual.

¹⁰⁹ Ver página 5 del escrito de respuesta a la demanda principal, presentado por COMPAÑÍA DE EMPAQUES (documento 45 del expediente digital).

¹¹⁰ Ver respuesta a la demanda de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, pronunciamiento sobre el hecho cuarto, página 8 (documento 45 del expediente digital).

- (iv) Obligación de acatar las recomendaciones del asistente técnico designado por COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

Se señala en la respuesta a la demanda presentada por COMPAÑÍA DE EMPAQUES, en la página 12¹¹¹, que este incumplimiento se concreta respecto de la obligación contenida en el

“(...) numeral 5 al contrariar las recomendaciones del asistente técnico de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, sembrando 3000 plantas por hectárea en condiciones de hacinamiento, cuando lo recomendado eran tan solo 2.424 plantas por hectárea, lo que produjo florecimiento en el cultivo e impide el control de maleza y mantenimiento, tal como se dejó expreso en la bitácora o libro de campo que está en poder del demandante y del cual solo aportó parcialmente extractos que en su sentir le convenían. También es contrario al parágrafo primero de la cláusula primera ya trascrita”.

En el mismo sentido se pronunció en el numeral 6.1 de la demanda de reconvención.

Sobre el asunto del número de plantas por hectárea que se convino sembrar en la finca de AGAVE, ya este Laudo arbitral se ocupó de manera pormenorizada en un acápite anterior y en tal medida nos remitimos a las consideraciones allí efectuadas¹¹² y con fundamento en las cuales se concluyó que no existió incumplimiento de AGAVE asociado a la decisión de haber sembrado 3000 plantas por hectárea.

Para adicionar y cerrar el asunto, no existe evidencia de que se hubiera dado una instrucción clara, concreta y fundamentada desde lo técnico por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES a AGAVE que esta última no hubiera acatado, por lo cual no encuentra este Tribunal incumplimiento alguno a la obligación de “Acatar las recomendaciones que haga el asistente técnico designado por el CONTRATANTE” contenida en el numeral 5 de la Cláusula Segunda del Contrato.

- (v) Obligación de vender exclusivamente la fibra a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

En efecto esta era una de las obligaciones contraídas por AGAVE y se cumplió, tal como está acreditado a lo largo del acervo probatorio, en la magnitud de la fibra que se logró

¹¹¹ Documento No. 45 del expediente digital.

¹¹² Véanse las páginas 51 a 54 de este Laudo.

producir en la Finca con las máquinas de desfibrado puestas a disposición por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES y, además, con la máquina que AGAVE consiguió obtener de la Asociación de Fiqueros de Girardota.

No existe evidencia alguna de que AGAVE hubiera incumplido la obligación de exclusividad y, por el contrario, existe suficiente prueba testimonial, documental y de la bitácora del cultivo, que da cuenta que la fibra obtenida del cultivo fue vendida en su totalidad a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

Ahora bien, es cierto que las ventas de la fibra producida en la Finca de AGAVE a las COMPAÑÍA DE EMPAQUES fueron muy pocas, tal como lo reconoce esta última al dar respuesta al hecho sexto de la demanda, sin embargo la cantidad de materia prima que debía tener dispuesta AGAVE para el desfibrado en efecto estaba, lo que ocurrió fue que ante el incumplimiento de COMPAÑÍA DE EMPAQUES de una de sus obligaciones esenciales para la obtención del resultado económico buscado hizo que las ventas no cumplieran el volumen esperado y como tal no se trata entonces del incumplimiento de la obligación de exclusividad por parte de AGAVE.

No encuentra este Tribunal incumplimiento alguno de esta obligación de AGAVE en los términos imputados por COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

- (vi) Obligación de construir la infraestructura necesaria de campamentos, vías e instalaciones necesarias para la producción, siembra, cultivo, secado y almacenamiento del fique.

Al leer detenidamente el texto contractual se encuentran sendas referencias obligacionales, que dan cuenta del débito que en el sentido consagrado en el presente título adquirió AGAVE. En efecto se puede leer lo siguiente en el contrato:

“SEGUNDA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:

5) Acatar las recomendaciones que haga el asistente técnico designado por el CONTRATANTE.

(...)

8) Disponer de la infraestructura de tanques y secadero requerida para el beneficio de la fibra, así como de un espacio protegido de la intemperie para el almacenamiento de fibra seca.

(...)

12) Construir por su cuenta y riesgo toda la infraestructura de vías e instalaciones necesarias para la producción, siembra, cultivo, secado y almacenamiento, del fique de acuerdo con las especificaciones técnicas señaladas por EL CONTRATANTE.”

De la lectura de las cláusulas contractuales transcritas surge la inquietud del alcance de la obligación adquirida, no solo en lo que respecta a la magnitud, sino también a la calidad de la infraestructura y construcciones a disponer y/o construir. Por lo anterior, debe el juzgador hacer un esfuerzo superior con el fin de encontrar la interpretación adecuada a las circunstancias, tarea que se acometerá a continuación.

En tratándose de una obligación de género, considera este Tribunal que hay que dar aplicación al artículo 1566 del Código Civil colombiano, que con respecto al cumplimiento de las obligaciones de este tipo señala que “el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana”.

Además de aplicar la norma citada, se considera fundamental tener en cuenta el principio de buena fe, en su modalidad de integración del alcance contractual con aquello necesario para el cabal cumplimiento de la finalidad económica perseguida con la celebración del contrato y, por último, según lo pactado, era determinante la fijación clara de las especificaciones técnicas, obligación que estaba a cargo de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

Para este Tribunal es claro que en las versiones de los testigos y los representantes legales de las partes hay controversia en relación con el cumplimiento satisfactorio de la presente obligación, de tal manera que para las versiones que provienen de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES el cumplimiento de esta obligación fue deficitaria, mientras que para las que provienen de AGAVE lo fue en la magnitud necesaria para las condiciones del cultivo, de la zona y del proceso de beneficio que se venía adelantando.

Ahora bien, en relación con lo cual no hay discusión alguna es sobre la realización efectiva de algunas inversiones en infraestructura, tales como semilleros, vías, campamentos, bodega, sitios de desfibrado y secaderos. De hecho, sobre la existencia y disposición por parte de AGAVE de tales infraestructuras existe suficiente material probatorio que lleva a este Tribunal a concluir que en efecto esa infraestructura se construyó. La discusión se centra en si la misma era o no suficiente, adecuada y conforme con la magnitud de la obligación adquirida por AGAVE.

Con el fin de resolver lo anterior, se adelantó un análisis cuidadoso de lo consignado en la bitácora del cultivo y de la correspondencia cruzada entre las partes hasta antes de que surgieran las diferencias que motivan la presente disputa y se encontró lo siguiente:

- Lo encontrado en la bitácora:

Mayo 27 de 2016: “Situaciones Encontradas: (...) 5. Los campamentos (2) se encuentran en muy buenas condiciones y albergan: campamento 1 = 22 personas, campamento 2 = 18 personas. A la fecha hay: campamento 1 = 8 personas, campamento 2 = 7 personas. Recomendaciones...3. Dejar Arboles en los diferentes lotes para que el personal de trabajo tengan zona con sombra para descansar.”

Julio 6 de 2016: “Situaciones Encontradas: 3. Se establecieron 7 sitios para realizar semilleros(...)”

Enero 10 de 2017: “Situaciones Encontradas: 6. Se están realizando labores para construir las vías de acceso (...)”

Enero 23 de 2017: “Recomendaciones: 2. Empezar rápidamente la construcción de los quiebrapatas para adelantar en el tema de vías (...)”

Abril 18 de 2017: “Situaciones Encontradas: 4. Aún no se han realizado las vías de acceso. Recomendaciones: 3. Agilizar el trabajo de la vía principal para facilitar el ingreso de materiales y máquinas.

Junio 9 de 2017: “Situaciones Encontradas: 3. Se está trazando la vía.

Febrero 21 de 2018: “Situaciones Encontradas: 3. La vía de acceso se encuentra en perfectas condiciones hasta el campamento.

Junio 7 de 2018: “Recomendaciones: 3. Continuar con las labores como se están haciendo, a la fecha las cosas se observan de forma correcta”.

Enero 24 de 2019: “ Se debe comenzar con la planeación de vías y áreas de desfibrado”.

Julio 25 de 2019: “Se está perfilando la construcción de un cable vía paralelo al río para mover la cosecha. Esta alternativa es viable y se complementaría

con un sistema de guayas móviles que lleguen de las partes altas al cable vía. Es importante adecuar puntos críticos de la vía para el ingreso de carga y salida de producción”.

Octubre 18 de 2019: “(...) Se revisó el sitio para secadero provisional. Se dio la instrucción de como adecuar el sitio, así como la madera requerida... El trazo de vía propuesto es adecuado. Se debe prever también la vía para el sector los Alpes y la ceiba.”

Febrero 28 de 2020: “(...) Ubicar e instalar secaderos.”

