

## Laudo Arbitral

1997

Daniel J. Fernández & Cía. Ltda.

v.

Fiberglass Colombia S.A.

Febrero 19 de 1997

### **Acta 21**

En Santafé de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997) siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), fecha y hora fijadas mediante auto de fecha quince (15) de enero de 1997, se reunieron en la sede del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la carrera novena número 16-21 piso 4°. Los doctores Ernesto Gamboa Morales quien preside, María Clara Michelsen Soto y Carlos Enrique Marín Vélez, árbitros, al igual que el secretario Ricardo Vanegas Beltrán, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo. Así mismo asistieron los doctores Danilo Devis Pereira y Eduardo Devis Morales, apoderados principal y suplente de la parte actora y Rafael H. Gamboa Serrano, apoderado de la parte demandada.

Abierta la audiencia el presidente autorizó al secretario para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por los ámbitos unánimemente.

### **Laudo arbitral**

Santafé de Bogotá diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

Agotado el trámite legal y estando dentro de oportunidad para el efecto, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo con el cual dirime la controversia sometida a su decisión.

### **I. Antecedentes**

El veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996) Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. por conducto de apoderado judicial solicitó la integración del presente tribunal de arbitramento, formulando demanda ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, contra la Sociedad Fiberglass Colombia S.A., para solucionar las divergencias que tuvieron origen en la relación contractual que mantuvieron la demandante y la demandada hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 1995.

El treinta y uno (31) de enero de 1996, la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, admitió la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento y corrió traslado a la parte convocada por el término de diez (10) días. Fiberglass Colombia S.A., también por conducto de apoderado judicial dio oportuna contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito y excepciones previas el veintiocho (28) de febrero de 1996.

De las excepciones de mérito y de las excepciones previas, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, corrió traslado a la parte demandante.

El apoderado de Daniel J. Fernández & Compañía Ltda., el doce (12) de marzo de 1996 dio respuesta a las excepciones previas que propuso la parte demandada.

Para dar cumplimiento al numeral 3° del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, las partes acudieron a audiencia de conciliación, la cual fue presidida por la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la cual se llevó a cabo el día once (11) de abril de 1996 y fue suspendida para continuarla el dieciocho (18) de abril del mismo año. Al finalizar la audiencia del dieciocho (18) de abril de 1996, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, la audiencia de conciliación se dio por terminada.

En ejercicio de la facultad otorgada por las partes, la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá designó a los árbitros. El veintinueve (29) de abril de 1996, la parte demandante reformó la demanda y presentó un texto completo de la demanda reformada.

El treinta (30) de abril de 1996 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, admitió la reforma de la demanda y corrió traslado de la misma por el término cinco (5) días a Fiberglass Colombia S.A.

“1. Se declare que entre las sociedades “Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. U y “Fiberglass Colombia S.A.” existió un contrato de agencia comercial entre el veintisiete (27) de noviembre de 1965 y el treinta y uno (31) de diciembre de 1995.

2. Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada a pagar a la demandante dentro del término que la sentencia o laudo señale, el equivalente a la doceava parte del promedio de las utilidades de esta última en la reventa de los productos de aquella, durante los tres (3) años anteriores al treinta y uno (31) de diciembre de 1995, por cada uno de los treinta (30) años en que tuvo ese encargo (nov. 27/65 dic. 31/95); incluyendo en la estimación de este promedio, la remuneración o utilidad a que tenía derecho el agente por las ventas directas a terceros (distintos a otros agentes comerciales y/o distribuidores) realizadas por la demandada en el territorio que le fue asignado, durante estos mismos tres años anteriores al 31 de diciembre de 1995. Y se le condene a pagar los intereses comerciales de mora sobre esta suma, a partir del treinta y uno (31) de diciembre de 1995 hasta el pago, y la corrección monetaria que corresponda entre esa fecha, y la del pago.

3. Como consecuencia de la primera declaración, y por su terminación unilateral del contrato sin justa causa, se condene a la demandada a pagar a la demandante, dentro del término que la sentencia o el laudo señale, una indemnización equitativa, fijada por peritos dentro del proceso, como retribución a sus esfuerzos de más de 30 años, para acreditar la marca y la línea de productos de aquella. Y se le condene a pagar los intereses comerciales de mora sobre el valor que se fije a dicha indemnización, a partir del treinta y uno (31) de diciembre de 1995 hasta su pago, y la corrección monetaria que corresponda entre esa fecha y la del pago.

4. También como consecuencia de la primera declaración, se condene a la demandada a pagar a la demandante la remuneración o utilidad que le corresponde por las ventas directas a terceros (distintos a otros agentes comerciales y/o distribuidores) que realizó en los territorios asignados a aquella durante el desarrollo de su relación contractual. Y se le condene a pagar los intereses comerciales sobre lo debido hasta la fecha del pago, y la corrección monetaria que corresponda, hasta esa fecha.

#### **5. Se condene a la demandada a pagar las costas del proceso.**

Fiberglass Colombia S.A. dio contestación a la demanda, manifestando su oposición a las pretensiones y formulando las siguientes excepciones:

“1. No existió contrato alguno de agencia comercial, ni con Daniel J. Fernández, ni con José Daniel Fernández, ni con Daniel J. Fernández & Compañía Ltda.

2. Prescripción con relación de las acciones o pretensiones de Daniel J. Fernández López o José Daniel Fernández contra Fiberglass Colombia S.A.

3. Prescripción con relación de las acciones o pretensiones de Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. contra Fiberglass Colombia S.A., derivadas de cada uno de los diferentes contratos celebrados entre las partes.

4. Carencia de derecho sustancial en la parte demandante.

5. Compensación.

6. Novación.

7. Falta de legitimación de Daniel J. Fernández o José Daniel Fernández, en su propio nombre.

8. Cualesquiera que resulte probada“.

Los hechos en que la parte demandante funda sus pretensiones son los siguientes:

1. El veintisiete (27) de noviembre de 1965 la sociedad demandada celebró contrato de agencia comercial con el señor José Daniel Fernández para que se desempeñara como aplicador autorizado de sus aislantes térmicos para revestimiento de tuberías tanques, equipos y demás aplicaciones industriales que aquella fabricaba o importaba, con el consiguiente encargo de promover sus productos y conquistar el mercado en el territorio que le fue asignado.
2. Por escritura pública 3249 de diciembre 19 de 1972, de la Notaría Tercera de Barranquilla, el señor José Daniel Fernández en socio de su esposa y sus dos hijos, constituyó la sociedad Daniel J. Fernández & Compañía Limitada“ con el fin de cederle a esta última el contrato de agencia comercial que personalmente tenía celebrado con la demandada. Al constituirse esta sociedad, el señor Fernández se reservó 425 de las 500 cuotas del capital social, y asumió su representación legal.
3. La cesión del contrato de agencia comercial, se hizo efectiva inmediatamente después de la constitución de la sociedad demandante, e incluyó, naturalmente, las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato cedido.
4. La cesión de contrato en favor de la demandante, se efectuó con la aquiescencia de la demandada, sin que se hubiese presentado interrupción alguna en la ejecución del contrato, en razón de su cesión. Por lo que inmediatamente después de su constitución, el 19 de diciembre de 1972, y hasta el 31 de diciembre de 1995, la sociedad “Daniel J. Fernández Compañía Limitada“ continuó con el encargo que tenía el cedente desde el 27 de noviembre de 1965, de promover y revender en distintas zonas de la República de Colombia, los productos fabricados o importados por la demandada.
5. La actividad desarrollada por el agente comercial durante más de 30 años (nov. 27/65 - dic. 31/95) a través de una gestión independiente, permanente y estable, contribuyó decisivamente para acreditar las marcas y facilitar a la demandada la conquista de su mercado, no solo en las zonas asignadas, sino también en otras zonas del territorio nacional.
6. La sociedad demandante —al igual de la persona natural que le cedió el contrato— actuó como agente distribuidor de la demandada mediante la compra para la reventa de sus productos, coexistiendo así, en esas relaciones comerciales de más de 30 años, el contrato de agencia comercial con el contrato de suministro (más conocido en nuestro medio como contrato de distribución), utilizando la modalidad de mercadeo en la que el agente sería comprador de los productos del empresario, para revenderlos directamente a terceros. Con la expresa obligación impuesta al agente en los correspondientes contratos, de sujetarse a las directivas e instrucciones de la demandada para la comercialización de sus productos, como lo son, entre otras, la de “no revender los artículos de “Fiberglass“ a precios o en condiciones diferentes a los previamente establecidos por ella“, a “mantener informada a “Fiberglass” del desarrollo de sus actividades de reventa, y “mantener informada a Fiberglass en forma escrita acerca de las condiciones del mercado en el territorio asignado y del desarrollo de sus actividades de comercialización”.
7. A su vez, la remuneración del agente consistió en el margen de utilidad que restaba entre el precio de compra a la demandada, y el de reventa a terceros. Comprometiéndose la demandada a reconocerle al agente la disminución de su remuneración o utilidad, que resultara de “... cualquier baja de precios que hubiere en los artículos objeto de este contrato y sobre el valor neto de las existencias del distribuidor:
8. De acuerdo a lo pactado en los sucesivos contratos, y durante todo el desarrollo del contrato de agencia comercial, la demandada efectuó ventas directas a terceros (distintos a otros agentes comerciales y/o distribuidores) en los territorios asignados a la demandante. Pero no le ha pagado a este la remuneración o utilidad que le corresponde sobre tales ventas, conforme a lo dispuesto por el artículo 1322 del Código de Comercio.
9. El 20 de octubre de 1995 la demandada dio por terminado su contrato con la demandante, sin justa causa, al manifestarle su propósito de “no prorrogar el contrato de distribución y que en consecuencia este estará vigente

únicamente hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) inclusive, fecha en la cual termina”.

10. El 15 de noviembre de 1995, la demandante acusó recibo de la comunicación de que trata el hecho anterior, e invitó a la demandada a convenir directamente el monto de las indemnizaciones a que tenía derecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 1324 del Código de Comercio, y que se le debían cancelar a la terminación del contrato (dic. 31/95).

11. El 29 de noviembre de 1995 la demandada citó a la demandante a sus oficinas, para el siguiente 18 de diciembre; para tratar sobre su petición de octubre 20, pero en esa entrevista rechazó el pago de las indemnizaciones requeridas. Y tampoco le pagó la remuneración o utilidad que le correspondía por sus ventas directas a terceros, en los territorios asignados al agente.

12. En los correspondientes contratos se pactó invariablemente la cláusula compromisoria, para resolver sus diferencias a través de un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes, y que decidirá en derecho”.

Por su parte en la contestación de la demanda Fiberglass Colombia S.A. hizo las siguientes afirmaciones que sirven de sustento a la misma:

“1. Ni Daniel J. Fernández López o José Daniel Fernández en su propio nombre y como personal (sic) natural ni la sociedad “Daniel J. Fernández & Compañía Limitada”, son ni han sido agentes comerciales de Fiberglass Colombia S.A.

2. Con fecha octubre 7, 1980 las partes suscribieron un contrato en cuya cláusula 14ª se pactó novación total de las obligaciones anteriores. De conformidad con la cláusula 11ª la duración era de doce meses, prorrogables, por igual término, salvo preaviso en contrario. En la cláusula 15ª se pactó la cláusula compromisoria.

Con la contestación de la demanda inicial se adjuntó copia auténtica del documento contentivo del contrato.

3. Con fecha mayo 7, 1982 las partes suscribieron un nuevo contrato en cuya cláusula 14ª se pactó novación total de las obligaciones anteriores. De conformidad con la cláusula 11ª la duración era de doce meses, prorrogables por igual término, salvo preaviso en contrario. En la cláusula 15ª se pactó la cláusula compromisoria.

Con la contestación de la demanda inicial se adjuntó copia auténtica del documento contentivo del contrato.

4. Con fecha abril 15, 1989 las partes suscribieron un nuevo contrato en cuya cláusula 17ª se pactó novación total de las obligaciones anteriores, de conformidad con las cláusulas 12ª y 13ª la duración era de un año, prorrogable por igual término, salvo preaviso en contrario. En la cláusula 18ª se pactó la cláusula compromisoria.

Con la contestación de la demanda inicial se adjuntó copia auténtica del documento contentivo del contrato.

5. Con fecha 31 de diciembre de 1992 las partes suscribieron un nuevo contrato en cuya cláusula se pactó novación total de las obligaciones anteriores. De conformidad con la cláusula 7ª la duración era de un año improrrogable, salvo acuerdo en contrario. En la cláusula 13ª se pactó la cláusula compromisoria.

Con la demanda inicial se adjuntó copia auténtica del documento contentivo del contrato.

