

Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema

v.

Colmares Ltda. y TMM S.A. de C.V. (COFL-2/91 y COFL-3/91)

Junio 28 de 1993

Santafé de Bogotá, D.C., junio 28 de 1993

Siendo las cuatro de la tarde (4:00 p.m.) del día señalado en auto del veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), el Tribunal de Arbitramento convocado por el Instituto de Mercadeo Agropecuario Idema, en adelante Idema, contra Colmares Ltda., y Transportación Marítima Mexicana, Sociedad Anónima de Capital Variable, en lo sucesivo Colmares y T.M.M., respectivamente, integrado por los árbitros, doctores Rafael Hernando Gamboa, quien lo preside, Luis Helo Kattah y Ramiro Bejarano Guzmán, en virtud de haberse agotado íntegramente la instrucción, y oídas las alegaciones de las partes, y no observando causal de nulidad que afecte el trámite surtido, profiere el siguiente,

Laudo:

I. Antecedentes

1. El contrato, el pacto arbitral, la integración, funcionamiento del tribunal, y duración del proceso

El Idema, previa invitación a diferentes firmas para que participaran en el concurso de ofertas para transporte marítimo internacional de hasta 170.000 T.M. de trigo, desde un puerto en el Golfo de México en los Estados Unidos de América hasta puerto colombiano, el 20 de febrero de 1991 escogió a quienes a la postre se convirtieron en demandados en este proceso. Lo anterior dio origen, primero, a los documentos denominados COFL 02/91, que se refería al transporte de 30.000 T.M. de trigo hasta el puerto de Buenaventura, y COFL 03/91 que trataba del transporte de 25.000 T.M. de trigo hasta el puerto de Santa Marta, y después a los documentos denominados COFL 226/91 y 227/91, suscritos en la forma como aparece en los mismos, en cuyo artículo 40 las partes pactaron la siguiente cláusula compromisoria:

“40. Cláusula de arbitramento:

En caso de disputa entre transportadores y fletadores y en caso de no lograr un acuerdo amigable la ley colombiana se aplicará.

El arbitramento se llevará a cabo en Colombia en la Cámara de Comercio de Bogotá; los fletadores nominarán un árbitro, los transportadores nominarán otro árbitro y los dos árbitros escogidos nominarán un tercero, de mutuo acuerdo”.

Los documentos en los que están consignadas las obligaciones de las partes, y por ende el pacto arbitral, son auténticos por cuanto fueron aportados al proceso por el Idema, sin que su contenido y firmas hayan sido tachados como falsos por la parte demandada, aunque esta ha cuestionado el alcance y efectos jurídicos de los mismos, aspectos sobre los cuales el tribunal habrá de pronunciarse en los considerandos del laudo.

Con base en lo anterior, por conducto de apoderado judicial legalmente constituido, el Idema, el 14 de abril de 1992, formuló demanda contra las entidades Colmares y T.M.M. en la que solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento que dirimiera en derecho las controversias suscitadas entre las partes.

El centro de arbitraje y conciliación mediante providencia del 22 de abril de 1992, admitió la solicitud de convocatoria del tribunal, en la que además ordenó el emplazamiento de T.M.M. y corrió traslado de la demanda por el término legal de 10 días. De la anterior providencia fue notificada la parte convocante por anotación en el estado 7 del 24 de abril de 1992. En cumplimiento del proveído mencionado se fijó edicto emplazatorio a T.M.M. el 5 de mayo de 1992, el cual se desfijó el 2 de junio de 1992, habiéndose realizado las publicaciones de ley. Dado que, T.M.M., no atendió el emplazamiento, el centro de arbitraje y conciliación mercantiles, mediante providencia del 16 de junio de 1992, notificada por estado del 18 de junio de ese mismo año, designó curador *ad litem*, quien aceptó oportunamente el encargo, pero no alcanzó a ser notificado del auto admisorio de la demanda, dado que T.M.M., mediante poder especial conferido el 22 de junio de 1992 y debidamente diligenciado ante el cónsul general de Colombia en Ciudad de México, se apersonó de su defensa, mediante notificación personal, que en su nombre, se efectuó a su procuradora judicial, el 3 de julio de 1992, quien dio respuesta a la demanda mediante escrito presentado el 17 de julio de 1992.

A su turno, Colmares compareció al proceso mediante notificación personal a su representante legal efectuada el 19 de mayo de 1992, y también por conducto de la misma procuradora judicial que recibió mandato judicial de T.M.M., contestó oportunamente la

demanda mediante memorial presentado el 3 de junio de 1992. Ante la formulación de excepciones de mérito y previas por la parte demandada, el centro de arbitraje, mediante auto del 21 de julio de 1992, notificado por estado del 23 de julio de ese mismo año, corrió traslado de las mismas a la parte actora, quien en forma oportuna hizo uso de los derechos que la ley le confiere.

Rituado así el trámite inicial, el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante auto del 29 de julio de 1992, notificado el 31 de julio de 1992, en cumplimiento a lo previsto en el numeral 4° del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, señaló para el día 6 de agosto del mismo año, fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de nombramiento de árbitros. A esta audiencia concurren los apoderados judiciales de las partes y como no hubo acuerdo para nombrar los árbitros, el director del centro designó como árbitros principales a Rafael H. Gamboa, Ramiro Bejarano y Luis Helo K., y como suplentes, en su orden, a Gilberto Peña, José Narváez y Rafael Nieto Navia, respectivamente. Los árbitros principales oportunamente manifestaron su aceptación mediante comunicaciones dirigidas, al centro de arbitraje y conciliación mercantiles.

Una vez hecha la designación de los árbitros y manifestada oportunamente su aceptación, el centro de arbitraje y conciliación mercantiles mediante auto del 6 de agosto de 1992, notificado por estado del 11 de agosto de ese año, convocó a las partes y a sus apoderados para las 2:00 p.m. del día 24 del mismo mes y año, con el propósito de llevar a cabo la audiencia de conciliación, prevista en el numeral 3° del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991. A esta audiencia, con la sola excepción del representante legal de T.M.M., quien estuvo relevada de la obligación de asistir a ella por hallarse domiciliada en el exterior, se hicieron presentes los representantes legales y los apoderados judiciales de las partes, sin que en ella se hubiere logrado acuerdo alguno sobre las controversias planteadas.

Fracasada la conciliación, el centro de arbitraje y conciliación mercantiles, mediante auto del 31 de agosto de 1992, notificado el 2 de septiembre de 1992, convocó a audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, la cual se llevó a cabo el 10 de septiembre de 1992. En esta audiencia, consignada en el acta 1 el tribunal designó como su presidente al doctor Rafael H. Gamboa y secretario a Felipe Piquero Villegas, al mismo tiempo que reconoció personería a los apoderados judiciales de las partes, señaló los gastos de funcionamiento del tribunal y los honorarios de los árbitros y del tribunal, dispuso oficiar a

la Procuraduría General de la Nación, noticiándole la instalación del tribunal, y señaló fecha para que tuviese lugar la primera audiencia de trámite para lo cual señaló el día 30 de octubre de 1992, todo ello previa aceptación y posesión del cargo por parte del secretario del tribunal.

Oportunamente cada una de las partes consignó la suma a su cargo de los gastos de funcionamiento del tribunal y honorarios de los árbitros y del secretario.

La primera audiencia de trámite, inicialmente prevista para el 30 de octubre de 1992, no pudo iniciarse en esa fecha, porque en esa misma oportunidad el tribunal debió pronunciarse sobre la admisión de reforma de la demanda propuesta por la parte demandante e impulsar el trámite de su traslado a la parte demandada, actuación que exigió la celebración de 2 audiencias, consignadas en las actas 2 y 3, respectivamente. En consecuencia, la primera audiencia de trámite solo pudo iniciarse el día 30 de noviembre de 1992, la que, por haber sido suspendida, concluyó el 4 de diciembre del mismo año, como se advierte en las actas 4 y 5, respectivamente.

De lo dicho, le deduce que, para los fines del cómputo del término de duración del proceso arbitral, en el presente caso, seis meses, por no haberse señalado en la cláusula compromisoria término alguno por las partes, ha de tenerse como fecha de iniciación del mismo, la del 4 de diciembre de 1992, oportunidad en la que concluyó la primera audiencia, iniciada cuatro días antes, el 30 de noviembre de 1992.

Si bien los seis meses calendario se consumaron el pasado 4 de junio, han de tenerse en cuenta las dos suspensiones del proceso decretadas a solicitud de las partes, la primera, del 15 de diciembre de 1992 al 22 de enero de 1993, y la segunda, del 20 de mayo de 1993 al 15 de junio de 1993, respectivamente, lo que en días hábiles se traduce en 44 días de suspensión. Así las cosas, con base en lo dispuesto en el inciso final del artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, reformado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, debiendo adicionarse al término del proceso los días hábiles en los que operó la suspensión, la duración del proceso se ha prorrogado hasta el 11 de agosto de 1993.

En orden a despejar cualquier duda al respecto, el tribunal precisa que aún en el evento de computarse el término de los seis meses a partir del día en que concluyó la primera audiencia de trámite y no cuando ella se inició, la duración del proceso se extendería hasta el 5 de agosto de 1993.

Como se advierte, en uno u otro evento, sea que se tenga como fecha de iniciación del cómputo de los seis meses el 4 de diciembre o el 30 de noviembre de 1992, al momento de proferirse este laudo, se ha respetado ampliamente el término de duración del proceso.

Transcurrida la primera audiencia de trámite, después de dar lectura tanto a las pretensiones y excepciones planteadas como también a la cláusula compromisoria, el tribunal declaró su competencia para conocer y decidir las cuestiones planteadas, mediante providencia que no fue impugnada por ninguna de las partes. Acto seguido, el tribunal declaró no probadas las excepciones previas de falta de jurisdicción, caducidad e indebida acumulación de pretensiones, e impuso condena en costas a la parte demandada, mediante providencia que fue impugnada pero confirmada sin modificación alguna. Finalmente, en la misma primera audiencia de trámite, el tribunal decretó las pruebas que adelante se mencionan.

2. De los hechos, de las pretensiones y las excepciones de mérito

Para efectos de que con claridad se incluyan en el laudo los hechos planteados por las partes, el tribunal considera pertinente consignarlos en forma intercalada, indicándose el hecho y a continuación su respuesta, tal y como quedaron expresados tanto en la demanda y su contestación inicial, como en el escrito de reforma y respuesta al último, así:

Demanda inicial y contestación COFL 2 y 3

Fundamentos de hecho

1. El día 14 de febrero de 1991, el Instituto de Mercadeo Agropecuario “Idema”, que en adelante se seguirá llamando simplemente El Idema, envió el télex circular 3410 a las siguientes sociedades:

— Aduanera Colombiana, Chartemar, Compañía Transportadora, Colfletar, Colmares Limitada, Granelco S.A., Navegran, Naviera Providencia, Cetramar, Simpson Spen and Young, Colcharterin, Fletanova, Sea Bulk, Navenorv Limitada, Franco Servicios Limitada, Navemar Limitada y Roberto Jaramillo P.

1. Contiene varias afirmaciones: No es cierto que el día 14 de febrero de 1991, el Instituto de Mercadeo Agropecuario Idema, enviara el télex circular 3410. El télex en mención fue recibido por Colmares el 15 de febrero de 1991.

No me consta que ese télex hubiera sido enviado a las compañías que allí se mencionan. Tan solo nos consta el recibo del mismo por parte de Colmares Ltda.

2. En dicho télex se les solicitaba a las sociedades mencionadas que cotizaran en firme el servicio de transporte marítimo de hasta 170.000 toneladas de trigo, desde un puerto del Golfo de USA, entre otros, hasta Buenaventura y Santa Marta.

2. Es cierto el texto del mensaje. No me consta que la solicitud se hubiera hecho a varias sociedades.

3. En el télex en mención se indicaba que la propuesta debía hacerse en los pliegos que contenían todas las estipulaciones respectivas, pliegos que se podrían retirar de las oficinas del Idema a partir del 15 de febrero de 1991.

3. No es cierto que en télex se mencionara que la propuesta debería hacerse en pliegos que contenían todas las estipulaciones respectivas. En él tan solo se mencionan que las ofertas debían depositarse en una urna a más tardar el 20 de febrero de 1991 a las 10:00 horas a.m. en Bogotá, en la subgerencia de comercio exterior y que los pliegos podrían retirarse a partir febrero 15 de 1991. Que el costo de los mismos era \$ 5.000 por pliego, no reembolsables.

4. El transporte del trigo se debía hacer en distintas fechas y en diferentes cantidades, por razón de varios contratos de transporte.

4. No es cierto.

5. El período de embarque de los contratos COFL-2/91 y COFL-3/93 (contratos 226 y 227 de 1991) estaba comprendido entre los días 5 y 15 de abril de 1991.

5. No es cierto.

6. Dentro del concurso abierto por El Idema presentó ofertas para cinco embarques, la sociedad Colmares, actuando en su propio nombre y en el de T.M.M. (Transportación Marítima Mexicana).

6. No es cierto. La sociedad Colmares no actuó en su propio nombre. Actuó en nombre y representación de T.M.M.

7. Luego de que hicieron presentación de ofertas las empresas que habían sido invitadas a participar, en las que se expresaba que cada uno de los concursantes estaba en disposición de transportar el trigo, bien fuera desde un puerto en el Golfo de USA, o desde un puerto en Canadá, o desde un puerto en Argentina, el Idema decidió escoger a Colmares y a T.M.M. (Transportación Marítima Mexicana) como sociedades que habrían de hacer la nominación

del buque, transportar el trigo y cumplir las demás obligaciones que se hicieron constar en los respectivos documentos.

7. Contiene varios hechos:

No es cierto. El Idema modificó las condiciones de la oferta.

Es cierto que el Idema bajo las condiciones modificadas resolvió escoger a T.M.M. como sociedad que debía transportar el trigo.

No es cierto que se deberían cumplir con las demás obligaciones contenidas en las ofertas, pues la oferta había sido modificada por el Idema. Adicionalmente no me consta que haya habido otras empresas invitadas a participar y que estuvieran en disposición de transportar el trigo desde los puertos que allí se mencionan.

No es cierto que Colmares en nombre de su representada estuviera dispuesta a transportar el trigo desde Argentina.

8. El día 28 de febrero de 1991 la subgerencia de comercio exterior de el Idema envió a Colmares un télex para informarle que el comité central de compras y contratos había determinado adjudicarle el servicio de transporte marítimo internacional de hasta 140.000 toneladas de trigo, de acuerdo con las ofertas presentadas por Colmares en su propio nombre y en el de la empresa T.M.M. (Transportación Marítima Mexicana), que en lo sucesivo se seguirá llamando T.M.M., ofertas que se referían a los contratos denominados COFL-1, 2, 3, 4 y 6/91 (contratos 225, 226, 227, 228 y 30 de 1991).

8. No es cierto. El día 28 de febrero de 1991, la subgerencia de comercio exterior del Idema envió a Colmares un télex informándole que el comité central de compras y contratos había determinado adjudicarle el servicio de transporte marítimo internacional de hasta 140.00 toneladas de trigo a granel procedentes de un puerto del Golfo de Estados Unidos, en unas condiciones diferentes a las presentadas en la oferta y distintas de las que se contenían en los documentos COFL-1, 2, 3, 4 y 6 de 1991 (contratos 225, 26, 27, 28 y 30 de 1991).

9. Para todo lo relativo a los contratos en mención Colmares seguía actuando en su propio nombre y en el de T.M.M.

9. No es cierto. Colmares actuó exclusivamente en nombre y representación de T.M.M. hasta el 27 de febrero de 1992 (sic) .

10. En el télex mencionado se informaba igualmente que el trigo se habría de transportar desde un puerto en el Golfo de los Estados Unidos hasta Buenaventura, para el caso del COFL-2/91 y hasta Santa Marta para el caso del COFL-3/91.

10. Es cierto.

11. Por virtud, pues, de las manifestaciones de las partes, los transportadores quedaron obligados a obtener las pólizas, garantías de cumplimiento mencionadas en el contrato, a hacer la nominación del buque, a realizar el transporte de trigo a que se refieren los contratos sobre que versa esta demanda y al cumplimiento de las demás obligaciones que derivan de ellos.

11. No es cierto.

12. Por razón de los contratos en mención los transportadores se obligaron a recibir para transportar a Colombia, en el Golfo de USA, como se dijo en su texto, 30.000 toneladas de trigo según el COFL-2/91 (contrato 226) y 25.000 toneladas según el COFL-3/91 (contrato 227).

12. No es cierta la obligación de transportar las 30.000 y 25.000 toneladas de trigo. Tampoco lo es la mención que se hace al contrato.

13. Los transportadores se obligaron a cargar el buque, libre de gastos, a una rata promedio de 5.000 toneladas métricas por día laborable de buen tiempo de 24 horas consecutivas, excluidos los domingos, los días festivos y los tiempos de lluvia (cláusula 6ª)

13. No es cierto.

14. El Idema se obligó a pagar por el contrato COFL-2/91 un valor de US\$ 17.02, o US\$ 16.15, o US\$ 15.54, o US % 15.10, por T.M. según que la rata de descargue fuera, respectivamente, de 2.500 o 3.000, o 3.500, o 4.000 toneladas métricas por día.

14. No es cierto. El Idema ofreció pagar las sumas que allí se mencionan.

15. El Idema se obligó a pagar por el contrato COFL-3/91 un valor de US\$ 11.47, o US \$ 11.22, o US \$ 10.80, o US\$ 10.46, por T.M. según que la rata de descargue fuera, respectivamente, de 2.500 o 3.000, o 3.500, o 4.000 toneladas métricas por día.

15. No es cierto. El Idema ofreció pagar las sumas que allí se mencionan.

16. Los transportadores se obligaron a dirigir el buque luego de terminar su cargue hacia Buenaventura en el caso del COFL-2/91 y hacia Santa Marta en el caso del COFL-3/91, de acuerdo con lo que se ordenara en los conocimientos de embarque. (Cláusula 15).

16. No es cierto.

17. Los transportadores se obligaron a avisar a el Idema antes del zarpe, el tiempo estimado de este y el de arribo al puerto de descargue (inc. 2º cláusula 16).

17. No es cierto.

18. Los transportadores se obligaron a entregar la cantidad de trigo que debían transportar a el Idema o a sus agentes en el Puerto de Buenaventura, y en el de Santa Marta, según se tratara del COFL-2/91 o del COFL-3/91.

18. No es cierto.

19. Los transportadores se obligaron a ejecutar todas las prestaciones enumeradas en el artículo 1.600 del Código de Comercio.

19. No es cierto

En efecto: (sic).

20. Según se estipuló en la cláusula primera los transportadores se obligaron a escoger un buque que tuviera las condiciones necesarias para la segura recepción, transporte y preservación, del trigo a que se refería el contrato.

20. No es cierto.

21. Por medio de la cláusula 6º se obligaron a cargar en el tiempo allí estipulado; de la misma forma se obligaron a descargar en el tiempo establecido en la cláusula 7ª.

21. No es cierto.

22. Igualmente contrajeron la obligación de realizar en forma apropiada y cuidadosa la estiba, conservación, transporte y custodia del trigo en mención.

22. No es cierto.

23. Según lo establecido en las cláusulas diez, once y doce los transportadores se obligaron a entregar a el Idema los documentos en que constara que la mercancía objeto del transporte había sido cargada y todas las demás especificaciones a que se refieren los artículos 1601 y 1637 del Código de Comercio y demás normas concordantes con estas.

23. No es cierto, por las razones establecidas.

24. De acuerdo con lo expresado, los transportadores se obligaron a que el capitán del buque firmaría los conocimientos de embarque en la forma acostumbrada para la carga de granos, o autorizaría a los agentes del buque para que en nombre y en presentación de los transportadores suscribieran dichos conocimientos. (Cláusula 10).

24. No es cierto, por las razones establecidas.

25. Estos conocimientos debían librarse tan pronto como culminara el cargue.

25. No es cierto, por las razones establecidas.

26. Dentro de las obligaciones contraídas por Colmares Ltda. y T.M.M. se encontraba la de otorgar una garantía de cumplimiento equivalente al 10% del valor del contrato, dentro de los seis (6) días hábiles siguientes al momento en que quedara perfeccionado.

26. No es cierto.

27. Habiendo quedado perfeccionados los contratos el día 28 de febrero de 1991, ni dentro de los 6 días siguientes, ni después, los transportadores otorgaron la póliza de cumplimiento.

27. No es cierto.

28. En los documentos presentados en la licitación abierta por El Idema se estipulaba como obligación de Colmares y de su representada T.M.M., la consistente en hacer nominación del buque en el cual se habría de transportar el trigo a que me he venido refiriendo. Respecto de los contratos COFL-2/91 y COFL-3/91 cuyo período de embarque, como se ha dicho, transcurría entre el 5 y el 15 de abril, la nominación debía hacerse 10 días calendario antes de la iniciación del período de embarque, según lo establecido en la cláusula 13 los (sic) convenios en mención.

28. Es cierto que en los documentos presentados a la licitación abierta por el Idema se estipulaban las obligaciones que allí se mencionan. No es cierto que los documentos presentados a la licitación rijan la relación de las partes.

29. En la mencionada cláusula 13 se estableció responsabilidad a cargo del transportador por el incumplimiento del deber de hacer la nominación del buque en tiempo oportuno.

29. No es cierto que en la cláusula 13 se establezca la responsabilidad de los transportadores por el cumplimiento del deber de hacer nominación del buque en tiempo oportuno.

En esa cláusula mencionada por la demandante se establece que los transportadores serán responsables por cualquier disputa que se pueda derivar por falla por no cumplir con este requisito (el de nominar el buque).

Las condiciones establecidas en esta cláusula no vinculan a las partes, pues existió una nueva oferta que cambió las condiciones establecidas.

30. Según lo pactado en el contrato, los transportadores debían dar noticia en el puerto de cargue, del alistamiento del buque, dentro del período de embarque acordado, es decir, dentro del período comprendido entre los días 5 y 15 de abril de 1991. A esta noticia se debían adjuntar las certificaciones que se mencionaron en el documento presentado a la licitación.

30. No es cierto.

31. Colmares y T.M.M. incumplieron todas sus obligaciones, pues no hicieron la nominación del buque, no obtuvieron la garantía de cumplimiento, no dieron la notificación del alistamiento del buque tal como lo debían hacer y se abstuvieron de cumplir todas las demás obligaciones mencionadas en el documento que presentaron a la licitación con fundamento en la cual se les hizo la adjudicación para el transporte de trigo.

31. No es cierto. Las obligaciones que allí se mencionan no fueron adquiridas por T.M.M. ni por Colmares Ltda.

32. En estas condiciones, entonces, el Idema tuvo que contratar a otra empresa para que cumpliera todas las obligaciones que han debido cumplir Colmares y T.M.M., entre ellas la de transportar el trigo desde Estados Unidos hasta Buenaventura y Santa Marta.

32. No es cierto. El Idema dio por terminadas a Colmares Ltda., las relaciones el día 28 de marzo de 1991, fecha en la cual aún no se habían adquirido obligaciones.

33. En los contratos COFL-2/91 y COFL-3/91 a que se refiere esta demanda, y que son los mismos que después se denominaron en la numeración de el Idema como los contratos 226 y 227 de 1991, se pactó una cláusula compromisoria para decidir las controversias que se originaran por razón de la celebración del mismo.