Junio 17 de 2020: “(...) Se debe tratar de planificar mejor la ubicación de secaderos, bodega de almacenamiento, así como un sistema de transporte de fibra para reducir el desplazamiento de personas cargando fibra (...)”

Julio 23 de 2020: “En un primer ejercicio de ubicación de posibles puntos de desfibrado, se definen preliminarmente 8 lugares y se prospeccionan tres vías por construir...El productor se inclina por tener varios sitios de desfibrado, secado y almacenamiento de fibra lo que implica máquinas desfibradoras que permitan movilidad (...)”

Noviembre 27 de 2020: “Se encuentra a la espera de definir por parte de la Compañía todo el tema de desfibrado (...)”

Enero 28 de 2021: “ (...)Se vienen construyendo vías internas en la finca y la adecuación de las ya existentes (...)”

Abril 13 de 2021: “Ingresa el personal de Compañía de Empaques a las 9:30 am. Se instalan en el campamento (...)”

Junio 28 de 2021: “El objetivo principal de la visita es dar a conocer las condiciones del terreno o lugar donde se debe ubicar el equipo nuevo “una desfibradora continua de 5,4 metros de largo por 1.1 metros de ancho con un peso aproximado de 800 kg. Se debe tener una placa en concreto a nivel con las siguientes medidas 2 metros de ancho por 6 metros de largo, la máquina debe quedar bajo techo”.

Objetivo de la visita: Coordinar para la instalación de la maquina desfibradora modular y secaderos aéreos. Visita personal de Compañía de

Empaques. Situación Encontrada: No sabía don Eduardo de la traída de una máquina nueva (...). Recomendación: Fabricar secadero aéreo para secar 400 kilos de fibra seca.”

Julio 22 de 2021: “Se mira el espacio donde se instalará la máquina modular que enviará Compañía de Empaques en los siguientes días (...) Recomendaciones: El señor Duván se comunicará con el señor Eduardo para que le de instrucciones del corte de la madera. Y después se comunicará con Jairo Coronel coordinador de Compañía para mirar que día se construirá la caseta para la máquina”.

Agosto 5 de 2021: “Se entregan los siguientes equipos: 1. Generador eléctrico con cabina y tráiler doble troque (...) 2. Desfibradora modular No. 1 (...) Ambos equipos se entregan instalados y en condiciones óptimas para funcionamiento (...)”.

Agosto 12 de 2021: “Por otro lado se recomienda adelantar este mes, mejoras en la vía de acceso y adecuaciones de bodega (...)”.

Agosto 25 de 2021: “Visita a la finca para mirar funcionamiento de la máquina y secado de la fibra. Situación encontrada: Maquina con perfecto funcionamiento (...) se tiene mucha fibra en el piso y secadero (...). Recomendaciones: (...)comprar plástico para tapar la fibra en el secadero (...)”.

Llama la atención, de la lectura de la bitácora, que la COMPAÑÍA DE EMPAQUES no efectuó registros de visitas de asistencia técnica, que cumplieran con la periodicidad que señalaba el numeral 4 de la cláusula tercera del contrato con mínimo “dos visitas de campo al mes durante la siembra...posterior al sembrado se efectuará mínimo una visita al mes hasta el fin del contrato.” Lo cual lleva a pensar que no existió el acompañamiento técnico requerido por el proyecto de parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES para la definición oportuna de las condiciones técnicas de la infraestructura requerida para el proceso productivo.

Por otra parte, se resalta que no existieron reparos concretos, ni repetitivos a la infraestructura de vías e instalaciones necesarias para la producción, siembra, cultivo, secado y almacenamiento del fique y por el contrario sí quedó evidencia de la existencia de ésta y de las labores que para mejorarla se fueron adelantando por AGAVE. Lo

anterior lleva a concluir a este Tribunal que durante la ejecución contractual no existió reparo alguno frente a estos asuntos por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

- De la correspondencia cruzada:

En correo electrónico del 14 de julio de 2020, dirigido por John Jairo Mira a AGAVE, se indica:

“Es importante mejorar las condiciones internas de transporte, secado y almacenamiento en la finca para optimizar la logística de desfibrado y evitar pérdidas, ineficiencias y deterioro de la fibra por dificultades en el transporte y almacenamiento”.

En correo electrónico del 30 de junio de 2021, proveniente de la Dirección Agrícola de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES y dirigido a AGAVE, se puede leer:

“Después de la visita realizada el día 28/06/2021 (...) para analizar e identificar el manejo que se está llevando a cabo en los diferentes aspectos en el cultivo de la finca porvenir, nos permitimos informar los aspectos claves y relevantes como resultado de dicha visita (...). 3. Hallazgos: Mucha fibra sin secar en el sitio de desfibrado llevaba 5 días, no la están transportando al secadero en el tiempo recomendado (...). 4. Recomendaciones: 1. – Hacer un secadero aéreo para secar mínimo 400 a 600 kilos de fibra seca (...)”.

En correo del 27 de septiembre de 2021 se hacen reparos a la calidad de la fibra entregada, pero nunca a la infraestructura construida para efectos de la explotación de la finca.

Ni en la comunicación del 13 de noviembre de 2020, suscrita por el Presidente de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, ni en la del 4 de marzo de 2021, del Director Agrícola, se hacen reparos a AGAVE asociados al incumplimiento de la obligación analizada y por el contrario en la primera de ellas se puede leer un mensaje de satisfacción al indicar que

“Sabemos que su cultivo ha tenido un muy buen manejo y que se han venido haciendo las inversiones respectivas por parte de AGAVE S.A.S.

y somos los más interesados en que este proyecto llegue a buen puerto” (subrayado intencional).

Del análisis de la correspondencia cruzada se llega a la misma conclusión a la que se llegó con el análisis de la bitácora, esto es, se corrobora que no existieron reparos por parte de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES al cumplimiento de esta obligación por parte de AGAVE y, por el contrario, existió un beneplácito del Presidente en la comunicación del 13 de noviembre de 2020.

Además de lo anterior, teniendo certeza de que el proceso de desfibrado no podría adelantarse en la magnitud requerida, por la falta de máquinas y personal a cargo de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, lo cual era incluso aceptado por esta, no tenía razón de ser que AGAVE continuara invirtiendo recursos en infraestructura que no iba a ser utilizada. Y es que si el motivo para no llevar las máquinas y el personal suficiente para el proceso de desfibrado en efecto hubiera sido la falta de cumplimiento de esta obligación por parte de AGAVE, así debió haberlo manifestado la COMPAÑÍA DE EMPAQUES oportunamente, y no solo a instancias de este proceso arbitral. No encuentra este Tribunal cómo, en desconocimiento del principio de buena fe contractual y de la regla del *venire contra factum proprium*, puede ahora alegarse un supuesto incumplimiento contractual que durante más de cinco años de ejecución contractual nunca se alegó.

Consecuentes con lo expuesto, para este Tribunal existe convencimiento de que AGAVE no incumplió la obligación analizada.

- (vii) Cumplir con las disposiciones legales en materia laboral y de seguridad social.

Por último, tenemos este incumplimiento que le atribuye de manera genérica la COMPAÑÍA DE EMPAQUES a AGAVE.

Nótese que se trata de una imputación supremamente abierta y gaseosa, en virtud de la cual no se indica cuál o cuáles en particular fueron las obligaciones incumplidas. En un esfuerzo por buscar los incumplimientos endilgados, este Tribunal analizó la respuesta a la demanda inicial, la demanda de reconvención y los alegatos de conclusión presentados por COMPAÑÍA DE EMPAQUES y no encontró imputación concreta alguna.

Además de lo anterior, se analizó si, de haber ocurrido el incumplimiento de alguna de las obligaciones laborales, dicho incumplimiento hubiera tenido la virtud de generar la aplicación de los remedios asociados a la terminación contractual o a la excepción de contrato no cumplido. Y la respuesta es negativa, en la medida que ni eran obligaciones esenciales del contrato que nos ocupa, ni se encontró que tuvieran otra obligación interdependiente de la cual se estuviera alegando su incumplimiento.

Igualmente, encontramos que en el texto contractual sí existió una cláusula de indemnidad por virtud de la cual COMPAÑÍA DE EMPAQUES, de haber sufrido algún detrimento por el incumplimiento de estas obligaciones de tipo laboral hubiera podido reclamar el restablecimiento de su patrimonio, hecho del cual tampoco se tiene prueba de que hubiera ocurrido.

Si bien es cierto que corresponde al deudor acreditar el cumplimiento de aquellas obligaciones cuyo nacimiento hubiera acreditado el acreedor, considera este Tribunal que sería una carga probatoria excesivamente exigente para AGAVE tener que acreditar el cumplimiento de todas y cada una de las regulaciones en materia laboral y de seguridad social, teniendo en cuenta la falta de la concreción que del incumplimiento correspondía a COMPAÑÍA DE EMPAQUES acreditar.