8. Fiberglass Colombia S.A. nada adeuda al demandante.

9. La carta de fecha abril 7, 1992 que adjunta la demandante, relacionada en el numeral 1º de la “Prueba documental” no fue aceptada por la destinataria, pues no se cumplieron las indicaciones expresadas al final de la misma:

“Si están de acuerdo con las condiciones establecidas en la presente, les agradecería que en un término no mayor de quince (15) días, manifiesten su voluntad de ser distribuidores de los artículos de “Fiberglass”, mediante carta suscrita por el representante legal autorizado, expresando su conformidad con todas y cada una de las condiciones

aquí determinadas. Es necesario autenticar la firma del firmante (sic) ante notario público y anexar un certificado actualizado de existencia y representación legal del “distribuidor“ expedido por la cámara de comercio correspondiente”.

Por lo demás, no está suscrita por Fernando Restrepo Forero”.

### **III. Las pruebas practicadas**

Tanto la parte demandante como la parte demandada, allegaron con la demanda y con la contestación de la misma, varios documentos que obran al expediente que fueron aportados con las ritualidades legales, en los términos de las solicitudes de las partes y la disposición oficiosa del tribunal. Otros documentos fueron aportados en el transcurso de la inspección judicial practicada por el tribunal y también se encuentran obrando en el expediente en legal forma.

Se decretó y practicó el interrogatorio de parte de cada uno de los representantes legales de las sociedades demandante y demandada.

El tribunal atendiendo la solicitud de la parte demandante, decretó inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos, sobre los libros de contabilidad y demás papeles de la demandada.

También decretó el tribunal a solicitud de la parte demandada inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos, sobre la contabilidad de Daniel J. Fernández & Compañía Limitada.

Al absolver el interrogatorio de parte que se le formulara tanto por el apoderado de la parte demandante como por el tribunal de arbitramento, el señor Mario Fernando Restrepo Forero, representante legal de Fiberglass Colombia S.A., manifestó que el señor Daniel J. Fernández y Fiberglass Colombia S.A. consistían en que el primero compraba productos a Fiberglass Colombia S.A., con el fin de revenderlos instalados o no instalados en un territorio asignado en esa época. Manifestó también que contratos de 1980 en adelante, tienen esencialmente o sustancialmente el mismo objeto de compra y venta de productos Fiberglass que los contratos celebrados con anterioridad a 1980 tanto con Daniel J. Fernández & Compañía Limitada como con Daniel Fernández López. Señaló que no es cierto que las labores de comercialización realizadas por la demandante contribuyeron a la conquista y al crecimiento de Fiberglass Colombia S.A. y que esta última suministraba una lista de precios con determinada regularidad, sin que ello implicara un sometimiento a tales precios para el cliente, en la medida en que era voluntario comprar o no comprar productos a esos precios. Igualmente indicó que Fiberglass ha tenido la política de establecer una lista sugerida de precios de venta y estipula un precio de venta al público y unos descuentos para los distribuidores y, que no es cierto que Fiberglass suministrara a la demandante los descuentos máximos que ella podía otorgar a sus clientes. Manifestó que no es cierto que Fiberglass se reservara aquellos clientes a quienes vendería directamente sus productos en las zonas asignadas a la demandante. Manifestó que los contratos suscritos en 1980, 1982, 1989 y 1992 fueron redactados por un abogado contratado por Fiberglass. Manifestó que es cierto que durante toda la extensión de sus relaciones comerciales con Fiberglass la demandante desarrolló sus actividades de comerciante en forma independiente, permanente y estable. Con relación a la remuneración del aplicador autorizado de aislantes térmicos manifestó que él, tiene acceso a comprar el producto de Fiberglass en unas condiciones ventajosas en el sentido que tiene un descuento sobre el precio de lista de Fiberglass; luego explicó cuales eran las líneas de arquitectura, impermeabilización industrial de Fiberglass y las limitaciones que implica cada línea de productos hacia los distribuidores. Explicó que Fiberglass eventualmente adjudica cupos de crédito a sus distribuidores y la forma en que se asignan los mismos. Más adelante, informó las fechas en que se iniciaron y terminaron las relaciones de Fiberglass con Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. Indicó también al tribunal, que a Daniel J. Fernández no se le asignó ningún territorio en particular durante el desarrollo de sus relaciones comerciales con Fiberglass; igualmente que no es cierto que durante las relaciones comerciales con Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. esta contribuyó económicamente a las campañas publicitarias que proyectaba Fiberglass. Finalmente, hizo una serie de precisiones sobre el vínculo de Fiberglass con Daniel Fernández persona natural, con los posteriores y sucesivos contratos celebrados con Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. e hizo una descripción de los encargos que existían para Daniel J. Fernández & Compañía Ltda. dentro de la relación comercial que suscribieron las dos empresas.

El señor José Daniel Fernández López, en calidad de representante legal de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. al absolver el interrogatorio de parte que le formularon el abogado de la parte demandada y el tribunal de arbitramento, manifestó entre otras cosas lo siguiente: Que en el transcurso de los años fueron varios los transportadores que traen la mercancía de la planta de Mosquera a Barranquilla; que Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. no tenía seguro de transporte y que los riesgos de robo y piratería no estaban amparados; durante 1965 y 1980 es difícil establecer si existió o no un cupo de crédito por parte de Fiberglass pero, en años más recientes fueron establecidos cupos de crédito que no significaban un tope en los despachos a las ventas, ya que cada vez que fue necesario se fijaron cupos adicionales que permitían satisfacer plenamente la demanda de productos Fiberglass; señaló que la forma en que se garantizaba el valor de los materiales vendidos por Fiberglass consistía en unos pagarés firmados en blanco por él, a título de gerente de la empresa, a título personal y que estos pagarés también llevaban la firma de su señora y de sus hijos; que para el estudio de cupo de crédito Fiberglass le solicitó documentos tales como certificado de cámara de comercio, balance, estado de pérdidas y ganancias; posteriormente explicó el significado de ser aplicador autorizado de aislantes térmicos, y describió la relación inicial entre Fiberglass y el absolvente como persona natural; explicó inicialmente quién conseguía los clientes y las razones de la constitución de la Sociedad Daniel J. Fernández & Cía. Ltda., señaló más adelante, que los precios de los productos siempre fueron fijados por Fiberglass sobre la forma de facturación de los mismos y, afirmó que Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. participó en las campañas publicitarias de Fiberglass económicamente. Afirmó que Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. promovió mercado para Fiberglass y acreditó el nombre de los productos de esta última; explicó que Daniel J. Fernández & Cía. Ltda., estaba obligada a rendir informes a Fiberglass y que durante la vigencia del contrato en algunos períodos les fueron asignados territorios específicos dentro del territorio nacional. Igualmente indicó que Fiberglass ha tenido la política de establecer una lista sugerida de precios de venta y estipuló precio de venta al público y unos descuentos para distribuidores y, que no es cierto que Fiberglass suministrara a la demandante los descuentos máximos que ella podía otorgar a sus clientes. Manifestó que no es cierto que Fiberglass se reservara aquellos clientes a quienes vendería directamente sus productos en las zonas asignadas a la demandante. Manifestó además que los contratos suscritos en 1980, 1982, 1989 y 1992 fueron redactados por un abogado contratado por Fiberglass. Señaló que es cierto que durante toda la extensión de sus relaciones comerciales con Fiberglass la demandante desarrolló sus actividades como comerciante en forma independiente, permanente y estable. En relación con la remuneración del aplicador autorizado de aislantes térmicos manifestó que él tiene acceso a comprar el producto de Fiberglass en unas condiciones ventajosas en el sentido de que tiene un descuento sobre el precio de lista de Fiberglass.

El tribunal de arbitramento practicó prueba de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos en las instalaciones de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda., ubicadas en la carrera 74 número 76-136 de Barranquilla, en la cual, examinaron en compañía de los peritos los libros Diario, Mayor y Balances y auxiliares, así como los libros de actas de la citada compañía y la correspondencia. Los peritos debidamente posesionados presentaron su dictamen en un término prudencial fijado por el tribunal.

El tribunal de arbitramento también practicó prueba de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos en las instalaciones de Fiberglass Colombia S.A. ubicadas en el municipio de Mosquera (Cundinamarca) sobre los libros Diario, Mayor y Balances y auxiliares, así como los libros de actas de la citada compañía y la correspondencia. Los peritos debidamente posesionados presentaron su dictamen en un término prudencial fijado por el tribunal.

Los peritos rindieron el dictamen pericial en los términos del documento que conforma íntegramente el cuaderno de pruebas número tres (3) de este expediente.

Del dictamen pericial se corrió traslado para los efectos previstos en el numeral primero del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, a los apoderados de las partes.

Dentro del término allí previsto, las partes, en sendos escritos solicitaron aclaración y complementación del dictamen pericial presentado por los peritos Juan José Amézquita y Ana Matilde Cepeda, y, en tal virtud, el tribunal de arbitramento ordenó a los mencionados auxiliares proceder a las aclaraciones y complementaciones solicitadas que estimó pertinentes.

Los peritos presentaron las aclaraciones y complementaciones que ordenó tramitar el tribunal en el documento que compone íntegramente el cuaderno de pruebas número siete (7) de este expediente.

De las aclaraciones y complementaciones se corrió traslado a las partes, y durante el término del mismo, el apoderado de la parte demandada formuló objeciones por error grave al dictamen pericial. Dentro del traslado de las objeciones el apoderado de la parte demandante se opuso a tales objeciones.

Teniendo en cuenta que el apoderado de la parte demandada en el escrito que formuló las objeciones por error grave pidió como prueba la práctica de un nuevo dictamen pericial, el tribunal procedió a decretar tal prueba y para tal efecto designó a los peritos Hugo Millán y Édgar Romero.

Estos últimos rindieron su dictamen en el documento que conforma íntegramente el cuaderno de pruebas número 12 de este expediente.

Del citado dictamen pericial, se corrió traslado a las partes para los efectos del numeral quinto del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Durante el término de traslado, la parte demandante, solicitó complementación y aclaración del dictamen pericial rendido por Hugo Millán y Édgar Romero. Decretada la aclaración y complementación solicitada, los citados peritos aclararon y complementaron su experticio en los términos del documento que conforma totalmente el cuaderno de pruebas número 13.

Además, por iniciativa del apoderado de la parte demandada en el escrito en que presentó las objeciones por error grave al primer dictamen pericial, el tribunal también decretó como prueba los testimonios de los señores Ángel María Otálvaro y Clemencia Ávila y de oficio ordenó que los peritos Ana Matilde Cepeda y Juan José Amézquita adicionaran su dictamen pericial respondiendo a tres preguntas concretas. Además ordenó que estos allegaran los documentos de trabajo que sirvieron de base a su experticio.

Los testigos Ángel María Otálvaro y Clemencia Ávila Rodríguez básicamente expusieron sobre las circunstancias dentro las cuales se llevó a cabo el dictamen pericial de Juan José Amézquita y Ana Matilde Cepeda en las instalaciones de Fiberglass Colombia S.A. y sobre la información que les fue suministrada a tales peritos.

Los apoderados de cada una de las partes presentaron sus alegaciones en la audiencia señalada para tal efecto y dejaron sendos escritos resumiendo sus intervenciones, así:

La parte demandante, en un detallado análisis, presentó sus alegaciones divididas en dos grandes capítulos, en el primero de los cuales se ocupó de los siguientes temas: término del contrato, unidad sustancial del contrato, elementos característicos del contrato de agencia comercial, análisis de los contratos suscritos en octubre 17 de 1982, reforma de abril 15 de 1989 y diciembre 31 de 1992, aplicación práctica del contrato por las partes, la conducta de las partes como indicio en contra y, antes de presentar sus conclusiones se ocupó de las excepciones de novación y prescripción interpuestas por la demandada.

En la segunda parte de su alegato de conclusión, la parte demandante trata la remuneración del agente y la cesantía comercial, la indemnización equitativa, ventas directas de Fiberglass en territorios asignados al agente y, el ámbito temporal de aplicación de las normas sobre agencia comercial, para luego expresar sus conclusiones sobre estos últimos puntos.

A lo largo de su alegato la parte demandante presenta como fundamento diversas pruebas obrantes al expediente, se apoya en la jurisprudencia, en la doctrina, para concluir a grandes rasgos, que en el presente asunto se reúnen todos los elementos previstos en nuestro ordenamiento comercial para el contrato de agencia mercantil, que este contrato tuvo vigencia a partir de 1965 hasta el 31 de diciembre de 1995 y que por lo tanto el tribunal debe proceder a declarar la existencia del mismo durante dicho lapso y a condenar a Fiberglass Colombia S.A. en cuantía de \$ 520.445.610.000 por concepto de la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio atendiendo de tal manera la pretensión segunda de la demanda; además de condenarse —según dice el apoderado de la demandante— al pago de \$ 7.494.416.827 por concepto de la “indemnización equitativa” prevista en el numeral segundo del artículo 1324, accediendo de tal manera a la pretensión tercera de la demanda.