33. No es cierto. Los contratos antes mencionados no son los que rigen las relaciones entre las partes, razón por la cual no existe una cláusula compromisoria válidamente pactada.

Pero aun en el evento en que se estableciera que los contratos mencionados en la demanda rigen las relaciones de las partes, cosa que desconocemos, la cláusula compromisoria sería nula.

34. Según lo pactado en la cláusula 32, el transportador sería responsable por el bodegaje y los intereses, en el caso de que no se hiciera la presentación de la noticia del alistamiento del buque dentro del período de embarque así:

a) Intereses: Al prime rate + 1% desde el día siguiente al último día del período de embarque hasta el día de la fecha del conocimiento de embarque inclusive, y

b) Bodegaje: A US\$ 020 por tonelada métrica por día, desde el día siguiente al último día del período de embarque hasta la fecha del conocimiento de embarque inclusive.

34. No es cierto.

35. La obligación de indemnizar perjuicios se limitó al valor de US \$ 567.600 para el COFL-2/91 (contrato 226) y de US \$ 280.000 para el COFL-3/91 (contrato 227), como penalización por causa del incumplimiento del contrato bajo la consideración de que esta penalización era estimación anticipada de perjuicios.

35. No es cierto.

36. Como Colmares y T.M.M., no cumplieron sus obligaciones, el Idema se vio forzado a contratar nuevamente con Simpson Spence and Young, por un valor superior al que se tenía acordado con las sociedades demandadas.

36. Contiene varios hechos, que divido así:

No es cierto que Colmares hubiera incumplido obligación alguna.

No me consta que hubiera contratado el transporte con otra compañía, ni que lo hubiera tenido que hacer por valores superiores.

37. Por razón de la demora en cargar el trigo que se debía transportar, el Idema debió pagar sumas ocasionadas en bodegajes e intereses a razón de US\$ 020 por tonelada por cada día de retraso, por concepto de bodegajes, e intereses en un porcentaje del prime rate + 1. Estos bodegajes e intereses se cuentan desde el día siguiente al vencimiento del período de embarque, hasta que este efectivamente se realizó en fecha posterior a aquellas comprendidas dentro del período en que lo debían hacer los transportadores.

37. No me consta, me atengo a lo que se pruebe.

38. En consecuencia, por valor de bodegajes, costo extra de transporte, intereses y demás perjuicios sufridos por el Idema deben responder los transportadores.

38 No es cierto.

39. Colmares en la celebración del convenio a que me he venido refiriendo dijo actuar en nombre propio y en nombre de T.M.M.

39. No es cierto.

40. Sin embargo a pesar de los continuos requerimientos que le ha formulado el Idema, Colmares no ha enviado el documento en que conste la representación que ejerce de T.M.M. (Transportación Marítima Mexicana).

40. No es cierto, pues ante la terminación unilateral de la relación por parte del Idema, el envío de la documentación que allí se menciona era innecesario.

41. En interrogatorio rendido por el representante legal de Colmares, este afirmó que Colmares tenía la representación de dicha sociedad.

41. Es cierto.

42. En estas condiciones Colmares no solamente sería responsable, en caso de que no se pudiese acreditar la representación de Transportación Marítima Mexicana S.A. por haber contratado en su propio nombre sino por haber contratado sin poder o excediendo los límites del mismo, responsabilidad que implicaría la obligación respecto de la prestación prometida, o de su valor, y de los demás perjuicios que se hubieren derivado para el Idema en los términos del artículo 841 del Código de Comercio.

42. No es cierto. Si T.M.M., no es responsable mal puede endilgársele responsabilidad alguna a Colmares.

43. Colmares Ltda. ejerce la representación general de T.M.M., en Colombia y así lo enuncia en su publicidad.

43. No es cierto. Es tan solo el agente marítimo.

44. T.M.M., ha aceptado que Colmares ejerce su representación general en Colombia.

44. No es cierto. Ha aceptado que sea su agente marítimo en Colombia.

45. T.M.M., tiene negocios permanentes en Colombia.

45. No es cierto.

46. El día 4 de abril de 1991 Colmares envió el télex 1.468 a el Idema en el que se informaba que siempre habían estado en disposición de cumplir, aun cuando su cumplimiento podía ser tardío.

46. Es cierto. Existe el télex que allí se menciona. No es cierto que se refiere a los contratos 2 y 3 de 1991 como se pretende.

47. Luego del télex por medio del cual el Idema comunicó a Colmares en su propio nombre y en el de su representada el escogimiento hecho por el comité central de compras y

contratos, Colmares Ltda. tuvo un comportamiento que reveló su plena aceptación de la celebración de los contratos referidos.

47. No es cierto.

Reforma de la demanda y su respuesta

Hechos

1. El incumplimiento de la parte demandada ha sido doloso.

1. No es un hecho, se trata de una apreciación de la parte actora.

2. La actitud dolosa de la parte demandada se ha manifestado en diferentes formas. Así, por ejemplo, cuando al señor Moisés Victoria uno de los representantes de Colmares, se le preguntó en interrogatorio de parte rendido ante el Juez Quinto (5º) Civil Municipal de Bogotá sobre circunstancias relativas al contrato dijo que no tenía ningún conocimiento, pues las circunstancias las conocía el señor Jesús Sánchez. Cuando posteriormente al señor Sánchez se le preguntó sobre las mismas circunstancias en diligencia practicada por la señora Juez Diecisiete (17) Civil Municipal de Bogotá, respondió que esas podrían ser respondidas por el señor Moisés Victoria, pues él había sido quien había manejado todo lo relativo a los contratos.

2. No es un hecho, se trata de una apreciación de la parte actora.

Llamo la atención de los honorables árbitros, en el sentido de que los argumentos expresados por la actora en este hecho, obedecen a actitudes de la parte demandada, y específicamente de Colmares, asumidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de la presente demanda, razón por la cual además de ser una apreciación de la parte actora la actitud dolosa de Colmares, incurre en un error temporal pues tales actitudes fueron asumidas con posterioridad y no pueden ser tenidas en cuenta, para endilgarle a la demandada dolo durante la etapa en la cual las partes mantuvieron relaciones.

Adicionalmente se equivoca la demandante al efectuar las manifestaciones, pues la primera persona que rindió declaración fue Jesús María Sánchez y no Moisés Victoria como se pretende, y adicionalmente las contradicciones que manifiesta no son ciertas, como se puede observar de las pruebas que adicionalmente acompaño.

3. La parte demandada incurrió en mora, pues las obligaciones contenidas en los contratos que se celebraron, estaban sometidas a plazo y no fueron cumplidas dentro de él.

3. No es cierto. No puede incurrirse en mora de un contrato que no se ha celebrado.

4. El texto de las ofertas originales sufrió unas pocas modificaciones por mutuo acuerdo de las partes que decidieron variar solamente unos pequeños puntos que quedaron contenidos en el télex que el día 28 de febrero de 1991 envió el Idema a Colmares.

4. Contiene varios hechos que respondo de la siguiente manera:

No es cierto que las modificaciones que se efectuaran a la oferta hubieran sido pocas.

No es cierto que las modificaciones se hubieran hecho de común acuerdo entre las partes, tan solo hubo acuerdo sobre unas de ellas.

No es cierto que el télex del día 28 de febrero de 1991 contenga en su totalidad condiciones acordadas por las partes.

Adicionalmente entre las partes existe múltiple correspondencia anterior y posterior al télex que se menciona de 28 de febrero de 1991, en el cual se sugerían modificaciones tanto de una como de la otra parte, que necesariamente llevan a la conclusión de que no existe un acuerdo definitivo entre ellas.

5. Las modificaciones que allí se realizaron se verificaron precisamente por petición de Colmares en su propio nombre y en el de T.M.M.

5. No es cierto.

6. Todos los contratos que celebraron el Idema y la parte demandada para el transporte de trigo quedaron acordados por virtud de oferta y aceptación completas según los textos inicialmente presentados con las pequeñas modificaciones a que se ha hecho alusión, única y exclusivamente.

6. No es cierto. No existió por parte de Colmares una aceptación de la oferta hecha por el Idema en el télex de 28 de febrero de 1991.

Aclaro que en los pliegos entregados por el Idema para la licitación, se entrega un texto que corresponde propiamente al pliego, y otro texto que corresponde a lo que el Idema denomina el contrato COFL, al cual posteriormente le colocan una numeración. Las de este caso son números 2 y 3.

El Idema exige que el participante en la licitación firme tanto la oferta como el contrato. Y lo hacen así con todas las personas que participan en la oferta. Es por ello que el Idema considera que puede decir que tiene un contrato celebrado con cualquiera de los participantes en la licitación, aun antes de que el favorecido con la licitación lo sepa.

7. La oferta y la aceptación en esos términos quedaron manifestadas por múltiples expresiones y por actos de ejecución inequívoca del contrato, conocidos por ambos contratantes y aceptados recíprocamente.

7. No es cierto.

8. Sin embargo, en su actuación dolosa, manifestadas en los interrogatorios de parte, en unas oportunidades Colmares pretendía aducir que no existía ningún contrato y en otras que existían contratos con estipulaciones diferentes, incurriendo en múltiples contradicciones. Como se puede observar en las respuestas que dieron los representantes legales de esta sociedad en los interrogatorios a que fueron sometidos.

8. No es cierto. Para aclarar toda posible confusión que puedan generar los interrogatorios se presentarán como pruebas dentro del presente escrito.

9. Como consecuencia del incumplimiento en que incurrió la parte demandada, que dio lugar a que el Idema, a su vez, incumpliera los términos de los contratos pactados con los proveedores del trigo que se habría de transportar, el nombre y la imagen comercial de el Idema sufrieron un deterioro considerable en el mercado de la venta de trigo en Estados Unidos.

9. Contiene varios hechos que divido así:

No es cierto el incumplimiento que se alega.

No me consta que se hubieran incumplido términos de contratos pactados entre el Idema y los proveedores.

No me consta que la imagen comercial del Idema hubiera sufrido un deterioro. Si ello ocurrió se debe a sus propias actuaciones no las de mis representados.

Sobre la anterior relación táctica que se ha dejado consignada, finalmente el demandante ha deprecado de este tribunal el pronunciamiento favorable sobre las pretensiones principales y subsidiarias que en seguida se compendian. Como pedimentos principales se solicitó, en últimas, se declare el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la parte demandada, y como consecuencia de ello, la condena al pago de los perjuicios de todo orden y al de las costas procesales; como pretensiones subsidiarias se solicitó la resolución de los contratos por causa del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte demandada, pedimento al cual acompañó las mismas consecuencias que aspira deducir de las pretensiones principales.

La parte demandada se opuso a la declaratoria de todas las pretensiones formuladas y propuso en el escrito de respuesta a la demanda inicial como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, modificación a las condiciones de la oferta, prescripción, culpa del Idema que impidió a Colmares el cumplimiento del contrato, y la inexistencia de los perjuicios que se pretenden, defensas que, si bien, no fueron expresamente repetidas en el escrito conjunto que se presentó como respuesta de la reforma de la demanda, el tribunal entiende incorporados, en atención a que ambos apuntan en idéntico sentido, esto es, a negar los hechos y a oponerse a las pretensiones. En efecto, la defensa se sustenta en desconocer que las partes hubieren celebrado contrato y por ende, en declinar el alegado incumplimiento, el que, en todo caso, vino a ser reclamado tardíamente, cuando ya se había consumado la prescripción de un año, prevista en el artículo 1677 del Código de Comercio, término que el excepcionante situó a partir del 28 de marzo de 1991, sin que en el año siguiente se hubiere formulado la demanda, que solo hubo de presentarse el 14 de abril de 1992. Es de anotar que, si bien la parte demandada formuló como excepción previa la caducidad de la acción, tuvo la precaución de incoar, con base en los mismos hechos, la prescripción extintiva como excepción perentoria, sobre la que, necesariamente, volverá el tribunal en los considerandos del laudo.

3. De las pruebas decretadas y practicadas

Sin perjuicio de la evaluación que el tribunal hará de los medios de prueba en que habrá de sustentar el presente laudo, en este acápite se relacionarán todos los que se han arrimado y tenido como tales en el presente proceso. Para todos los efectos a que hubiere lugar téngase presente que el tribunal decretó todas las pruebas oportunamente solicitadas y practicó todas las diligencias necesarias para su evacuación; algunos de los medios de prueba cuya práctica no se autorizó fue con fundamento legal, en atención a su extemporánea solicitud. En consecuencia las pruebas arrimadas al plenario, entre las que se encuentran copias auténticas de las practicadas en el otro proceso que tuvo enfrentadas a las mismas partes por razón del denominado COFL.1 o contrato 225, fueron las siguientes:

3.1. Pruebas parte actora

3.1.1. Declaración de parte del representante legal de Colmares, señor Jesús Sánchez.

3.1.2. Declaraciones de terceros:

a) Segundo Eliécer Arguello.

- b) Carlos Eduardo Linares.
- c) Patricia Sanclemente Barco.
- d) Eduardo Silva Gil.

3.1.3. Prueba pericial:

Dictamen pericial de los expertos contables y financieros Hugo Díaz y Carlos José Espinosa con el cual se buscó cuantificar los perjuicios solicitados en la demanda, demandante.

3.1.4. Inspecciones judiciales

- a) En las oficinas de Colmares, en cuyo desarrollo se obtuvieron fotocopias de tres carpetas, un acta de la junta de socios de tal sociedad y de la comunicación TES 042. (acta 10 del 14 de diciembre de 1992).
- b) En las oficinas de Simpson Spence & Young Latin America S.A., en cuyo desarrollo se obtuvieron copias de seis (6) carpetas con documentos. (acta 8 del 11 de diciembre de 1992).
- c) En las oficinas de Sabar Trading & Cía. Ltda., en cuyo desarrollo se obtuvieron fotocopias de cuatro (4) carpetas con documentos. (acta 9 del 11 de diciembre de 1992).

3.1.5. Prueba documental

- a) Copia auténtica de los contratos denominados COFL-2/91 y COFL-3/91, presentadas con la demanda.
- b) Certificación del Banco Ganadero sobre los pagos que por cartas de crédito abiertas en esa entidad se hicieron en 1991.
- c) Certificación del Banco del Comercio (hoy Banco de Bogotá) con la que envió copia certificada de la hoja de papel documentario 039720 contentiva de la garantía 106001 del 21 de marzo de 1991.
- d) Certificaciones del Banco de la República del 2 de junio de 1993 en la que informa que esa entidad no utiliza la tasa Prime y que no está en posibilidad certificarla.
- e) Certificación del Banco de Colombia BGIF - 001101 del 26 de mayo de 1991 acerca de los pagos que por cartas de crédito abiertas en esa entidad se hicieron en 1991 y la causa de dichos pagos. Igualmente acerca de la apertura de cartas de crédito por razón del pedido T-3/91 fletes y a los pagos que se hicieron con base en tal pedido.

f) Certificación del Banco de la República acerca del precio del dólar en los meses de febrero, marzo y abril de 1992, expedida el 11 de marzo de 1993.

g) Certificación del DANE concerniente al índice de precios al consumidor desde enero de 1991 en adelante.

h) Certificación de la

NOTA:(*)

Superintendencia Bancaria acerca de las tasas de interés bancario corriente, de fecha 16 de marzo de 1993.

i) Certificación 2400 - 003043 del 28 de mayo de 1993 del Banco del Estado acerca de la carta de crédito 013-00-1018.

j) Certificación de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, de fecha 3 de mayo de 1993, acerca de las cartas de créditos 5733, 5734, 5739, 5739, 5740, 5743, 5754, 5755, 5758 y 5759.

3.2. Pruebas parte demandada

3.2.1. Declaración de parte del representante legal del Instituto de Mercadeo Agropecuario Idema, doctor Álvaro Silva Carreño.

3.2.2. Declaraciones de terceros.

a) Manuel del Dago.

b) Luis Gonzalo Gil.

c) Kepa Dañobeitia.

3.2.3. Prueba documental

a) Fotocopia simple de la solicitud de inspección judicial anticipada de Idema v. Colmares, presentada con la respuesta a la reforma de la demanda.

b) Fotocopia simple de la inspección judicial practicada por el Juzgado 17 Civil Municipal de Bogotá, el 23 de abril de 1992, acompañada a la contestación a la reforma de la demanda.

c) Copias simples de las diligencias surtidas para la práctica del interrogatorio al representante legal de Colmares, presentadas con la respuesta a la reforma de la demanda.

d) Fotocopia simple de la inspección judicial anticipada en Colmares practicada por el Juzgado 17 Civil Municipal de Bogotá el 19 de mayo de 1992, anexada a la respuesta a la reforma de la demanda.

3.3. Pruebas conjuntas.

Como tales el tribunal entiende los medios de prueba en cuya petición coincidieron ambas partes, o que, de manera expresa solicitaron su decreto y práctica.

3.3.1. Declaración de terceros.

a) Carolina Gómez Cárdenas.

b) José Dexter Real Valero.

3.3.2. Inspección judicial en las oficinas del Idema, en cuya práctica se obtuvieron fotocopias de 20 carpetas de documentos. (acta 11 del 15 de diciembre de 1992).

3.3.3. Copias auténticas de la diligencia de interrogatorio de parte de Idema v. Colmares, practicada por el Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá.

3.3.4. Copias auténticas de la diligencia de inspección judicial anticipada practicada por el Juzgado 17 Civil Municipal de Bogotá, en las instalaciones de Colmares, por solicitud del Idema.

3.4. Pruebas de oficio.

3.4.1. Declaraciones de los siguientes terceros:

a) John Jairo Correa.

b) Bruno Leohucq.

c) Claudio Madaune.

d) Carlos Mario Iglesias.

3.4.2. Prueba pericial

Dictamen pericial de las peritos traductoras Teresa de Montes y Helena Uribe de Lemoine de ciertos documentos en inglés.

3.4.3. Inspección judicial en las oficinas de la Aseguradora de Fianzas S.A. confianza, practicada el 1° de marzo de 1993 tal como consta en el acta 26 de tal fecha.

3.4.4. Prueba documental

a) Copias auténticas de las licencias profesionales de Colmares como agente marítimo.

b) Copia auténtica de la licencia profesional de Colmares como corredor de fletamento.

- c) Copia simple de una carta del 27 de mayo de 1991 dirigida por John Jairo Correa, funcionario de Líneas Agromar a Martha Lucía García, funcionaria de Confianza en Bogotá.
- d) Copias simples de los documentos relativos al registro de Colmares ante el Idema.
- e) Copia auténtica del proceso ejecutivo de Idema v. Colmares adelantado ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá.
- f) Copia simple de unos documentos aportados por el testigo John Jairo Correa en la audiencia del 1° de marzo de 1993.
- g) Copia simple de documentos aportados por la parte demandada en la audiencia del 4 de marzo de 1993.
- h) Certificación del 11 de marzo de 1993 expedida por el Banco de la República sobre el valor de redención del certificado de cambio durante los meses de mayo a diciembre de 1991.
- i) Copia auténtica de la resolución 672 del 26 de abril de 1989 por la cual se hacen unas delegaciones en el Idema.
- j) Copia auténtica del expediente del proceso arbitral de Idema v. Colmares y T.M.M., por virtud del contrato COFL 4 /91.
- k) Certificación 2077 Dimar-Ditra-295 del 18 de junio de 1993 acerca de la autorización y registro de los contratos celebrados entre el Idema, Colmares, T.M.M.
- l) Copia auténtica de la Resolución 42 del 15 de noviembre de 1988 de la junta directiva del Idema.
- ll) Carpetas 3, 4 y 5 con documentos aportadas por el apoderado del Idema (cuadernos marcados carpetas 3, 4 y 5) .
- m) Copia auténtica de los contratos 295/91 a 298/91 celebrados entre Idema y Unitramp / Simpson Spence & Young.
- n) Certificación 531-62.13 del DANE, del 23 de junio de 1993.

No observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, el tribunal procede a fundar su decisión en las siguientes,

II. Consideraciones

1. De la formación del contrato. De la oferta y del mandato

A efectos de que el tribunal pueda pronunciarse sobre las excepciones de mérito, en particular la de prescripción extintiva, y si es el caso, sobre las demás pretensiones y defensas planteadas por las partes, se hace necesario estudiar previamente si se formaron o no los contratos, en qué forma, y quiénes fueron o se convirtieron en partes de los mismos.

1.1. De la oferta

Tema obligado en el estudio de la formación de los contratos es el de la oferta o propuesta, del cual se ocupa con detalle nuestro Código de Comercio a partir del artículo 845, y también algunos de nuestros más autorizados comentaristas nacionales.

Aun cuando el estudio minucioso de la oferta resulte interesante, para los fines que se relacionan con el debate planteado, el tribunal considera del caso únicamente hacer referencia a los aspectos que resulten útiles para definir la controversia, esto es, si hubo o no contrato, sin que por ahora importe averiguar si fue de transporte marítimo, de arrendamiento de naves o de fletamento, pues siendo consensuales, lo que en materia de oferta y aceptación se diga respecto de uno, es predicable de cualquiera de ellos.

Bien sabido es que, nuestro Código de Comercio en su artículo 845 define la oferta o propuesta como “el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra”, siempre que ella contenga los elementos esenciales del contrato y que se comunique al destinatario.

Para el connotado profesor Ricardo Uribe Holguín (De las obligaciones y del contrato en general, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, pág. 252) la exigencia de que la propuesta contenga los elementos esenciales del negocio jurídico “responde a la necesidad de que la oferta indique la voluntad de celebrar determinado contrato y no otro, es decir, uno cuya estructura lo distinga de los demás”, así como el requisito de que se comunique al destinatario “se explica porque la aceptación de la oferta, que es lo que va a formar el consentimiento, supone necesariamente el conocimiento previo de esta”.

Jaime Alberto Arrubla Paucar (Contratos mercantiles T. 1, Biblioteca Jurídica Dike, 5ª edición, 1992 pág. 62) prefiere hablar de tres y no de dos requisitos en toda oferta, aunque en verdad su concepto no difiere del esbozado antes. A su juicio estos tres requisitos, son:

- “a) Que exista una declaración de voluntad.
- b) Que esté encaminada a la celebración de un negocio jurídico.
- c) Que sea completa”.

Sea que se adviertan dos o tres, o más requisitos en la oferta, lo cierto es que ella puede ser verbal o escrita, expresa o tácita, y dirigida a destinatario determinado o destinatarios indeterminados.

La oferta es verbal cuando se hace por medio de la palabra a persona que esté presente, o por teléfono; o escrita, cuando está contenida en un instrumento privado o en carta o cualquier otro medio que lleve la firma del oferente o que haya sido autorizado por él.

La propuesta será expresa, cuando de palabra o mediante escrito el oferente deja conocer los elementos esenciales del negocio que está proponiendo; o tácita, cuando por un hecho o actitud del oferente se deduce su intención de celebrar un negocio, como se predica de quien expone mercancías en vitrinas, mostradores o similares.

Así mismo, la oferta puede dirigirse a una persona en particular y determinada, o simplemente formularse a un grupo o a la totalidad de personas desconocidas o indeterminadas.

Para que la oferta tenga efectos vinculantes, cuando se trata de un contrato consensual, debe ser aceptada por el destinatario. “La aceptación implica que el destinatario de la oferta adhiera a todos y cada uno de los elementos del contrato, tal como ha sido propuesto” . Empero, el contrato no se forma por el hecho de que el destinatario acepte la oferta, pues “es indispensable que la aceptación sea comunicada al proponente dentro del término de vigencia de la propuesta (C. Co., art. 845)” (Uribe Holguín, ob cit., págs. 253 y 254).