Finalmente, habrá de señalarse que, si existiera una discusión en relación con el cumplimiento de las obligaciones laborales entre las partes, tal definición del cumplimiento o no de obligaciones de esta naturaleza escaparía a la competencia de este Tribunal arbitral.

Consecuentes con lo anterior, encuentra este Tribunal que no existe mérito para considerar que AGAVE incumplió las obligaciones endilgadas con relevancia para este proceso arbitral.

iii. Conclusiones del análisis de los incumplimientos contractuales de ambas partes y sus consecuencias

Luego de todas las disquisiciones señaladas líneas atrás, para este Tribunal se puede concluir que:

- a. AGAVE no incurrió en el incumplimiento de las obligaciones contractuales que le endilga COMPAÑÍA DE EMPAQUES, con relevancia para la

resolución de la presente litis; y, por el contrario, se puede concluir que cumplió con sus obligaciones en la medida de lo que le era exigible.

- b. COMPAÑÍA DE EMPAQUES incumplió la obligación de “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso.”
- c. El incumplimiento contractual en que incurrió COMPAÑÍA DE EMPAQUES es de trascendencia mayor, en tanto se trataba de una obligación contractual esencial para lograr el fin económico perseguido por las partes con la celebración del contrato.
- d. El incumplimiento de la obligación señalada por parte de COMPAÑÍA DE EMPAQUES trae como consecuencia la necesaria aplicación de remedios contractuales adecuados que se concretan en la terminación del vínculo, la aplicación temporal de la excepción de contrato no cumplido a favor de AGAVE y la asunción de las consecuencias que en materia de responsabilidad civil se consagran para el incumplimiento contractual.
- e. Para la aplicación o no al caso concreto de cada uno de los remedios contractuales indicados anteriormente, se hará un análisis detallado de los mismos en función de los requisitos y pertinencia esbozados en la parte general de este Laudo arbitral.
- f. La circunstancia de haber cumplido AGAVE y haber incumplido COMPAÑÍA DE EMPAQUES, hace que las pretensiones de esta última contenidas en la demanda de reconvención, referidas a la terminación del contrato, la indemnización de sus perjuicios y el pago de la cláusula penal solicitada no estén llamadas a prosperar.

c) De las pretensiones de terminación del contrato

Ambas demandas imputan a la otra parte haber incumplido con sus obligaciones contractuales, afirman que la parte que solicita la terminación cumplió con sus obligaciones y solicitan la terminación del contrato.

La demanda inicial funda su solicitud en la cláusula décima tercera del contrato, que establece como una causal de terminación de éste el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales. No obstante, se solicita la terminación judicial del vínculo, por lo cual se colige que lo realmente querido es esto último.

Por su parte la demanda de reconvencción funda su solicitud de terminación en la conocida como condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, que señala que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Indudablemente, una y otra pretensión tienen que ser resueltas a la luz de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil y en el 870 del Código de Comercio, que señala que “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

Ya se ha señalado que para este Tribunal AGAVE cumplió con sus obligaciones contractuales en la medida de lo que le era exigible y que en consecuencia no existió incumplimiento contractual de su parte a las obligaciones que le imputó COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

Igualmente se ha afirmado que COMPAÑÍA DE EMPAQUES incumplió una de las obligaciones esenciales a su cargo, consistente en “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso”.

El incumplimiento contractual de COMPAÑÍA DE EMPAQUES lo fue no solo de una obligación esencial para la consecución del fin económico perseguido por las partes con el contrato, sino que fue en una magnitud tal que en efecto tuvo como consecuencia el fracaso del proyecto.

Lo anterior es suficiente para que este Tribunal ordene, como en efecto lo hará, la terminación del Contrato de Producción y Venta de Fique celebrado entre COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. y AGAVE S.A.S. celebrado el 26 de enero de 2016, a partir de la emisión del Laudo.

d) De la excepción de contrato no cumplido elevada por AGAVE

Se trata de la primera de las excepciones que propuso AGAVE, al dar respuesta a la demanda de reconvención y con la misma pretendió señalar que, en efecto, ante el incumplimiento de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES de su obligación de “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso”, aquella no estaba obligada a cumplir con las obligaciones que le correspondían.

Y aunque AGAVE al momento de presentar la excepción de contrato no cumplido no señaló de manera clara cuáles eran específicamente las obligaciones que tenía a su cargo y que alegaba no estaba obligada a ejecutar ante el incumplimiento de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, para es tribunal es claro que se trataba de las siguientes obligaciones: (i) la de pagar el crédito; (ii) la de mantener el cultivo; (iii) la de Cosechar y disponer las hojas en el punto de desfibrado; (iv) la de disponer la infraestructura de tanques y secaderos; (v) en general, todas las que propendían por el aprovechamiento y venta del cultivo de fique que estaban a su cargo.

Consecuentes con los análisis hechos a lo largo de este Laudo, deberá determinar este Tribunal que la presente excepción deberá ser acogida y que en tal medida la sociedad AGAVE no estaba obligada a ejecutar las obligaciones relacionadas anteriormente en la medida que la COMPAÑÍA DE EMPAQUES no había ejecutado una de las obligaciones correlativas que a ella le correspondía ejecutar.

e) Análisis de la responsabilidad civil y del daño reclamado por AGAVE

En la línea argumentativa lógica de la responsabilidad contractual, corresponde en este momento analizar si en efecto, ante la verificación del incumplimiento de una obligación contractual adquirida por COMPAÑÍA DE EMPAQUES, hay lugar a encontrar la ocurrencia del nacimiento de una obligación indemnizatoria en cabeza suya.

Para el efecto debemos revisar, en primera medida, si en efecto ocurrió un daño indemnizable. En esa línea, procederemos a revisar cuáles fueron los daños que solicitó AGAVE le fueran reparados y si en efecto cumplió con la carga de acreditación de su ocurrencia y magnitud. Igualmente, de ser pertinente, se analizará si el daño reclamado, de encontrarse acreditado es consecuencia directa del incumplimiento contractual, esto

es, si existe relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño solicitado.

i) Los daños reclamados por AGAVE

En la demanda introductoria del proceso que nos ocupa, en su versión integrada a propósito del cumplimiento de los requisitos para su admisión, se hicieron las siguientes manifestaciones a propósito del daño:

“HECHOS

(...)

DECIMOQUINTO. En incumplimiento de Compañía De Empaques S.A., además de constituir un claro incumplimiento, ha generado graves perjuicios en el patrimonio de mi mandante, pues además de no recibir utilidades por la venta de fique, tuvo que incurrir en gastos adicionales a los recursos recibidos en razón al mutuo, para el mantenimiento y buen desarrollo del cultivo (...)

(...)

DECIMONOVENO. Compañía de Empaques, envió a Agave S.A.S el 15 de junio de 2021 una proyección de ingresos, costos y utilidades que tendría el cultivo y la cantidad de fique que produciría la finca por hectárea, desde el 2016, hasta el 2030 (Adjunto 12). Dicha proyección no se cumplió pues no fue posible la cosecha el fique debido al incumplimiento de Compañía de Empaques en lo que hace a las máquinas desfibradoras.

Qué Compañía de Empaques no cumpla con su obligación respecto al servicio de desfibrado genera un enorme perjuicio a Agave SAS, pues al hacerse imposible el desarrollo del proyecto, se hacen nugatorias las utilidades prometidas y cumplir con sus obligaciones financieras (...)

(...)

VIGÉSIMO SEGUNDO. Para el 2023, la utilidad del cultivo debía ser de \$1.511.989.789,99, teniendo en cuenta que el valor de la cosecha, los costos de producción y los \$2.790.141.000,00 que debían ser pagados a Compañía de Empaques en razón al crédito otorgado.

VIGÉSIMO TERCERO. Teniendo en cuenta que el cultivo estaba listo para iniciar su cosecha en julio de 2019, las utilidades del mismo debieron iniciar a generarse en julio del 2020, en atención al valor de cada cosecha y los costos del cultivo, tal y como se desarrolla en el juramento estimatorio de esta demanda, así:

- Ciento Cuarenta y Tres Millones Novecientos Veinticinco Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$143.925.655) el 31 julio del 2020.

- Ciento Veintiséis Millones Cuatrocientos Diez Mil Doscientos Noventa y Ocho Pesos (\$126.410.298) el 31 julio de 2021.
- Cuatrocientos Diez Millones Seiscientos Seis Mil Quinientos Veintisiete Pesos (\$410.606.527) el 31 julio de 2022.
- Ochocientos Treinta y Un Millones Cuarenta y Siete Mil trescientos Ocho Pesos (\$831.047.308) el 31 julio de 2023.