Igualmente pide que sobre las sumas anteriores se condene al pago de la corrección monetaria e intereses comerciales.

Por su parte el apoderado de la parte demandada, dividió su también completo alegato en nueve (9) puntos a saber: La relación contractual entre las partes en el tiempo, la cláusula compromisoria, la novación, la falta de jurisdicción y competencia y la indebida acumulación de pretensiones, la prescripción, el contrato existente entre las partes y la ausencia de agencia comercial, conclusiones sobre el contrato, el dictamen pericial, y peticiones.

Dentro de su alegato la demandada también analiza algunas de las pruebas y fundamentalmente con base en fallos de la Corte Suprema de Justicia, concluye, que además de presentarse una independencia de los cuatro contratos que se suscribieron entre las partes, existe un período en el cual el tribunal no es competente para conocer de las disputas entre las mismas, concretamente el que es anterior a 1980, para luego ocuparse de un análisis del dictamen pericial, señalando lo que en su criterio constituyen yerros o actuaciones carentes de respaldo por parte de los peritos. Finalmente, solicita al tribunal declararse inhibido para resolver por falta de jurisdicción o de competencia, por inepta demanda e indebida acumulación de pretensiones o parcialmente para diversos períodos. Adicionalmente solicita declarar probada la excepción de prescripción para distintos períodos y finalmente declarar probada la inexistencia del contrato de agencia comercial.

Concluido lo anterior el tribunal señaló el día 19 de febrero de 1997 para realizar la audiencia de fallo.

#### **IV. Consideraciones del tribunal**

##### **1. La unidad contractual, la excepción de novación y la competencia del tribunal.**

###### **a) La unidad contractual.**

Por sus decisivas consecuencias, resulta de singular importancia analizar en profundidad y con su respectiva precisión y extensión en el tiempo, la existencia o no de una única e ininterrumpida relación contractual entre Fiberglass Colombia S.A. y José Daniel Fernández y/o Daniel J. Fernández y Cía. Ltda.

Como se dijo anteriormente, el debate en este punto se centra en los siguientes términos: Para la parte convocante estamos en presencia de una única relación contractual que se remonta al 27 de noviembre de 1965 y finaliza el 31 de diciembre de 1995, en tanto que para la parte convocada, en el mejor de los casos, existe una relación contractual desde el 17 de octubre 1980 contenida en 4 diferentes y sucesivos contratos que guardan plena independencia entre sí.

Para dilucidar el punto debemos analizar en primer lugar cuál fue **el objeto** de esas relaciones comerciales. En este primer aspecto de nuestro examen, encuentra el tribunal plenamente demostrado que, con ligeras y variaciones circunstanciales, siempre la relación comercial existente entre José Daniel Fernández y/o Daniel J. Fernández y Cía Ltda. con Fiberglass S A. tuvo como finalidad la compraventa de productos fabricados por Fiberglass para su posterior promoción, distribución y reventa. En términos generales, sobre este aspecto no existe ni siquiera entre las partes grandes divergencias.

Como segundo aspecto del análisis es menester precisar si las partes que intervinieron en esa relación contractual fueron las mismas, es decir, si a lo largo de la relación contractual se pudo establecer identidad entre los extremos contratantes. Encuentra el tribunal que Fiberglass inició desde 1965, más concretamente desde el 27 de noviembre de ese año, una relación comercial con la persona natural de José Daniel Fernández a quién en esa fecha designó como “aplicador autorizado de nuestros aislantes térmicos para revestimientos de tuberías, tanques equipos y demás aplicaciones industriales...”. De lo anterior fluye que la relación comercial iniciada en 1965 fue entablada entre la persona natural José Daniel Fernández López y la sociedad comercial Fiberglass S.A. Obran también en el expediente los siguientes contratos escritos y suscritos entre la sociedad Daniel J. Fernández y Cía Ltda. y Fiberglass S.A.: (i) Un contrato suscrito entre las mencionadas partes el día 17 de octubre de 1980; (ii) Un contrato entre las mismas partes suscrito el día 7 de mayo de 1982; (iii) Un contrato suscrito entre las partes el día 15 de abril de 1989; (iv) y por último un contrato suscrito el día 31 de diciembre de 1992. De lo anterior es fácil deducir que en todos y cada uno de los anteriores cuatro contratos son partes las mismas sociedades Daniel J. Fernández y Cía Ltda. y Fiberglass S.A.”.



Así las cosas, surgen importantes interrogantes cuya respuesta es imperativa para definir la existencia o no de una única e ininterrumpida relación contractual con Fiberglass desde el 27 de noviembre de 1965 hasta el 31 de diciembre de 1995.

En primer lugar es preciso establecer qué tipo de relación contractual, si acaso hubo alguna, entre Daniel J. Fernández y Cía Ltda. y Fiberglass desde la fecha de constitución de aquella (dic. 19/72) y la fecha del primer contrato escrito (oct. 17/80). El análisis de la prueba que obra en el expediente nos permite señalar que durante este período 1972-1980 efectivamente existieron relaciones comerciales entre Fiberglass S.A. y la sociedad Daniel J. Fernández y Cía Ltda., así se deduce de las certificaciones suscritas por funcionarios de Fiberglass que obran en los folios 23 y 25 del cuaderno principal, y 585 y 762 del cuaderno de pruebas, y en la propia declaración de parte rendida por su representante legal cuando sostuvo: “Ya entendí, las variaciones que hay de los contratos del 80 para acá radican esencialmente en que en una época había una asignación de territorio y posteriormente por disposiciones legales o por precisión de la compañía, no lo recuerdo, el territorio se cambió para ser el territorio de la República de Colombia, pero el objeto de compra y venta de productos Fiberglass es esencialmente o sustancialmente el mismo. Del 80 para atrás también sustancialmente el mismo, se trataba de comprar los productos de Fiberglass y revenderlos...” (fl. 117 c. ppal. N° 1).

En estas condiciones podemos arribar hacia una primera conclusión: la relación comercial sostenida entre Daniel J. Fernández y Cía Ltda y Fiberglass S.A., se remonta a la propia constitución de aquella, sucedida el día 19 de diciembre de 1972 y se extiende ininterrumpidamente hasta el día 31 de diciembre de 1995 fecha en la cual, por los motivos y en las circunstancias que se analizan dentro de este laudo, finalizó tal relación comercial.

Corresponde ahora al tribunal analizar si existe o no algún vínculo que permita pregonar la existencia de continuidad entre la relación comercial iniciada por José Daniel Fernández con Fiberglass S.A. en 1965 y aquella sostenida con esta misma empresa por parte de la sociedad Daniel J. Fernández y Cía Ltda. desde la fecha de su constitución en 1972. Sea lo primero advertir que a primera vista surge una inicial y clara similitud entre las dos relaciones. Ambas tienen el denominador común de tener un mismo objeto inclusive jurídico: la compra de productos Fiberglass para su posterior reventa promoción y aplicación y ambas involucran de alguna manera a José Daniel Fernández López, bien como persona natural ora como representante legal de su empresa familiar.

Surgen igualmente del material probatorio convergentes indicios que permiten deducir que efectivamente el origen y causa de la constitución de la sociedad familiar Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. consistió básicamente en la sustitución de la relación contractual original de Fiberglass con José Daniel Fernández López en cabeza de una nueva persona jurídica. Como ejercicio y valoración de esta ponderación indiciaria, debemos recordar que por definición regularmente aceptada por todos los sistemas legales, un indicio “es todo rastro, vestigio, huella, circunstancias, y, en general todo hecho conocido, o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”<sup>(1)</sup>. De la anterior definición generalmente aceptada se desprende que existen 3 elementos en un indicio: el hecho indicador, el hecho indicado y la operación lógica de inferencia.

En el caso presente están debidamente acreditados, entre otros, los siguientes hechos indicadores:

(i) El representante legal de Fiberglass en su interrogatorio de parte y a propósito de la permanencia y estabilidad de sus distribuidores afirmó (fl. 134): “la política de Fiberglass respecto de los distribuidores es mantener una relación casi personal y de largo plazo, la prueba de ello es que Daniel J. Fernández fue distribuidor de la compañía por 31 años más o menos, desde el año 65 en alguna fecha hasta el año 95”;

(ii) El mismo representante legal de la convocada aceptó que el objeto del contrato ejecutado por Daniel J. Fernández López era idéntico al ejecutado por parte de Daniel J. Fernández y Cía Ltda. (fl. 126 del c. ppal. N° 1): “**Preguntado:** Cómo es cierto sí o no que las relaciones comerciales que se desarrollaron entre Daniel Fernández López y Fiberglass, tuvieron sustancialmente el mismo objeto y las mismas condiciones de las que se desarrollaron posteriormente con la sociedad Daniel J. Fernández y Cía. Ltda.”. **Respondió:** Si, es cierto”.

(iii) Fue política impulsada por Fiberglass que todos sus clientes y distribuidores permanentes fueran personas jurídicas para precaver potenciales reclamaciones laborales (ver memorando con instrucciones del doctor López

Guerra folio 582 cdno. de pruebas 5): “Pueden surgir problemas si la persona jurídica y la persona natural llevan el mismo nombre, como el caso de Daniel J. Fernández, se ha dado instrucciones a contabilidad que todo pago por concepto de comisiones debe hacerse a nombre de una compañía, y en el caso particular de Daniel J. Fernández, el pago se debe hacer a favor de Daniel J. Fernández y Cía. Ltda.”.

(iv) Después de la constitución de Daniel J. Fernández y Cía Ltda., no se encontró en la contabilidad de Fiberglass ninguna operación comercial de esta última con la persona natural de José Daniel Fernández López;

(v) El representante legal de Fiberglass reconoce en su interrogatorio que una de las causas de terminación de su relación comercial con Daniel J. Fernández pudo haber sido la sustitución de este por parte de la empresa Daniel J. Fernández y Cía Ltda. (ver fls. 169 y 170 cdno. ppal); y

(vi) está acreditado que nunca existieron relaciones comerciales coetáneas y simultáneas de Fiberglass con la persona natural de José Daniel Fernández L. y la sociedad Daniel J. Fernández y Cía. Ltda.

Con fundamento en los anteriores hechos indicadores, de los cuales existe plena prueba en el expediente, debe concluirse que como hecho indicado resulta probado que la causa de la creación de la sociedad Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. consistió principalmente en la sustitución de José Daniel Fernández L. en su contrato con Fiberglass, sustitución que necesariamente, implica su cesión con todas las consecuencias que establece el artículo 895 del Código de Comercio. Debe señalarse, asimismo, que dicha cesión, ocurrida desde el momento mismo de la existencia legal de la nueva contratante, fue consentida de manera inequívoca por parte de Fiberglass, pues a partir de la constitución de la persona jurídica y sin solución de continuidad alguna, siguió ejecutando con esta sociedad de familia el objeto del contrato o convención original que había existido con la persona natural de José Daniel Fernández L.

En el marco de esta valoración probatoria indiciaria y de las conclusiones del Tribunal, resulta de interés citar en el punto a nuestra Corte Suprema de Justicia: “Con el propósito de buscar seguridad y acierto en las deducciones o inferencias del juez, el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con la ciencia de las pruebas, establece que para atribuir eficacia probatoria a los indicios, estos deben apreciarse en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren dentro del proceso. La gravedad es el requisito que mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador; la precisión dice relación con el carácter del indicio que conduce a algo inequívoco como consecuencia; y la conexidad o concordancia, a que llevan a una misma conclusión o inferencia todos los demás hechos indicativos”<sup>(2)</sup>.

Así las cosas, diremos que le asiste razón a la convocante cuando con vehemencia ha alegado la existencia de una cesión del contrato original que convinieron José Daniel Fernández y Fiberglass en favor de la sociedad Daniel J. Fernández y Cía Ltda. Dicha cesión, o “sustitución” de acuerdo con la terminología del Código, implica de suyo que el contratante cedente transfiere al cesionario todos los privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato. Ello implica que en el evento de resultar aplicables al presente caso, —según lo estudiaremos más adelante—, habría transferido el beneficio legal que por la antigüedad consagra el artículo 1324 del Código de Comercio, ya que dicho privilegio es **inherente a la naturaleza de la agencia mercantil**.

Con fundamento en todas las anteriores consideraciones, el tribunal llega a la clara conclusión que efectivamente existió entre las partes una relación contractual ininterrumpida desde noviembre 27 de 1965 hasta el día 31 de diciembre de 1995, todo sin perjuicio de las precisiones que más adelante se detallan en relación con la novación alegada por la convocada.

## **b) La excepción de novación.**

Previamente a definir la extensión y alcance de su propia competencia, el tribunal encuentra necesario analizar en profundidad si la relación iniciada el 27 de noviembre de 1965 y culminada el día 31 de diciembre de 1995, es en realidad una única relación contractual que cubre todo el período o si, por el contrario, se trata simplemente de la suma de diferentes contratos independientes, que acumulados cubren la totalidad de dicho período.