De otra parte, cuando el destinatario de la oferta la acepta en forma condicional o habiendo expirado el término de vigencia de la misma, no se forma el contrato sino que se suscita una nueva oferta o contrapropuesta, como lo consagra el artículo 855 del estatuto mercantil. Es decir, el original destinatario se convierte en oferente, y el que inicialmente había formulado su propuesta toma la postura de destinatario.

Ahora bien, la aceptación de la oferta por parte del destinatario puede darse en forma expresa o tácita. Será expresa, cuando el destinatario por escrito o verbalmente, “...y dentro del término útil para hacerlo..”. (Uribe Holguín, ob. cit., pág. 258), manifiesta la aceptación a la propuesta; o tácita, cuando el destinatario deja entrever su conformidad o adhesión a la oferta por un signo, actitud o “...un hecho inequívoco de ejecución del contrato ... ” (C. Co., art. 854) conocido por el proponente” dentro de los términos indicados en los artículos 850

a 853, según el caso”, y agrega el tribunal, en la oportunidad consignada en la misma propuesta.

Conviene agregar a estas observaciones, la muy juiciosa apreciación del comentarista Arrubla Paucar (ob. cit., pág. 66) para quien la aceptación “debe ser pura y simple”, denominación que el mismo autor se ocupa de explicar diciendo que “es mucho más sencilla que la oferta, tanto como que debe equivaler a un simple “Si“. Sobre la conducta del destinatario de la oferta, para Arrubla Paucar (ob. cit., pág. 68) es claro que el destinatario no ha aceptado la oferta si adopta una cualquiera de las siguientes posturas: a) guardando silencio; b) responde que no acepta, y c) responde extemporáneamente; la acepta pero con modificaciones”.

Desde luego, la sola aceptación de la oferta permite la formación del contrato cuando es consensual y siempre que proponente y destinatario se encuentren presentes. Es decir, si las partes en la oferta están presentes, pero el contrato es real o solemne, la aceptación por sí sola no genera el acuerdo negocial, que en tales casos queda sujeto a que se entregue la cosa o a que se surtan las solemnidades, según el caso.

Cuando oferente y aceptante no se encuentran presentes, así el negocio que se pretende celebrar sea consensual, la mera aceptación no perfecciona el contrato. En efecto, como la aceptación debe ser comunicada al proponente, en la doctrina se discute sobre cuál ha de ser el momento en el que debe entenderse satisfecha esta exigencia. Al efecto, se discute si ese momento tiene ocurrencia cuando el oferente se entera de que su propuesta ha sido aceptada, o cuando el aceptante emite la noticia de su aceptación así ella no haya sido recibida por el proponente, o cuando en el domicilio del oferente se recibe la nota de aceptación así este no la haya reconocido.

Finalmente, recuérdese que nuestro Código de Comercio en su artículo 846 habla de la irrevocabilidad de la propuesta, lo cual significa que una vez comunicada, el oferente no puede retractarse, a menos que de llegar a hacerlo, sea obligado a indemnizar los perjuicios que con tal conducta llegue a causar al destinatario. Esta disposición ciertamente es, si no contradictoria, al menos confusa, pues mientras que en la parte inicial del primer inciso, en forma contundente se indica que la oferta es irrevocable, a renglón, seguido se expresa la consecuencia jurídica de indemnizar los perjuicios que cause el proponente que se retracte, lo que en últimas parece sugerir que el oferente sí puede retirar su propuesta.

Sobre este punto, si bien Uribe Holguín se inclina por la tesis de que la oferta no puede ser revocada, se pregunta “Si la oferta es revocable una vez comunicada, ¿cuáles serían los perjuicios causantes de la obligación de indemnizar al destinatario?”, y él mismo se responde así: “Durante la vigencia de la oferta, el destinatario puede libremente aceptarla o rechazarla, con absoluta independencia de que el proponente haya manifestado entretanto que se retracta. Si la propuesta en estas circunstancias es rechazada, no hay perjuicios para el destinatario; y si es aceptada tampoco los hay, puesto que el retracto no puede impedir que el contrato se forme. De consiguiente, el que acepta oferta ineficazmente revocada por el proponente no puede sufrir daño sino solo en el caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que el contrato, ya formado (sic), imponga a cargo del oferente”.

El punto que se viene comentando no es pacífico, como lo evidencia el hecho de que el otro doctrinante que se ha citado, es de opinión contraria. Desde luego, debe precisarse que la prohibición del retracto no cubre la de la propuesta pública formulada a destinatarios indeterminados, en cuyo caso, de acuerdo al artículo 857 del Código de Comercio, el oferente sí puede retractarse durante el período de vigencia de la propuesta, por un medio igual o equivalente al que utilizó para concretar la oferta.

Sobre los anteriores planteamientos estima el tribunal que están sentadas las bases legales y doctrinales para adentrarse en el estudio de la oferta formulada al Idema por Colmares en representación de T.M.M., y si ella fue o no aceptada, o lo que es vertebral en este asunto, si en verdad existió o se formó un contrato.

Para el tribunal brota con claridad que en el presente caso sí se formó contrato, por cuanto las partes formularon de manera completa e inequívoca sus declaraciones de voluntad, las cuales no solo dieron a conocer mutua y oportunamente, sino que además en el caso de Colmares, es evidente que inició la ejecución de las obligaciones derivadas del aludido acuerdo negocial.

En efecto, el 14 de febrero de 1991 y mediante télex 3410 de 1991, el Idema invitó a las empresas, entre ellas Colmares (fl. 1, cdno. de inspección judicial en Colmares), que estuvieran interesadas en transportar 170.000 toneladas de trigo a granel modalidad Fiost, en seis viajes, desde un puerto en el Golfo USA y/o Prince Rupert o Vancouver, o un puerto, uno o dos muelles en Argentina hasta Buenaventura, para que presentaran las ofertas respectivas en el concurso que al efecto se abrió.

En la referida invitación a ofertar, el Idema suministraba tres alternativas para el transporte de las 170.000 T.M., de trigo, atendiendo que el puerto de origen fuese en el Golfo USA, Canadá o Argentina, respectivamente. Estas tres opciones se explican en atención a que cuando el Idema invitó a formular propuestas para el transporte marítimo, el trigo aún no había sido comprado, y ello podía ocurrir en uno de los lugares antes mencionados. Como el tema que interesa a este proceso tiene que ver solo con la primera de las alternativas, esto es, el puerto de origen fue Golfo USA, el tribunal encuentra conveniente referirla en forma textual, así:

1) Puerto origen Golfo Usa

a) 30.000 T.M. , marzo 10-20/91 destino Buenaventura.

b) 30.000 T.M., abril 5-15/91 destino Buenaventura.

c) 25.000 T.M., abril 5-15/91 destino Santa Marta.

d) 30.000 T.M., mayo 5-15/91 destino Buenaventura.

e) 30.000 T.M., junio 5-15/91 destino Buenaventura.

f) 25.000 T.M., junio 5-15/91 destino Santa Marta.

En la invitación formulada hubo de expresarse que los interesados debían retirar de Idema los pliegos consistentes, previo el pago de \$ 5.000 no reembosables.

Con tal fin, las empresas invitadas, entre ellas Colmares, previo pago del valor de los pliegos, retiraron dos documentos que fueron los mismos que presentaron al Idema, y que fueron los formatos denominados “invitación concurso de ofertas para transporte marítimo internacional” y el “contrato de fletamento marítimo”, en el que figuraba el Idema como fletador y la entidad que resultare elegida como transportador.

El primero de los documentos mencionados, en realidad está conformado por dos: en primer término, la comunicación que cada oferente debía dirigir al Idema, para lo cual le bastaba simplemente llenar los espacios en blanco de la misma, lo que implicaba aceptación de los términos de la misma, y en segundo lugar, la hoja conocida como “cuadro oferta”.

El 20 de febrero de 1991 Colmares presentó, debidamente suscritas, y después de llenar los espacios en blanco correspondientes, tanto la comunicación dirigida al Idema, como el “cuadro oferta” y el texto del contrato, formulando su propuesta para el transporte del trigo, en nombre y representación de la sociedad Transportación Marítima Mexicana.

Contrario a lo que se estaba anunciando en el formato de comunicación, no se acompañó el poder de la empresa transportadora conferido a Colmares punto sobre el cual adelante se harán las consideraciones del caso.

La comunicación que Colmares presentó el 20 de febrero de 1991 al Idema, a no dudarlo contiene la declaración de voluntad encaminada a celebrar un negocio jurídico, el que además fue descrito de manera íntegra, según se deduce de las siguientes particularidades advertidas en esa comunicación y su anexo, “cuadro oferta”, así:

- a) Su propia denominación (invitación concurso de ofertas para transporte marítimo internacional) está indicando que quien la suscribía estaba proponiendo la celebración de un negocio jurídico al Idema, para transportar el trigo a granel en la modalidad Fiostr, con destino al puerto de Buenaventura.
- b) La oferta se hizo para el “transporte marítimo internacional COFL 01-91 de hasta 30.000 T.M. de trigo a granel, 5% de menos, con destino al puerto colombiano de Buenaventura”.
- c) En la comunicación se identificaron el oferente y el destinatario de la propuesta, como se advierte en el encabezamiento de la carta, y el primer párrafo que fue debidamente llenado con los datos de T.M.M., como proponente, y Colmares, como representante en Colombia.
- d) Así mismo, en la comunicación que se viene reseñando, se determinaron los períodos de embarque y las cantidades a transportar, con la aclaración de que aquellos podían ser modificados por mutuo acuerdo de las partes;
- e) La misma comunicación mencionó la obligatoriedad de incluir las cotizaciones respectivas, las que se precisaron en una hoja adjunta denominada, como antes se dijo, “cuadro oferta”. Es decir, las cotizaciones en estricto sentido no se incluyeron en el propio texto de la comunicación sino en un anexo a la misma, en el que además de un espacio reservado para indicar la fecha en la que se diligenció, hay otros para identificar al corredor, el domicilio del armador y el nombre del buque, los puertos de cargue y descargue, el cargamento, la rata de cargue, los sistemas de demoras y premios, los valores de los fletes, el período de embarque, y en particular, un espacio asignado a las firmas, tanto de los armadores y corredores, como de los fletadores.
- f) Igualmente, en la comunicación se hizo mención a la prestación por parte de Colmares de la garantía de seriedad de la oferta, vigente por treinta días a partir del cierre del concurso, con la peculiar exigencia de que si la compañía aseguradora fuese Seguros la Confianza, la

póliza debería contener una cláusula especial para prorrogar su vigencia a petición del Idema hasta cuando el contrato se hubiere cumplido, y en especial, que “En caso de incumplimiento total o parcial del contrato o de no prorrogarse en tiempo oportuno, el Idema tiene libertad de proceder a su efectividad”.

g) En la misma comunicación se incluyó la manifestación sobre la fecha y apertura del concurso, que en el caso específico significó que este se abrió el 14 de febrero de 1991 y se cerró el 20 de febrero del mismo año a las 10:00 a.m., para lo cual cada oferente se obligó a presentar su oferta en ese lapso en la urna de la subgerencia de comercio exterior del Idema, ubicada en la carrera 10 N° 16 - 82, oficina 705 de Bogotá.

h) De otra parte, en la comunicación se indicó que la oferta era válida hasta el día 26 de febrero de 1991 a las 4:30 p.m. hora de Bogotá, o lo que es lo mismo, el oferente indicó el plazo dentro del cual mantendría en firme su propuesta de celebrar un negocio jurídico.

i) Finalmente, en la misma comunicación se incluyeron otros aspectos tales como el valor de los pliegos, su carácter de no reembolsable, el derecho del Idema de solicitar la ampliación de la validez de la oferta, así como el de declarar desierto el concurso, y , en particular, la obligación para el oferente de presentar “un poder debidamente legalizado, consularizado y registrado en la cámara de comercio”.

De lo anterior se deduce, sin dubitación alguna, que la comunicación dirigida al Idema fue jurídicamente una oferta pues Colmares propuso la celebración de un negocio jurídico, que describió en forma completa, todo ello previo señalamiento de un plazo y con el conocimiento del destinatario.

Como si la sola comunicación con su anexo (cuadro oferta) no fuese suficiente prueba de que sí hubo oferta, debe agregarse que, además Colmares acompañó, debidamente diligenciado el formato de “contrato de fletamento marítimo”, que contiene cuarenta y siete (47) cláusulas, más otras dos adicionales sobre la colisión por culpa mutua y de huelga 2 Centrocon, enmendada.

En las cláusulas consignadas en ese formato de contrato, se definen las obligaciones a cargo de las partes, en general las mismas de la comunicación oferta, salvo lo relativo a la exigencia de prestación de garantía de cumplimiento a los transportadores y la del registro del mismo ante la Dimar, y el pacto arbitral, entre otras.

Dicho de otra manera, si hubiere alguna duda sobre si la comunicación del 20 de febrero de 1991 y su anexo no contuviesen una oferta, ella tendría que quedar sepultada con el diligenciamiento y presentación del formato de contrato, que precisamente tenía registradas las obligaciones a cargo de las partes.

Formulada la propuesta por Colmares, su destinatario, Idema, la recibió el 20 de febrero de 1991, y de ella tuvo perfecto conocimiento, al igual que los demás proponentes, al día siguiente, febrero 21 de 1991, en sus oficinas de la subdirección de comercio exterior del Idema, cuando se abrió la urna contentiva de las diferentes ofertas. Desde siempre, por razones de costumbre y seguridad, en el recinto donde se abrió la urna, se ha utilizado el sistema de anotar en un tablero, que permite fotocopiar las anotaciones que se realicen en el mismo sobre los datos de cada oferta, de manera que al término de la lectura en voz alta de cada propuesta, todos los asistentes suscriben las fotocopias que contienen esos resúmenes. De lo hasta aquí referido, es claro entonces que hubo una oferta por parte de Colmares, en nombre de T.M.M., la cual fue presentada oportunamente a su destinatario, Idema, entidad que, de acuerdo a lo que se ha dejado expuesto, debía comunicar lo pertinente no después del 26 de febrero de 1991, a las 4 y 30 p.m., a menos que hiciese uso de su facultad de solicitar la modificación del plazo de vigencia de la propuesta.

Precisamente, el 25 de febrero de 1991, la doctora Carolina Gómez, funcionaria entonces del Idema, en atención a que para esa fecha no se había negociado el trigo a transportar y por tanto se ignoraba el puerto de origen, en ejercicio de su derecho de modificar la validez de la oferta, se dirigió mediante télex 4222 a las empresas concursantes solicitándoles la ampliación de la misma hasta el 28 de febrero de 1991 a las 2:00 p.m.

Ampliado en forma legal el plazo de validez de la oferta, para que este fuese vinculante en relación con los oferentes, se requería la expresa aceptación de los mismos, lo que en el caso particular de Colmares se produjo de una manera peculiar, que en principio significó una contrapropuesta, al menos en relación con la posición del COFL 1.

Ciertamente, al responder Colmares mediante télex 971 del 26 de febrero de 1991, aceptó ampliar la validez de las ofertas, exceptuando la del COFL 1 “en cuanto a la posición , marzo 10 - 20/91”.

Formulada la contrapropuesta por Colmares, se produjeron conversaciones varias entre Luis Gonzalo Gil y Dexter Real, funcionarios de las entidades oferente y destinataria, en las

que se consideró la posibilidad de modificar el período de embarque para el COFL 1, que estaba del 10 al 20 de marzo de 1991 para el 15 al 25 del mismo, como también reducir las demoras y premios de todos los envíos, y al parecer la conveniencia de que el primer transporte se hiciese en naviero de bandera colombiana, al mismo tiempo que se insistió en la entrega del poder con el que Colmares representaba a T.M.M.

Todo conduce a suponer con mayor grado de certeza que por causa de esas conversaciones, la inicial negativa de Colmares a aceptar la modificación de la validez, de la oferta fue revocada, por cuanto mediante télex 1003 del 27 de febrero de 1991, se dirigió al Idema en los siguientes términos:

“ Ref. COFL-1-2-3-4-5 y C/01 170.000 toneladas trigo a granel.

Nos permitimos confirmar lo siguiente:

1. Bajar las demoras/premios de todos los COFL de la referencia de USD 9.500 /USD 4.750 a USDS 8.500 /USD 4.250.
2. Solicitamos para la COFL-1 correr en 5 días el período de embarque quedando en consecuencia del 15 al 25 de marzo de 1991. Lo anterior debido a que el período inicial propuesto y con relación a su solicitud de extender la validez de la oferta está muy encima.
3. Con relación al COFL-4 ofertamos para la rata de descargue de 4.000 toneladas USD 15.05.
4. Así mismo aceptamos ampliar validez de nuestra oferta hasta febrero 28 a las 14:00 horas como ustedes. Solicitaron con su TLX 4222 de febrero 25.
5. A efectos de que el Idema pueda cumplir con los porcentajes en bandera colombiana estamos dispuestos a transportar el primer embarque con los señores de Navegran que son armadores Colombianos.

Cordial saludo,

Colmares Ltda.

Corredores”.

En consecuencia, si el Idema después de recibir la oferta por parte de Colmares, se dirigió a ella solicitándole ampliar la validez de la misma del 26 al 28 de febrero, y si esta en principio se negó a hacerlo en relación con el COFL 1, pero después de algunas conversaciones entre sus funcionarios, decidió aceptar la solicitud de extender el plazo de vigencia de la oferta incluido el de la primera posición, como también ampliar el período de

embarque del mismo, así como reducir las demoras y premios en todas las posiciones y modificar las ratas de descargue del COFL 4, y eventualmente manifestar su disposición de que el primer embarque se hiciese con naviero colombiano, es evidente que a la luz de las disposiciones del Código de Comercio, quedó en manos del Idema la decisión de aceptar o no esa contrapropuesta o nueva oferta que le estaba formulando Colmares, se repite, mediante el télex del 1003 del 27 de febrero de 1991.

La aceptación de la oferta, como se ha dicho, debía realizarse antes del 28 de febrero de 1993, dado que el plazo de vigencia de la misma que inicialmente expiraba el 26 de febrero, fue ampliado para todas las posiciones para el 28 de ese mes.

El 28 de febrero de 1991, dentro del plazo de vigencia de validez de la oferta, Idema mediante télex dirigido a Colmares jurídicamente comunicó la aceptación de su propuesta para el transporte de trigo en cinco de las seis posiciones, concretamente las de los COFL 1, 2, 3, 4 y 6, para lo cual se solicitó la constitución de la garantía bancaria de cumplimiento y nuevamente la presentación del poder.

En esas condiciones, salvo la duda planteada por la parte demandada, en el sentido de que no hubo aceptación del Idema a la contrapropuesta de Colmares, por cuanto en su télex del 28 de febrero se omitió referir si se estaba de acuerdo o no en que el primer transporte se ejecutara con Navegran, todo permite concluir que al realizarse la adjudicación tuvo existencia el contrato.

Cómo queda aún por despejar la inquietud suscitada por la parte demandada, en la que se ha venido apoyando para sostener que no hubo contrato, consistente en que el Idema no aceptó en ninguna forma la contrapropuesta de Colmares de que el transporte del primer viaje estaba dispuesta a realizarlo “... con los señores de Navegran que son armadores colombianos”, el tribunal se pronuncia en sentido contrario, fundándose para ello, en los sucesos anteriores a la formulación de la oferta, y a la etapa subsiguiente a la adjudicación.

En efecto, para el tribunal la manifestación contenida en el télex 1003 del 27 de febrero de 1991 de Colmares al Idema, sobre el tema del buque en el que se haría el primer embarque es intrascendente a la formación del contrato. Ciertamente, no se ve qué relación pudiera tener este detalle con el contrato que se pretendía celebrar, ni si en la invitación a ofertar ni en el texto mismo de los cuadros ofertas ni en el del formato de contrato, se incluyó o mencionó esta exigencia. El tribunal estima que la pretendida oferta de transportar el primer

embarque con armadores colombianos, concretamente con Navegran, no pasó de ser un gesto de colaboración para efectos de cumplir con los porcentajes de bandera colombiana en caso de ser necesario este requisito, como se desprende del texto mismo del documento. Al ocuparse del tema del mandato y de la representación que Colmares ejerció en nombre de T.M.M., el tribunal habrá de ocuparse sobre las consecuencias que pudieron haberse deducido de este gesto de buena voluntad.

Y todavía más, no parece sensato que si en verdad Colmares hubiere entendido que estaba ofertando transportar el primer embarque en bandera colombiana, en vez de haber contactado un naviero colombiano hubiera dedicado sus esfuerzos a conseguir otro de cualquier nacionalidad. Es decir, no puede asumirse que Colmares hubiese entendido que su oferta de la bandera del buque fuese elemento determinante en la formación del contrato, si los primeros pasos que hubo de dar para tratar de nominar un buque en manera alguna permiten deducir que hubiera procedido conforme a esa creencia.

Pero abundando en razones, aún suponiendo que Colmares en su télex 1003 del 27 de febrero de 1993 hubiere introducido un elemento accidental a la oferta inicial, en cuanto se relacionaba con el primer embarque, y que en consecuencia hubiere surgido una contrapropuesta, es también claro que cuando el Idema en su télex del 28 de febrero, con base en el cual comunicó la adjudicación, en la parte final expresó que “demás términos condiciones acuerdo”, estaba remitiéndose en todo lo demás a la oferta o propuesta inicial, de cuya aceptación tampoco hay duda, pues la conducta de Colmares a partir de esa fecha, de bulto permite apreciar que su intención era ejecutar las obligaciones derivadas de ese contrato. Es decir, aun suponiendo que hubiere Colmares contraofertado, lo cierto es que el Idema al dar respuesta a esta nueva oferta, estuvo expresamente de acuerdo en varios de los puntos sugeridos por Colmares, y en los demás se remitió a la oferta inicial, habiéndose allanado el oferente a ejecutar el contrato atendiendo las indicaciones de la propuesta inicial, modificada con las disposiciones que expresamente ratificó Idema.

Por vía de ejemplo, piénsese a título de qué obligación, como no fuese alguna de las derivadas del contrato que le había sido adjudicado, adelantó Colmares las gestiones para obtener garantía bancaria de cumplimiento, que a pesar de no haber entregado directamente al Idema, sí anunció por conducto de varios de sus funcionarios. Y aún más, qué sentido tendría que así fuese en copia, el Idema hubiese obtenido la precitada garantía gracias a la

acuciosa gestión del doctor Carlos Eduardo Linares, quien personal y directamente se dirigió al Banco del Comercio, donde le fue suministrada la copia, pues según se le informó el original lo había retirado directamente Colmares.

Si de las conversaciones entre los funcionarios del Idema con Colmares se tuvo noticia de que la garantía estaba siendo tramitada ante el Banco del Comercio, y precisamente ella fue obtenida en copia por el doctor Carlos Eduardo Linares, concretamente en la sucursal que le había sido anunciada, ello significa, a la luz del estatuto mercantil, que Colmares empezó a ejecutar la conducta encaminada a cumplir una de las obligaciones del contrato que le había sido adjudicado.