VIGÉSIMO CUARTO. Además del dinero que dejó de percibir, debido al incumplimiento con las máquinas desfibradoras y a fin de intentar que no se perdiera el cultivo, Agave S.A.S. tuvo que acudir a recursos propios, adicionales a los entregados por Compañía de Empaques, en razón al mutuo, para atender los gastos de administración del cultivo, siembra, rocería, fumigación, cargue, pago de salarios (jornales), prestaciones y liquidaciones a trabajadores, entre otros; estimados en \$842.229.492 de acuerdo a la relación de gastos y sus respectivos comprobantes (Adjunto 5). El ultimo pago realizado por Agave S.A.S a efectos del mantenimiento del cultivo y la generación de producción del mismo fue el 31 de diciembre de 2022 (...)

(...)

VIGÉSIMO SEXTO. Actualmente no es posible recolectar las hojas de fique para cosecharlas y para recuperar o rescatar el cultivo se hace necesario limpiar el cultivo de malezas, arvenses, hojas secas y deterioradas.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. El 09 de marzo de 2023, señor Alexander Palacio, quien realiza actividades agrícolas y trabajó para Agave en el desmonte y siembra de fique durante el 2019, realizó una valoración del cultivo para el corte de hojas secas, hojas deterioradas, repique de las mismas y control de maleza o arvenses de las 350ha cultivadas y cotizó que, a esa fecha, dicha labor costaba \$1'000.000 por hectárea, para un total estimado de Trescientos Millones de Pesos (\$350.000.000) (...)

JURAMENTO ESTIMATORIO

Bajo gravedad de juramento, conforme al artículo 206 del Código General del Proceso, estimo mis pretensiones en Cinco Mil Ochocientos Cuarenta y Cuatro Millones Trescientos Treinta y Cuatro Mil Sesenta y Tres Pesos (\$5.844.334.063) así:

1. La utilidad dejada de percibir por Agave S.A.S hasta el año 2023 fue de Mil Quinientos Once Millones Novecientos Ochenta y Nueve Mil Setecientos Ochenta y Nueve Pesos (\$1.511.989.789), como se observa a continuación:

PROYECCIÓN PRODUCCIÓN REAL								
PROYECCIÓN IPC	predio fique	Producción fique Kg	VALOR COSECHA	COSTOS DE PRODUCCIÓN	FLUJO	% CIA	% AGAVE	
año	% REAL							
2016	5,75%	1.863	\$ -	-\$ 911.461.538	-\$ 911.461.538			
2017	4,09%	1.970	\$ -	-\$ 547.461.538	-\$ 547.461.538			
2018	3,18%	2.051	\$ -	-\$ 585.461.538	-\$ 585.461.538			
2019	3,80%	2.116	\$ 444.341.685,16	-\$ 995.461.538	-\$ 551.119.853			
2020	1,61%	2.196	\$ 1.423.213.722,09	-\$ 943.461.538	\$ 479.752.184	\$ 335.826.529	\$ 143.925.655,09	
2021	5,62%	2.232	\$ 3.012.765.547,95	-\$ 2.591.397.886	\$ 421.367.662	\$ 294.957.363	\$ 126.410.298,62	
2022	13,12%	2.357	\$ 4.454.916.160,44	-\$ 3.086.227.735	\$ 1.368.688.425	\$ 958.081.896	\$ 410.606.527,54	
2023	3,00%	2.666	\$ 5.599.334.622,99	-\$ 3.567.038.328	\$ 2.032.296.295	\$ 1.201.248.987	\$ 831.047.308,74	
TOTAL			\$ 14.934.571.738,64	-\$ 13.227.971.641,14	\$ 2.790.114.776	\$ 1.511.989.789,99		

* \$2.790.114.776 corresponden al capital entregado por Compañía de Empaques a Agave a título de mutuo y que debe ser asumido por la primera en razón a la cláusula penal

*\$1.511.989.789 corresponde a la utilidad que debía percibir Agave hasta la fecha

Para el entendimiento de este cuadro, se debe tener en cuenta que:

- En el contrato se estipulo que el valor de cada kilo de fique en el año 2016 sería de \$1.863 y este valor se actualizaría de acuerdo al IPC.
- Durante el primer año de cosecha, es decir, desde julio de 2019, se tenían 100 ha disponibles.
- Durante el segundo año, es decir, desde julio de 2020, se tenían 200 ha adicionales disponibles, para un total de 300 ha.
- A partir del cuarto año, esto es 2022, y en adelante, se proyectaban 350 ha cosechables, de acuerdo a la proyección enviada por Compañía de empaques (adjunto 12) y al certificado que acredita que actualmente se encuentran sembradas 350 ha (adjunto15).
- En cada hectárea de cultivo, se estima que existan 3.000 plantas.
- Durante el primer año de cosecha se proyecta una extracción de 0,7 kg por planta.
- Durante el segundo año de cosecha se proyecta una extracción de 1 kg de fique por planta.
- Durante el tercer año de cosecha se proyecta una extracción de 1,5 kg de fique por planta.
- Durante el cuarto año de cosecha se proyecta una extracción de 1,8 kg de fique por planta.
- Durante el quinto año de cosecha se proyecta una extracción de 1,8 kg de fique por planta.
- La “producción de fique por kilo” se determina multiplicando el número de hectáreas cultivadas, el número de plantas que se estima que tiene cada hectárea, por los kilos de fique que se proyectan extraer de cada planta, de acuerdo al año de cosecha (0.7kg,1.0 kg, 1.5 kg, ó 1.8 kg). Ejemplo:

Para el primer año de cosecha (2019) se tenían 100ha cultivadas, se estima que cada ha tenga 3.000 plantas y la extracción proyectada era de 0.7 kg de fique por planta.

Producción fique Kg = ha cultivadas * plantas por ha * kg de fique por planta.

Producción fique 2019 = 100 ha * 3.000 * 0,7 kg = 210.000 kg

Para el cuarto año de cosecha (2022) se tenían 350ha cultivadas, se estima que cada ha tenga 3.000 plantas y la extracción proyectada era de 1.8 kg de fique por planta.

Producción fique 2022 = 350 ha * 3.000 * 1.8 kg = 1.890.000 kg

- Se debe tener en cuenta que, en el año 2020, el cultivo presentó un siniestro y la producción del cultivo de acuerdo a la proyección de Compañía de Empaques (adjunto 12) fue estimada con una pérdida de 252.000 kg, teniendo como resultado una cosecha de 648.000 kg de fibra.
- El “valor de la cosecha” se logra de multiplicar la cantidad de kilos producidos cada año, por el valor del kilo de fique ese año, atendiendo al IPC. Ejemplo:

Valor cosecha = Kilos producidos * precio fique cada año

2019 = 210.000 kg * \$2.116 = \$444.341.685,16

2020 = 648.000 kg * \$2.196 = \$1.423.213.722,09

- Los “costos de producción” se calcularon teniendo en cuenta la proyección presentada por Compañía de Empaques en el 2021 (adjunto 12) y actualizándolos a valores reales con el incremento de IPC y el salario mínimo.
- El IPC del año 2023 es el proyectado por Compañía de Empaques, que puede ser actualizado al momento del fallo.
- El “flujo” o utilidad, se logra de restarle los costos, al valor de la cosecha.
- En la cláusula primera del contrato se pactó que el abono a la obligación se realizaría con el producto de la cosecha, sin que fuera superior al 70% del mismo, salvo autorización expresa del contratista. Para efectos de cálculo, se calculó que el 70% del valor de la cosecha fuera destinado al pago del préstamo, logrando pagar los \$2.790.141.000 en el quinto año de cosecha (2023).

El cálculo de la utilidad dejada de percibir se realiza únicamente hasta el año 2023, como medida de mitigación, a pesar de que el contrato tenía una vigencia inicial de diez años desde la primera cosecha, cubriendo el valor correspondiente para volver a poner en operación el cultivo, se mitiga el daño de los años restantes. Se adjunto hoja de cálculo en Excel para mayor entendimiento (Adjunto 16)

2. La única manera de percibir utilidades del cultivo del 2023 en adelante, es recuperarlo, para lo cual se hace necesario limpiarlo de malezas, arvenses, hojas

secas y deterioradas. El señor Alexander Palacio, realizó una valoración para el corte de hojas secas, hojas deterioradas, repique de las mismas y control de maleza o arvenses de las 350ha cultivadas y cotizó que dicha labor costaba \$1'000.000 por hectárea, para un total estimado de Trescientos Cincuenta Millones de Pesos (\$350.000.000), de acuerdo a certificado adjunto (Adjunto 15).

3. Además de los \$2.790.141.000 entregados por Compañía de Empaques a Agave a título de mutuo, para el establecimiento del cultivo, Agave SAS tuvo que incurrir en gastos adicionales en razón al incumplimiento en la entrega de las máquinas desfibradoras, a fin de no perder el cultivo por la falta de cosecha. Estos gastos de estiman en Ochocientos Cuarta y Dos Millones Doscientos Veintinueve Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho (\$842.229.498), se adjunta relación y soportes (Adjunto 5) (...).

PRETENSIONES

(...)