Para el anterior objetivo, es menester referirnos a la excepción propuesta por la demandada, según la cual durante el curso de la relación contractual materia de estudio las partes voluntariamente convinieron sucesivamente en novar sus obligaciones previas.

Los pactos novatorios a que refieren la excepción fueron consignados contractualmente, casi en idénticos términos en los cuatro contratos escritos, así:

“Situación contractual. El presente contrato refleja la totalidad del convenio entre las partes respecto a la materia contratada y, en consecuencia, no existen manifestaciones o promesas de ninguna de las partes relacionadas con dicha materia distintas de las estipuladas en este documento. El presente contrato cancela y reemplaza todos y cualesquiera otros contratos convenios y entendimientos anteriores que puedan haber existido entre las partes en relación con las mismas materias a que se refiere este contrato pues es expresa intención la de causar novación”;

Como consecuencia de lo anterior, la parte demandada ha propuesto como medio exceptivo frente a las pretensiones de la convocante la existencia de una novación, que a continuación el tribunal procede a examinar.

Debe indicarse que la novación como modo de extinguir obligaciones está definida por la doctrina como “una operación que, de una sola vez, extingue una obligación para reemplazarla por otra. Los romanos decían de ella que era *transfusio atque translatio* de una obligación en otra”<sup>(3)</sup>. En nuestro Código Civil la Novación está consagrada en su artículo 1687 como “la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”. En desarrollo de la norma contenida en el artículo 1693, la doctrina y la jurisprudencia unánimemente han reconocido que para que opere el fenómeno novatorio es necesario que concurren tres condiciones, a saber:

- (i) el *animus novandi* o la voluntad de los obligados para crear un vínculo entre las dos obligaciones;
- (ii) la sustitución de una obligación por otra; y
- (iii) un elemento nuevo.

• En el caso materia de este laudo, resulta pertinente iniciar nuestro análisis por el tercer elemento o requisito de la novación, o sea la existencia de un elemento nuevo, pues como lo dicen los Mazeud “a falta de este elemento técnico, el acto constituye tan solo la confirmación de la antigua obligación”<sup>(4)</sup>.

La importancia del tema y su trascendencia en el presente litigio hace necesario que revisemos la posición tradicional de la doctrina y la jurisprudencia. Así, por ejemplo, Alessandri enseña: “para que haya efectivamente una novación no basta simplemente una obligación anterior destinada a extinguirse y el nacimiento de una nueva que la reemplace; es menester que entre ambas obligaciones haya una diferencia sustancial, porque la palabra novación, según su etimología, significa cambiar algo; de donde se deduce que en la novación debe haber algo nuevo, algo distinto de lo que ya había. Si la nueva obligación no es distinta, de la anterior, si es idéntica con ella, no hay novación, sino que habrá sencillamente una confirmación o el reconocimiento de la primera obligación, pero en ningún caso una obligación distinta”<sup>(5)</sup>.

Ahora bien, ¿de qué naturaleza debe ser la diferencia que exista entre ambas obligaciones? ¿Cuáles son los elementos que deben variar en la obligación para que esta variación produzca novación? Oigamos de nuevo la autorizada voz del maestro de la Universidad de Chile:

“En toda obligación, como en todo acto jurídico, hay elementos esenciales y elementos accidentales o secundarios. Los elementos esenciales son aquellos sin los cuales no se concibe, jurídicamente, el acto de que se trata, aquellos sin los cuales no se puede concebir el acto denominado novación. Los elementos accidentales o secundarios son aquellos que pueden faltar en la obligación sin que por eso se modifique su naturaleza o se altere su esencia. Y mientras la omisión de los elementos esenciales acarrea la inexistencia misma de la obligación la omisión o transformación de los elementos secundarios o accidentales, si bien pueden acarrear una modificación de detalle en la obligación, no alteran su substancia y su naturaleza, ni obstan tampoco a la existencia de la misma. Hecha esta explicación, aparecen de manifiesto cuáles son los elementos que en la obligación deben variar para que pueda haber novación. Si la novación consiste en la sustitución de una obligación por otra; si la nueva obligación nace

como consecuencia de la extinción de la primera, y si no se produce extinción de una obligación sino por la ausencia o transformación de sus elementos esenciales, se comprende fácilmente que solo cabe hablar de novación cuando en la obligación se modifican o transforman los elementos constitutivos o esenciales de ella. Si en la obligación varían sus elementos accesorios o secundarios, si son solamente modificaciones que no dicen relación con la estructura íntima de la obligación, no hay modificación substancial de ella, sino modificaciones de detalle que no alteran el fondo de la obligación, y en consecuencia, no operan la novación: ¿Cuáles son los elementos esenciales en la obligación que deben cambiarse o modificarse para que su cambio importe en ella novación? El artículo 1631 los señala cuando nos dice cuáles son los modos como puede efectuarse la novación; y esos elementos esenciales cuya alteración o modificación acarrea novación: son la persona del acreedor, la persona del deudor y la materia sobre que recae la obligación. Si cualquiera de estos elementos varía en la obligación en los casos y con los requisitos que señala el artículo 1631, se opera una alteración fundamental en la obligación, y, en consecuencia, se opera una novación. La novación según esto, puede ser objetiva y subjetiva. Es objetiva cuando se produce por alteración de la materia de la obligación, cuando el elemento que en la obligación se transforma, es el objeto sobre que recae; en cambio, la novación es subjetiva cuando se produce por la transformación de los sujetos que en ella intervienen, como en el caso del cambio del acreedor o del cambio del deudor”<sup>(6)</sup>.

La misma tesis expuesta por Alessandri se encuentra confirmada por la doctrina nacional: “la novación se produce cuando se cambia uno de los elementos estructurales de la obligación primitiva, acreedor o deudor u objeto, y también siguiendo la tradición romana cuando, se modifica el título o *c ausa generandi* de la obligación”<sup>(7)</sup>: “Todos aquellos cambios que no han tenido la virtud de transformar la obligación primitiva en otra, no constituyen novación”<sup>(8)</sup>.

Al cotejar las anteriores posiciones doctrinales con el caso presente debemos afirmar que el análisis de los diferentes contratos que regularon la relación comercial entre Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. y Fiberglass S.A. indica claramente que el objeto, naturaleza y modalidades contractuales fueron esencialmente las mismas durante todo el curso y desarrollo de su vínculo comercial. En efecto, no puede pregonarse que entre dichos contratantes hubiere existido un cambio de deudor o acreedor, un cambio de objeto, un cambio de causa entendida esta última como la fuente de la obligación, o un cambio sustancial en las modalidades del vínculo contractual. En otras palabras, nada salvo cuestiones accidentales o accesorias fue modificado con ocasión del pacto novatorio.

Así las cosas, este tribunal encuentra *ab initio* que el tercer requisito esencial de la novación no se encuentra presente en este caso y que a partir de ello, tampoco podemos advertir la existencia de un verdadero “*animus novandi*”, pues racionalmente se debe entender esta voluntad de las partes en su verdadero alcance y significado, lo cual implica que tal ánimo novatorio se hubiera encaminado simultáneamente a la extinción de una obligación antigua y a la creación de una nueva sustancialmente diferente de la inicial, lo cual, como se dijo, no ocurrió en el caso presente.

En estas circunstancias, al no existir un elemento nuevo o “*aliquid novi*” y al no estar presente el ánimo novatorio entendido como la voluntad de extinguir y crear obligaciones sustancialmente diferentes, la excepción de novación propuesta está destinada a no prosperar y así lo declarará este tribunal en la parte resolutive del laudo.

Esta consideración fundamental, sumada a las consideraciones que previamente hemos establecido, nos conduce ineluctablemente entonces a declarar que efectivamente existió una misma y única relación contractual ininterrumpida entre Daniel J. Fernández y Cía Ltda. y Fiberglass S.A. desde el día 27 de noviembre de 1965 y el 31 de diciembre de 1995.

### c) La competencia del tribunal.

Como consecuencia de la anterior conclusión tenemos ahora reunidos todos los elementos para definir los alcances de la competencia del tribunal. Para adentrarnos en esta delicada materia, debemos recapitular los diferentes períodos sucedidos en la relación contractual. Tenemos un primer período en el cual no existió contrato escrito y por ende sin cláusula compromisoria; iniciado el 27 de noviembre de 1965 que se extiende hasta el día 19 de diciembre de 1972 fecha en la cual el contratante original José Daniel Fernández L. fue sustituido contractualmente ante Fiberglass por la sociedad Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. Un segundo período que se inicia el 19 de diciembre de 1972 y culmina el día 17 de octubre de 1980, durante el cual Fiberglass y Daniel J.

Fernández y Cía. Ltda. —este último como sustituto contractual de la persona natural— ejecutan el mismo contrato original sin elevarlo a la formalidad escrita y por ende sin cláusula compromisoria. Un tercer período que se inicia con la suscripción de un contrato escrito el día 17 de octubre de 1980 en el cual las partes pactaron expresamente cláusula compromisoria y se extiende hasta la suscripción del siguiente contrato escrito el día 7 de mayo de 1982. Un cuarto período que se inicia con la suscripción del contrato del 7 de mayo de 1982 en el cual las partes pactaron nuevamente cláusula compromisoria y se extiende hasta la suscripción del siguiente contrato el día 15 de abril de 1989. Un quinto período que se inicia con la suscripción del contrato del 15 de abril de 1989, en el cual las partes pactaron también cláusula compromisoria, y se extiende hasta la suscripción del siguiente contrato el día 31 de diciembre de 1992. Un sexto período que se inicia con la suscripción del contrato del 31 de diciembre de 1992 que contiene cláusula compromisoria y se extiende hasta la terminación de la relación contractual el día 31 de diciembre de 1995.

La parte convocada ha señalado desde la primera audiencia de trámite que este tribunal carece de competencia. En apoyo de su tesis, básicamente expone que la relación contractual, sobre cuya existencia pretende una declaración la demandante, incluye períodos en los cuales por tratarse de convenios verbales no hubo cláusula compromisoria; que adicionalmente los contratos son independientes entre sí y, en consecuencia, cada cláusula compromisoria es igualmente independiente y corresponde a diferentes procesos arbitrales pronunciarse sobre sus diferencias; y por último que las diferencias se han presentado después de vencido el último contrato y, por lo tanto, tales diferencias no están amparadas en el pacto arbitral. Sintetiza su argumentación señalando que la cláusula compromisoria no puede tener efectos retroactivos ni ultractivos.

Para definir esta interesante controversia, se debe partir de la base de las iniciales conclusiones arriba consignadas en cuanto a la unidad contractual, pues, según se ha expuesto, la pregonada existencia de contratos diferentes y presencia de sucesivas novaciones ha sido categóricamente descartada por el tribunal. De allí que se deba desechar también lo pretendido por la demandada en cuanto a incompetencia del tribunal para pronunciarse en un mismo laudo acerca de 4 contratos que de manera independiente establecieron cláusula compromisoria.

Como obvio corolario de lo anterior, debemos señalar que en realidad al no haber operado ningún fenómeno novatorio no estamos en presencia de 4 cláusulas compromisorias independientes, sino frente a 4 sucesivas confirmaciones de la misma cláusula compromisoria, pues como se ha dicho, la ausencia del “*aliquid novi*” en la nueva obligación constituye tan solo la confirmación de la anterior obligación.

No obstante lo anterior es de gran importancia resolver la extensión y vigencia en el tiempo de la cláusula compromisoria, pues efectivamente —como lo anota la demandada—, es cierto que en el caso presente su expresa estipulación solo se remonta a la suscripción del contrato de 1980. La verificación de este hecho nos lleva a serios e importantes interrogantes: ¿Puede una cláusula compromisoria tener efectos sobre la relación contractual que existía previamente a su inclusión? ¿puede una cláusula compromisoria vincular a contratantes y períodos para los cuales aún no se había establecido?

Para dar respuesta debemos en primer lugar señalar que en el presente caso el pacto arbitral adoptó la modalidad de cláusula compromisoria, lo cual implica necesariamente que las diferencias o discrepancias no existían o no se habían aún presentado cuando se hizo por primera vez tal estipulación.