De otra parte, los “Addendum” que en buena parte han sido también cuestionados por la parte demandada, con el equívoco argumento de que estos no aparecen consignados en documentos separados o autónomos debidamente firmados, se explican y tienen idéntica eficacia negocial, a la luz de las modificaciones que de común acuerdo las partes terminaron introduciendo a la oferta inicial.

Por todo lo dicho, entonces, para el tribunal es claro que sí se formó contrato, por cuanto siendo de naturaleza consensual el que se pretendía celebrar, el consentimiento de las partes quedó plena y expresamente manifestado tanto por el oferente (Colmares) como aceptado por el destinatario (Idema).

La parte demandada de alguna manera ha cuestionado el hecho de que los formatos de contratos no aparezcan suscritos por el Idema, o que con posterioridad a la adjudicación Colmares no hubiere firmado el texto definitivo de esos contratos, argumento que no puede ser de recibo, pues por tal camino se olvida no solo que el negocio celebrado es consensual, sino también que el pretendido proceso de firmas no era necesario, dado que precisamente para evitarlo, era que el oferente al presentar su propuesta, acompañaba debidamente diligenciado el aludido formato contractual, en el entendido de que si era elegido, a partir de ese instante ya se había aceptado y formado jurídicamente el contrato.

En consecuencia, existió contrato y ello ocurrió a partir del día en el que el Idema mediante télex del 28 de febrero de 1991 hizo saber a Colmares que le había adjudicado cinco de las seis posiciones, comunicación que en parte alguna ni siquiera el oferente o parte demandada ha desconocido haber recibido.

Para concluir este aspecto, aún suponiendo que las dudas de la parte demandada fuesen plausibles en relación con la no aceptación del Idema de la contrapropuesta de Colmares para el transporte del primer embarque en barco de bandera colombiana, tal discusión en materia de los contratos 226 y 227 (Cofl 2 y 3) resultaría intrascendente porque la supuesta nueva oferta no estaría dirigida a alterar los transportes de los contratos a que se refiere este asunto.

Para fulminar la controversia, a manera de ejemplo, el tribunal encuentra de la mayor utilidad referir algunas manifestaciones de los declarantes, de las que se deduce sin dubitaciones que la actitud de las partes no era la de que no existía contrato, sino la de que, por el contrario estaban vinculadas por causa de un negocio. En efecto, obsérvense los apartes de las siguientes declaraciones, que a juicio del tribunal merecen todo crédito:

El entonces representante legal de la sociedad Colmares, confesó que su empresa había aceptado unos nuevos términos, y al efecto dijo:

“En febrero 27, Colmares solicita que para el contrato de fletamento 1 que estaba previsto para marzo 10-20, se corra para marzo 15-25, el 27 de febrero Colmares acepta las nuevas condiciones que había solicitado el Idema, que no eran las que habían quedado establecidas en la presentación atendiendo la solicitud de licitación del Idema”. (fl. 12 del cdno. de transcripciones definitivas) (la negrilla no hace parte del texto).

A su turno, el representante legal del Idema refiere lo siguiente:

“Ese es el télex 4690 del 28 de febrero de 1991, salió a las 13:55, por el cual se asigna, de aquí en adelante evidentemente la oferta deja de ser oferta y se convierte en un contrato, porque una de las partes ha aceptado la oferta, la parte interesada ha aceptado la oferta y en ese caso pues tenemos una oferta que hace la oferta y un demandante que acepta la oferta, con las condiciones que hayan establecido hasta febrero 28. Lo que se había dicho, lo que las partes de común acuerdo habían dicho hasta febrero 28, de ahí en adelante en mi opinión, comenzamos a hablar de contratos y entonces se establecen los números de los contratos, no se habla más del concurso, sino del contrato 225, 226, 227, del 228 y del 230 que fueron asignados a Colmares. En consecuencia, hay otro contrato el 229 que otra empresa lo ganó”. (fl. 36 del cdno. de transcripciones definitivas). (la negrilla no es del texto).

En idéntico sentido al expuesto por el representante legal del Idema, el doctor Carlos Eduardo Linares, manifestó:

Tengo igualmente conocimiento de que los contratos se perfeccionaron, los contratos de cinco embarques que se adjudicaron a Colmares se perfeccionaron el 28 de febrero cuando el Instituto de Mercadeo Agropecuario envió una comunicación informando la decisión del comité de adjudicarle a Colmares estos contratos.

“Igualmente tengo conocimiento de que a partir de esa fecha se inició el desarrollo de los mismos con las consecuentes obligaciones que debía iniciar la firma Colmares para el correcto desarrollo”. (fl. 66 del cdno. de transcripciones definitivas).

Y este mismo testigo hubo de referirse además a los siguientes aspectos:

“Doctor Linares: Yo voy a tratar de responder su pregunta de la forma como yo lo entiendo a la luz de los hechos de lo que sucede. El Idema vende un pliego de condiciones con unos anexos, el oferente diligencia ese pliego y anexa una sábana, él suscribe, firma, el representante legal firma el documento y con todas las condiciones.

Una vez se adjudica, con base en todas las condiciones provenientes del oferente, se llenan por parte del Idema los espacios en blanco, con base única y exclusivamente, en toda la oferta proveniente del oferente.

Aclaro, por ejemplo: Para el caso específico de mi contrato, en el espacio en blanco que se habla del período de embarque, se llena con base en el período de embarque finalmente acordado, como le expliqué al tribunal, existe el derecho, dentro de las invitaciones, de solicitar por Idema la ampliación de la validez de la oferta y bajo las circunstancias específicas del contrato que nos ocupa, el contrato 1, se ofreció un período de embarque, se ofreció una modificación al período de embarque, oferta que fue aceptada por el Idema, con base en eso se diligencia y se entiende que eso es lo que se está ejecutando”. (fl. 380 del cdno. de transcripciones definitivas).

Así mismo, a este testigo, para más señas abogado, le fue formulada la siguiente pregunta por la apoderada de la parte demandada:

“Doctora Estrada: Precise el momento exacto en el cual se entiende perfeccionado el contrato”.

A esa contundente pregunta, en igual sentido se dio respuesta en los siguientes términos:

“Doctor Linares: El contrato se entiende perfeccionado con la aceptación de la oferta”. (fl. del cdno. de transcripciones definitivas).

En el mismo sentido declaró el doctor Eliécer Argüello, también abogado concedor de estos asuntos, así:

“Doctor Argüello: Pues una vez que existe contrato, en este caso, una vez que fue adjudicada la oferta, entonces es cuando se procede a numerar los contratos, normalmente es cuando el contrato ya está firmado por las partes, cuando se le coloca el número”. (fl. 178 del cdno. de transcripciones definitivas).

Y este mismo testigo allanó la inquietud planteada por la apoderada de la parte demandada, sobre el momento en el que la entidad favorecida en la adjudicación firma el contrato, así:

“Doctora Estrada: El Idema en ¿qué momento llama a la persona que se ha ganado el concurso a firmar el contrato o no la llama nunca?

“Doctor Argüello: A firmar contrato no, la verdad es que entendemos que lo que nos están haciendo es una oferta comercial, el Idema simplemente acepta la oferta y la acepta por cualquiera de los medios que la ley ha establecido como válidos para aceptar una oferta, nos hacen una oferta escrita y se responde o se acepta por escrito, porque entendemos que con ello se traba la relación jurídica, con ello queda celebrado el contrato y así es como opera el Idema, así viene operando el Idema.

Doctora Estrada: Entonces cuando el término del contrato dice que dentro de los 10 días siguientes a la firma del contrato, ¿qué se entiende?

“Doctor Argüello: Entendemos y creo que lo aclaré, por firma del contrato una vez que la oferta se acepta, una vez que se adjudica el concurso”. (fls. 193 y 194 del cdno. de transcripciones definitivas).

Y también la doctora Carolina Gómez, entonces subgerente de comercio exterior, ratificó el modus operandi del Idema, que no es otro al previsto en la ley mercantil, así:

“Doctora Gómez: Nosotros siempre los contratos los hacemos para varios, o sea, cada embarque es un contrato diferente, así sea con el mismo suministrador, siempre se hace así en Idema. Adicionalmente las ofertas que se presentan al Idema son ofertas, que se vuelven contratos, o sea, son ofertas que al final cuando las acepta el Idema son contratos, así está hecho el mecanismo que tiene el Idema. Entonces en el momento en que ellos presentan las ofertas al Idema, pues el Idema no sabe a quién se las va a contratar, a quién le va a aceptar

la oferta, entonces por eso se hace para cada uno de los embarques por separado, porque uno no sabe si se los va a ganar todos Colmares o todos Cofletar, no, depende a qué fletes le presente a uno, esa es otra razón adicional por la cual se hacen diferentes para cada uno de los embarques una oferta”. (fl. 469 del cdno. de transcripciones definitivas).

Todas las anteriores consideraciones, no dejan duda alguna al tribunal de que existió un contrato, cuya naturaleza y efectos vinculantes se habrán de precisar a continuación.

1.2. Del mandato

Desde el punto de vista de su origen la representación que una persona ejerce en nombre de otra puede ser legal o voluntario. La primera, como el mismo nombre lo indica, es la que tiene origen en la ley, como la que ejercen los padres en relación con sus hijos menores; la segunda, se origina en la voluntad privada, siendo su forma más típica de suscitarse la del contrato de mandato.

La utilidad práctica de la representación voluntaria es más que notoria, pues si no existiera solo sería posible realizar un acto o celebrar un contrato con la presencia directa del sujeto de derecho en cuyo patrimonio se han de producir los efectos buscados con el contrato o con el acto.

Por ello, la representación voluntaria es un eficaz instrumento que le permite a un sujeto de derecho celebrar contratos o actos, sin necesidad de intervenir por sí mismo. Por ello, son muy pocos los actos que no pueden ejecutarse por medio de la representación voluntaria, entre otros, otorgar testamento, la de hacer y revocar la designación del beneficiario en el contrato de seguro.

El artículo 2141 del Código Civil define el mandato como: “...un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

El Código de Comercio en su artículo 1262 lo define en los siguientes términos: “El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

Conferida la representación se aplicarán además las normas del capítulo 2 del título 1 de este libro”.

A pesar de que la doctrina aún discute sobre el objeto del contrato de mandato, la tesis de mayor aceptación es la de que no puede consistir sino en actos que tengan por finalidad crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, y que por tanto no versa sobre la ejecución de actos materiales.

Para Gabriel Escobar Sanín

Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, págs. 252 a 255.

(1)

el mandato en la clasificación general de los contratos es típico o nominado legalmente, negocio de sustitución, principal pero no preparatorio, consensual, naturalmente oneroso, bilateral, de cooperación en beneficio del mandante y de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

El contrato nace por el solo acuerdo de voluntades entre mandante y mandatario, en virtud del cual este acepta el encargo de aquel. El mandante manifiesta su consentimiento para la celebración del contrato en forma expresa o tácita, según lo previsto en el artículo 2149 del Código Civil por medio de escritura pública o documento privado, “por carta, verbalmente o de cualquier otro modo intangible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra”.

No obstante el carácter consensual del contrato de mandato, la doctrina distingue entre el contrato mismo y el apoderamiento o conferimiento de poderes. Desde luego, el apoderamiento es una consecuencia del mandato, pero se le considera como un negocio abstracto, autónomo, que lo independiza de su causa. Este acto de apoderamiento se dirige a precisar delante de terceros las facultades del poder, a efectos de que estos contraten con ese mandatario en la certeza de que está ejecutando su mandato dentro de los límites del mismo. En determinadas y excepcionales ocasiones, ese acto de apoderamiento está revestido de solemnidadesad substantiam actus, lo que significa que en esas hipótesis este acto no tendrá eficacia si no se realiza en la forma prevenida en la ley, como por ejemplo, el apoderamiento general que debe otorgarse mediante escritura pública, o documento privado legalmente autenticado.

A su turno el mandatario debe aceptar la gestión que se le encomienda, lo que puede hacer en forma expresa o tácita, momento a partir del cual se reputa perfecto el contrato de mandato. La aceptación expresa exige un acto manifiesto y directo de aceptación por parte del mandatario, en tanto que la tácita supone la ejecución de actos que implican aceptación por relacionarse directamente con el encargo que se ha confiado.

Excepcionalmente, hay circunstancias en las que el silencio del mandatario por un período razonable hacen suponer que hubo aceptación del encargo, concretamente en el caso de las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos.

Relacionado muy de cerca con el tema de la formación del contrato, está la figura del mandato aparente, de que trata tímidamente el artículo 2149 del Código Civil pero en forma contundente por el artículo 842 Código de Comercio esta última norma dispone que: “ART. 842.—Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales, o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”.

Sobre el mandato aparente, Cesar Gómez Estrada

[\(2\)](#)

sostiene que:

“Analizado estrictamente el caso, el contrato celebrado por el aparente mandatario no producirá efecto alguno, pues no mediando en realidad mandato, no pueden existir las facultades de representación con que se supone haber obrado aquel. Pero como el tercero ha obrado bajo engaño propiciado por el presunto mandante, y con motivos para creer, sin culpa suya, que el mandato existe, la ley con toda razón sale en defensa del tercero para reconocer como eficaz el contrato respecto del presunto mandante”.

Al respecto el mismo autor, cita también una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, publicada en las gacetas judiciales 2271, pág. 99 y 2272, pág. 164, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

“Ideada en seguridad de los negocios jurídicos y en defensa de los terceros de buena fe, la teoría del mandato aparente requiere: a) Que una persona contrate en nombre y lugar de otra, y b) Que por las apariencias que rodean el negocio, o por la conducta del mandante, el tercero que contrató pueda creer fundadamente y de buena fe que celebra la convención con

quien tiene poder suficiente para representar a dicho mandante. Se necesita ante todo que el mandatario actúe en nombre ajeno, pues si lo hace en su propio nombre no podría en tal caso hablarse de mandato aparente, habría quizá ocasión de pensar en un mandato oculto, pero lo secreto es contrario a lo aparente. Es también indispensable que las circunstancias relativas al negocio o al comportamiento del mandante, le ofrezcan al tercero fundamento para suponer que contrata con el verdadero mandatario de aquel. Si no existe esta apariencia o si el tercero tiene a su disposición medios adecuados para comprobar que ella es ficticia y que el mandatario no lo es en realidad, tampoco es posible hablar de mandato aparente”.

Escobar Sanín

[\(3\)](#)

después de sostener que no hay representación aparente, “... porque ella no puede lógicamente existir sin apoderamiento y poder ...”, sustenta la siguiente definición:

“Con la denominación de apoderamiento aparente se quiere significar que el tercero que contrata con un sujeto que se dice apoderado de otro, tiene la sana convicción de que realmente aquel ha sido facultado por este para negociar en nombre suyo, y que, por el contrario, el presunto representado no ha tenido voluntad en que haya representación en el referido negocio, bien sea porque nunca ha conferido poder al supuesto representante, o porque terminó legalmente el otorgado, o porque se está extralimitando en el ejercicio del que tiene. Sin embargo, la ley obliga al sustituido en casos excepcionales a cumplir lo que se ha pactado sin su voluntad”.

El mismo autor explica que:

“El fundamento de esta consecuencia radica en la sana creencia del tercero, en que el intermediario representante sí tenía poderes suficientes, habida cuenta de varias circunstancias que confluyen para que cualquier persona de sano juicio, prudente y de buena fe, que se ha comprometido en la celebración del negocio representativo como un comerciante cuidadoso, pueda concluir en que el apoderado si lo es realmente”.

De otra parte, a ese representado o sujeto pasivo de la presunción, como lo denomina Escobar Sanín, le debe ser graduada su participación en la creencia de que hay mandato.

“Si ante las pruebas positivas de esta para acogerse a los efectos de la representación se admite que a este presunto poderdante le ha faltado la común diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, que es el simple descuido o culpa, podrá contraponer la excepción de haber obrado con la diligencia o el cuidado ordinario o mediano, y demostrar los hechos pertinentes. Y si el asunto es de bastante monta, podría aducirse en su contra que le ha faltado aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes y que ha procedido con culpa o descuido levísimo, presunción contra la cual deberá excepcionar comprobando una suma diligencia o cuidado. Ello será siempre un asunto de hecho sujeto a pruebas u consideraciones diversas, según los casos

Ob. cit., pág. 152.

(4)

”.

En criterio del mismo Escobar Sanín

Ob. cit., pág. 153.

(5)

, no puede generalizarse la presunción de que hay un apoderamiento aparente, porque ello desprotegería a quien no ha manifestado su intención de ser sustituido,

“en ocasiones frente a terceros indolentes que deben correr con el riesgo de equivocarse si contratan sin tener la prueba de los poderes de quien se dice representante de otro; para resolver en favor de la seguridad del tráfico y de la justicia el conflicto entre los intereses propios y los de terceros cuando entran en juego aquellos. Debiendo agregarse a lo anterior que la ley mercantil confiere un derecho, que también puede considerarse un deber de elemental prudencia, al manifestar que “El tercero que contrata con el representante podrá, en todo caso, exigir de este que justifique sus poderes, y si la representación (sic) proviene de un acto escrito, tendrá derecho a que se le entregue una copia auténtica del mismo (art. 837).

De otra parte, el inciso 2º del artículo 1262 del Código de Comercio, consagra la distinción del mandato con y sin representación. La figura del mandato con representación es aquella

en la que el representante se anuncia como tal y por ello los actos o contratos que ejecute no lo vinculan a él sino al representado.

En virtud del mandato sin representación, el representante desempeña la labor encomendada obrando en su propio y sin dejar conocer su calidad de mandatario, por lo que frente a terceros se obliga el representante y no el representado.

Aspecto interesante a los fines del presente laudo que amerita análisis, es el relativo a definir la responsabilidad de mandatario y mandante frente a terceros, cuando se ejerce el encargo, excediendo las facultades que le han sido conferidas al representado, para lo cual debe tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 841 y 842 del Código de Comercio, que en su orden disponen:

“ART. 841.—El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de este, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación sometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa”.

“ART. 842.—Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales, o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”.

Sobre el primero de los transcritos artículos, Escobar Sanín

Ob. cit., pág. 160.

(6)

comenta que,

“Como bien se comprende, la carencia total de poder, la extinción del mismo o el exceso en el ejercicio del que se tiene, no obligan al representado de buena fe frente al tercero, sino al suplantador o apoderado excedido. Y tampoco le sirve al tercero aducir su buena fe simple, sino la exenta de culpa, la buena fe cualificada, que demanda la esmerada diligencia que suele desplegar un hombre juicioso en la administración de sus negocios importantes”.

Y en relación con el segundo de los artículos citados, comenta que “En cambio, la culpa del supuesto representado o las costumbres comerciales pueden obligarlo a cumplir el negocio celebrado en su nombre con un tercero de buena fe exenta de culpa, pues en tales

condiciones el supuesto representado ha dado motivo a que el tercero considere verdadero representante a quien contrata con él en dicha calidad”.

Y agrega

“Es claro que las solas costumbres comerciales no bastarían sin una cierta dosis de culpa del supuesto representado, que no ha impedido la apariencia, pudiendo hacerlo”.

1.3. El mandato y las partes en el contrato

En relación con el otorgamiento del mandato de T.M.M., a Colmares, como también con las gestiones que adelantó el Idema para obtener el documento donde estuviese consignado el mismo, los testigos Luis Gonzalo Gil y Carolina Gómez refieren lo siguiente:

Luis Gonzalo Gil:

1. “Previamente se revisó que la documentación estuviera completa, cuando se llegó a la propuesta de Colmares, el adendum que se hizo infortunadamente por algún olvido involuntario no se firmó y me dijeron que ese adendum no estaba firmado, me refiero al de la representación del poder, me dijo expresamente la doctora Carolina, yo le dije que si podía firmarlo, ella me dijo que sí que no había problema y lo firmé (fl. 586 del cdno de transcripciones definitivas).
2. “Doctor Gómez: Usted estaba autorizado por Colmares para enviar las comunicaciones, para establecer toda la relación relativa a estos contratos de que venimos hablando?”
3. “Señor Gil: Sí” (fl. 601 del cdno. de transcripciones definitivas).
4. “Doctor Gómez: En alguna oportunidad llegó a decirle Colmares y en caso positivo, relate minuciosamente lo que hubiera acontecido en esa ocasión, que Colmares no tenía facultad para ejercer representación respecto de T.M.M.?”
5. “Señor Gil: No creo que eso haya sucedido de ninguna manera” (fl. 614 del cdno. de transcripciones definitivas).

Carolina Gómez:

1. “Doctor Gómez: Cuando Colmares presentó esta oferta, había claridad acerca de la persona en nombre de la cual estaba representando o podría haber alguna confusión en torno a si era Colmares el que podía hacer el transporte?”
- “Doctora Gómez: Es que Colmares no puede hacer el transporte. En esto están los corredores que no son transportadores, no son armadores, no son operadores, el corredor no

es nada de eso, el corredor es simplemente la función que ya dije cómo era” (fl. 476 del cdno. de transcripciones definitivas).

“El transportador o armador digamos, ellos pueden ser dueños de los buques en unos casos o pueden tener contratados buques también o pueden estar operando buques de otras empresas, eso es lo que se da, pero un corredor no puede, de ninguna manera, o sea, un corredor al Idema no podría presentarle como transportador una oferta, porque no estaría dentro de ninguno de los términos de transporte marítimo, digamos, cumpliendo con nada, o sea, no podría un corredor, Colmares es un corredor”.

2. “Doctora Gómez: No, primero, Colmares definitivamente no podía hacer el transporte, ellos nunca mencionaron, ni me dijeron, ni plantearon que ellos iban a hacer el transporte porque además no lo podían hacer, pero nunca no lo plantearon ni siquiera una posibilidad de que fueran ellos los que iban a hacer el transporte, o sea, por ningún lado podían ni me lo mencionaron, ni nada, o sea si lo hubieran mencionado hubiera dado alaridos porque eso hubiera sido peor, pero no había caso” (fl. 477 del cdno. de transcripciones definitivas).

3. “Doctor Gómez: En vista de todos estos inconvenientes que se tenían con el representante de T.M.M. en Colombia y de lo infructuoso que resultaban las peticiones y los requerimientos del Idema, usted en alguna oportunidad trató de comunicarse con T.M.M. y en caso positivo qué aconteció en esos eventos?

“Doctora Gómez: Nosotros alrededor del 12, 13, antes de hablar con Manuel del Dago y que no podíamos hablar con este señor Sánchez, dijimos: Vámonos a T.M.M. a ver qué diablos está pasando.

“En el contrato de transporte, aparece el télex de T.M.M. entonces nosotros le enviamos, yo primero traté de llamar por teléfono a T.M.M., y no pude definitivamente hablar con nadie allá que me diera razón de lo que podía estar pasando, entonces decidí mandar un télex. Estas cosas hay que manejarlas todas por escrito.

“Estábamos muy preocupados porque teníamos la carta, teníamos que tomar una decisión complicada y era abrimos la carta de crédito y cumplimos con eso, pero qué va a pasar después? Entonces por lo menos comunicarles a ellos, la idea era esa, nosotros abrimos la carta de crédito, pero cómo estamos seguros de que sí sepan ellos que además ya tienen una carta de crédito abierta.

“Entonces les mandamos un télex diciéndoles que había una carta de crédito que se les estaba abriendo por tanto para los contratos tales y tales, que nos comunicaran cualquier cosa, su recibo de ese télex.

“Nunca llegó comunicación de recibo de ese télex, pero nosotros sí les dirigimos esa comunicación.