TERCERA: Que se ordene el pago de Mil Quinientos Once Millones Novecientos Ochenta y Nueve Mil Setecientos Ochenta y Nueve Pesos (\$1.511.989.789), por concepto de la utilidad dejada de percibir por AGAVE S.A.S hasta el 2023, debidamente indexados desde el momento en que se debió realizar la cosecha del fique y en consecuencia se debió generar la utilidad, hasta el momento en que se haga efectivo el pago, así:

- Ciento Cuarenta y Tres Millones Novecientos Veinticinco Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$143.925.655) indexados desde el 31 julio de 2020.
- Ciento Veintiséis Millones Cuatrocientos Diez Mil Doscientos Noventa y Ocho Pesos (\$126.410.298) indexados desde el 31 julio de 2021.
- Cuatrocientos Diez Millones Seiscientos Seis Mil Quinientos Veintisiete Pesos (\$410.606.527) indexados desde el 31 julio de 2022.
- Ochocientos Treinta y Un Millones Cuarenta y Siete Mil trescientos Ocho Pesos (\$831.047.308) indexados desde el 31 julio de 2023.

CUARTA: Que se ordene el pago de Trescientos Cincuenta Millones de Pesos (\$350.000.000), debidamente indexados desde el 09 de marzo de 2023 fecha en la que se certificó el valor necesario para mitigar el daño, hasta el momento en que se haga efectivo el pago; con el fin de que AGAVE S.A.S pueda recuperar el cultivo y logre obtener utilidades del 2023 hasta el 2030, fecha en la que se debía terminar el contrato,

QUINTA: Que se ordene el pago de indemnización de perjuicios patrimoniales por concepto de daño emergente, por los gastos generados por el cultivo, pago de

nómina de trabajadores y liquidación por un valor total de Ochocientos Cuarta y Dos Millones Doscientos Veintinueve Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho (\$842.229.498), valor que deberá indexarse desde el 31 de diciembre de 2022, fecha en la cual la demandante realizó el ultimo pago por este concepto, hasta el momento en que se haga efectivo el pago (...).

Revisados los anteriores apartes procederá a analizar el Tribunal los daños solicitados dividiéndolos en 3 grupos, a saber: (i) la utilidad dejada de percibir; (ii) los recursos para la recuperación del cultivo; y (iii) el daño emergente por gastos del cultivo.

- La utilidad dejada de percibir

Para acreditar este perjuicio se acompañó con la demanda un cuadro de Excel, cuyo archivo se denomina “Hoja de cálculo en Excel de utilidades del cultivo hasta 2023”¹¹³.

En relación con dicho documento, la parte demandada al dar respuesta a la demanda señaló que “De conformidad con el artículo 272 del Código General del Proceso, presento el desconocimiento del anexo cinco “Relación de gastos del cultivo” y del anexo doce “Hoja de cálculo en Excel de utilidades del cultivo hasta 2023”; por lo anterior, por cuanto no se sabe quién suscribió dichos documentos”.

Frente al desconocimiento del documento, AGAVE al descorrer el traslado de las excepciones manifestó que “Al desconocimiento de la “Hoja de cálculo de Excel de utilidades del cultivo hasta 2023”, se aclara que la proyección fue basada en el análisis de flujo adjunto a este escrito y enviado por Compañía de Empaques, y solo se hicieron formulas tomando los datos del mismo, por lo cual no es procedente dicho desconocimiento”¹¹⁴.

Con dicho traslado se acompañó un correo electrónico dirigido por Carlos Daniel Fernández de COMPAÑÍA DE EMPAQUES a AGAVE en el cual se anexó cuadro de Excel con modelo financiero. Establecida la autenticidad del documento, lo que corresponde es estimar su fuerza probatoria.

Para este Tribunal la prueba arrimada del supuesto daño sufrido a título de lucro cesante no da cuenta ni de la ocurrencia real, ni de la magnitud de tal perjuicio. Nótese que se trata de proyecciones financieras que fueron realizadas en función de unas cifras

¹¹³ Documento 16, que hace parte del documento No. 8 del expediente digital.

¹¹⁴ Documento No. 49 del expediente digital.

estimadas, sin que la ocurrencia, ni de los ingresos, ni de los gastos en función del estimado, se pueda afirmar que en efecto iba a tener lugar.

Lo anterior, máxime teniendo en cuenta que se trataba de un proyecto experimental, respecto del cual no se tenía noticia de existencia de otros similares en el mundo, tal como fue reconocido por el Presidente de Compañía de Empaques en la comunicación de noviembre de 2020 y por la señora Paulina Trujillo en la prueba testimonial practicada.

Para este Tribunal, entonces, estamos frente a un perjuicio que no cumple con la característica de ser cierto o real y, como tal, no hay lugar a su reparación. Nótese cómo se trata de estimaciones que fueron múltiples veces modificadas, según las diferentes pestañas del archivo acompañado, y que, en todas ellas, si bien es cierto se tienen unos parámetros generales uniformes, los resultados son diferentes.

Y es que si bien es cierto existía un precio claro pactado para la venta de la fibra, los volúmenes reales en todo caso en la práctica serán diferentes de los estimados y lo mismo ocurrirá en la práctica con los costos. Además de lo anterior, no existe —ya que no puede existir por la novedad del cultivo— un análisis histórico de comportamiento del mismo que nos pudiera por lo menos acercarnos a un nivel de certeza que, aun si no fuera total, por lo menos nos pudiera dar la tranquilidad de poderlo analizar en términos de altas probabilidades de ocurrencia.

Además, al descender sobre las cifras que fundamentan la solicitud encontramos que en el cuadro anexado con la demanda se tomó el valor del “flujo”, el cual es el resultado de restarle al “valor cosecha” los “costos de producción” y ese resultado se multiplica por el 30% para calcular el lucro de AGAVE. Es decir, se hizo el cálculo con base en la utilidad. Ahora bien, al revisar las estipulaciones contractuales sobre el pago del crédito encontramos que lo que se debía abonar era el 70% del valor de la fibra vendida y no de la utilidad, por lo cual, incluso en las proyecciones entregadas al Tribunal existe un grave error que le resta credibilidad y certeza a los cálculos aportados y de contera al daño reclamado.

Consecuentes con lo anterior, el perjuicio reclamado a título de utilidad dejada de percibir no será reconocido.

- Recursos para la recuperación del cultivo:

Con el objeto de acreditar la cuantía del perjuicio analizado en este acápite se acompañó por AGAVE, al momento de presentar la demanda, un documento suscrito por el señor Alexander Palacio, calendado el día 9 de marzo de 2023 en el cual indica que:

“...en medio de la visita a la finca El Porvenir donde se hizo un avalúo para la prestación de servicios de corte hojas secas y deterioradas y control maleza o arvenses a la empresa Agave SAS identificada con NIT No. 900 909 802, podemos certificar que en dicha visita se evidenció que hay 350 ha sembradas en Fique y que el valor del corte de las hojas secas y deterioradas como el resto de limpieza tienen un costo de \$1'000.000 (un millón de pesos COP) por hectárea, siendo el total de \$350'000.000 (trescientos cincuenta millones de pesos COP).”

El anterior documento fue ratificado por su autor en diligencia del 6 de octubre de 2023.

Por otra parte, existen múltiples evidencias adicionales, a lo largo del proceso, que dan cuenta de que la finca El Porvenir de AGAVE sufrió, en efecto, un detrimento en el cultivo, asociado a la pérdida de hojas y al crecimiento de malezas, de las cuales citaremos las siguientes:

En la bitácora del cultivo se señaló, a propósito de una visita del 25 de septiembre de 2020, que “se evidencia una situación crítica de pérdida de control sobre el cultivo por falta de desfibrado.” Dicha anotación fue suscrita por John Jairo Mira y Eduardo Trujillo.

En la comunicación del 4 de marzo de 2021, suscrita por el señor John Jairo Mira, Director Agrícola de COMPAÑÍA DE EMPAQUES se afirmó que “la falta de cosecha va llevando el cultivo a un estado en el cual las malezas se empiezan a volver limitantes, pero esperamos a partir del reinicio de actividades, ir creciendo en desfibrado hasta recuperar completamente el control del cultivo”.

En acta de reunión Nro. 2, ocurrida el 10 de junio de 2021, la cual si bien es cierto no contiene firma alguna, ha sido utilizada como medio probatorio por ambas partes (AGAVE la acompañó a la demanda y COMPAÑÍA DE EMPAQUES la citó en sus alegatos finales) da cuenta de un informe de visita que presente al señor John Jairo Mira, Director Agrícola de COMPAÑÍA DE EMPAQUES en el cual se señala lo siguiente:

“...el informe de visita de campo a la finca el porvenir que incluyen fotos del estado del cultivo a la fecha, y de la actividad realizada, que consistió en ubicar de manera aleatoria 11 lugares en la finca en cada uno de los cuales se le cortaron las hojas aptas para cosecha a entre 10 y 13 plantas por sitio, se arrumaron a una distancia de entre 10 y 50 mt aproximadamente, se cortaron las hojas sanas y las hojas deterioradas o secas por falta de desfibrado....Con base en los resultados, se determinó que el numero promedio de hojas perdidas en las 300 hectáreas de cultivo que están aptas para cosecha, es de 8 hojas por planta...Que en las condiciones actuales de enmalezamiento del cultivo.....En concepto de Compañía de Empaques....el cultivo en la finca el Porvenir es y continúa siendo viable y para ponerlo al día es necesario avanzar rápidamente con el proceso de desfibrado (...)”
(subrayado intencional).