Esto nos conduce a que deba hacerse una importante diferenciación y precisión sobre los efectos de la cláusula en el tiempo. En efecto, son eventos completamente diferentes, cuando en un contrato de tracto sucesivo —como el que existe en el caso presente— se presentan diferencias sin existir una cláusula compromisoria a aquel en el cual, antes de que surjan las diferencias, las partes en el medio de la ejecución de su contrato convienen en establecer que cualquier diferencia que surja en el futuro será sometida a la decisión arbitral. A nuestro juicio si las diferencias surgen antes de que se suscriba una cláusula compromisoria estas deberán ser resueltas por la justicia ordinaria a menos de que exista un pacto arbitral en la modalidad de compromiso; pero si las diferencias surgen con posterioridad a la existencia de la cláusula compromisoria —como ocurre en el caso presente—, es natural que los árbitros tengan plena competencia para pronunciarse sobre períodos previos del mismo contrato **dentro del cual se presentaron las diferencias.**

En otras palabras, los contratantes en medio de un contrato deciden adicionar o modificar parcialmente su relación

contractual añadiendo una cláusula compromisoria que en nada modificó los elementos sustanciales del contrato. Ello equivale a pactar y convenir, —en el medio de un contrato—, una “norma de procedimiento” para el evento que llegaren a presentarse diferencias futuras en las relaciones entre las partes. Y como “norma convencional de procedimiento” debe entenderse por analogía con “la ley de sustanciación y ritualidad de los juicios”, de aplicación inmediata y de forzosa observación en el evento de cualquier discrepancia futura, tal cual lo prescribe el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Desde luego, debe también anotarse que cuando las partes en medio de un contrato de tracto sucesivo deciden elevar a la forma escrita su relación comercial que existe desde años atrás y deciden incluir una cláusula compromisoria en su contrato escrito, es porque hasta esa fecha no han tenido divergencias ni diferencias y porque desean voluntariamente que las que puedan presentarse en el futuro sean decididas mediante el trámite arbitral correspondiente.

Indudablemente, en el caso presente la intención de las partes, que según nos lo enseña el artículo 1618 del Código Civil debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, fue desde 1980 que todas sus diferencias futuras fueran resueltas por la justicia arbitral en inequívoca manifestación de su renuncia a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios. Obviamente tal renuncia no fue limitada a materias específicas del contrato en curso y por lo tanto a las voces del artículo 2° del Decreto 2279 de 1989 “se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual”. Debe recordarse que en nuestro caso, la “relación contractual” no nació con el contrato escrito de 1980 sino que se remonta a 1965 y, por ello, la cláusula compromisoria tenía y tiene plena aptitud para hacer pronunciamientos acerca de cualquier período de la relación contractual con la única condición de que las diferencias se hubieren presentado con posterioridad a su expresa y escrita estipulación.

Para abundar más sobre el punto, debe señalarse que también la interpretación lógica de las diferentes cláusulas compromisorias y sus contratos nos conducen a que sería absurdo que una misma relación contractual tuviera dos fueros jurisdiccionales diferentes dependiendo de su época.

Si así fuere se estaría produciendo una escisión innecesaria y anómala en la debida firmeza y solidez de las declaraciones judiciales, y se estaría expuesto a que sobre una misma relación contractual existieran pronunciamientos antagónicos entre dos jurisdicciones. Para descartar esta solución pensemos por un momento el caos que generaría que, por vía de ejemplo, en un contrato de tracto sucesivo la justicia ordinaria dijera que se trata de un contrato de agencia comercial y la justicia arbitral solo le concediera alcances de simple suministro. Repugna a la más elemental de las lógicas que la intención de los contratantes pueda hacerse consistir en tan inapropiada solución, la cual, de paso, se encuentra en abierta y frontal contradicción con los principios que inspiran al derecho procesal tales como la economía procesal y la concentración o unidad del proceso que son a la luz del artículo 4° del Código de Procedimiento Civil, de forzosa aplicación. Desde luego interpretar la cláusula compromisoria como si fuera un texto que no produce efectos implica también un desconocimiento de la norma interpretativa contemplada en el artículo 1621 del Código Civil.

Para rematar el punto, considera el tribunal que las cláusulas compromisorias, como cualquier otra cláusula de un contrato, están sujetas en caso de duda a ser interpretadas de acuerdo con las reglas generales de interpretación que consagra nuestro Código Civil en sus artículos 1618 a 1624, los cuales, como lo ha definido nuestra Corte Suprema de Justicia, no contienen un catálogo de simples recomendaciones sino normas de forzosa aplicación, pues como allí se dijo: “la ley no da consejos sino que establece normas de conducta bien para los particulares, ora para los funcionarios encargados de aplicarla”<sup>(9)</sup>.

Entender el principio de escrituralidad inherente a los pactos arbitrales como una formulación estrecha y limitada a sus palabras, implica total desconocimiento del precepto legal y constitucional que proscribire de nuestro sistema legal toda sacramentalidad. Sobre el punto bien vale la pena recordar la célebre sentencia de casación en la cual nuestro más alto tribunal de justicia dijo con total razón: “La ley no reconoce palabras sacramentales y la intención de las partes es la norma suprema para la interpretación de los contratos. Si las partes quieren obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, que es cosa adjetiva”<sup>(10)</sup>.

Como consecuencia de nuestro análisis el tribunal reitera que es plenamente competente para conocer y

pronunciarse sobre la relación contractual que existió entre las partes independientemente del momento sobre el cual genere consecuencias dicho pronunciamiento, básicamente porque las actuales divergencias surgieron con posterioridad al pacto arbitral entre las partes y porque fue su demostrada intención renunciar a hacer valer sus pretensiones ante la justicia ordinaria.

## **2. Las excepciones de prescripción, compensación, falta de legitimación en la causa por activa e indebida acumulación de pretensiones.**

Todo lo anterior implica, así mismo; que precisamente por haberse declarado la existencia de una unidad contractual, tampoco está destinada a prosperar la excepción de prescripción, toda vez que la acción pretendida por la convocante fue efectivamente instaurada dentro del término quinquenal que establece el artículo 1329 del Código de Comercio.

En lo que concierne a la excepción de compensación propuesta por la demandada, se limita el tribunal a señalar que dentro del expediente no obra prueba alguna que tenga aptitud para declarar la presencia de un fenómeno compensatorio entendido como modo extintivo de obligaciones. Por su parte, la excepcionante tampoco adujo hechos concretos que sirvieran de apoyo o fundamento a su defensa.

Tampoco puede declararse la prosperidad de la excepción que la convocada denominó como “falta de legitimación de Daniel J. Fernández o José Daniel Fernández en su propio nombre”. En efecto, esta persona natural no es parte en este proceso y, por lo tanto, carece de sentido pronunciarse sobre un medio exceptivo que se encamina a controvertir su legitimación en la causa. No obstante, debe señalarse que habida cuenta de la sustitución contractual que existió, el cesionario tiene, por todas las razones expuestas, plena legitimación en la causa por activa.

Igual negativa es procedente frente a la excepción denominada “indebida acumulación de pretensiones. Este tribunal ha encontrado debidamente probada la existencia de una única e ininterrumpida relación contractual entre las partes desde 1965 hasta 1995, razón por la cual no ha existido en sentido estricto ninguna acumulación de pretensiones, pues para pregonarse dicha acumulación era necesaria la declaración positiva del tribunal acerca de la existencia de diferentes contratos independientes entre sí, tesis que por las razones arriba expuestas no será de recibo en este laudo arbitral.

La restante excepción de mérito denominada “Carencia de derecho sustancial en la parte demandada”, la entiende el tribunal como una consecuencia de lo alegado por la demandada, en el sentido de no haber existido nunca una relación contractual de agencia comercial entre las partes. A continuación, el tribunal procede al análisis de la naturaleza contractual de las relaciones comerciales entre las partes con el fin de proceder a su pronunciamiento sobre estos restantes medios exceptivos.

## **3. La naturaleza del contrato.**

### **a) Definición y elementos de la agencia mercantil**

Despejadas las materias anteriores, el debate se centra entonces en la naturaleza de la relación contractual ininterrumpida que existió entre Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. y Fiberglass Colombia S.A.

Se discute en el presente proceso la existencia o no de una agencia comercial un típico contrato mercantil definido por el artículo 1317 del Código de Comercio, así: **“por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.**

**La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.**

De la lectura del artículo anterior surgen algunos elementos que la identifican y que la deslindan claramente de otras modalidades contractuales, como el suministro, la concesión y el corretaje y que la convierten en una de las más importantes figuras en el escenario del derecho y de los negocios.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina rescatan los siguientes elementos específicos en la agencia comercial, que confrontaremos de manera puntual con el caso en estudio:

(i) Promoción y mediación o promoción y explotación de negocios

(ii) Actuación por cuenta del agenciado o empresario,

(iii) Estabilidad del agente

(iv) Independencia del agente.

Algunos tratadistas y estudiosos del derecho mercantil sugieren el señalamiento de la zona en la que el agente desarrolla la promoción de los negocios como otra característica.

Por su parte otros tratadistas no consideran trascendente el elemento de “la actuación por cuenta de otro”, pues este no aparece expresamente en la definición del artículo 1317, como sí sucedía en el proyecto del Código de Comercio de 1958 que a la letra decía: “promover o explotar por cuenta de otro, negocios en un determinado ramo”.

Para este tribunal resulta cardinal determinar las características propias de la agencia, con el único objeto de que la relación comercial por ella protegida produzca los efectos que la ley quiso darle, mucho más allá de las denominaciones que se le hayan dado, algunas de las veces con el censurable propósito de nublar la voluntad de los contratantes.

b) Análisis de los elementos:

#### **(i) El encargo de promover y explotar negocios del agenciado:**

Este elemento supone una actividad permanente de intermediación frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo y ampliarlo. En sentido contrario de lo que ocurre con el mandato común o con la comisión, en la agencia no basta ni es suficiente celebrar negocios determinados, sino ejercer una actividad densa y progresiva ligada al concepto de mercadeo.

La agencia comercial persigue edificar un lazo para conseguir clientela, acreditar una marca y abrir e incrementar un mercado. Es ese el rasgo más sobresaliente en la promoción o explotación de los negocios.

Juan Pablo Cárdenas expresa sobre esa función de intermediación lo siguiente: “El empresario recurre a la figura del agente cuando sus negocios requieren en determinado lugar una gestión estable, en tal forma que ya no es satisfactoria la figura del viajante o agente viajero; pero no quiere asumir los gastos de un empleado permanente, bien sea porque apenas se trata de conquistar un mercado o por el escaso volumen de negocios. Esta determinación, de que la agencia se caracteriza por la promoción, se refleja en la permanencia. Si la función del agente no fuera esta que señalamos, no tendría sentido su permanencia y su actividad simplemente mediadora podría cumplirla un viajante o agente viajero”<sup>(11)</sup>.

Examinado el documento que firmaron las partes el 17 de octubre de 1980 particularmente la cláusula cuarta que denominaron **organización** encontramos que la promoción y explotación de los negocios de Fiberglass era una responsabilidad clara e inconfundible de Daniel J. Fernández y Compañía Ltda., pues no de otra manera se puede entender su adecuada y eficiente organización empresarial, su amplia experiencia en el mercado de los artículos objeto del contrato y su capacidad para atender e incrementar la demanda de tales artículos (aislantes térmicos) dentro del territorio indicado. Esa garantía la expresó el demandante en la cláusula aludida.

Ya dijimos cómo los estudiosos de esta figura contractual son coincidentes en sentido de que el objeto propio del contrato de agencia es la promoción y explotación de negocios del agenciado. Ya vimos cómo esa característica significa una actividad permanente de mediación frente a una clientela, para conquistarla y ya concluimos en que la labor del agente es permanente, porque busca siempre con campañas publicitarias, acreditar una marca y mejorar las condiciones de venta de un producto. En otras palabras crea una especie de lazo afectivo entre el producto y el consumidor.



Al respecto José Armando Bonivento, dice lo siguiente: “Se trata de una labor permanente, encaminada a acreditar una marca, mejorar las condiciones de venta de un producto, etc. En la agencia hay una intermediación de naturaleza concreta, relacionada siempre a un concepto de clientela o mercado”. Agrega más adelante el mismo autor que: “El agente asume, pues, el encargo de promover o explotar, pero a esa promoción o explotación está circunscrita, como claramente lo dice la ley, a negocios de un determinado ramo y en una zona prefijada del territorio nacional. Son circunstancias que deben concurrir para que pueda hablarse de agencia comercial”<sup>(12)</sup>.

En el documento que las partes llamaron contrato y que se firmó el 17 de octubre de 1980 las partes en la cláusula segunda, a la que denominaron territorio acordaron lo siguiente: “El territorio dentro del cual el distribuidor puede efectuar la reventa de los artículos objeto de este contrato de suministro será la zona de Barranquilla, Cartagena, Barrancabermeja, Santa Marta, Valledupar, Sincelejo y Montería, salvo que se trate de licitación nacional”.

Es inequívoco, entonces, el señalamiento de esta zona en las relaciones comerciales que por más de 30 años mantuvieron las partes.

El uso del vocablo **suministro** en la cláusula transcrita, genera una débil confusión, pues es sabido que el agente promueve y explota negocios ajenos y el concesionario o beneficiario del suministro promueve su propio negocio, por lo que le cabe toda la razón al señor apoderado del demandante cuando afirma: “Los contratos no son lo que dicen que son, sino lo que son”.