“Doctor Gómez: Y hubo alguna manifestación de T.M.M. en alguna oportunidad, que indicara que Colmares no ejercía su representación?

“Doctora Gómez: No”.

“Doctor Gómez: ¿Hubo alguna manifestación de Colmares en la que se dijera que ya no eran representantes de T.M.M., o que estaban actuando en nombre propio?

“Doctora Gómez: No. No hubo manifestaciones en esos términos, que dijeran que no eran representantes o que estuvieran actuando en nombre propio, lo que sí nos mencionaron es que ellos habían tenido problemas con T.M.M., que los había dejado más o menos colgados en esto, pero que estaban viendo qué podían hacer” (fls. 484 y 485 del cdno. de transcripciones definitivas).

4. “Doctor Gómez: Tenía alguna importancia para el Idema el que se le entregara un documento escrito en el que constara las facultades de representación que ejercía Colmares respecto de T.M.M.?”

“Doctora Gómez: Eso es parte de un formalismo que nosotros establecimos. Inclusive antes no se les exigía presentar la representación legal, antes no lo hacían, realmente como siempre son los mismos representantes pues normalmente son el corredor, el corredor presenta los mismos representantes y son conocidos por el Idema, sabemos cómo funcionan ellos, antes de que estuviera yo, no se exigía eso, porque era una cosa normal y no requerían de ese requisito, nosotros lo implementamos y lo pusimos como una de las cosas que exigíamos porque consideramos que de todas formas, para el Idema era mucho mejor, en términos de un pleito que se tuviera, de un incumplimiento, lo que fuera, tener ese papel, no quiere decir, que el hecho de que ellos escriban dentro del contrato que son representantes y además todo el mundo sabe que sí son porque llevan mucho tiempo trabajando como representantes de ellos, no lo fueron, sino demostrarlo es mucho más enredado en un pleito que se pueda presentar, que son los representantes si no se tiene el

papel, entonces es básicamente por eso” (fls. 492 y 493 del cdno. de transcripciones definitivas).

5. “Doctor Gómez: En ese télex al final existe una petición hacia Colmares para que envíe el poder en que conste la representación que ejerce de T.M.M. Qué resultados tuvo esa petición que usted recuerde?

“Doctora Gómez: Nunca llegó la representación, nosotros se lo solicitamos no solamente ahí, sino en un montón de télex en donde les pedíamos cada ratico que entregaran la representación legal de T.M.M. y definitivamente nunca la entregaron.

“Doctor Gómez: Y llegaron, qué expresaron en alguna oportunidad qué no enviaban porque no ejercían la representación o qué manifestaciones hubo en torno de esos puntos?

“Doctora Gómez: No. Nunca nos dijeron que ellos no la enviaban porque ellos no tenían la representación, no, ellos simplemente decían sí se la mandamos después, pero era como la garantía de cumplimiento no la mandaban. Decían que sí la iban a mandar pero no la mandaban” (fls. 494 y 495 del cdno. de transcripciones definitivas).

En relación con el mandato, el tribunal encuentra probado:

- a) Que T.M.M. si había conferido mandato a Colmares para que la representara en todo lo relacionado con el COFL.1, y así lo confiesa en su propia contestación de la demanda inicial y se reafirma con el dicho de los testigos citados, y que el mandato era para la celebración del contrato cuya calificación se señala más adelante;
- b) Que T.M.M. le dio instrucciones a Colmares en el sentido de no aceptar la prórroga de la oferta;
- c) Que ni Colmares ni T.M.M. pusieron lo anterior en conocimiento del Idema;
- d) Que el Idema siempre tuvo la convicción de estar negociando con T.M.M. a través de Colmares, es decir obrando esta como mandataria de la primera;
- e) Que el Idema es un tercero en el contrato de mandato acordado entre T.M.M. y Colmares, y
- f) Que el Idema en repetidas ocasiones recabó de Colmares el envío del que denominan “poder de representación” y esta última siempre presentó diferentes pretextos para su envío, pero siendo claro que nunca le expresó a Idema ni que careciera de la representación ni que esta le hubiere sido revocada para el caso del COFL.1.

Las precedentes conclusiones, no solo están sustentadas en las anteriores consideraciones legales y doctrinarias y en lo dicho por los testigos Gil y Gómez, sino también en las apreciaciones y probanzas que a continuación se refieren.

En relación con T.M.M. el tribunal encuentra probado que el contrato fue ajustado entre Idema y T.M.M. representado por Colmares, y que Idema obró con buena fe exenta de culpa, pues puso la diligencia necesaria para conocer los términos del mandato, e incluso se dirigió directamente a T.M.M. como lo refiere la declarante Carolina Gómez, sin que hubiera logrado sus reiterados propósitos, en razón de la conducta de Colmares, como además aparece de la contestación al hecho 34 de la demanda inicial:

“Hecho 34.—Sin embargo a pesar de los continuos requerimiento que le ha formulado Idema, Colmares Ltda., no ha enviado el documento en que conste la representación que ejerce de T.M.M. (Transportación Marítima Mexicana).

Respuesta: “Es cierto. Frente a la declaratoria de terminación de las relaciones existentes por parte del Idema, era innecesario acreditar la representación que Colmares Ltda. tiene de Transportación Marítima Mexicana S.A. de C.V.

En relación con Colmares, el tribunal encuentra que solamente hasta el momento de la contestación de la demanda inicial, manifestó, expresamente que a partir del 27 de febrero de 1991, había empezado a actuar por cuenta propia, aspecto desconocido en su momento por Idema.

En efecto, como antes se dijo, el gesto de buena voluntad de Colmares al tratar de facilitar el primer embarque por nave colombiana, así como no significó una contraoferta, menos pudo tener el alcance de informar al Idema que había cesado la representación que venía ejerciendo a nombre de T.M.M. Ciertamente, un acto de tanta importancia como el dirigido a que un tercero conozca que quien era representante ya no lo es, no se hace de manera insinuada o velada sino directa y concreta.

Confrontada nuevamente la parte pertinente del télex 1003 del 27 de febrero de 1991 de Colmares al Idema (fl. 26 del cdno. documentos varios Colmares), no se advierte que aquella hubiere informado a esta que ya no era representante de T.M.M.

De otra parte, de la lectura del télex de Colmares al Idema, 971 del 26 de febrero de 1991, si bien se desprende que no se estaba aceptando la solicitud del Idema de ampliar el plazo de vigencia de la oferta, en manera alguna puede llegarse a la conclusión de que en ese

momento cesó la representación que Colmares venía ejerciendo en nombre y representación de la entidad mejicana.

Y a pesar del notorio esfuerzo realizado para acreditar que a partir del 27 de febrero de 1991, ya Colmares no hablaba en nombre de T.M.M. sino solo en el propio, buscando inclusive apoyo en la declaración del señor Luis Gonzalo Gil, resulta inaceptable la tesis esgrimida por la defensa.

En efecto, si como lo sostuvo la parte demandada, T.M.M. solo intervino hasta el 27 de febrero de 1991, porque de ahí en adelante fue Colmares quien decidió obligarse, sin haberlo conseguido por no haber sido aceptada su oferta consignada en el télex 1003 del 27 de febrero de 1991, hay más de un elemento que convence al tribunal de que no solo T.M.M. sí se obligó, sino también de que la actitud de Colmares produjo importantes consecuencias, como adelante se precisará frente a esta última.

Ciertamente, obsérvense los siguientes apartes de la declaración del señor Jesús María Sánchez, entonces representante legal de la sociedad Colmares, quien en la primera oportunidad en la que concurrió a absolver interrogatorio de parte, el 12 de septiembre de 1992, (fl. 30, cdno. de transcripciones definitivas) dijo:

Doctor Bejarano: Dígame al tribunal señor Sánchez, si Colmares actuó en esta negociación con Idema, solo en nombre y representación de T.M.M. o también en nombre propio?

Señor Sánchez: Nosotros inicialmente doctor, actuamos en representación de T.M.M. luego en nombre propio buscando otros armadores y buscando todas las alternativas que había para poder dar cumplimiento.

Doctor Bejarano: ¿Usted podría precisar en qué momento es que se entiende que Colmares no está obrando en representación de T.M.M., y que empieza a hacerlo en nombre propio? ¿Qué gestiones hizo como representante de uno y en qué momento a hacerlo en nombre de colmares?

Señor Sánchez: Bueno doctor, a través de los documentos, no quiero cometer ningún error, a través de los documentos, vamos, voy a decirle eso pero no en estos momentos, pero vamos a mirar los documentos, entonces usted me dice exactamente a partir de cuándo, entonces tendría yo que recurrir a los documentos para poder determinar y contestar en forma correcta.

Doctor Gamboa: Queda esta respuesta aplazada.

Posteriormente, en otra sesión y cuando ya el interrogado había tenido oportunidad de consultar documentos, el 2 de febrero de 1993, (fl. 233 y 234) dijo:

“Doctor Bejarano: Hay una pregunta también cuya respuesta está suspendida y aplazada, formulada por el tribunal que es la siguiente:

Usted podría precisar en qué momento es que se entiende que Colmares no está obrando en representación de T.M.M. y que empiece a hacerlo en nombre propio? ¿Qué gestiones hizo como representante de uno y en qué momento comenzó a hacerlo en nombre de Colmares?

Doctor Sánchez: Perfecto, es decir, desde un comienzo de esta negociación que nunca se terminó, Colmares actuó en representación de la T.M.M. y como Colmares.

Cuándo dejó de representar a la T.M.M.? El día 27 de febrero, cuando sencillamente la T.M.M. no aceptó las condiciones de validez para el primer embarque.

Además solo Colmares prorrogó la validez de la oferta por medio del télex 1003 que reposa en el expediente, del 27 de febrero de 1991, esta situación fue perfectamente conocida por el Idema.

Le puedo aclarar más, es que el Idema conoció esta situación, puesto que al principio de la negociación el Idema solicitó que el primer embarque se hiciera en bandera colombiana, esto está todo en el expediente. Ahora yo no sé si en este momento o más adelante yo puedo hacer una aclaración”.

A lo anterior agréguese que jamás hubo escrito alguno de Colmares ni de T.M.M. que diera a conocer al Idema que a partir del 27 de febrero de 1991 ya T.M.M. no estaba interesado en celebrar los contratos. A este respecto, el tribunal no comparte la apreciación consignada en el alegato de conclusión de la parte demandada, sobre el alcance que dedujo de la declaración del doctor Carlos Eduardo Linares, la que transcribió parcialmente, pues en verdad a pesar de que el testigo pudiera haber sugerido que el 21 de marzo de 1991 Colmares no era representante de T.M.M. jamás quiso significar lo que supuso la parte pasiva, como fácilmente se advierte al leer el texto íntegro de la respuesta, que para dar claridad se incorpora en estas consideraciones, así:

Doctor Linares: A ese punto yo aclararía que no es cierto que Colmares haya empezado a actuar en nombre propio a partir del 27 de marzo.

Baso mi afirmación de que no es cierto, por cuanto que la garantía de cumplimiento que otorgó el Banco del comercio el día 21 de marzo, la otorgó para garantizar las obligaciones derivadas del contrato 225 por cuenta de Colmares.

Esto tiene un hecho significativo, si a 21 de marzo estuvieran actuando en nombre y representación de T.M.M. el modus operandi del establecimiento de una garantía bancaria para estas operaciones del banco es distinto y paso a explicarles.

Cuando yo estoy estableciendo por un banco nacional una garantía para respaldar las operaciones de una compañía extranjera, el banco nacional exige una carta de crédito stand - by de la firma extranjera y con base en la carta de crédito stand- by a su favor, el banco colombiano expide la garantía nacional.

Tengo entendido que la garantía que expidió el 21 de marzo el Banco del Comercio, la expidió respaldando las obligaciones de Colmares con una contra garantía de carácter nacional, luego no tiene consistencia el venir a afirmar que el 21 de marzo esa garantía se expedía bajo representación de T.M.M. si la garantía había sido otorgada por el mismo Colmares para el contrato 225 que para Idema quedó perfeccionado el día 28 de febrero” (fls. 83 y 84 del cdno. de transcripciones definitivas).

Idéntica observación resulta válida en relación con la afirmación de la parte demandada, consignada también en su alegato de conclusión, en el sentido de que en el acta 330 del comité central de compras y reclamos se recomendó “contratar con Colmares únicamente, teniendo en cuenta las modificaciones a la oferta inicial, hechas por esta última sociedad exclusivamente? Porque (sic) se habla de Navegran?” porque tampoco es exacta. En la referida acta se habló de Colmares, en el entendido de que era representante de T.M.M. y en ningún caso se utilizó la expresión únicamente y menos se hizo referencia a Navegran.

De otra parte, hay otro detalle al que no se refirió la apoderada de la parte demandada, que al tribunal llama poderosamente la atención. Si el 27 de febrero de 1991 Colmares hubiere entendido que ya no era representante de T.M.M., sino que estaba obrando solo en su propio nombre y representación, no se aprecia la razón por la cual, al día siguiente, 28 de febrero, cuando recibió el télex del Idema en que se le comunicaba la adjudicación de cinco contratos, no hubiere aclarado, rectificado o respondido en un sentido diferente la solicitud que al final de esa comunicación formulaba la doctora Carolina Gómez, de “hacernos llegar

el poder de representación debidamente legalizado con consularizado y registrado cámara de comercio” (fl. 4. cdno. documentos Colmares 1991).

Para el tribunal resulta inexplicable, que si para el 27 de febrero 1991 la relación comercial se estaba desarrollando sin T.M.M., de un lado, el Idema exigiera poder a Colmares, quien decía estar obrando en su propio nombre, y por el otro, que Colmares, que según la parte demandada para entonces entendía estar actuando sola y en propio nombre, guardara silencio o no rectificara ese requerimiento que se le hacía para presentar prueba de un poder que no estaba ejerciendo.

Por lo demás, si hubo diferencias o rupturas del contrato de mandato suscrito entre Colmares y T.M.M. tal hecho no fue conocido por Idema ni podía alterar de ningún modo las negociaciones que estaban en curso, y precisamente, por esa misma razón, se insiste, el 28 de febrero de 1991 se volvió a solicitar el poder con el que actuaba Colmares, pues bien sabido es que la condición de agente marítimo no implica representación o apoderamiento general de la entidad agenciada, que para cada caso o situación debe conferir mandato expreso.

La eficacia del mandato que ejerció Colmares no sufre mengua por el hecho de que ni en la oferta ni posteriormente se hubiere entregado al Idema el texto del poder otorgado por T.M.M., pues, como se sabe, el mandato para este tipo de contratos es eminentemente consensual, y menos cuando la conducta del Idema no fue negligente.

Además, en la contestación de la demanda presentada por cada una de las sociedades convocadas a este proceso, en la respuesta al hecho 5 se confesó que T.M.M. presentó oferta y le fueron adjudicados los contratos a través y por conducto de Colmares.

En estas condiciones debe hacerse mención a lo dispuesto por el artículo 841 del Código de Comercio para el caso de quien contrata sin poder o extralimitándolo: será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa. A este propósito, el tribunal encuentra válida la siguiente apreciación de Jacques Ghestin, para quien

“Esta necesidad (se refiere a la de la fuerza obligatoria del contrato) está consagrada por el derecho positivo, en particular cuando admite que la sola confianza del acreedor en la eficacia jurídica de un contrato, puede algunas veces llegar a otorgarle fuerza obligatoria. Y

ello es así cuando una de las partes está confiada legítimamente a una simple apariencia, por ejemplo en un mandato aparente”

“Cette necessite est consacree par le droit positif, en particulier lorsqu'il admet que la seule confiance du creancier dans l'efficacite juridique d'un contrat peut parfois suffire a donner a celui-ci force obligatoire. Il en est ainsi lorsque l'une des parties s'est fiee legitimement a une simple apparence, par exemple a un mandat apparent”.

Jacques Ghestin. Traite de Droit Civil. Les obligations. Le Contrat: formation. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1988. Pág. 193.

(7)

.

La disposición anterior debe ser tomada en conjunto con la prevista por el Código Civil en el artículo 2180 conforme al cual el mandatario es responsable ante terceros “cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes”.

Vistas las disposiciones y la conducta de Colmares, la conclusión fluye casi que espontánea: Colmares, que era un tercero, un simple mandatario, se convirtió en parte en el contrato, como responsable “de la prestación prometida”, quedando por tanto sujeto a los términos del convenio, incluso la cláusula compromisoria según se indica más adelante, pues como se deduce de lo expresado en la contestación de la demanda inicial, respecto del hecho 33, así:

“Hecho 33.—Colmares Ltda., en la celebración del convenio a que me he venido refiriendo, dijo actuar en nombre propio y en nombre de T.M.M.

Respuesta: “No es cierto. Colmares Ltda., actuó en nombre y representación de Transportación Marítima Mexicana S.A. de C.V., tan solo a partir del 27 de febrero de 1991, comenzó a actuar en su propio nombre, para efectos de continuar las negociaciones del COFL.1”.

Lo cual quiere decir, además, que quiso asumir como propias las obligaciones de T.M.M., vale decir que se obligó personalmente, para utilizar los términos del número 2 del artículo 2180 del Código Civil, circunstancia esta que también hace a Colmares responsable ante Idema.

Con relación a la cláusula compromisoria y a la competencia de este tribunal, se encuentra que si bien Colmares en principio era un tercero en el contrato, posteriormente pasó a ser parte en el mismo; pero que aún, dándole la calificación de tercero, existiría el mismo litis consorcio que se encuentra entre T.M.M. y Colmares y hubiera sido del caso dar aplicación a lo previsto por el artículo 30 del Decreto 2279 de 1989 adicionado por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, lo cual no se hizo necesario, toda vez que desde el principio Colmares aceptó concurrir a este proceso y contribuyó al pago de los honorarios y gastos.

Porque, existiendo esa responsabilidad a cargo de Colmares, la única forma de hacerla valer el Idema es precisamente convocándolo al proceso, en el cual con su presencia, se debata si hubo o no extralimitación o ausencia de poder, si se obligó personalmente o no; es que el mandatario aparente o excedido, se convierte en parte en la relación jurídica sustancial justamente porque debe entrar a responder; al punto que puede decirse que se transforma además en una especie de garante. En efecto, si T.M.M. hubiere ratificado la actuación de Colmares, esta no llegaría a tener responsabilidad alguna en este asunto, su responsabilidad sería apenas subsidiaria o condicional, sujeta a la ratificación; como esta no se dio, hay lugar a hacer efectiva esa responsabilidad, lo cual se logra a través de un proceso de juzgamiento, en el cual haya sido parte, para que se cumpla la garantía del debido proceso.

2. El contrato celebrado entre las partes

En orden a determinar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes se encuentra que puede oscilar entre arrendamiento, transporte y fletamento.

Veamos los antecedentes y características de cada uno de ellos.

2.1. El contrato de fletamento

Nuestro anterior código de comercio marítimo expedido por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia en ejecución de la atribución 5, artículo 17 de la Constitución sancionado el 11 de julio de 1870, decía en el título 5, capítulo primero, del fletamento:

“ART. 160.—El fletamento es un contrato de transporte, por el que el naviero, personalmente o representado, arrienda a otro la nave equipada y armada, y se obliga a conducir en ella, a un lugar determinado, mercaderías o personas mediante un precio convenido.

“Llámase fletante la persona que da en arrendamiento la nave y promete el transporte; fletador, el que carga la nave y paga el precio estipulado, y flete, la cantidad con que el seguido retribuye el servicio que presta el primero”.

“ART. 161.—La nave puede ser fletada total o parcialmente.

El fletamento de toda la nave se celebra por un precio alzado por el viaje, cualquiera que sea su duración por tiempo determinado, o por los meses o días que durare la expedición.

“El viaje comprende la ida, estada y vuelta, siempre que las partes no acordaren otra cosa.

“El fletamento total no comprende la cámara del capitán ni el espacio necesario para el aposentamiento de la tripulación y custodia de los aparejos y vituallas”.

“ART. 162.—El fletamento parcial es puro o condicional.

Es puro cuando se contrata por un precio alzado la conducción de cierta cantidad de mercaderías consideradas a bulto, por una parte determinada de la nave, por peso o a tanto el quintal, o por cabida o a tanto la tonelada”.

“ART. 163.—El fletamento es condicional cuando el fletante se obliga a transportar las mercaderías del fletador, caso que dentro de un determinado plazo consiga completar la carta de la nave mediante el ajuste de otros fletamentos parciales.

“Esta especie de fletamento se llama fletamento a carga general; y la condición se entiende cumplida desde que el fletante obtenga tres cuartas partes de la carga correspondiente a la capacidad de la nave.

Dice el actual Código de Comercio:

“ART. 1666.—El fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador, en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan”.

“ART. 1667.—Este contrato se probará por escrito y en él deberán constar:

1. Los elementos de individualización y el desplazamiento de la nave.
2. El nombre del fletante y del fletador;
3. El precio del flete, y
4. La duración del contrato o la indicación de los viajes que deben efectuarse.

PAR.—La prueba escrita no será necesaria cuando se trate de embarcaciones menores”.

“ART. 1668.—El fletante estará obligado antes del zarpe, a poner la nave en estado de navegabilidad para el cumplimiento del viaje, a armarla y equiparla convenientemente y a proveerla de los documentos de rigor.

“El fletante será responsable de los daños derivados del mal estado del buque para navegar, a menos que pruebe que se trata de un vicio oculto susceptible de escapar a una razonable diligencia.

“ART. 1669.—Si el fletamento es por tiempo determinado, será de cargo del fletador el aprovisionamiento de combustible, agua y lubricantes necesarios para el funcionamiento de los motores y de las plantas auxiliares de a bordo, y las expensas inherentes al empleo comercial de la nave incluidas las tasas de anclaje, canalización y otras semejantes.

“ART. 1670.—El fletante por tiempo determinado no estará obligado a emprender un viaje en que se exponga a la nave o a las personas a un peligro no previsible al momento de la celebración del contrato. Del mismo modo, no estará obligado a emprender un viaje, cuya duración previsible excede considerablemente, en relación con la duración del contrato, al término de este.

“Salvo el caso de fuerza mayor, el exceso sobre la duración del contrato impondrá al fletador la obligación de pagar un flete adicional calculado en proporción al precio del contrato”.

Con relación al contrato de fletamento ha dicho la Corte:

“Según la noción legal precedente, fácil resulta advertir que en ella se comprende las dos formas comunes del contrato de fletamento, o sea, el fletamento por viaje (charter party) y el fletamento por tiempo (time charter), caracterizándose el primero en que el fletador utiliza la nave para un viaje y excepcionalmente para más de uno, y distinguiéndose el segundo en que el fletador emplea la nave durante el tiempo convenido, sin que deba tenerse en cuenta el número de viajes. Empero, en una y otra modalidad, el contrato deberá contener las exigencias legales siguientes: a) Los elementos de individualización y el desplazamiento de la nave; b) El nombre del fletante y del fletador; c) El precio del flete; y, d) La duración del contrato, si el fletamento es por tiempo; o la indicación de los viajes que deben efectuarse, si el fletamento es por viaje o viajes (C. Co., art. 1667). Y en lo que toca con la prueba del contrato, este deberá acreditarse por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores (C. Co., art. 1667 incs. 1º y 6º). Aquí es preciso aclarar, porque

puede ofrecerse a confusión, que cuando la ley expresa que el contrato de fletamento “se probara por escrito”, esta afirmación no está indicando que dicho negocio jurídico sea solemne y que, por ende, deba entenderse que la consignación “por escrito”, sea un elemento ad substantiam actus, sino apenas una exigencia ad probationem, como acontece igualmente para el contrato de transporte marítimo (C. Co., art. 578)”

Sentencia de 15 de mayo de 1992. Magistrado ponente Alberto Ospina Botero. Jurisprudencia y Doctrina julio de 1992. Pág. 521.