Del análisis del acervo probatorio en su conjunto, concluye este Tribunal que, en efecto, existió un daño consistente en el deterioro de hojas y crecimiento de malezas y arvenses, que el mismo es consecuencia directa de la falta de desfibrado, es decir del incumplimiento contractual de COMPAÑÍA DE EMPAQUES y que en consecuencia debe ser indemnizado en la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$350.000.000.00), los cuales deberán ser actualizados desde el mes de marzo de 2023 hasta la fecha del pago y que consisten en la cantidad de dinero que le costará a AGAVE la recuperación del estado del cultivo para la época anterior al incumplimiento de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

Se trata pues, para este Tribunal, de una indemnización de perjuicios en el marco de la responsabilidad civil contractual, que es consecuencial al incumplimiento contractual de la demandada inicial y que no se constituye en una pretensión de cumplimiento contractual, como lo pretende hacer ver la COMPAÑÍA DE EMPAQUES en la fundamentación de la excepción de mérito denominada “INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES”.

- Daño emergente por gastos del cultivo.

El daño de la presente solicitud indemnizatoria se busca acreditar por AGAVE con una serie de cuadros y documentos soporte de los gastos en que dice haber incurrido. El primer cuadro que se aporta y que llama la atención del Tribunal contiene un resumen de los conceptos solicitados, así: “PAGO QUINCENAS, PAGO LUIS ESTEBAN, PAGO

PAULINA, PAGO EDUARDO, Placa Huella 2019, Construcción Campamento 2020, Construcción bodega 2021, Retroexcavadora 2020, Asesoría y siembra 2019”.

Revisado en conjunto el acervo probatorio sobre este particular encuentra este Tribunal las siguientes situaciones fundamentales:

- Todos los gastos relacionados se refieren al cumplimiento de obligaciones a cargo de AGAVE.
- Ninguno de los gastos tiene relación con el incumplimiento contractual atribuido a COMPAÑÍA DE EMPAQUES.
- Del dicho de la señora Paulina Trujillo se desprende que estos dineros, en cantidad de \$842.000.000 fueron desembolsados por el señor Eduardo Trujillo, y no por AGAVE.
- Además, según el texto del documento de transacción que fue suscrito por el señor Eduardo Trujillo, en la cláusula 3, parágrafo 6 se acepta que el señor Trujillo, que no AGAVE, ha realizado gastos e inversiones con corte al 31 de enero de 2022 en cuantía de \$516.593.038
- En el mismo contrato de transacción, en la cláusula 10, se relacionan los conceptos de los dineros pagados por el señor Trujillo, los cuales coinciden con los relacionados en el cuadro a que se hizo referencia anteriormente y que corresponden a obligaciones a cargo de AGAVE¹¹⁵.

Consecuentes con lo anterior observa este Tribunal que los daños reclamados en este acápite no cumplen con las características de ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento contractual. Además, no se trata de perjuicios ciertos que hubiera sufrido AGAVE, en la medida que no efectuó los desembolsos ni hay prueba de que, quien lo hizo, lo fue en cumplimiento de una orden de AGAVE y que esta última los asumiría. Por otro lado, se trata de gastos destinados al cumplimiento de las obligaciones que contractualmente había adquirido AGAVE y, como tal, cumplir con sus obligaciones no puede ser considerado un daño.

Así las cosas, no hay lugar a acceder a la solicitud indemnizatoria asociada a este acápite.

f) Del pago de la cláusula penal que reclama agave y la extinción del crédito

¹¹⁵ Se aclara que, si bien es cierto que el contrato de transacción no tuvo el mérito de finalizar las controversias entre las partes, este Tribunal sí le encuentra mérito probatorio a las afirmaciones contenidas en él y que corresponden a asuntos aceptados por AGAVE y su representante legal, que en efecto lo suscribió.

Además de la reparación del daño, reclama AGAVE el pago, por concepto de cláusula penal, de la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS y que se declare extinto el crédito, lo que hace de la siguiente manera:

“PRETENSIONES

(...)

SEXTA: En virtud de la cláusula penal que se ordene el pago de Trescientos Cincuenta Millones de Pesos (\$350.000.000) por concepto de multa, y se declare extinta la obligación de pago del crédito otorgado a AGAVE S.A.S para el establecimiento del cultivo, por entenderse asumido por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A.”

La doctrina ha definido la cláusula penal como una obligación accesorio que se contrae con el objeto de garantizar el pago de otra obligación, indicando además que esta puede cumplir tres funciones diferentes a saber: (i) servir como estimación anticipada de perjuicios; (ii) Servir como apremio y (iii) Servir como caución personal.

La cláusula penal, cuando está incluida en un contrato, constituye un elemento accidental del mismo y debe ser aplicada, como consecuencia que es del incumplimiento contractual, con una interpretación restrictiva a los asuntos regulados en la misma.

Consecuentes con lo anterior, lo primero que debemos hacer es analizar la cláusula penal pactada, la cual se transcribe a continuación:

“VIGESIMA – CLÁUSULA PENAL: En caso de que el CONTRATISTA abandone el cultivo o desista del mismo después de establecido en campo, reconocerá al CONTRATANTE una indemnización correspondiente al valor de la semilla aportada (hoy vale \$180.000 por hectárea), así como una suma mínima, a título de pena, de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por cada año o fracción que falte para cumplir los 7 años iniciales del Contrato contados desde la firma del presente documento, sin sobrepasar en ningún caso la suma de trescientos cincuenta millones (\$350.000.000). Lo anterior no extingue la obligación del CONTRATISTA de continuar pagando al CONTRATANTE, o a la entidad financiera con que el CONTRATANTE haya tramitado los recursos financieros, el capital más los intereses adeudados a la fecha del abandono o desistimiento del cultivo. Igualmente si se da venta de fibra a un tercero diferente AL CONTRATANTE sin la autorización por escrito de este último, el CONTRATISTA

deberá pagar AL CONTRATANTE una suma correspondiente al cincuenta por ciento (50%) del valor de la producción total de fique de la finca en un año, estimado con base en los registros de producción de la finca.

PARAGRAFO: En caso de que EL CONTRATANTE incumpla sus obligaciones de compra de la cosecha durante los 7 primeros años contados a partir de la firma del presente contrato, EL CONTRATANTE asumirá la obligación de continuar pagando el crédito a la entidad financiera con que haya tramitado los recursos financieros para el establecimiento del cultivo, entiéndase el capital más los intereses adeudados a la fecha del Incumplimiento. Igualmente si el incumplimiento por parte del CONTRATANTE se da durante los primeros 7 años a la firma del presente contrato, el CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA una única suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por cada año o fracción que falte para cumplir los 7 años iniciales del Contrato contados desde la firma del presente documento, sin sobrepasar en ningún caso la suma de trescientos cincuenta millones (\$350.000.000) a manera de multa. Si pasados los primeros 7 años de la firma del presente contrato, se presenta incumplimiento por parte del CONTRATANTE este continuará pagando la deuda que se tenga al momento del incumplimiento a la entidad financiera con la cual se tenga el crédito.

Salvo que el abandono del cultivo por parte del CONTRATANTE sea causado por fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual este no deberá indemnización alguna a EL CONTRATISTA.”

Nótese que la cláusula penal pactada con cargo al incumplimiento contractual de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, solo se estableció como accesoria de la obligación de comprar la cosecha de fique, y no para las demás obligaciones adquiridas por esta compañía.

Al leer de manera cuidadosa la estipulación penal consagrada en el parágrafo de la cláusula vigésima del contrato podemos concluir, sin mayor esfuerzo, que no se trató de una obligación que accediera a la obligación que en este arbitramento se ha imputado y reconocido como incumplida por la sociedad demandada inicial. Una cosa era la obligación de compra de la fibra, a la que accede la cláusula penal pactada y transcrita, y otra la consistente en “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso”, que fue la que se endilgó como incumplida y que este Tribunal, en efecto, así lo definió.

No hay lugar a aplicar una cláusula penal establecida para el incumplimiento de una obligación, cuando esta ni ha sido imputada como incumplida en la demanda, ni, por

obvias razones ha tenido el ejercicio del correspondiente derecho de defensa del deudor y, menos aún, ha sido objeto de análisis en el presente Laudo.