Al lado de la especificación del ramo al que nos referiremos más adelante la determinación del territorio colma con creces una de las exigencias del artículo 1317, porque la zona o el espacio geográfico en la que se ejecutó esta relación fue siempre clara, precisa y concreta.

Está demostrado que los contratantes mantuvieron por 30 años o más las mismas relaciones comerciales; podría decirse que fueron sustancialmente las mismas, tal cual quedó analizado *in extenso* en un capítulo anterior y fue demente confirmado por el propio representante legal de la demandada.

A una pregunta del tribunal, referente a la adjudicación de una zona determinada para ventas durante la relación comercial, el Dr. Fernández López respondió: “Desde el inicio de la relación antes de 1965-1980 no nos fue asignado algún territorio en particular o sea que teníamos asignado todo el territorio nacional”.

Las voces de los representantes legales de las partes son en esta coincidencia armónicas y avenidas. Ambas admiten que en principio se asignó un territorio y luego toda la República de Colombia.

Retomando el elemento de la promoción o explotación de los negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada, para esclarecer aún más las ya públicas relaciones negociables que mantuvieron las partes, resulta conducente leer la respuesta del representante legal de Fiberglass a la pregunta 2 que le formulara el apoderado de la demandante: “Sírvese decirnos cuál fue el objeto de esas relaciones comerciales que existieron entre Fiberglass y el señor José Daniel Fernández López, respondió: Bueno, entiendo que las relaciones comerciales que existieron fueron las de comprar los productos de Fiberglass y revenderlos instalados o no instalados en un territorio asignado en su época (fl. 114, c. ppal.)”.

Y ¿cuál era el ramo? o el ramo que promovía o impulsaba el agente, el mismo que denominaban distribuidor en los cuatro documentos escritos que hicieron parte del mismo contrato?. Pues el ramo lo eran los aislantes térmicos para revestimientos de tuberías tanques, equipos y demás aplicaciones industriales.

El representante legal de Fiberglass lo explica mejor al atender una respuesta del tribunal: “A ver, no necesariamente, originalmente la relación fue la de comprar productos para revenderlos instalados, esa fue la filosofía del concepto de aplicador autorizado, posteriormente se amplió el concepto para comprar los productos y revenderlos, pero ya no necesariamente instalados”.

El señor Daniel J. Fernández, a otra pregunta del tribunal contestó “debido a esto dejé de utilizar los productos importados de Alemania con los que había iniciado mis primeros contratos y empecé a utilizar y promover los productos de aislamiento térmico Fiberglass” (fl. 181).

Se deduce, por la versión de las partes igualmente armoniosas, que el ramo lo fue los aislantes térmicos, una novedosa fórmula industrial insustituible en la construcción.

Que esos aislantes térmicos sean propiedad del empresario o del agente, es hipótesis extraña y ajena a la controversia porque eso no es de la esencia ni del alma del contrato de agencia, porque como bien lo analizó, Ignacio Sanín Bernal, “Si el legislador hubiere tenido la intención que le atribuye la Corte, habría creado un mecanismo para burlar el pago de las prestaciones que con tanto celo estableció en favor del agente; pues bastaría con que el empresario vendiera sus productos al agente para que este perdiera el derecho a recibir tal remuneración”<sup>(13)</sup>.

Además, es la actuación por su propia cuenta y no el hecho de ser el propietario de los bienes, lo que diferencia jurídicamente al que distribuye bienes adquiridos en virtud de un suministro o como consecuencia de simples compras repetidas para la reventa, del verdadero **agente comercial**. Al respecto Bonivento Jiménez en su trabajo sobre los contratos mercantiles de intermediación dice lo siguiente: El agente comercial tiene aptitud para adquirir la propiedad de los bienes que distribuye máxime, por ejemplo, si es agente sin representación, puede estar colocando productos propios, sin que deje por ello, de ser agente siempre que su gestión sea realizada por cuenta del empresario interesado en la distribución, con concurrencia, claro, de los demás requisitos estructurales de esta modalidad particular”<sup>(14)</sup>.

Es pertinente, además, recalcar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 31 de 1995 no se pronunció sobre la eventual coexistencia del contrato de suministro y de agencia comercial.

En esa sentencia se hizo esa manifiesta salvedad: “De otra parte, la censura no plantea frontalmente equivocación interpretativa sobre la posibilidad de que al lado de un contrato de agencia para promover o explotar negocios de un empresario, también pueda existir la existencia de compra para reventa sobre los mismos productos del agenciado, porque desde la misma demanda el objeto de litigio ha sido el derivar una responsabilidad del demandado por la supuesta terminación injusta o ilegal de un contrato que, a juicio del demandante, no es un contrato de suministro para reventa, sino que este mismo contrato unido a otras condiciones también genera un contrato de agencia convirtiéndose simultáneamente al distribuidor en agente. De allí que la Corte limite su pronunciamiento a señalar que, de acuerdo con el régimen legal vigente, el simple suministro de un producto para la reventa, a un adicionado con otras condiciones, no genera un contrato de agencia. Por consiguiente le corresponde a la Sala abstenerse de hacer pronunciamiento sobre sí además del suministro para la reventa, puede subsistir independientemente un contrato de agencia distinto entre las mismas partes y bajo qué condiciones porque tal independencia no ha sido planteada en la censura”<sup>(15)</sup>.

El Magistrado Javier Tamayo aclaró su voto y dijo: “Por lo tanto, si el distribuidor que compra para revender, adicionalmente se obliga a ser el distribuidor oficial del suministrador, a representarlo ante las autoridades públicas, a realizar las campañas publicitarias y de demostración, a cumplir las garantías de calidad de los productos y, en general, a realizar las gestiones que, en principio son las que habitualmente hace el mismo suministrador como un empresario diligente que quiere introducirse y mantenerse dentro del mercado, es indudable que, paralelo a la compraventa, se da el contrato de agencia mercantil así todos los productos vendidos por él hayan sido comprados por él al suministrador”<sup>(16)</sup>.

En síntesis, en encargo de promover o explotar los negocios de Fiberglass exigieron estabilidad, o sea una actividad permanente de mediación con una clientela, en la que no bastaban la realización de unos negocios, porque, como lo hemos venido sosteniendo la labor del agente se encamina a acreditar y a mejorar la credibilidad de unos productos, en este caso los aislantes térmicos, independientemente de que fueran propiedad del demandante o del demandado. Además, eso no es objeto de la presente controversia, ni ha sido ocultado ni desconocido por las partes, una vez que lo que se persigue es definir la presencia de las verdaderas características que nutren e iluminan la figura de la agencia comercial.

A juicio del tribunal no le asiste razón al apoderado de la demandada en el sentido de que para establecer si hay contrato de agencia comercial es indispensable verificar de quién son las mercancías, como si esa condición pesara más que el elemento de la promoción o explotación cuya filosofía ya ha sido analizada con holgura tanto por la jurisprudencia como por la doctrina y es que, en gracia de discusión, resulta contradictorio que en los documentos

que hicieron parte del contrato se previera lo siguiente ART. 8º, ordinal f): “Reconocer al distribuidor cualquier baja de precios que hubiera en los artículos objeto de este contrato y sobre el valor neto de las existencias del distribuidor. Esto se hará con base en un inventario físico tomado oportunamente con intervención de ambas partes”. Y en el ordinal C de la Cláusula 7ª se acordó: No vender los artículos objeto de este contrato a precios superiores a los fijados por Fiberglass en su lista única de precios”.

Estas estipulaciones desdican, desde luego, de la presencia de una simple compraventa, pues estaríamos frente a un “*sui generis*” propietario de unas mercancías que no tiene plena libertad para venderlas ni revenderlas, por la exigencia de quien no es su propietario.

## ii) Actuación por cuenta del agenciado

Como la agencia es una forma de mandato esto significa la actuación por cuenta de otro. Aunque no debemos soslayar algunas tesis que sostienen que el elemento **la actuación por cuenta de** no es de la esencia del contrato de agencia, somos de la opinión de que esta modalidad contractual exige la actuación del agente por cuenta del agenciado, pero como bien lo dice Bonivento Jiménez, “puede o no hacerlo en su nombre, puede o no ser su representante”<sup>(17)</sup>.

Continua el mismo autor señalando: “la cuestión, pues, no radica ni se agota en sí misma, en la determinación de si el comerciante intermedia con productos propios o ajenos— formalmente hablando— sino en la ineludible consideración de precisar si en su gestión de explotación o distribución, tal comerciante actúa por cuenta del empresario en el sentido jurídico de la expresión, —o por su propia cuenta—”<sup>(18)</sup>.

Para dilucidar este interrogante es inevitable examinar la cláusula 7ª del tantas veces citado documento que convinieron las partes el 17 de octubre de 1980 y que a la letra dice: “séptima: Obligaciones del distribuidor, serán obligaciones específicas del distribuidor, además de las señaladas en otras cláusulas de este contrato, las siguientes: a) No manufacturar, vender, promover ventas o distribuir, directa o indirectamente, dentro del territorio indicado, mercancías, artículos o productos iguales o similares a los que constituyen el objeto de este contrato o de marcas competitivas, a menos que obtenga previa autorización escrita de Fiberglass para cada caso. b) Vender los artículos objeto de este contrato sujetándose estrictamente a las características que les son propias en cuanto a usos, especificaciones, aplicaciones y limitaciones de los mismos, de acuerdo con la literatura que Fiberglass le suministrará al efecto. c) **No vender los artículos objeto de este contrato a precios superiores a los fijados por Fiberglass en su lista única de precios.** d) Entrenar y mantener a su personal de ventas diestro en el manejo de los artículos objeto de este contrato, en sus usos, aplicaciones y limitaciones, lo cual implica la obligación de que los empleados del distribuidor asistan a los cursos que Fiberglass organice en cualquier momento. e) Cooperar con Fiberglass en la promoción, venta y utilización de los artículos objeto de este contrato. f) Suministrar a Fiberglass, cuando esta lo solicite por escrito, un balance que refleje fielmente la situación financiera corriente del distribuidor g) Permitir a Fiberglass que coloque avisos o muestrarios apropiados en los almacenes del distribuidor para propaganda y conocimiento de los artículos objeto de este contrato. h) Suministrar a Fiberglass por trimestres anticipados un estimativo de sus pedidos para dicho trimestre. i) No desacreditar ni las marcas, ni los servicios, ni los productos de Fiberglass por estar estos ampliamente conocidos y acreditados”.

Antes de analizar detenidamente esas obligaciones específicas del distribuidor, es pertinente transcribir lo que dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de diciembre de 1980: “Aunque en la definición no esté expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que este ha de celebrar directamente si al agente no se le dio la facultad de representarlo, es lo cierto que estas características surgen de lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio, donde se estatuye, sin perjuicio de la independencia de que goza, que “el agente debe ceñirse al ejecutar el encargo, a las instrucciones que le haya dado el empresario a quien debe rendir informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada a las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”, que el agente tiene derecho a la remuneración pactada, “aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario o cuando este lo efectúe directamente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”, todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario

y no para él mismo la clientela del ramo y los negocios que para ese fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente actuando a su nombre, si para ello tiene facultad”<sup>(19)</sup>.

Es del caso explorar la conducta del demandante con el propósito de comprobar cuáles eran las instrucciones que recibía del empresario, e igualmente indagar la conducta del empresario, en este caso el demandado para comprobar el modo y la forma en que daba instrucciones, el modo y la forma en que recibía informaciones inherentes a las condiciones del mercado y en general la forma cómo ejercía una vigilancia constante sobre las actividades del agente.

En el literal e) de la cláusula 7ª se utiliza el vocablo rector que identifica las actividades del agente: “Cooperar con Fiberglass en la **promoción** venta y utilización de los artículos objeto de este contrato”.

El ordinal c) del referido documento le impone al distribuidor no vender jamás los artículos a precios superiores a los fijados por Fiberglass en su lista única de precios.

Además en la cláusula g) se le permitía a Fiberglass la colocación de avisos o muestrarios en los establecimientos del distribuidor para propaganda y conocimiento de los artículos objeto de la promoción y en la cláusula h) se le imponía al distribuidor la exigencia de suministrar a Fiberglass, por trimestres anticipados, un estimativo de sus pedidos para dichos trimestres.

Al folio 387 cuaderno de pruebas 2 se aprecia en una carta de diciembre 15 de 1987 cómo Fiberglass solicita una muestra de la papelería en donde aparece el logotipo nuevo de Fiberglass, para no extendernos en la obligación que la demandada le impuso a la demandante de que sus empleados asistieran a todos los cursos de entrenamiento que organizara en cualquier momento.

Sumadas estas circunstancias, sopesadas las obligaciones impuestas al distribuidor tenemos que concluir en que esa actividad intermediadora le impuso al demandante la satisfacción de actividades concretas e inocultables, impuestas por Fiberglass que demuestran que el demandante se ciñó en la ejecución de esos encargos a las órdenes e instrucciones del empresario.