(8)

.

Don Joaquín Escriche sobre el fletamento expresa

[\(9\)](#)

:

“La expresión de la clase y nombre del buque es necesaria para designar la nave y distinguirla de cualquier otra; y la del porte para conocer su capacidad, lo que importa mucho al fletador, ya sea que haya alquilado la nave por entero, ya sea que solo la haya alquilado en parte, pues en el primer caso tiene interés en poder calcular si habrá espacio para todas las mercaderías que se propone cargar, y en el segundo le es útil poder formarse una idea de la magnitud de la embarcación y de las seguridades que ofrece a su cargamento. Por esta última razón de la seguridad es también de trascendencia el conocimiento del pabellón o bandera nacional de la nave, pues que esta puede presentar más o menos garantías según el estado de las relaciones políticas entre las potencias marítimas” (pág. 709).

“El fletamento puede verificarse por toda la nave o por una parte de ella. El fletamento de la totalidad puede hacerse de tres modos; a saber, por un viaje entero, por un tiempo determinado, o por un tanto al mes. Se hace por un viaje entero, cuando se fija el flete a cierta cantidad por todo el viaje, cualquiera que sea su duración, como v. gr. si se fleta por seis mil pesos la veloz mejicana para un viaje a Veracruz de ida y vuelta, de suerte que ni se aumente dicha suma en el caso de que el viaje se prolongue más de lo ordinario, ni tampoco se rebaje en el de que el viaje sea menos largo de lo que se creía. Se hace por un tiempo

determinado, cuando los interesados se convienen en un precio por cierto espacio de tiempo, v. gr. por seis meses o por un año, durante el cual está la nave a disposición del fletador, quien puede emplearla como más le convenga”.

“Por lo demás, pueden los interesados insertar en el contrato de fletamento todas las cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, con tal que no muden la esencia del contrato, y no sean contrarias a las leyes ni a las buenas costumbres”. (pág. 709) Lord Chorley y O.C. Giles

Derecho marítimo. Trad. Fernando Sánchez Calero. Bosch, Casa Editorial. 1962.

(10)

al tratar sobre las formas del contrato de fletamento, expresan:

“En términos muy generales la póliza de fletamento (charterparty) es un contrato entre el fletador (charterer) y el propietario del buque, por el cual el primero alquila del segundo el uso del buque, bien por un cierto período de tiempo, —p. ej., doce meses— y entonces es llamado fletamento a tiempo (time charter), o bien por un cierto viaje. Este puede ser de ida y vuelta, y se denomina corrientemente de “viaje redondo” (“round voyage”). El fletamento puede ser un arrendamiento ordinario semejante al alquiler de cualquier cosa mueble, como por ejemplo un automóvil para una excursión, o puede hacerse en la forma de un arrendamiento por el que el propietario transfiere o entrega al fletador el entero control y posesión del buque (charter by demise)”. (Pág. 146).

“Fletamento simple. El propietario de las mercancías está solamente interesado en el transporte de sus mercancías, y está lejos de interesarse del manejo o gestión del buque, que en definitiva no es el negocio al que se dedica, sino que, en realidad, desea procurarse los servicios del propietario del buque en lo que se refiere al control y al manejo del mismo. Él necesita que todo el espacio de transporte del buque esté a su disposición y poder elegir el puerto o puertos en los que el buque será cargado o descargado, y también que pueda marchar sobre su ruta con la debida rapidez”. (Pág. 147).

Rodolfo A. González Lebrero

Rodolfo A. González Lebrero. Manual de derecho de la navegación. 3ª Ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979.

(11)

tratando sobre los contratos de utilización de buques y en cuanto al contrato de fletamento, expresa:

“Contratos de utilización de buques.—La utilización de un buque con miras a la obtención de un beneficio económico directo se puede llevar a cabo bajo la forma de diversos contratos, cuya sistematización y diferenciación se logra fundamentalmente mediante la determinación de la prestación final convenida en aquellos”. (Pág. 238).

“En el fletamento a tiempo el fletador se procura un buque que sea idóneo para el transporte que cumplirá a riesgo suyo, es decir que el transporte es el fin mediato, el motivo del contrato, pero no su objeto; el fletante se obliga a hacer navegar el buque, a ejecutar el número de viajes que disponga la otra parte dentro del período de duración del contrato, de manera de hacer posible el transporte. El objeto del time-charter es la navegación del buque, mientras que el del contrato de transporte es la entrega de la mercadería en destino; en este el viaje tiene carácter adjetivo, pero en aquel está considerado como en sí mismo (págs. 255 y 255)”.

“El fletante facilita los medios reales y personales para que se cumpla el transporte, lo que lleva implícito la idoneidad del buque y la actividad profesional de la tripulación, necesaria para la buena conservación de las mercaderías que ha recibido el fletador. A pesar de esta entrega de mercaderías al fletador, en la práctica es frecuente que sea el capitán del buque quien emita los conocimientos de embarque, pero ello no significa ni una modificación en la dependencia de aquel, quien sigue subordinado a su armador (fletante), ni la asunción del receptum por este (págs. 255 y 256)”.

“Obligaciones del fletante.—a) Poner el buque convenido a disposición del fletador. El fletante debe poner a disposición de la otra parte el buque determinado en el acuerdo de voluntades, en el lugar, día y hora convenidos (pág. 256)”.

“Por otra parte, si el buque no es puesto a disposición del fletador en el tiempo y lugar convenidos, este tiene derecho a rescindir el contrato y al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento, cuyo monto queda librado a las circunstancias de cada caso. Para la resolución del contrato, el fletador debe notificar por escrito al fletante (L. de Naveg [Argentina], arts. 229 y 230) (pág. 257)”.

Silvia y Graciela Pérez Montero Gotusso

Derecho marítimo. Ediciones Jurídicas. Amalio M. Fernández. Montevideo. 1976.

(12)

sobre el contrato de fletamento exponen:

“Características del contrato (de fletamento).—Bajo el punto de vista de las obligaciones que impone es un contrato de naturaleza bilateral o sinalagmática, desde que impone obligaciones recíprocas a ambas partes. La obligación del fletante consiste en el suministro del buque y en la ejecución del transporte en la forma convenida, y la obligación del fletador radica en pagar un precio por ese transporte, precio conocido con el nombre de flete” (pág. 341).

“La doctrina y la jurisprudencia establecen que el contrato de fletamento, en su unidad, compromete todas las operaciones que preceden o que siguen al transporte propiamente dicho” (pág. 389).

a) La operación de carga.—En el orden cronológico que hemos reseñado, la carga de las mercaderías a bordo del buque constituye la primera operación que se realiza en la ejecución del contrato de fletamento. La principal obligación del fletante consiste en transportar las mercaderías que constituyen la carga, al puerto o puertos determinados en el contrato, pero esta obligación entraña una serie de deberes sin cuyo cumplimiento no sería posible llegar a la ejecución definitiva del mismo. Entre estos deberes figura como primera obligación del fletante la de “tener el buque pronto para recibir la carga” (art. 1224).

“Dicho buque debe encontrarse en el lugar y en la fecha convenida por ambas partes para dar comienzo a la carga o, en defecto de alguna disposición en el lugar y época que sean de uso. Si en la época fijada en el contrato el buque no se hallase en estado de recibir la carga contratada, el fletante responderá al fletador de los daños y perjuicios que se siguieren (art. 1231)”. (Pág. 391).

Raúl Cervantes Ahumada

Derecho Marítimo. Editorial Herrero S.A. México D.F. 1984.

(13)

sobre el mismo contrato es del siguiente parecer:

“En el fletamento por viaje, el buque o el compartimiento del mismo se pondrá a disposición del cargador o fletador por el viaje o los viajes que se hayan convenido (pág. 840)”.

“El fletante estará obligado a la entrega de las mercancías para su carga y transporte. La entrega deberá hacerse en las bodegas del buque” (pág. 841).

El Instituto Marítimo Español

Instituto Marítimo Español. DE-05. documentación preparada por D. José María Ruiz Soroa.

(14)

, respecto de la póliza de fletamento por viaje considera:

“Ahora bien, el hecho de que la prestación del fletante sea la de desplazamiento de unas mercancías no impide que se conceda sumo valor en este contrato al medio o vehículo a emplear —el buque fletado— que llega a asumir la categoría de elemento primordial en la construcción del contrato” (pág. 1).

“I.1. Elementos personales. El fletante (término poco usado en la práctica y que incluso en las fuentes históricas se confunde con el contrario de fletador —vide ordenanzas de Bilbao de 1737—) puede ser o no el propietario del buque: lo importante es que tenga sobre el mismo facultades suficientes como para comprometerlo en un fletamento por viaje: propietario, arrendatario, usufructuario o incluso fletador por tiempo pueden aparecer como fletantes (aunque en el último caso parece más exacto hablar de un subfletamento).

“— El fletador, que asume la obligación básica de pago del flete y una serie de cargas u obligaciones conexas; proporcionar la carga en la cantidad convenida, asumir quizás los gastos de carga y descarga, asumir el riesgo de que estas operaciones se realicen en unos plazos fijados (plancha).

— En la contratación del fletamento en la práctica suelen operar agentes intermediarios (corredores de fletamentos o “brokers”) cuya función no es en principio sino la de mera aproximación de las partes y presentación de ofertas y contraofertas hasta llegar a la redacción final de la póliza (comisión usual —“brokerage”— es del 2,5% sobre el flete bruto). La circunstancia de que en ocasiones estos intermediarios lleguen a firmar las

pólizas, incluso en nombre de ambas partes, puede dar lugar a problemas de difícil interpretación”.

2.2. El arrendamiento.

Está definido por el artículo 1678 del Código de Comercio así:

“Habrá arrendamiento cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de una nave, por tiempo determinado.

Este contrato se probará por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores”.

El traductor de la obra

Derecho marítimo. Lord Chorley y o. Op. cit.

(15)

, Fernando Sánchez Calero, con relación al derecho español expresa:

“a) El arrendamiento de buque —tanto armado como desarmado— en el que el naviero cede al arrendatario la posesión y el control del buque. Estamos ante un arrendamiento de cosa, que escapa a la disciplina del contrato de fletamento (ver sents. mar. 24/11 y jun. 7/48). Dentro de este apartado pueden incluirse los supuestos de “charter by demise” indicados en el texto, y b) El fletamento en sentido estricto, en el que el fletante asume la prestación de una obra con una nave determinada” (nota pág. 154.)

2.3. El transporte

Nuestro anterior código de comercio marítimo nada decía al respecto.

El actual nos refiere:

“ART. 1578.—El contrato de transporte marítimo se probará por escrito, salvo que se trate de transporte de embarcaciones menores, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento.

El escrito es formalidad probatoria como lo ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia:

Sin embargo de que conforme el artículo 981 del Código de Comercio, por regla general, el contrato de transporte es eminentemente consensual, por lo que a través de cualquier medio probatorio se puede acudir para demostrarlo, tratándose del transporte marítimo ciertamente en el artículo 1578 ibídem se establece una verdadera restricción probatoria para demostrarlo, ya que sobre el particular la norma últimamente citada textualmente prescribe que, salvo que se trate de embarcaciones menores, esta convención “se probará por escrito”.

Entonces, apartándose del principio de la consensualidad de los negocios jurídicos, según el cual, el solo consentimiento como expresión de la voluntad es suficiente para obligar a los contratantes con independencia de forma alguna, la ley mercantil, por el contrario, consagró en esta materia un verdadero requisito ad probationem, que, como tal, no quiere significar que el escrito sea una exigencia ad solemnitatem o presupuesto esencial para la validez del acto o contrato, sino simplemente una formalidad necesaria para el solo efecto de probarlo. Sin necesidad de que la Corte tenga la forzada necesidad de considerar ahora los motivos que explican una y otra formalidades, sí estima conveniente recordar que mientras los que requieren un escrito ad solemnitatem o ad substantiam actus excluyen de por sí otro medio de convicción distinto al que de manera especial ha sido prefijado por la ley, en razón a que el documento sirve tanto para constituir válidamente el acto jurídico como para probarlo, de suerte que su ausencia compromete la validez del mismo, por el contrario, aquellos solamente establecidos con un criterio ad probationem admiten otros medios de prueba encaminados a complementar el escrito o a acreditar que las partes literalmente lo celebraron, como que en este caso la validez del contrato es independiente de su forma”

[\(16\)](#)

.
ART. 1579.—El transporte podrá pactarse para ser ejecutado a bordo de una nave de líneas regulares, en cuyo caso el transportador cumplirá su obligación verificando el transporte en la nave de itinerario prevista en el contrato, o en la que zarpe inmediatamente después de celebrado este, si nada se ha expresado en él”.

ART. 1580.—Salvo estipulación expresa en contrario, la designación de la nave no privará al transportador de la facultad de sustituirla, si con ello no se altera el itinerario, contemplado en el contrato.

ART. 1581.—Cuando el transporte no deba ejecutarse en una nave de líneas regulares y las partes no hayan convenido expresamente el plazo de su ejecución, el transportador estará obligado a conducir la persona o la cosa al puerto de destino, y descargar esta, en el tiempo usual”.

Sobre el contrato de transporte en general, encontramos las siguientes disposiciones:

“ART. 981.—(Modificado por D. 01/90, art. 1º). El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario.

El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales.

En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra”.

“ART. 982.—(Modificado por D. 01/90, art. 2º). El transportador estará obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

1. En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario.
2. En el transporte de personas a conducir las sanas y salvas al lugar de destino”.

González Lebrero

Op. cit.

(17)

se refiere en los siguientes términos al contrato de transporte:

“El contrato de transporte de cosas. Concepto y naturaleza jurídica. El contrato de transporte de cosas es aquel por el cual una parte, el transportador, se obliga frente a la otra, el cargador, mediante el pago de un precio llamado flete, a entregar en destino una mercadería o un buque en el mismo estado en que los recibió. Aunque este contrato requiera para su ejecución la navegación del buque, este hecho es meramente instrumental, pues la prestación fundamental y típica del transportador consiste en la entrega de la cosa en destino, en un resultado que ubica este contrato entre los de locación de obra (pág. 269)”.

2.4. Arrendamiento y fletamento

A este respecto la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado así

Sentencia de 15 de mayo de 1992 citada.

(18)

:

“Las reflexiones precedentes permiten inferir que los contratos de arrendamiento y fletamento de naves son dos negocios jurídicos que difieren, que en forma alguna, según su regulación en el derecho positivo, pueden ser confundidos, porque entre ellos existen notorias y sustanciales diferencias, fueron reglados en títulos separados (L. V, T. X y XI) y por demás, así lo expresó la comisión redactora del proyecto de código de comercio de 1958, que constituye el antecedente del actual, cuando expresó sobre el particular.

Regula este título el contrato de fletamento en sus dos formas usuales de fletamento por viaje (Carte - partie, carta partita, charter-party) y de fletamento por tiempo (time-charter, nolo a tempo).

Como se ha dicho anteriormente, la comisión ha tenido buen cuidado de diferenciar esta institución del fletamento, en que el fletador no asume la calidad del armador, ... del arrendamiento de nave, que se reglamenta en el título siguiente, en el que el arrendatario adquiere la calidad de armador. En esto ha seguido la comisión las huellas del código italiano de la navegación.

En el fletamento, el fletante es el armador y tiene las obligaciones y responsabilidades de tal”.

Y sobre el arrendamiento de naves, explicó la comisión:

“Corresponde este contrato a la locazione o locazione a scafo nudo o imbrago (arts. 376 y sig.), del código italiano, a la location coque nue de los franceses, al bare boat charter de los norteamericanos, y al affreightment as demise of the ship o time charter by demise, de los ingleses.

Como ya se ha dicho, el locatario asume la calidad y las obligaciones de armador. De consiguiente, el arrendatario de nave puede ser a su vez, fletante”.

2.5. Transporte y fletamento

Al respecto, la parte demandante en su alegato de conclusión expresa que estos aspectos son tomados del Código de Navegación Italiana.

Como dicho código está contenido en el real Decreto 327 de 30 de marzo de 1942 conviene transcribir los artículos pertinentes a los cuales hace alusión la parte actora, los cuales son del siguiente tenor:

“Capo II. Del Noleggio. 384. (Noleggio). Il noleggio é il contratto per il quale l'armatore, in corrispettivo del nolo pattuito, si obbliga a compiere con una nave determinata uno o piú viaggi prestabiliti, ovvero entro il período di tempo convenuto, i viaggi ordinati dal noleggiatore alle condizioni stabilite dal contratto o dagliusi.

Sezione II. Del trasporto di cose in generale.

419. (Transporti di cose). Il trasporto di cose [c.c. 1680 e 1683 ss.] puó avere per oggetto un carico totale o parziale ovvero cose singole, e puó effettuarsi su nave determinata ovvero su nave indeterminata”

Icinque codici. A cura Di. Rosario Nicoló – Giovanni Leone. Milano - Dott. A. Giuffré - Editore. Città di castello - società Tipografica “Leonardo Vinci” - 1952. - Codice della Navigazione págs. 74 y 75.

(19)

.

Más adelante, en el mismo alegato de bien probado se expresa lo siguiente:

“En el transporte no se da ninguno de estos fenómenos, inclusive en transporte a carga total y parcial lo que se considera como objeto del contrato es la cosa transportada, no ya la nave. La distinción es un poco menos precisa en el transporte a carga total o parcial, porque la persona en cuyo beneficio se va a efectuar el transporte recibe el derecho a utilizar toda la capacidad de carga de la nave o parte de ella. Entonces, podría configurarse un arrendamiento de todas las bodegas de la nave o de parte de ellas. Sin embargo, se considera que en estos casos el objeto del contrato es la carga que pueda caber en todo el buque o en la parte destinada al transporte. La distinción es mucho más clara, más neta, cuando se trata del transporte de cosas individuales porque entonces el contrato recae sobre la cosa misma que debe ser entregada al transportador marítimo, recibida por este, estibada, conducida al puerto de descargue, descargada y entregada al destinatario. Aquí se configura el mismo fenómeno del transporte terrestre y así como el transporte terrestre, la locatio conductio del derecho romano, ha sido sustituida por un contrato independiente y con

contornos precisos, el transporte marítimo también los ha adquirido”. (Acta núm. 272 de la comisión revisora del Código de Comercio sesión del día (sic) de febrero de 1958 pág. 10 y 12)

Alegato de conclusión. Págs. 53 a 55.

(20)

.

En concepto de Eduardo Álvarez Correa D.

Curso de derecho marítimo. Bogotá, 3a edición. Actualizado y corregido hasta julio de 1985. T. I y II.

(21)

:

“El transporte tiene por objeto el transportar la carga, y el fletamento tiene por objeto el uso de la nave; esta diferencia de naturaleza implica importantes distinciones respecto de las obligaciones de las partes (pág. 212).

Mientras que en el fletamento por tiempo el fletante entrega la nave al fletador, en el fletamento por viaje, la presenta solamente, porque conserva la gestión comercial de la misma. Presentar una nave significa tenerla presente en el puerto de cargue, y ello en cualquier punto (pág. 213).

El retardo en llegar al sitio fijado puede constituir un incumplimiento del contrato. sin embargo, en la práctica el tiempo de llegada a un puerto nunca es precisa; por ello el capitán da aviso al fletador, con varios días de antelación sobre la llegada de un buque: anunciará el tiempo esperado de llega: expected time of arrival (ETA). Es apenas una fecha probable. Luego, algunas horas antes de llegar al puerto el capitán envía el aviso de llegada y en este caso la nave queda obligada a estar en el lugar acordado y en la fecha dada (pág. 214).

El aviso de alistamiento (Notice of Readiness) dado por el capitán implica que la nave ha cumplido con las dos obligaciones necesarias para poner el buque a disposición del fletador: la nave ha llegado y se encuentra totalmente apta para el cargue o el descargue. Al

darse el aviso, el fletador tiene la obligación de cargar o descargar, y es el momento desde cuando se comienza a contar el respectivo tiempo” (pág. 215).

Las estadías o días de plancha constituyen un plazo dado al fletador en el fletamento por viaje para cargar y/o descargar la nave del fletante” (pág. 220).

Por su parte Felipe Vallejo G.

El contrato de transporte marítimo. Ponencia presentada al XI Encuentro Nacional. Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. Barranquilla. Noviembre de 1985. Memoria.

(22)

opina:

“Otra distinta manera de utilizar un buque es la de aquellos empresarios navieros, denominados tramperos (del inglés tramper, que significa vagabundo), porque no sirven rutas marítimas determinadas, ni mediante un flete prefijado, sino que ponen su buque en el mercado a disposición de quien quiera tomarlo para realizar transportes, por lo común de cargamentos especializados, de graneles líquidos o sólidos, y contra el pago de un flete que se acuerda para cada caso particular. Esta modalidad de utilización del buque da lugar a un contrato denominado fletamento, que no es un contrato de transporte, ya que no tiene por objeto la conducción de mercaderías sino la utilización del buque, por un cierto tiempo o por viaje”.

2.6. Transporte, arrendamiento y fletamento

En el mismo alegato de conclusión

Págs. 53 a 55.

(23)

de la parte demandante, ya citado, se menciona el antecedente de la comisión revisora del Código de Comercio en alguna sesión de febrero de 1958 en la cual el doctor Álvaro Pérez Vives expresó:

“Es este uno de los puntos más importantes del derecho marítimo, punto en el cual la evolución doctrinaria y legislativa ha sido más acentuada. Si reparamos en la forma como nuestro viejo código vigente contempla la materia, vemos que todo está comprendido bajo

una misma rúbrica que es el fletamento. Este es el concepto romano que se encuentra en la ley Rodia de Jacto en que se hace participar de manera estrecha y sin distinción específica alguna el transporte marítimo de las características del arrendamiento naval; *locatio navis* del derecho romano.

Sin embargo, el derecho marítimo moderno, especialmente a partir del convenio internacional del 25 de agosto de 1924 celebrado en Bruselas sobre, conocimientos de embarque permite distinguir figuras jurídicas que son diferentes y que deben precisarse netamente.

Entre esas figuras el transporte ha adquirido personalidad propia y permite hoy día configurar contrato típico distinto del fletamento propiamente dicho y del arrendamiento o locación de nave.

El arrendamiento de nave tiene por objeto, como veremos, la nave misma en forma tal que el control y la explotación de ella, la guarda material y la guarda jurídica de la misma, pasan del propietario a la persona que la toma en arrendamiento, que entonces adquiere la calidad de armador.

El arrendatario de nave es un armador; adquiere las responsabilidades y derechos propios del armador. En el contrato de fletamento, aunque el objeto continúa siendo la nave, la figura jurídica toma una dirección diferente, porque en el fletamento el propietario continúa siendo armador, se compromete, como veremos, a efectuar uno o varios viajes; pone la nave a disposición de la persona que la toma; mientras que en la locación, la persona que la recibe en arrendamiento tiene la facultad de controlar la nave, nombrar el capitán, etc., y toma por su cuenta y riesgo la explotación comercial de la misma. En el fletamento la explotación comercial, la designación del capitán y las responsabilidades propias del armador están radicadas en cabeza de su propietario, mientras que en el arrendamiento pasa a la persona que la recibe a este título que, repito, adquiere la calidad de armador".