Tampoco habría lugar a establecer el nacimiento de la obligación penal a consecuencia del incumplimiento de otra obligación diferente de aquella principal a la que accede, en la medida en que, de haberlo querido así las partes, lo debieron haber pactado expresamente.

En consecuencia la pretensión sexta de la demanda inicial en su versión integrada para efectos de su admisión no podrá ser acogida por este Tribunal. En consecuencia, será negada, tanto en el componente de la solicitud de “(...) pago de Trescientos Cincuenta Millones de Pesos (\$350.000.000) por concepto de multa”, como en lo que corresponde a que “(...) se declare extinta la obligación de pago del crédito otorgado a AGAVE S.A.S para el establecimiento del cultivo, por entenderse asumido por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A.”.

3. Pronunciamiento expreso sobre las excepciones

A continuación, se ocupará este Tribunal de hacer, con fundamento en todas las consideraciones ya efectuadas a lo largo de este Laudo, a simple manera de conclusión, un pronunciamiento expreso sobre las excepciones propuestas por la demandada inicial y por la demandada en reconvención.

a) Frente a las propuestas por COMPAÑÍA DE EMPAQUES

Se indicará cada una de las excepciones propuestas frente a la demanda principal y se hará el pronunciamiento del Tribunal, de la siguiente manera:

i) Indebida acumulación de pretensiones

Se queja el demandado inicial en torno a que hay por una parte una pretensión de terminación contractual y de manera acumulada a la misma una tendiente a que pague una cifra de dinero que entiende busca el cumplimiento del contrato, lo cual es contrario a la opción de escogencia que brinda el artículo 1546 del Código Civil.

Al analizar uno de los componentes del daño reclamado se concluyó que la pretensión que encuentra contradictoria COMPAÑÍA DE EMPAQUES es una pretensión de

indemnización de perjuicios, la cual es perfectamente acumulable con la de terminación del contrato y como tal esta excepción no está llamada a prosperar.

ii) Incumplimiento contractual de parte de AGAVE

Este punto ha sido ampliamente revisado en líneas precedentes de este Laudo, a las cuales nos remitimos por brevedad y nos llevan a concluir que la presente excepción no está llamada a prosperar.

iii) Cumplimiento de parte de COMPAÑÍA DE EMPAQUES

En líneas precedentes se analizaron las obligaciones de COMPAÑÍA DE EMPAQUES y se concluyó que había incumplido la consistente en “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso.”

En consecuencia, esta excepción tampoco está llamada a prosperar.

iv) Improcedencia de incluir la cláusula penal en el juramento estimatorio

Más que una excepción propiamente dicha, con el mérito de enervar las pretensiones, se trata de una discusión de contenido adjetivo en el sentido de si en efecto la solicitud de pago de la cláusula penal podía y debía ser incluida en el juramento estimatorio.

De la lectura del artículo 206 del Código General del Proceso se concluye con facilidad que, en efecto, no es objeto del juramento lo que se reclame a título de cláusula penal.

Ahora bien, en la medida que en este proceso se concluyó que no hay lugar al cobro de la misma, la circunstancia de haberla incluido en el juramento estimatorio no tiene ninguna relevancia y, como tal, no será necesario hacer un pronunciamiento adicional sobre el particular.

v) Excepción de contrato no cumplido

En líneas precedentes se ha indicado que AGAVE cumplió, en la medida de lo que le era exigible en la dinámica contractual, con las obligaciones a su cargo y que fue

COMPAÑÍA DE EMPAQUES la que incumplió la obligación de “Poner a disposición del CONTRATISTA todos los recursos necesarios para el proceso de desfibrado y beneficio de la fibra, incluyendo la máquina y los operadores del proceso”.

No encontró acreditado este Tribunal, tal como se analizó a lo largo del Laudo, que AGAVE hubiera incumplido, previo a la exigibilidad de la obligación de COMPAÑÍA DE EMPAQUES, con alguna obligación a su cargo que fuera correlativa a la incumplida por esta, no hay lugar a aplicar a favor de COMPAÑÍA DE EMPAQUES la excepción temporal que la exime de cumplir con su obligación y como tal, por el contrario, lo que aplica es la declaratoria de su incumplimiento contractual con los correctivos correspondientes que se están adoptando.

vi) Excesiva tasación en el juramento estimatorio

Más que una excepción propiamente dicha, lo que se busca con esta alegación es la aplicación de una consecuencia procesal consagrada en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Sobre dicha sanción ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana que “(...) para su imposición, deben acreditarse dos presupuestos basilares, esto es, de un lado, la denegación de los anhelos por falta de demostración de los perjuicios y, de otro, la acreditación de un proceder temerario o negligente imputable al vencido (...)”¹¹⁶.

No habiéndose acreditado al interior de este trámite que la sociedad AGAVE hubiera actuado ni de manera negligente, mucho menos temeraria, no hay lugar a la aplicación de la sanción implorada.

b) Frente a las propuestas por AGAVE

Se indicará cada una de las excepciones propuestas frente a la demanda de reconvencción y se hará el pronunciamiento del Tribunal, de la siguiente manera:

i) Excepción de incumplimiento contractual

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia STC7646-2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque (radicación 11001-02-03-000-2021-01839-00).

En efecto, se ha señalado líneas atrás que esta excepción está llamada a prosperar y que en esa medida, a consecuencia del incumplimiento contractual imputable a COMPAÑÍA DE EMPAQUES, la sociedad demandada en reconvención quedó relevada de cumplir con las obligaciones correlativas a su cargo.

Para este tribunal las siguientes obligaciones son aquellas en relación con las cuales AGAVE tiene el beneficio temporal que le concede esta excepción, consistente en no poder ser obligado a ejecutarlas: (i). La de pagar el crédito; (ii). La de mantener el cultivo; (ii)i. La de Cosechar y disponer las hojas en el punto de desfibrado; (iv). La de disponer la infraestructura de tanques y secaderos; (v). en general todas las que propendían por el aprovechamiento y venta del cultivo de fique que estaban a su cargo.

En consecuencia la presente excepción será acogida en este Laudo.

ii) Cumplimiento contractual por parte de AGAVE

Al igual que en el caso de la excepción anterior, ha encontrado este Tribunal que AGAVE cumplió con las obligaciones que le eran exigibles y en tal medida, con fundamento en lo analizado a lo largo de las consideraciones del presente Laudo se declarará que esta excepción está llamada a prosperar.

iii) Falta de presupuestos axiológicos para la pretensión de terminación contractual o resolución

Efectivamente la presente excepción está llamada a prosperar en tanto y en cuanto quedó acreditado el incumplimiento contractual de COMPAÑÍA DE EMPAQUES y en tal medida el remedio contractual de la terminación por incumplimiento no podrá ser eficazmente alegado por ella.

Considera este Tribunal que el remedio contractual consagrado en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio ha sido tradicionalmente establecido a favor del contratante cumplido y como tal no podrá ser alegado por quien ha incurrido en incumplimiento imputable, como para el presente caso ocurrió con la COMPAÑÍA DE EMPAQUES.

iv) Interrelación contractual

Bajo el presente título busca la sociedad AGAVE que se declare la terminación del contrato de mutuo, a consecuencia de la declaratoria de terminación del contrato de producción y venta de fique, en la medida que este “está íntimamente conectado y coligado en una relación de objeto y causa con el Contrato de Mutuo, pues el incumplimiento de uno, necesariamente se refleja en la ejecución del otro. En virtud de la estipulación contractual en el Contrato de Producción y Venta de Fique, según la cual los abonos al Contrato de Muto se realizarían “con el producto de la cosecha recogida”, para lo cual Compañía de Empaques realizaría “descuentos sobre el valor de la fibra”.

En efecto, considera este Tribunal que las partes quisieron —y así lo establecieron— que con el producto de la venta de la fibra se debía amortizar el crédito otorgado por la COMPAÑÍA DE EMPAQUES a AGAVE.

No habiéndose podido celebrar el contrato de venta de la fibra por una circunstancia atribuible a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES, no se ha generado la condición necesaria para la ocurrencia del pago.

Adicionalmente también encontró este Tribunal que no se habían presentado las circunstancias diferentes a la venta de la fibra que daban lugar a la exigibilidad de la obligación.

Consecuentes con lo anterior, se concluyó que no había lugar a considerar que AGAVE tuviera la obligación exigible de pagar el crédito a su cargo.

Ahora bien, en consideración a la terminación del Contrato de Producción y Venta de Fique por el incumplimiento de la COMPAÑÍA DE EMPAQUES de una de las obligaciones fundamentales para la obtención de la fibra, la pregunta que resulta es qué ocurre con la obligación de pago del mutuo.

Para responder esa cuestión, en línea con lo indicado por AGAVE en la presente excepción, considera este Tribunal que en la medida que la obligación de restitución del mutuo estaba sometida a una condición suspensiva, consistente en la venta de la cabuya, y que la misma falló por una circunstancia atribuible al acreedor, se concluye que la obligación de pago a cargo de AGAVE queda extinguida y en tal medida lo mismo es predicable del contrato de mutuo que dio nacimiento a ella.