Al respecto el representante legal de la demandante a una pregunta que le formulara el tribunal dijo: “Los precios siempre fueron fijados por Fiberglass a través de listas de precios que eran publicados periódicamente y sobre los cuales se nos exigía respetar bajo amenazas de cancelación de la distribución si el distribuidor se apartaba de las órdenes específicas de Fiberglass en cuanto a precios y descuentos máximos que podían ser ofrecidos”.

En otra respuesta referida a la participación en las campañas publicitarias de los productos Fiberglass, el Dr. Fernández López anotó: “Si definitivamente sobre todo en la parte económica ya que Fiberglass nos designaba a dedo sin posibilidad alguna de discutir el valor que debíamos aportar a sus campañas publicitarias. Sin embargo, no nos consultaba el aspecto técnico de la campaña. Solamente nos informaba y nos pasaba la cuenta por la parte que debíamos contribuir a esas campañas. Todo esto es fácilmente demostrable en la correspondencia que se adjuntará más adelante como parte de esta diligencia”.

La anterior afirmación del señor Fernández López, la corrobora parte del oficio VG-2026-89 de septiembre 25 del mismo año dirigida por el gerente comercial de Fiberglass a Daniel J. Fernández en la que se consigna que la publicidad de la campaña “fresca” se repartirá entre Fiberglass y los distribuidores en proporciones iguales.

Como colofón de todo lo anterior, Daniel J. Fernández y Cía Ltda. no fue un vendedor pasivo y no podía serlo porque sus obligaciones eran apremiantes en el sentido de que debía informar permanentemente a Fiberglass sobre la situación del mercado; en el sentido de que no podía fijar precios y demás condiciones para la reventa de los productos, cumpliendo el mandato del artículo 1321 del Código de Comercio que señala las obligaciones del agente: “El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”.

Ante esta abrumadora evidencia no basta la inclusión de algunas cláusulas en los citados documentos para desvirtuar inútilmente la presencia de una agencia comercial. Son inocuas por lo tanto y carecen de cualquier

eficacia expresiones como la de que “Es expresa intención de las partes que el distribuidor no se constituya por este contrato en agente comercial o representante de Fiberglass ni actúe por cuenta de esta, ni la represente en forma alguna...”; es igualmente ineficaz el acuerdo de que el distribuidor declara que renuncia expresamente desde ahora a las indemnizaciones de que trata el artículo 1314 (sic) del Código de Comercio, en el evento de que sus relaciones con Fiberglass llegaran a transformarse en agencia comercial”.

Las cláusulas analizadas ratifican que la información sobre mercado, como la información sobre la competencia, sobre la aceptación o el repudio de productos tan especializados envuelven una clásica obligación del agente porque su situación es la de un informador. En este caso existió un control absoluto, previo y posterior, de las actividades del agente por parte del agenciado.

### **(iii) Independencia del agente**

Se ha dicho que la cesantía comercial es una hija imperfecta de la cesantía laboral. Mario de la Cueva, ilustre laboralista mejicano considera que el agente comercial es un empleado, salvo cuando constituye una empresa. En nuestro caso el agente tiene que crear una organización independiente, una organización que pueda conservar y que no guarde relación con la del empresario al cual presta sus servicios como agente. Pero tal vez el hecho más relevante es que es el agente el que define el modo el tiempo y el lugar para despegar su actividad.

En el presente caso Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. se organizó desde el 19 de diciembre de 1972 como una organización independiente, con sus propias instalaciones como lo pudo constatar el tribunal, con su propio personal, de tal manera que resulta difícil desconocer el elemento independencia en cabeza del agente, si esa independencia es la consecuencia de una actividad económica organizada para la transformación, producción, circulación o prestación de servicios.

Esta independencia que desborda y supera la ejecución de un contrato de agencia se advierte, primero, con la apertura de oficinas y establecimientos de comercio, segundo mediante la vinculación de empleados, y tercero, por la realización de los actos de comercio propias del agente, con la autonomía necesaria para desarrollar su actividad empresarial, independientemente del agenciado.

En la presente controversia se ha establecido que las partes son personas jurídicas independientes y diferentes; que la demandante tiene su domicilio en la ciudad de Barranquilla y la demandada en Santafé de Bogotá y que los objetos sociales son igualmente diferentes. De idéntica forma, se ha acreditado en el proceso una actividad ininterrumpida y permanente de las dos sociedades, circunstancias que lo han permitido al agente la ejecución de muchos actos orientados a lograr mejores y tangibles beneficios para el agenciado.

Igualmente, el elemento **independencia** se reafirma con la lectura de los documentos que hicieron parte del contrato, particularmente con la lectura de la siguiente expresión: “El Distribuidor” actuará como contratista independiente y por lo tanto, en razón de este contrato no se establece vínculo o dependencia entre El Distribuidor y Fiberglass...”.

Un último comentario acerca de la exclusividad, con el objeto de demostrar que no es un elemento esencial en el contrato de agencia. Se trata, si acaso, de un elemento accidental, que no resiente al alcance de una agencia comercial, razón por la cual la cláusula de no exclusividad pactada en los documentos que llenaron parte del contrato de agencia comercial, es incluible en este tipo de contratos.

Analizadas tanto individual como conjuntamente las características de esta relación, así como examinadas las obligaciones del agente (promoción, información, seguir las instrucciones recibidas), las conclusiones no puede ser diferente: se trata de un contrato de agencia comercial, el mismo desarrollado en nuestro estatuto mercantil en los artículos 1317 y siguientes.

## **4. Las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio.**

Después de establecida la naturaleza jurídica del contrato, corresponde al tribunal pronunciarse acerca de las prestaciones inherentes al contrato de agencia mercantil que consagra el artículo 1324 del Código de Comercio.

Para profundizar sobre este tema, debe tenerse en cuenta que tanto la llamada “cesantía comercial” del inciso primero de la norma citada como la “indemnización equitativa” de su inciso segundo, se causan a la terminación del contrato, de suerte que resulta obligatorio en forma previa al análisis de esas prestaciones detenerse en las circunstancias y modalidades que tuvo dicha terminación en el caso presente.

#### a) **La terminación del contrato.**

El contrato de agencia cuyo estudio ocupa a este tribunal, consagró lo siguiente en su cláusula Séptima, denominada: “Iniciación, término y prórroga del negocio jurídico”, que se procede a transcribir: “La distribución que “El Distribuidor” se obliga a realizar de los artículos de “Fiberglass”, se iniciará a partir de la fecha del presente documento, y durará por un término de un (1) año. Esta distribución podrá prorrogarse por un término igual al inicialmente pactado, cuando así lo manifieste por escrito “El Distribuidor” o “Fiberglass” a la otra parte, con un mes de antelación a su vencimiento y esta consienta en dicha prórroga en forma escrita”.

La cláusula transcrita significa que, en desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes, el período contractual fue pactado por un año calendario, prorrogable por períodos iguales por voluntad expresa de las partes.

Dando aplicación a la mencionada cláusula, Fiberglass Colombia S.A., con fecha octubre 20 de 1995 envió una carta a la sociedad Daniel J. Fernández y Cía. Ltda., que se procede a transcribir: “...De conformidad con lo establecido en la cláusula séptima (7ª) de nuestro contrato, desde ahora les manifestamos que Fiberglass Colombia S.A. no desea prorrogar el contrato de distribución y que en consecuencia este estará vigente únicamente hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), inclusive, fecha en la cual termina...”. (Contrato que obra a folios 26 del cuaderno de pruebas número 1 del expediente).

Analizando la terminación del contrato en mención, en forma paralela con las causales de terminación del contrato de agencia comercial, este tribunal concluye como pasa a demostrarse, que se terminó por la causal consagrada en el ordinal segundo del artículo 2189 del Código Civil, referente al vencimiento del término.

Si bien, el término contractual fue de un año, permitía prórrogas por voluntad expresa, por períodos iguales. En octubre de 1995 no se dio la voluntad de Fiberglass Colombia S.A. de prorrogarlo por otro año calendario y por tanto, cumpliendo la antelación pactada en el contrato, dio aviso a Daniel J. Fernández y Cía. Ltda.

Por expresa disposición legal al contrato de agencia comercial, le son aplicables las causales de terminación del contrato de mandato (C. Co., art. 1324). El Código de Comercio no contempla las causales de extinción de este último contrato, lo que implica que por expresa disposición del artículo 822, ibídem, sea necesario acudir al artículo 2189 del Código Civil. Esta norma consagra las causas y eventos en los cuales el mandato civil termina.

Dichas causales consagradas en el Código Civil y su aplicación al contrato de agencia mercantil son:

1. Por el desempeño del negocio para el cual fue constituido, causal que se aplica a la agencia, por su propia naturaleza (C.C., art. 2189, ord. 1º).
2. Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato. Esta causal se aplica al contrato de agencia. En efecto, la agencia comercial puede sujetarse bien a un plazo o a una condición resolutoria, lo que no atenta contra la naturaleza del contrato de agencia mercantil, por cuanto, el encargo podría consistir en abrir un determinado mercado, que una vez abierto, dé lugar a la terminación de la agencia (C.C., del citado art. 2189, ord. 2º).
3. Por la revocación del mandante. En esta causal, vale la pena tener en cuenta que el artículo 1279 de Código de Comercio, consagra que el mandato en interés común, es decir en interés de ambas partes del contrato, mandante y mandatario, únicamente puede ser revocado por justa causa. Por tal razón el artículo 1325 del Código de Comercio desarrolla las justas causas de revocación por parte del agenciado, que posteriormente serán objeto de análisis (ord. 3º del citado artículo).
4. Por la renuncia del mandatario. Se aplica al contrato de agencia comercial, pero teniendo en cuenta que el artículo 1283 del Código de Comercio consagra la obligación de indemnizar los perjuicios que se causen al

mandante por la renuncia injustificada del mandatario. En este orden de ideas, el artículo 1325, *ibídem*, desarrolla las justas causales de renuncia del agente, que se analizarán más adelante (ord. 4° del citado artículo).

5. Por la muerte del mandante o del mandatario, causal que se aplica, por tratarse de un contrato *intuitu personae* (ord. 5° del citado artículo).

6. Por insolvencia o quiebra del mandante o del mandatario, se aplica al contrato que nos ocupa, por la misma razón que la anterior, es decir por tratarse de un contrato *intuitu personae* (ord. 6° del citado artículo). Hoy esta causal debe ser entendida como apertura al trámite de liquidación obligatoria.

7. Por interdicción del uno o del otro. Se aplica por la misma razón de las dos causales anteriores (ord. 7° del citado artículo).

8. Por cesación de las funciones del mandante, cuando el mandato se ha conferido en virtud de ellas. Esta causal al sentir del tribunal se aplica al contrato de agencia (ord. 9° del citado artículo).

Por su parte las justas causas para dar por terminado el contrato de agencia consagradas en el artículo 1325 del Código de Comercio, son:

Por parte del empresario:

1. El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley.

2. Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario.

3. La quiebra o insolvencia del agente, hoy la apertura de trámite de liquidación obligatoria.

4. La liquidación o terminación de actividades del agenciado.

5. Por parte del agente:

6. El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales y legales.

7. Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente.

8. La quiebra o insolvencia del empresario, hoy la apertura de trámite de liquidación obligatoria.

9. La terminación de actividades del agente.

En este orden de ideas, es concluyente para el tribunal que el contrato de agencia que lo ocupa, se terminó por un motivo equivalente a la “justa causa”, por cuanto su terminación fue aplicación de la libertad contractual, pactada en la cláusula séptima del contrato que arriba se transcribió, y normal consecuencia de lo establecido en el ordinal 2° del artículo 2189 del Código Civil, aplicable al caso, como ya se comentó.

En el punto vale la pena hacer una significativa diferenciación entre “las causas de terminación del contrato” y “las justas causas para darlo por terminado unilateralmente”. Ello implica la interpretación lógica y armónica de las normas contenidas en el artículo 1324 del Código de Comercio (“El contrato **termina** por las mismas causas del mandato...”) y el 1325 *ibídem*. (“Son justas **causas para dar por terminado unilateralmente** el contrato...”). En efecto, la norma del artículo 1324 simplemente se refiere a la identificación de los diferentes momentos que marcan el punto final en el contrato de agencia sin entrar a calificar en sí tales causas como justas o injustificadas, en tanto que el artículo 1325 se limita a señalar las justas causas para dar unilateralmente por terminado (leáse para terminar anticipadamente) el vínculo contractual.