La parte demandada con su alegato de conclusión allega la transcripción de los apartes pertinentes del "tratado general de derecho marítimo" por René Rodiere, profesor de derecho marítimo de la facultad de Derecho de París, director del Instituto de Derecho Comparado de París. Fletamentos y transportes. Tomo I. Introducción. Contratos de fletamento en los cuales destaca:

“El Código de la Navegación Italiana la considera (distinción del fletamento y del transporte en las legislaciones extranjeras) al reglamentar en capítulos separados: el alquiler, el fletamento (*no leggio*) y el transporte para el cual, por otra parte, establece la diferencia entre el transporte de una carga total o parcial y el transporte de cosas determinadas (arts. 439 y 451), lo que crea una gran confusión. En efecto, el “*no leggio*” considerado en este código es el fletamento por viaje y no se entiende entonces qué diferencia profunda puede separar este contrato del contrato de transporte de una carga completa, mientras que es precisamente con este, que el código reglamenta el asunto de las estadías y de las sobre estadías”.

“El fletamento por viaje no es ni un arrendamiento, ni un contrato de transporte; es un fletamento.

Mediante el fletamento por viaje, el fletante pone una nave a disposición del fletador con miras a realizar uno o más viajes. Esta es la definición de nuestra nueva Ley de 1966 (art. 5°).

Es evidente que no se trata, menos aún que en el caso de fletamiento por tiempo, de un arrendamiento. Pero no se trata de un contrato de transporte puesto que el fletante no se encarga de la mercancía; no se compromete a transportarla.

En cuanto a los desarrollos que se refieren a la clasificación establecida por países extranjeros (*supra* 12), debemos añadir que la doctrina belga se cuida de no crear confusión (3), y que la doctrina y la jurisprudencia Italianas tampoco lo hacen”

Alegato de conclusión. Traducción anexa.

(24)

.

Se advierte que los artículos 439 y 451 del Código de la Navegación Italiana que cita el autor al parecer no corresponden, por cuanto dichos textos hacen referencia en su orden a *Annotazione della dichiarazione di accettazione dell arruolato y costituzione del comandante della nave a capo ricuperatore.*

2.7. La naturaleza del contrato celebrado entre las partes

Para establecer la naturaleza del contrato litigado por las partes, es preciso recorrer la siguiente preceptiva legal:

Establece el artículo 862 del Código de Comercio:

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

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

Esta disposición armoniza con lo preceptuado por los artículos 1º y 2º del mismo código según los cuales:

“Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la Ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

“En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”.

Para efectos de identificar el tipo de contrato, las obligaciones emanadas de este y las prestaciones inherentes, y por virtud de la permisión contenida en los artículos del estatuto mercantil indicados anteriormente, debe acudirse a lo previsto por el artículo 1501 del Código Civil según el cual:

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Se discute en este proceso en primer lugar si entre las partes se celebró algún contrato y en caso afirmativo de qué contrato se trata.

El punto relacionado con la celebración del contrato por la vía de la oferta y su aceptación ya ha quedado despejado en sentido afirmativo, pues el tribunal considera que sí hubo entre las partes un contrato, es decir, una convención jurídicamente eficaz para la producción de obligaciones, como quedó explicado en acápite anterior.

Se trata ahora de determinar la clase de contrato, y si este es típico o atípico.

2.8.Sobre el arrendamiento:

En primer lugar el tribunal descarta la posibilidad de que se trate de un contrato de arrendamiento de naves como está definido por el artículo 1678 del Código de Comercio así:

“Habrá arrendamiento cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de una nave, por tiempo determinado.

Este contrato se probará por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores”.

Se indicó anteriormente cómo el doctor Pérez Vives, en la comisión revisora del Código de Comercio expresó

Loc. cit.

(25)

que “el arrendamiento de nave tiene por objeto, como veremos, la nave misma en forma tal que el control y la explotación de ella, la guarda material y la guarda jurídica de la misma, pasan del propietario a la persona que la toma en arrendamiento, que entonces adquiere la calidad de armador. El arrendatario de nave es un armador; adquiere las responsabilidades y derechos propios del armador”.

De igual manera la Corte

Sentencia mayo 15 de 1992.

(26)

ha expresado cómo el arrendamiento de nave es un contrato diferente del fletamento, cuando en dicha sentencia cita el antecedente de la comisión redactora, cuando dijo: “corresponde este contrato a la *locazione o locazione a scafo nudo o imbrago* (arts. 376 y siguientes del código Italiano), a la *location coque nue de los franceses, l bare boat charter* de los norteamericanos, y *al affreightment as demise of the ship o time charter by demise*, de los ingleses. como ya se ha dicho, el locatario asume la calidad y las obligaciones de armador. De consiguiente, el arrendatario de nave puede ser a su vez, fletante”.

Y lo descarta el tribunal por cuanto al analizar el acuerdo entre las partes no aparece ni por asomo, uno de los elementos esenciales del arrendamiento, cual es: la entrega de una nave para su uso y goce a cambio de un precio determinado.

Aparece claro de todas las pruebas allegadas al plenario, que jamás fue la intención del Idema tomar en arrendamiento una nave y constituirse en armador de ella; aspecto este ajeno por completo a su propio objeto.

Por lo demás, ninguna de las partes ha alegado, ni siquiera intentado demostrar, que sea este el contrato celebrado; antes bien, por el contrario, son contestes en repudiarlo, pues ni siquiera lo incluyen en sus argumentaciones.

2.9. El tipo de contrato litigado

Despejado el aspecto anterior y visto que no se está frente a un contrato de arrendamiento, pasa el tribunal a examinar el aspecto, que sí ha sido debatido, y que oscila entre contrato de transporte y contrato de fletamento, o si se trata de un contrato atípico.

Se cuestiona por las partes la naturaleza del vínculo, pues la demandante alega que se trata de un contrato de transporte, al paso que la demandada estima que se está frente a uno de fletamento.

Sea lo primero advertir, que bien sea que se trate de contrato de transporte o de fletamento, estaremos haciendo referencia a dos contratos típicos, es decir definidos por la ley y que tienen características esenciales propias y perfiles completamente definidos.

2.10. Sobre el transporte:

Se encuentra definido por el artículo 981 del Código de Comercio modificado por el Decreto 1° de 1990 en su artículo 1°, que lo tipifica así:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario.

El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales.

En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra”.

Por su parte el artículo 1666 tipifica el contrato de fletamento así:

“El fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que

dentro del plazo convenido ordene el fletador, en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan”.

Para la identificación de un contrato debe acudirse, como lo dispone el Código Civil a escrutar los elementos esenciales es decir aquellos sin los cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato.

Se ha visto con anterioridad, y según las transcripciones anotadas anteriormente, cuál es la opinión de nuestra jurisprudencia y de los diferentes autores que se han ocupado del tema.

Considera el tribunal que son elementos esenciales del contrato de transporte: a) El traslado de una mercancía de un lugar a otro, y b) el pago por ese traslado. Siendo de la naturaleza de dicho contrato la obligación a cargo del transportador de la custodia y conservación de las mercancías transportadas; el contrato de transporte genera una obligación de resultado cual es la de entregar la carga en el lugar de destino.

En el contrato de transporte corresponde al transportador el cargue y descargue de la mercancía.

González Lebrero

Op. cit. Pág. 269.

(27)

estima que “Aunque este contrato (transporte) requiera para su ejecución la navegación del buque, este hecho es meramente instrumental, pues la prestación fundamental y típica del transportador consiste en la entrega de la cosa en destino, en un resultado que ubica este contrato entre los de locación de obra”.

La parte demandante en su alegato final y para sustentar su afirmación acerca de la existencia de un contrato de transporte a carga total, expresa:

Que los elementos esenciales de este tipo de contrato son “Actividad de conducción y precio”, lo cual implica que” el transportador está obligado a recibirlas, conducir las y entregarlas en el mismo estado en que las recibió”; que “en el contrato de transporte marítimo, la nave en que se haya de ejecutar la prestación y su identificación, no son elementos de la esencia, y ni siquiera de la naturaleza del contrato (art. 1597)” y que “en este caso de transporte a carga total tampoco es de la esencia la designación de la nave (art.

1597), y aun cuando se haga esta designación, las partes pueden acordar la posibilidad de que el transportador la sustituya”.

También encuentra como elemento de la naturaleza del transporte a cargo total que el transportador debe “cuidar de que la nave se halle en estado de navegar y convenientemente equipada y aprovisionada”, que “Es obligación del remitente poner la cosa en el muelle o bodega respectivos” en cuyo caso, afirma el demandante, “el transportador deberá entregar al remitente el recibo en que conste que se ha embarcado la mercancía objeto del transporte, o el conocimiento de embarque, en su caso (arts. 1602 y 1640)”; concluye que sí hay transporte a carga total, porque “Ni el contrato de fletamento, ni el de arrendamiento de naves tienen por objeto mercancías cuyos derechos puedan incorporarse en un título valor”. La parte demandada en su alegato final, niega que se trate de contrato de transporte a carga total, para lo cual hace un parangón entre transporte y fletamento, en forma tal que al comparar lo ocurrido en el asunto sub examine con las dos figuras, sale a la conclusión en favor del fletamento.

2.11.Sobre el fletamento:

En cuanto al contrato de fletamento considera el tribunal que son sus elementos esenciales: a) que el armador ponga a disposición del fletador una nave, y b) que este le pague a aquel un precio; este contrato genera para el armador una obligación de medio que se deriva de la disponibilidad de la nave en condiciones de navegabilidad para cumplir uno o más viajes determinados o varios dentro de un período, si se trata de fletamento por viaje o de fletamento por tiempo.

Extractando aún más la esencia de cada contrato estima el tribunal que en el transporte el elemento principal es el traslado de una mercancía al paso que en el fletamento el aspecto capital radica en la disponibilidad de una nave. En el transporte es la carga y en el fletamento es el barco.

La parte demandante en su alegato de conclusión y en ello lo acompaña el tribunal considera que:

“Los elementos esenciales de este contrato, (fletamento) entonces, son:

- “a) La nave en que el armador se obliga a realizar el viaje o los viajes correspondientes, y
- b) La prestación a que se obliga el fletador.

Las partes son: armador o fletante y fletador.

Es claro, es evidente, no admite la menor duda que en este contrato elemento esencial es la nave en que se han de realizar el viaje o viajes, y que no es elemento esencial la mercancía que se haya de conducir de un lugar a otro, pues no es a esto último a lo que se obliga al fletante o armador, sino a proporcionar la nave, a colocarla en estado de navegabilidad, a armarla y equiparla convenientemente y a proveerla de los documentos de rigor para que el fletador pueda emplearla comercialmente, razón por la cual queda facultado para dar instrucciones de este sentido el capitán de la misma (arts. 1666, 1667, 1668 y 1675).

La parte demandada en el mismo alegato y haciendo la diferenciación con el contrato de transporte, en punto de fletamento expresa:

“El objeto del contrato de fletamento es la utilización del buque, es decir, la nave.”; “En el fletamento las partes que intervienen son el fletante y el fletador. El fletante es el armador o propietario de la nave, quien cede el uso de la misma. El fletador es el que contrata el uso de la nave”; agrega que: “El capitán de la nave, en representación del transportador, y de conformidad cuando establecido en el artículo 1538 del Código de Comercio, ejecuta el contrato de transporte, en vista de que el objeto del mismo es llevar las cosas de un lugar a otro. El armador o fletante es quien ejecuta el contrato de fletamento poniendo a disposición del fletador una nave determinada en estado de navegabilidad”; “En el contrato de transporte a carga total o parcial la nave debe ser especificada. Ello significa, que se debe establecer el tipo de nave que se requiere, esto es por ejemplo si se trata de una nave portacontenedores, o un buque refrigerado”; “En el contrato de fletamento, tal y como lo establece el artículo 1666 del Código de Comercio, la nave debe ser determinada, es decir, individualizada. De allí la importancia de la dominación del buque, que significa que el fletador debe suministrar al fletante toda la información de la nave que se va a poner a disposición incluido su nombre, bandera, calado, año de construcción, características de las grúas, tipo de escotillas, etc”. “En el contrato de fletamento no se toma ni se recibe la carga, y el fletador no se compromete a transportarla; se entrega y se recibe una nave”.

Rodiere

Op. cit. Loc. cit.

(28)

considera que “El fletamento por viaje no es ni un arrendamiento ni un contrato de transporte; es un fletamento. Mediante el fletamento por viaje, el fletante pone una nave a disposición del fletador con miras a realizar uno o más viajes ... Es evidente que no se trata de un contrato de transporte puesto que el fletante no se encarga de la mercancía; no se compromete a transportarla”.

En el mismo sentido Chorley

Op. cit.

(29)

expresa “En términos muy generales la póliza de fletamento (charterparty) es un contrato entre el fletador (charterer) y el propietario del buque, por el cual el primero alquila al segundo el uso del buque, bien por un cierto período de tiempo —p. ej. doce meses— y entonces es llamado fletamento a tiempo (*time charter*), o bien por un cierto viaje”.

González Lebrero

Op. cit.

(30)

coincide con el criterio anterior y dice: “En el fletamento a tiempo el fletador se procura un buque que sea idóneo para el transporte que cumplirá a riesgo suyo, **es decir que el transporte es el fin mediato, el motivo del contrato, pero no su objeto**”; (lo resaltado no es del texto).

Pérez

Op. cit.

(31) indica que “La doctrina y la jurisprudencia establecen que el contrato de fletamento, en su unidad, compromete todas las operaciones que preceden o que siguen al transporte propiamente dicho”; y Cervantes

[\(32\)](#)

enseña que “En el fletamento por viaje, el buque ... se pondrá a disposición del cargador o fletador por el viaje o los viajes que se hayan convenido”.

En cuanto al contrato de fletamento, este implica como aspecto esencial que el armador ponga a disposición del fletador una nave con la cual deberá cumplir uno o varios viajes o algunos viajes dentro de un plazo acordado. En este caso el fletador tiene a su disposición el uso de la nave para los efectos que a bien tenga entre los cuales se cuentan o efectuar un salvamento o fines deportivos o asistencia en un naufragio o realizar un transporte; no es de la esencia del contrato de fletamento el uso que se le vaya a dar a la nave, aunque sí ha de ser conocido por las partes para que estas se puedan otorgar las garantías recíprocas bien sean ellas expresas o implícitas.

El contrato de fletamento se celebra por el fletador con un armador, es decir con una persona que tiene la disposición de la nave bien sea como propietario, arrendatario, etc.

En el contrato de fletamento no es necesario que se expida un conocimiento de embarque, y en caso de que ello suceda puede obedecer a una de dos circunstancias: o como simple recibo por parte del capitán de las mercaderías embarcadas o como un verdadero título valor en aquellos casos en que el fletador ha contratado con terceros un transporte de mercancías.

2.12. El contrato probado:

Establecidos los elementos esenciales tanto del contrato de transporte como del contrato de fletamento, corresponde entrar a estudiar cuál de ellos fue el que celebraron las partes.

Considera el tribunal que el contrato acordado entre las partes se ajusta, en sus elementos esenciales, al contrato de fletamento por viaje, como pasa a explicarse.

1. Según la cláusula primera del contrato:

El “armador nominará el buque con las condiciones necesarias para la segura recepción, transporte y preservación del grano, estando el buque hermético, estanco, firme y asegurado en todas formas adecuado para el viaje, de acuerdo con las regulaciones locales e internacionales”.

2. Según la cláusula 2ª, se establece la cantidad de 30.000 T.M., el período de embarque, la noticia de alistamiento, los certificados requeridos y la opción de cancelación.

3. Según la cláusula 3ª, se indican los puertos entre los cuales se hará el viaje.

4. Según la cláusula 4ª, la estiba, la nivelación y el descargue, serán por cuenta del fletador.

5. Según la cláusula 8ª, se debe presentar la noticia de alistamiento en el puerto de cargue al suministrador del trigo dentro del período de embarque “siempre que el buque se encuentre

listo en todo aspecto para recibir la totalidad de la carga y habiendo sido aceptado por la aduana”.

6. Según la cláusula 9ª, se debe presentar la noticia de alistamiento en el puerto de descargue al fletador.

7. Según la cláusula 13, existe la obligación de “nominar ... el buque ejecutor definitivo”.

8. Según la cláusula 14, el fletador nominará al armador: la zona o área de embarque, puerto definitivo de cargue y muelle de cargue, con unos términos de antelación contados a partir del período de embarque.

9. Según la cláusula 15, el cargue del buque será por cuenta del suministrador.

10. Según la cláusula 16, se debe suministrar al fletador el aviso de fecha estimada de arribo para el cargue, el tiempo estimado de zarpe y el tiempo estimado de arribo a puerto de descargue.

11. Según la cláusula 18 se determina un tiempo que no contará como “tiempo de plancha”

Plazo que se utiliza para el cargue y descargue del buque en los puertos respectivos (*lay-days*).

(33)

.

12. Según la cláusula 19, el fletador tiene el libre uso de todos los equipos del buque, los cuales deben funcionar todos correctamente.

13. Según la cláusula 35, están prohibidos los transbordos.

14. Según la cláusula 45: “el transportador se compromete a registrar y enviar al Idema el contrato de fletamento (*charterparty*), correspondiente al buque que realice el transporte del producto, antes de la iniciación del período de embarque pactado, debidamente registrado ante la Dirección General Marítima y Portuaria (Dimar).

No obstante que algunas de las estipulaciones señaladas podrían incluirse en un contrato de transporte marítimo, máxime si se tiene en cuenta la regulación contenida en los artículos 1652 y siguientes del Código de Comercio, el tribunal considera que las referidas estipulaciones ligadas al objeto del contrato, cual es la nave misma, hace que sean propias de un contrato de fletamento, y específicamente de fletamento por viaje.

Elemento muy importante en el contrato de fletamento, que no en el de transporte, es la nominación del buque que se va a poner a disposición del fletador, dado que el armador no puede sustituirlo, y comprende entre otras cosas el nombre, pabellón, capacidad de carga, tonelaje de registro bruto y neto, clasificación, etc., y todo ello aparece en el contrato ajustado.

Se indica también en el contrato el cargamento la cantidad que se va a cargar, que admite una tolerancia del 5%, indicándose su naturaleza (trigo) y medida utilizada (T.M.) y en el flete se incluye también el “falso flete” (flete sobre vacío, *o dead freight*), o sea la diferencia entre lo cargado y lo que se debió cargar.

Se indica en el contrato el viaje que debe realizarse, respecto del cual se indicarán los datos más precisos a partir del período señalado para el embarque.

Se señala en el contrato que debe darse, en un caso al suministrador (puerto de cargue) y en el otro al fletador (puerto de descargue), sobre el cual también Álvarez Correa [\(34\)](#)

expresa: “El aviso de alistamiento (Notice of Readiness) dado por el capitán implica que la nave ha cumplido con las dos obligaciones necesarias para poner el buque a disposición del fletador: la nave ha llegado y se encuentra totalmente apta para el cargue o el descargue. Al darse el aviso, el fletador tiene la obligación de cargar o de descargar, y es el momento desde cuando se comienza a contar el respectivo tiempo”.

En el contrato se prevé el estado de navegabilidad del buque (*seaworthiness*) en todo momento.

En contrato se establece que el buque deberá navegar y proceder a velocidad conveniente hacia un puerto seguro (*safe port*) y muelle seguro, que deberá cargar en puerto seguro, en muelle seguro, siempre a flote, siempre accesible, en un puerto y muelle indicados por el fletador y descargará en Buenaventura, en muelle seguro, no siempre a flote pero con condiciones de fondo seguro; y existe la opción del fletador para usar un segundo muelle en los puertos de cargue y descargue.

El contrato prevé premisos y demoras para los tiempos de cargue y descargue y ratas de estos.

En el contrato se hace referencia al “conocimiento de embarque” y además “limpio a bordo” y en ello encuentra la parte demandante uno de sus argumentos para deducir la existencia de un contrato de transporte, cuando expresa que la expedición de este documento es típica de este contrato. La expedición del conocimiento de embarque no genera por sí sola el contrato de transporte ni es elemento esencial que lo tipifique; en el caso en cuestión se mencionó pero para los efectos de la carta de crédito para el pago del flete. Y es que el conocimiento puede cumplir varias funciones, como lo expresa Chorley [\(35\)](#)

: “conocimiento de embarque. ... sin embargo, también en el caso de que se haya fletado un buque se emite necesariamente un conocimiento de embarque; pero en tal caso no se emite el conocimiento como prueba de los términos del contrato sino como prueba de la carga de las mercancías, esto es, como un recibo. Funciones del conocimiento de embarque. Sucede pues que un conocimiento de embarque cumple tres funciones diversas: a) la de servir de prueba de las condiciones del contrato de fletamento; b) se medio de prueba del embarque de las mercancías, ..., y c) ser medio de prueba de que su tenedor es propietario de las mercancías. ... conocimiento de embarque limpio. El conocimiento de embarque por tanto reconoce el embarque a bordo de las mercancías, y las describe en forma que puedan ser fácilmente identificadas en la descarga por medio de la indicación del número de bultos, cantidad y marcas de embarque. Normalmente también el documento contiene una indicación de cualquier cosa que esté mal de las mercancías en el momento en que son embarcadas, como por ejemplo “dos bultos rotos y sucios”. cuando el conocimiento de embarque contiene alguna declaración de esta clase se dice que está “calificado” (*qualified*); el conocimiento sin tal declaración se dice que está limpio (*clean*)”.

Se alega por la parte demandante en abono de su tesis sobre la existencia del contrato de transporte (a carga general), que: a) así figura en la invitación; b) que en la parte inicial del contrato se hace mención a Colmares como transportador “(que como es sabido actúa en nombre de T.M.M.)” y, c) que así se aceptó en la contestación de la demanda.

Con respecto a lo manifestado en la invitación, es oportuno traer a colación que lo explica González

Op. cit. Pág. 255.

(36)

“En el fletamento ... el fletador se procura un buque que sea idóneo para el transporte que cumplirá a riesgo suyo (lo resaltado no es del texto), es decir que el transporte es el fin mediato, el motivo del contrato, pero no su objeto”. El fletante se obliga a hacer navegar el buque ... de manera de hacer posible el transporte”.

En cuanto a lo primero, la invitación, justamente ha sucedido lo que indica González; en el caso que se estudia, la invitación contiene el motivo del contrato, su fin mediato, pero no su objeto, pues este está delimitado en el contrato mismo y no es otro que el fletamento de un buque, en el cual Idema haría un transporte a riesgo suyo.

En cuanto a lo segundo, la calificación jurídica del mismo como “transporte” es irrelevante, pues que si a ello vamos, encontramos que el demandante, en varias ocasiones ha calificado el contrato como de fletamento, como se indica a continuación”.

En efecto, en la diligencia de interrogatorio como prueba anticipada, efectuada a petición de Idema en el Juzgado 5º Civil Municipal de Santafé de Bogotá, el 5 de febrero de 1992, se lee en una pregunta hecha por el mismo apoderado que actúa en este proceso: “El año pasado a comienzos el Idema abrió un concurso de ofertas para transporte marítimo internacional de fletamento con el fin de celebrar contratos de fletamento hasta diferentes puertos colombianos ...”. Y en la misma diligencia, existe también otra pregunta formulada también por el apoderado de Idema que dice: “Solicito amablemente que informe si Colmares suscribió con el Instituto de Mercadeo Agropecuario en su propio nombre y en representación de Transportación Marítima Mexicana los contratos de fletamento 225, 226, 227, 228 y 230...”.