Así las cosas, la presente excepción está llamada a prosperar.

v) Excesiva tasación del perjuicio

Entiende este Tribunal que lo que se pretende con esta excepción es la aplicación de la sanción consagrada a propósito del artículo 206 del Código General del Proceso a consecuencia del juramento estimatorio, lo que en estricto sentido no es una excepción.

Sobre el particular hay que indicar que no hay lugar a la aplicación de la sanción, en primera medida por las mismas razones por las cuales fue relevada AGAVE de ella y, además, por cuanto el análisis del daño a propósito de las pretensiones de la demanda de reconvención no fue necesario abordarlo en la medida que no se encontró la ocurrencia de un incumplimiento contractual a cargo de AGAVE.

VII. SÍNTESIS DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL

Por las razones expuestas, el Tribunal declarará que prosperan apenas parcialmente las pretensiones de la demanda principal, en la medida en que se declarará el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. y la consecuente terminación del vínculo contractual. Pero no prosperarán la totalidad de las pretensiones de condena, como quiera que sólo se accederá a la pretensión consistente en el daño emergente correspondiente a los costos de recuperación del cultivo.

Por su parte, respecto de las excepciones relacionadas con la demanda principal, no prosperará ninguna de las propuestas.

En cuanto a la demanda de reconvención, se desestimarán la totalidad de las pretensiones. De otro lado, se declararán prósperas las excepciones denominadas “incumplimiento contractual”, “cumplimiento contractual por parte de AGAVE”, “falta de presupuestos axiológicos para la pretensión de terminación contractual o resolución” e “Interrelación contractual”.

VIII. JURAMENTO ESTIMATORIO

En consonancia con lo dicho hasta ahora en el presente Laudo, el Tribunal no impondrá la consecuencia prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso a ninguna de las partes, tal y como a continuación se dirá.

Más allá de cuáles pretensiones podían y debían ser objeto de juramento, sobre la sanción prevista en el artículo mencionado —tal y como ya se dijo en este Laudo— ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana que “(...) para su imposición, deben acreditarse dos presupuestos basilares, esto es, de un lado, la denegación de los anhelos por falta de demostración de los perjuicios y, de otro, la acreditación de un proceder temerario o negligente imputable al vencido (...)”¹¹⁷.

No encuentra el Tribunal que la conducta de ninguna de las partes, al formular sus pretensiones iniciales o de reconvencción, pueda ser calificada como temeraria o negligente. En consecuencia, no se satisface el supuesto de hecho previsto en la norma y prohijado por la jurisprudencia, para aplicar la sanción mencionada.

IX. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

El artículo 280 del Código General del Proceso, que establece el contenido que han de tener las sentencias y que es aplicable al proceso arbitral, dispone que “El juez siempre deberá calificar la conducta de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”; norma que se acompasa con el artículo 241 del mismo código, que dispone que “El juez podrá deducir indicios de la conducta de procesal de las partes”.

El Tribunal destaca especialmente que el trato cordial de las partes y sus apoderados fue la regla general a lo largo de todo el trámite procesal. Por lo demás, no encuentra el Tribunal que se haya producido alguna conducta que merezca el reproche constitutivo de indicios al que se refieren las normas antes citadas. La totalidad de los hechos que se consideran probados en este Laudo encuentra respaldo en diferentes medios de prueba.

X. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

En virtud de las decisiones que se han anunciado en la parte motiva de este Laudo y se confirmarán en la parte resolutive, se condenará en costas a la COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., tanto por la prosperidad (parcial) de las pretensiones de la demanda inicial promovida por AGAVE S.A.S., como por la desestimación de la totalidad de sus pretensiones de reconvencción.

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia STC7646-2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque (radicación 11001-02-03-000-2021-01839-00).

En consecuencia, el Tribunal condenará en costas, en su totalidad, a COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. Dado que no se acreditaron en el proceso arbitral expensas diferentes de las sufragadas por costos y honorarios de funcionamiento del Tribunal, no se incluirán en su liquidación rubros diferentes. En la medida en que la totalidad de los gastos y honorarios (excepto los iniciales, pagados por AGAVE S.A.S. al presentar la demanda) fueron pagados por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., no habrá lugar a recobros de ninguna naturaleza.

Y teniendo en cuenta que se acreditó que fue la sociedad demandada inicial y demandante en reconvención quien hizo estos pagos¹¹⁸, el Tribunal declarará que corren por su exclusiva cuenta.

En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal condenará a COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., así:

- a) Por la demanda inicial: por valor de ONCE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS (\$11.340.670), suma equivalente al 3% de las pretensiones pecuniarias que le fueron reconocidas a AGAVE S.A.S., por concepto de daño emergente. Esta suma se acompasa con lo previsto en el Acuerdo PSAA-16 10554 del Consejo Superior de la Judicatura para los procesos de mayor cuantía.
- b) Por la demanda de reconvención: por valor de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$184.590.000), suma equivalente al 3% de las pretensiones pecuniarias que le fueron denegadas a COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., suma que se acompasa con lo previsto en el Acuerdo PSAA-16 10554 del Consejo Superior de la Judicatura para los procesos de mayor cuantía.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto en la presente providencia, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias principal y de reconvención suscitadas entre AGAVE S.A.S. y COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia por delegación de las partes y por autoridad de la ley

¹¹⁸ Documentos No. 66 y 72 del expediente digital.

RESUELVE:

1. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL

PRIMERO: *DECLARAR* que COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. es responsable frente a AGAVE S.A.S por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión del “Contrato de producción y venta de fique”, celebrado el 26 de enero de 2016.

SEGUNDO: *DECLARAR*, como consecuencia de lo anterior, la terminación del contrato para la producción y venta de fique celebrado entre las partes, a partir de la fecha del presente Laudo, de conformidad con lo señalado en las consideraciones.

TERCERO: *DESESTIMAR* las pretensiones tercera, quinta y sexta de la demanda principal, correspondientes a la utilidad dejada de percibir por AGAVE S.A.S. hasta el 2023, los gastos generados por el cultivo, pago de nómina de trabajadores y liquidación, y cláusula penal, por las razones expuestas en las consideraciones de este Laudo.

CUARTO: *CONDENAR* a COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. a pagar a favor de AGAVE S.A.S. la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$350.000.000), por concepto de daño emergente. El valor final a pagar deberá ser objeto de actualización monetaria, con base en el IPC, desde el mes de marzo de 2023 hasta la fecha de pago, de conformidad con lo señalado en las consideraciones del presente Laudo.

2. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

QUINTO: *RECHAZAR* la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvencción, por las razones expuestas en las consideraciones del presente Laudo.

3. SOBRE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA DEMANDA INICIAL

SEXTO: *DECLARAR* que no prospera ninguna de las excepciones propuestas por COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A. frente a la demanda principal, por las razones señaladas en el apartado correspondiente de este Laudo.

4. SOBRE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

SÉPTIMO: *DECLARAR* que prosperan las excepciones denominadas “incumplimiento contractual”, “cumplimiento contractual por parte de AGAVE”, “falta de presupuestos axiológicos para la pretensión de terminación contractual o resolución” e “Interrelación contractual”, formuladas por AGAVE S.A.S., por las razones expuestas en el apartado correspondiente de este Laudo.

OCTAVO: *DECLARAR* que no prospera la excepción denominada “Tasación excesiva del perjuicio”, propuesta por AGAVE S.A.S. frente a la demanda de reconvencción, por las razones expuestas en el apartado correspondiente de este Laudo.

5. SOBRE LAS COSTAS DEL PROCESO

NOVENO: *CONDENAR* en costas a COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., para que asuma íntegramente los costos y honorarios de funcionamiento pagados al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, al árbitro y al secretario, por el presente proceso.

DÉCIMO: *CONDENAR* a COMPAÑÍA DE EMPAQUES S.A., por concepto de agencias en derecho, a pagar a AGAVE S.A.S. la suma de CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS (\$195.930.670), de conformidad con lo señalado en el presente Laudo.

6. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

DÉCIMO PRIMERO: *ABSTENERSE* de imponer a las partes la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por las razones expuestas en las consideraciones de este Laudo.

7. SOBRE LOS ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

DÉCIMO SEGUNDO: *ORDENAR* el pago del saldo final de los honorarios del árbitro único y del secretario. El árbitro único realizará dichos pagos previo diligenciamiento de

lo que corresponda, por concepto de la contribución especial arbitral, de conformidad con lo previsto en la Ley 1743 de 2014.

DÉCIMO TERCERO: *ORDENAR* que una vez se encuentre en firme el presente Laudo, se expidan las copias que corresponda, con las constancias de ley, con destino a las partes.

DÉCIMO CUARTO: *ORDENAR* el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

Notifíquese y cúmplase.



FELIPE EDUARDO PINEDA CALLE
Árbitro único



MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE
Secretario