Y también le dio la misma calificación de fletamento en el contrato y en la demanda inicial de este proceso.

Significa todo lo anterior, que la identidad jurídica de un contrato no depende de la denominación que en un momento determinado se le dé, sino, como se dijo al comienzo, de que concurren los elementos esenciales de un contrato típico o nominado.

Así las cosas. El tribunal reitera que califica el contrato como de fletamento con todas sus características y consecuencias, y por ello prescinde de estudiar si se trata de un contrato inominado o atípico.

Finalmente, en relación con las copias del contrato 36 de 1979 suscrito por el Idema con Haldekis Costalas and Wiemken, Inc. y la sentencia que vinculada al mismo hubo de proferir el 23 de abril de 1992 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aportadas por la parte actora al final de la audiencia de alegatos, el tribunal llama la atención sobre la circunstancia de que si en esa ocasión no se dudó de que el negocio fuese de transporte, ello se debió a que el contrato no fue igual a los esgrimidos en este asunto, como también a que no fue materia de debate. De la sola lectura de las cláusulas décima quinta y décima séptima del contrato aportado en la audiencia de alegatos, para no hacer referencia a las demás, se desprende que este no podía ser considerado de fletamento y que no es igual a los que motivaron este litigio.

3. De la excepción de prescripción

Establecido y definido por el tribunal que existió contrato de fletamento, se procede ahora a estudiar si se consumó o no la aludida prescripción extintiva, como lo alega la parte demandada, o si se produjo interrupción de la misma. Como se recordará, la parte demandada formuló como excepción previa la de caducidad, que en su oportunidad el tribunal por considerarla prescripción extintiva, la despachó desfavorablemente por no ser ese el momento procesal en el que debía estudiarse sino este, atendiendo su carácter de defensa de mérito.

En esa oportunidad, y así lo reitera el tribunal, se dijo que el término a que hace referencia el artículo 1677 del Código de Comercio invocado por la parte demandada, es constitutivo de prescripción extintiva y no de caducidad.

Ciertamente, el artículo 1677 del Código de Comercio, aplicable en este evento, dispone que:

“ART. 1677.—Las acciones derivadas del contrato de fletamento prescribirán en el lapso de un año.

Este término se contará, en el fletamento por tiempo determinado, desde el vencimiento del contrato o desde el último viaje, en caso de que este se prorrogue más allá de dicho vencimiento.

En el fletamento por viaje, la prescripción correrá desde que el viaje haya terminado.

En caso de impedimento para iniciar o cumplir el viaje, la prescripción comenzará a correr desde el día en que haya ocurrido el suceso que hizo imposible la ejecución del contrato o la continuación del viaje.

En caso de pérdida presunta de la nave, el término de prescripción correrá desde la fecha en que le sea cancelada la matrícula”.

La parte demandada sitúa el 28 de marzo de 1991, como la fecha a partir de la cual debe computarse el término de la prescripción extintiva, lo que en sus cálculos le permite concluir que si la demanda se presentó solo hasta el 14 de abril de 1992 ante el director del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, se consumó la alegada prescripción.

Para la parte actora, tal solicitud no puede ser de recibo, por cuanto en su opinión el contrato siendo de transporte y no de fletamento está sujeto a dos años y no a uno de término de prescripción. El tribunal no quiere dejar pasar por alto el hecho de que si bien la parte convocante sostuvo finalmente que su criterio favorecía la tesis de que se estaba en presencia de un contrato de transporte, en el escrito inicial de demanda con el que promovió el otro Tribunal de Arbitramento relacionado con el contrato 225, que hace parte integral de este asunto por haberse trasladado las probanzas de un expediente al otro, concretamente en la pretensión primera subsidiaria, se hizo referencia a un “contrato de fletamento”, denominación en la que no se insistió en el escrito de reforma al libelo, presentado con posterioridad a la formulación de la excepción de prescripción. En idéntico sentido, téngase presente que en el interrogatorio de parte anticipado que formuló la parte actora al representante legal de Colmares en el Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá el 5 de febrero de 1992, al formular las preguntas primera y cuarta, respectivamente, el apoderado del Idema indagó por los “contratos de fletamento” (fls. 92 y 93 del cdno. de pruebas solicitadas por la demandante)”.

En todo caso, la parte actora también ha sostenido que aun cuando el término de prescripción fuese de un año, este quedó interrumpido cuando Colmares en su télex del 4 de abril de 1991 dirigido al Idema, para dar respuesta a la comunicación del 1° de abril, manifestó que “en cualquier evento Colmares mantiene su posición sobre la voluntad de cumplimiento de los embarques mencionados”, y que como la demanda se presentó el 3 de abril de 1992, no alcanzó a consumarse la prescripción.

De haberse presentado la demanda el 3 de abril de 1992, le asistiría razón al actor en cuanto afirma que el término de la prescripción extintiva quedó naturalmente interrumpido el 4 de abril de 1991, con ocasión del télex de esa fecha en el que Colmares expresamente estaba manifestando al Idema no solo su inconformidad con la decisión de terminación unilateral de los contratos 226, 227, 228 y 230, sino su voluntad de cumplir las obligaciones de todos estos negocios.

Empero, como contrario a lo que afirmó el actor en su alegato de conclusión, la demanda no se presentó el 3 de abril de 1992 sino el 14 del mismo mes (ver sellos que aparecen en la última hoja de la demanda en el fl. 22 del cdno. ppal.), es evidente entonces que su planteamiento de que no se consumó la prescripción, no puede ser de recibo.

Por lo dicho, el tribunal habrá de acoger favorablemente la excepción de prescripción extintiva, pues si bien el cómputo del término no pudo iniciarse a partir del 28 de marzo de 1991, como equivocadamente lo sitúa la parte demandada, sino a partir del 4 de abril del mismo año, oportunidad última en la que se produjo la interrupción natural, la demanda solo vino a presentarse el 14 de abril de 1992 y no el 3 de abril de 1992, como erradamente lo sostuvo la parte demandada en su alegato de conclusión, (fl. 22 del cdno. ppal.), fecha para la cual fatalmente ya había operado la alegada prescripción.

No obstante coincidir el tribunal con el planteamiento de la parte actora, de que el término de prescripción quedó interrumpido con el télex de Colmares al Idema del 4 de abril de 1991, y que por tanto cualquier cómputo a realizarse debe iniciarse a partir de ese día, se considera conveniente precisar las razones por las cuales se descarta la del 15 de abril de 1991, último día del período de embarque, fijado en ambos contratos.

De acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 1677 del Código de Comercio, lo que en este evento sucedió fue que no pudieron iniciarse siquiera los viajes, en primer término porque no se nominó oportunamente el buque, y en segundo lugar, porque ante ese hecho el Idema produjo su comunicación del 28 de marzo de 1991. como se ve, ninguna incidencia puede tener para los fines del cómputo del término de prescripción el hecho que el último día del período de embarque fuese el 15 de abril de 1991, porque es evidente que desde mucho antes ya se había producido el suceso que impedía iniciar los viajes.

Tan evidente es que Colmares tuvo certeza de que a partir de haber recibido la comunicación del Idema del 28 de marzo de 1991 ya no podía cumplir con las obligaciones

derivadas de los contratos 226 y 227 de 1991, que ni por asomo se trajo prueba alguna al plenario de que con posterioridad a esa fecha, y ni siquiera al 4 de abril de 1991, oportunidad en la que expresamente reconoció sus obligaciones, hubiere intentado iniciar las gestiones para atender así fuese tardíamente sus prestaciones.

Así las cosas, habiéndose producido primero el incumplimiento de Colmares para nominar el buque, después la carta del Idema del 28 de marzo de 1991, y finalmente, el télex de Colmares al Idema del 4 de abril de 1991, en el que aquella reconoció expresamente sus obligaciones, resulta inevitable concluir que a partir de la última fecha las partes tuvieron plena certeza de que los viajes no se realizarían, y que por tanto no era necesario esperar la llegada del último día del período de embarque, para arribar a esa conclusión.

De otra parte, es importante aclarar que así se considere la prescripción extintiva del artículo 1677 del Código de Comercio, como de corto tiempo, a ella no le son aplicables los artículos 2544 inciso final y 2536 del Código Civil. En efecto, si bien estas normas disponen que una vez interrumpida la prescripción de corto tiempo, se reanuda el cómputo del término para ejercer válidamente el derecho, pero no por el mismo período inicial sino por el de veinte años, ello solo será posible a condición de que se den los presupuestos de que trata el artículo 2545 del Código Civil esto es, que en relación con las demás prescripciones de corto tiempo haya norma expresa que así lo permita, la cual no existe en materia del contrato de fletamento.

Para apoyar su decisión, el tribunal considera pertinente recoger lo dicho por el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en su fallo del 23 de abril de 1992, que si bien versaba sobre un contrato de transporte resulta también aplicable al tema que se viene tratando, pues en uno y otro eventos se trata de prescripciones de corto tiempo, ambas previstas en el estatuto mercantil. Dijo la alta corporación:

“Se complementa esta conclusión del artículo 2545 del Código Civil en el sentido de que las prescripciones de corto tiempo “a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos y contratos, se mencionan en los títulos respectivos...”, mención expresa que se contiene en el título IV del libro cuarto como “del contrato de transporte” y en el libro quinto “La navegación”, ambos del Código Mercantil.

Corolario obligado de lo expuesto es que la prescripción de corto tiempo establecida en el artículo 993 del estatuto comercial se regula conforme al artículo 2545, sin someterse a la modificación del plazo consagrada en el último inciso del artículo 2544 del ordenamiento civil, entre otras razones, porque esta norma se refiere a las prescripciones “mencionadas en los dos artículos anteriores” (2542 y 2543), sin alcanzar el posterior, o sea, el 2545, de donde se concluye que al interrumpirse la prescripción, el nuevo período será de otros dos años, en ningún caso pasará a ser de veinte años, como en la prescripción ordinaria, según lo pretende en sus planteamientos la parte demandante”.

Y en el mismo sentido se había pronunciado la Sala de Casación en lo Civil de Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia del 28 de febrero de 1984, de la que fue ponente el doctor José María Esguerra Samper, en los siguientes términos:

“Por lo demás el resultado de la renuncia, igual que la interrupción, es la prescindencia de todo el tiempo de inercia corrido hasta entonces de modo que el cómputo se reinicia, con posibilidad prácticamente indefinida de que se repitan los fenómenos hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente. Término que en el caso de “las prescripciones de corto tiempo a que están sujetos las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos que se mencionan en los títulos respectivos” es ese mismo lapso.

“Por lo tanto, reanudada la cuenta y cumplido el término de prescripción en el lapso transcurrido entre la renuncia o la interrupción y el ejercicio del derecho, e invocado ese modo de extinción por el deudor demandado, no hay duda de su ocurrencia con los efectos extintivos que le son propios”. (negrilla fuera de texto).

Por todo lo dicho para el tribunal resulta claro que en el presente caso se consumó el término de la prescripción de que trata el artículo 1677 Código de Comercio pues, debiendo haberse presentado la demanda entre el 4 de abril de 1991 y el 4 de abril de 1992, solo vino a ser formulada el 14 de abril de 1992, fecha para la cual de la única forma como hubiera podido evitarse la declaratoria de prescripción, habría sido con la renuncia o el silencio frente a la misma de la parte demandada, la que, por el contrario, la hizo valer en su favor.

Ante la prosperidad de la excepción de prescripción extintiva, el tribunal atendiendo las voces del inciso segundo del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil se abstiene de estudiar las restantes excepciones propuestas o las que de oficio llegare a encontrar

probadas, no sin antes pronunciarse sobre la objeción a uno de los dictámenes periciales rendidos durante el curso del proceso.

4. Resolución de la objeción al dictamen pericial

Como quiera que el artículo 111 de la Ley 23 de 1991, reformatorio del artículo 42 del Decreto 2279 de 1989, dispuso que las objeciones a los dictámenes periciales se resolverían en el laudo, no importa el sentido en el que este haya de proferirse, es del caso entrar a decidir la que se encuentra pendiente de decisión formulada contra el experticio realizado por los peritos contadores y financieros.

En efecto, rendido el experticio contable y financiero, la parte demandada lo objetó por error grave acaecido en la respuesta número 9, según ella porque el dictamen se elaboró partiendo de un supuesto incumplimiento del Idema, lo cual “...tiene una incidencia directa en el resultado final...”, no especificando la objetante si ese resultado se refiere al del mismo experticio o al del proceso.

El error grave se sustentó en el hecho de que los peritos hubieren dado crédito a una afirmación suministrada a ellos por la doctora Patricia Sanclemente Barco, “según la cual el Idema había incumplido una cláusula del contrato que exigía avisar con anticipación la llegada del buque, lo cual generaba el pago de bodegajes e intereses, pero considerando que el Idema era uno de los principales clientes del proveedor con quien necesitaban mantener excelentes relaciones, este último accedió a la reducción de tales montos...” (fl. 903 1ª parte cdno. ppal.).

En sentir de la parte objetante, la versión de la doctora Patricia Sanclemente Barco recogida en el experticio, no coincide con los términos de la carta del 8 de agosto de 1991 dirigida por el Idema a Sabar Trading y Cía. Ltda., en la que por el contrario, se afirma que no hubo incumplimiento contractual “...y que los valores a pagar no pueden ser distintos de los acordados en el mismo contrato...”, y en la que además se mencionan otros factores “...como la congestión portuaria que ni siquiera enuncian los señores peritos en su dictamen...”.

Antes de dar curso a la objeción formulada, se atendió la solicitud de la parte demandada para que los peritos aclararan “...exactamente cuál fue la información que recibieron de la doctora Patricia Sanclemente, ex funcionaria del Idema y representante de los proveedores del trigo en el país pues lo manifestado por ellos no guarda relación con lo establecido por

la doctora Sanclemente en su declaración ni con los documentos relativos al pago del precio del trigo y sus sanciones...”. (fl. 903 de la 1ª parte del cdno. ppal.).

A esta aclaración, los peritos respondieron que tal afirmación fue el entendimiento que tuvieron tanto el señor Luis M. Guijo, experto contable que en nombre de los peritos realizó varias visitas, como ellos mismos, sobre las razones que determinaron la transacción a la que se llegó entre el proveedor del trigo y el Idema. Empero, si bien los peritos aclararon el experticio respondiendo lo solicitado por la parte demandada, fueron enfáticos al explicar que tales conversaciones no tuvieron incidencia alguna en el experticio. Al respecto, expresaron los peritos:

“Sin embargo, estas (se refieren a las conversaciones con la doctora Patricia Sanclemente) nunca fueron utilizadas a lo largo de todo el peritazgo como base para alguna afirmación del dictamen. En efecto, se hicieron los cálculos idénticos para todos los escenarios posibles, tal como se muestra en las respuestas 9, 10, 11, 12 y 13 del formulario presentado por el abogado del Idema, y en ninguna parte se orientó la respuesta hacia una posibilidad u otra, haciendo uso de dichas informaciones adicionales. Por lo anterior, tal como se puede observar en la lectura del informe, el dictamen no fue elaborado partiendo de un hecho u otro (los peritos se están refiriendo a si hubo o no incumplimiento del contrato por parte del Idema), sino que se limitó a presentar los cálculos solicitados para todos los eventos solicitados (sic)”. (fls. 15 y 16 del cdno. ppal., 2ª parte).

De esta aclaración se corrió traslado a las partes sin que en esta nueva oportunidad se hubiere formulado objeción, quedando por tanto pendiente de decisión, la que inicialmente se planteó.

Aun cuando la propia aclaración del experticio dejó sin piso la objeción formulada, por cuanto resultó evidente que los peritos no partieron del supuesto de que el Idema había cumplido o no sus obligaciones contractuales con los proveedores del trigo, el tribunal autorizó el decreto y práctica de las pruebas solicitadas para probar la objeción, consistentes en las declaraciones de la doctora Patricia Sanclemente y del señor Luis M. Guijo.

La doctora Sanclemente en su declaración niega haber ratificado la información que según los peritos les fue suministrada en el Idema, y en términos generales coincidió en que el tema de la no nominación del buque no tenía importancia alguna. A su turno, el señor Luis M. Guijo refirió el alcance de su participación solo en la parte contable, pues en la que fue

materia de objeción se limitó a responder que la doctora Patricia Sanclemente le había informado que el arreglo del Idema y Sabar Trading y Cía. Ltda., se había concluido “por motivos comerciales...”.

El artículo 238 inciso 4º del Código de Procedimiento Civil prevé que constituye error grave el “que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas...”. No es pues cualquier error el que tiene el poder de tornar inapreciables las conclusiones de los peritos, sino aquel que haya influido en las decisiones o que se encuentre en las mismas. Dicho de otra forma, si los peritos yerran en cualquier otro punto ello no impedirá acoger ni valorar el experticio, pues en tal caso se prescinde de la deliberación o conclusión erradas, lo que es posible, precisamente porque ninguna incidencia tienen.

Al respecto el tribunal comparte la opinión del profesor Daniel Suárez Hernández (CPC, 4ª edición actualizada, comentada, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1991, págs. 558 y 559) y hace suyas las siguientes apreciaciones por resultar aplicables al presente caso:

“De otro lado el numeral 4º del artículo 238, que regula el procedimiento para la contradicción de la pericia, trae una novedad importante, consistente en que el dictamen puede ser objetado por error grave, siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas, con lo cual se está canalizando un poco más lo ya establecido sobre el particular por el código del 70, pues en este simplemente se dijo “objeción por error grave” y nada más. Doctrinariamente se ha dicho que el error puede estar en un momento dado en el objeto analizado, en los estudios, ensayos o experimentaciones que hagan los peritos, pero que también puede recaer sobre las conclusiones. Útil resultará la novedad de este precepto, dado que si el error endilgado al dictamen no afecta las conclusiones o no se origina en estas, el juez al valorarlo detectará la equivocación, hará caso omiso de dicho aparte y podrá acoger las conclusiones que no se encuentran afectadas por el error. Las conclusiones del dictamen que son las que realmente atan al juez y a las partes en el proceso, pues son ellas las que van a servir de apoyo para el dictado del fallo, son las que habrán de ser tenidas en consideración.

De manera que los demás errores, así hayan sido garrafales o protuberantes, si no incidieron o no se originaron en las conclusiones no ameritan ser materia de objeción por error grave,

por lo que el juez deberá analizar el dictamen y el escrito de objeciones para ordenar o rechazar de plano el trámite de las mismas.

Acorde con la reforma al numeral 4°, está la introducida al numeral 5° del mismo artículo 238, al imponer que el escrito de objeciones debe precisar el error y contendrá la aportación y petición de pruebas para demostrarlo. Dicho escrito deberá evidenciar la incidencia del error enrostrado al dictamen en las conclusiones del mismo, o reflejar que aquel se originó en estas. En lo demás se mantiene el texto original del artículo 238”.

Con base en lo anterior, para el tribunal es claro que independientemente de que así el experto señor Luis M. Guijo y los peritos hubieren entendido erradamente lo que refirió la doctora Patricia Sanclemente, acerca de la forma como cumplió el Idema el contrato con el proveedor del trigo, ello no es constitutivo de error grave.

Ciertamente, como antes se dijo, los mismos peritos descartaron la posibilidad de tal yerro, cuando al aclarar el experticio precisaron que sus conclusiones no estuvieron fundadas en la supuesta versión de la doctora Patricia Sanclemente.

Pero además, aún suponiendo que los peritos no hubiesen aclarado el experticio en la forma como lo hicieron, concretamente en el punto que suscitó la objeción, tampoco podría abrirse paso la misma, pues ella se limitó a denunciar un error sin adentrarse en conclusiones. En efecto, recuérdese lo expresado antes en el sentido de que la objetante solo atinó a sostener con notoria timidez que el error de los peritos “...tiene una incidencia directa en el resultado final...”, sin precisar si esa consecuencia se reflejaba en las conclusiones del experticio o en las que habrá de adoptar el tribunal en el laudo.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que el tribunal declare no probada la objeción al dictamen contable y financiero, como en efecto así lo decretará en la parte resolutive del laudo, se repite, primero porque no hubo error grave en las deliberaciones o conclusiones, y segundo, porque la apreciación de los peritos sobre el alcance de la información suministrada por la doctora Patricia Sanclemente no tuvo incidencia en la conclusión que se hubiere podido adoptar al dar respuesta al interrogante 9 del cuestionario, ni en ninguna de las otras preguntas.

El tribunal deja consignado que a pesar de que el error de apreciación de los peritos sobre el alcance e impresión que en ellos produjo la información referida por la doctora Patricia Sanclemente al señor Luis M. Guijo, no fue grave ni tuvo incidencia alguna en las

deliberaciones y conclusiones del dictamen, en todo caso, omitiré este aparte del dictamen, para fundar la decisión que haya de adoptarse no solo en las demás consideraciones del experticio que resulten pertinentes, sino también en los otros medios de prueba obrantes al proceso. Es decir, el tribunal no tendrá en cuenta la supuesta afirmación de que el Idema reconoció haber incumplido el contrato con los proveedores del trigo, entre otras razones, porque finalmente los peritos así lo indicaron al aclarar su experticio.

5. Condena en costas

Con fundamento en lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y en el inciso 2° del artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, habiendo resultado vencida la parte demandante, como así se declarará en la parte resolutive, es del caso condenarla al pago de la totalidad de las costas causadas en este proceso, las cuales ascienden a la suma de veinte millones cuatrocientos quince mil pesos (\$ 20.415.000), según la siguiente liquidación:

La suma de \$ 10.000.000 por concepto de agencias en derecho a favor de las entidades demandas, y en idénticas proporcionales, según fijación realizada por el tribunal teniendo en cuenta la tarifa de la Corporación Colegio Nacional de Abogados Conalbos, aprobada mediante Resolución 20 de 1992 por el Ministerio de Justicia.

Lo anterior para un gran total de treinta millones cuatrocientos quince mil pesos (\$ 30.415.000).

III. Decisión

En consecuencia, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir en derecho las controversias que se han dejado expuestas, y conformado por los doctores Rafael H. Gamboa, Luis Helo K. y Ramiro Bejarano Guzmán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probada la objeción por error grave formulada al dictamen pericial realizado sobre los aspectos contables y financieros.

2. Declarar probada la excepción de prescripción extintiva propuesta por la parte demandada, y en consecuencia extinguidos los derechos y obligaciones que hubiere podido o pueda reclamar el Instituto de Mercadeo Agropecuario “Idema”, en relación con los COFL 2 y 3 de 1991 o los contratos 226 y 227 de 1991.

3. Condenar al Instituto de Mercadeo Agropecuario “Idema”, a pagar a Colmares Ltda., y a Transportación Marítima Mexicana, S.A. de capital variable, por partes iguales entre ellas, las costas generadas por causa de este proceso, conforme a la siguiente liquidación, que incluye además agencias en derecho, así:

4. Protocolícese, con cargo al rubro de gastos, el expediente en la Notaría 47 del Círculo de Santafé de Bogotá, una vez se encuentre ejecutoriado el presente laudo.

Notifíquese.