Así por ejemplo cuando se dice que el mandato **termina** con la muerte del mandatario sería impropio calificar de justa o injustificada causa dicho acontecimiento, pues simplemente es un motivo —normalmente ajeno a toda voluntad—, consagrado expresamente en la ley para que se considere finalizado el contrato. En este ejemplo, nadie en realidad da por terminado unilateralmente el contrato. Cosa similar ocurre con el vencimiento del término, pues es la propia ley aunada a la original voluntad de las partes, y no ninguna parte de manera unilateral, quien define

expresamente que ante esta eventualidad se termine el contrato. Ahora bien, no debe perderse de vista que el vencimiento del plazo o término del contrato tiene su origen en la autónoma voluntad de las dos partes, quienes gozan de plena libertad y capacidad para pactar los términos y la extensión de sus relaciones e igual libertad y capacidad para prever los términos y circunstancias de sus prórrogas. En el caso presente las partes en el contrato de 1992 manifestaron de manera clara y concreta que querían limitar la duración de ese contrato al término de un año. Igual hubieran podido pactar 10 o 20 años o inclusive haberse fijado un término indefinido. También pactaron un régimen especial de mutuo consentimiento para sus prórrogas, a pesar de que ningún impedimento tenían para haber convenido un sistema de prórrogas automáticas.

De allí que resulte completamente inexacta la afirmación de la convocante en el sentido de que “la demandada dio por terminado el contrato unilateralmente”, pues, en realidad, aquí nadie dio por terminado unilateralmente ningún contrato. Lo que ocurrió simplemente fue que el contrato **terminó** —asunto bien diferente a darlo por terminado—, por una causa previamente convenida por las dos partes a la cual la ley le da toda eficacia: la expiración del término contractual prefijado.

Desde luego tampoco es de recibo la argumentación de la convocante cuando señala “que el vencimiento del término” no se encuentra contemplado dentro de la enumeración taxativa que trae el artículo 1325 del Código de Comercio. Pues aún aceptando en gracia de discusión que se trata de una enumeración taxativa, ella se refiere no a las causas de terminación sino a las causas para dar por terminado unilateralmente, (lo cual implica que no ha terminado aún), un contrato de agencia.

Obviamente las anteriores consideraciones son de fundamental importancia para la definición de las prestaciones a cargo del agenciado, tal cual se expondrá a continuación:

#### **b) Las prestaciones económicas del contrato de agencia mercantil.**

El tribunal se detiene en estas prestaciones económicas del contrato de agencia comercial, que una vez se termine la relación contractual entre las partes, cuales son:

(i) La llamada “Cesantía comercial”, que consiste en que a la terminación del contrato, **cualquiera sea la causa de su terminación**, el agente tiene derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

Por tanto, dado que la norma no hace distinción alguna, para el tribunal es evidente que en el momento de la terminación del contrato se causó esta prestación en favor de Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. y a cargo de Fiberglass Colombia S.A.

Para calcular esta prestación, es básico para el tribunal definir cuál fue la remuneración que el agenciado se obligó a reconocerle al agente, durante toda la relación contractual, por los negocios efectuados.

En desarrollo del segundo dictamen pericial rendido por los peritos Hugo Millán y Édgar Romero, que conforma el cuaderno de pruebas 12, se evidenció que para cada línea de productos Fiberglass Colombia S.A. concedía a Daniel J. Fernández y Cía. Ltda., descuentos sobre los precios de los respectivos productos. Por lo anterior, Daniel J. Fernández y Cía Ltda. compraba productos a Fiberglass, a los precios de su lista, con un descuento probado en el expediente y su obligación consistía en vender a los precios de lista fijados por Fiberglass Colombia S.A., como se desprende de la obligación consagrada en la cláusula 3.2 del contrato, denominada “obligaciones especiales del distribuidor” y particularmente el numeral 3.2.8, que se transcribe: “...A comercializar y enajenar los productos a los precios y en las condiciones previamente establecidas por Fiberglass”.

Sobre este particular, es conveniente tener en cuenta que no se encuentra probado en el expediente que Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. hubiera violado esta obligación contractual de vender a los precios fijados por Fiberglass Colombia S.A., durante todos los años que duró su relación contractual. Por tanto, concluye el tribunal que **su remuneración siempre consistió en el valor del descuento y no en la utilidad planteada por los primeros peritos**, que consistió en la diferencia entre el costo y la venta de los productos, ya que en las ventas se involucraron todos los conceptos de instalación de materiales, que fueron utilidad para Daniel J. Fernández y Cía.



Ltda., pero no remuneración por parte del agenciado, por cuanto por la instalación no estaba obligado el agenciado a reconocer una remuneración al agente, ni tampoco recibía beneficio económico alguno. Este error pericial se desprende de la interpretación jurídica del artículo 1324 del Código de Comercio, que se refiere genéricamente a **la remuneración** y específicamente a los términos: comisión, regalía o utilidad. Aclara el tribunal, que esta enunciación no es taxativa, sino que lo que importa es el concepto de **la remuneración** que recibe el agente por parte del agenciado, sin importar la denominación, con la que se le distinga. Y en este caso no se refería a utilidad, por cuanto no estaba pactada la remuneración sobre un porcentaje de las utilidades, sino con base en un descuento.

Por tanto, la remuneración de los tres (3) últimos años del contrato, se debe calcular con base en los valores de los descuentos en las ventas de Fiberglass Colombia S.A. a Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. en los mismos tres años, que fueron probados en el expediente, (fl. 3184 del cuaderno 12 del Expediente), así:

Para 1993: \$ 102.264.000

Para 1994: \$ 133.647.000

Para 1995: \$ 126.550.000

Para efectos de calcular el promedio de los tres valores relacionados, es imperativo convertirlos a pesos del año más reciente, para de esa forma arribar a valores homogéneos y poder calcular el promedio de dicha remuneración en los tres últimos años.

Dicha conversión se logra aplicando la siguiente fórmula:

En dicha fórmula, se aplica el IPC certificado por el DANE para los años 1993, 1994 y 1995, que reposan en los folios 2007 y 2008 del cuaderno de pruebas 8:

Año	Valor descuentos	IPC	Valor actualizado
1993	102.264.000	324.84	149.775.645,20
1994	133.647.000	398.24	159.662.255,60
1995	126.550.000	475.76	126.550.000
Promedio			145.329.300,20

Para el cálculo de la “cesantía comercial” debe partirse del anterior promedio y aplicar la siguiente fórmula:

Despejada la anterior fórmula tenemos:

Esta suma de dinero constituye el valor a pagar por parte de Fiberglass Colombia S.A. a favor de Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. por concepto de la prestación legal establecida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

(ii) Indemnización equitativa:

Esta prestación se encuentra consagrada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, y consiste en que cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa calculada por peritos. En sentido contrario no hay lugar a su reconocimiento y pago cuando el contrato se termina por justa causa.

La relación contractual que ocupa a este tribunal terminó por una causal legal equivalente a la justa causa, tal como se explicó en el acápite de la terminación.

A lo expuesto debe agregarse que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada, según la cual el contrato es ley para las partes, dicha relación contractual terminó por expiración del término estipulado, sin que existiera ánimo para prorrogarlo. Adicionalmente, esta terminación encuadra en la causal consagrada en el artículo 2189 del Código Civil, consistente en el vencimiento del término, motivo que por expresa disposición del artículo

1324 del Código de Comercio se aplica a la agencia comercial y que no puede ser considerada como causal injusta apta para generar dicha prestación económica a cargo del agenciado por cuanto nadie está obligado a prorrogar una relación contractual de este tipo en contra de su voluntad.

Vale la pena detenerse en el punto pues el hecho de estar contemplada en el contrato esta causal de terminación y, por ende, al haberse dado al contrato un determinado término de vigencia, era absolutamente previsible para ambas partes, que a la expiración de dicho término contractual, con prórrogas o sin ellas, podría presentarse la terminación del contrato, máxime si lo expresamente convenido era que toda prórroga exigía mutuo y recíproco acuerdo.

Las razones anteriores, llevan a concluir al tribunal y así lo declarará en la parte resolutive del laudo, que en el caso que lo ocupa no hay lugar al reconocimiento, ni a la causación y pago de dicha prestación económica a cargo del agenciado y en favor del agente, ya que el contrato terminó por una causa legal que se origina en el pacto contractual y autónomo de las dos partes contratantes. Como tal, no cumple con las condiciones de unilateralidad e injusticia que son requisitos *sine qua non* establecidos en la ley para la causación de dicha prestación.

### c) Corrección monetaria e intereses.

En relación con esta solicitud de la parte demandante, es conveniente tener en cuenta que en el criterio del tribunal la tasa moratoria de interés, conlleva un doble concepto: por un lado el costo puro del dinero y por el otro lado el cálculo de la inflación en el período respectivo.

El apoderado de la parte actora pretende al solicitar el pago de las prestaciones económicas derivadas de la terminación del contrato de agencia, que el tribunal decrete “los intereses comerciales de mora sobre esa suma, a partir del 31 de diciembre de 1995 hasta el pago y corrección monetaria que corresponda entre esa fecha y la del pago”. Sobre este particular, el tribunal considera procedente el pago de intereses moratorias, mas no la corrección monetaria, siguiendo la tesis expuesta por la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de fecha 24 de enero de 1990, Magistrado Ponente: José Alejandro Bonivento, que se procede a transcribir:

“Con mucha frecuencia, y esta es, sin duda, la situación de común ocurrencia en materia comercial dado el sistema de fijación del interés legal moratoria que consagran los artículos 883 y 884 del código del mismo ramo, cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, luego tampoco sería justo ni equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida adeudada.

Con todo, el acreedor de sumas de dinero conserva su derecho a la indemnización del daño ulterior o complementario que, a raíz de la depreciación monetaria, le haya ocasionado la mora del deudor y que no encuentre completa satisfacción en el pago de intereses, pero ya no amparado por la norma de “*favor creditoris*” que es en su parte medular el artículo 1617 del Código Civil, sino asumiendo la carga de probar positivamente esa insuficiencia del interés moratorio como compensación resarcitoria, evidencia que consiste en certificar procesalmente la existencia de la desvalorización, hecho cuya publicidad y notoriedad eximen al damnificado de acreditarlo, y los términos numéricos en que se traduce el descenso del poder de compra del peso colombiano como efecto de ese fenómeno económico, cuanto en demostrar que esa situación se dio en daño del acreedor hasta el punto de que no queda cubierto integralmente, indemne de todo el perjuicio legalmente reclamable, con el reconocimiento de intereses moratorios. Pero, en todo caso, siempre bajo el designio del mencionado artículo 1617.

Recuerda la Corte, porque es del caso, que la corrección monetaria tiene un profundo contenido de equidad que, por tanto, su aplicación tiene que ser certera para evitar abusos e injusticias. Si, como en el asunto bajo estudio, el tribunal impuso la condena al pago de intereses comerciales de mora en las dos partidas reclamadas por la demandante, necesariamente incluyó la recomposición del capital erosionado; vale decir ajustó la deuda pecuniaria a los criterios legales indicados en el artículo 1617 del Código Civil en concordancia con los artículos 883 y 884 del Código de Comercio y a los principios de la equidad.

No podía, par tanto, el sentenciador *ad quem* , acumular intereses comerciales de mora, los más altos en el tráfico mercantil, y corrección monetaria, con el pretexto de aplicar el artículo 1649 del Código Civil, porque la condena al pago de esos intereses abarcaba todo el monto de la indemnización, contemplada específicamente en la controversia<sup>20</sup> .

En igual sentido se ha pronunciado el honorable Consejo de Estado en sentencias del 20 de marzo de 1980 y 10 de septiembre de 1992.

Con fundamento en lo anterior, el tribunal dispondrá que la suma originada en la llamada cesantía comercial deba cancelarse por parte de Fiberglass y a favor de Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. con inclusión de los intereses máximos moratorios a la tasa del 62,52% anual efectivo desde la fecha de su exigibilidad (el día ene. 1º/96) hasta cuando se produzca su pago efectivo.

## 5. Objeción por error grave.

En su debida oportunidad procesal el apoderado de Fiberglass Colombia S.A., planteó que el dictamen practicado por los peritos Matilde Cepeda y Juan José Amézquita, había incurrido en error grave, básicamente enfocado en dos aspectos, cuales fueron:

(i) De una parte, al interrogarlos sobre las utilidades obtenidas por el demandante, a partir de las cuales se pretende calcular la prestación económica denominada “cesantía comercial”, se calcularon con base en la actividad de reventa, cuando “dichas utilidades tienen que estar reflejadas en la diferencia entre el precio de compra a Fiberglass y el precio de reventa, deducidos los gastos “operacionales” desagregados como gastos de ventas y gastos generales y de administración”.

En efecto, agregó el objetante que siguiendo el esquema del cálculo practicado por los peritos, estos llegaron a la conclusión que el promedio de utilidades de los tres (3) últimos años del contrato, fue la suma de \$ 208.178.245,21, cifra que determina que el promedio de las utilidades brutas de la demandante durante los tres últimos años del contrato fue del 64% sobre las compras a la demandada, cuando al aplicar el porcentaje máximo de los descuentos otorgados por la demandada a la demandante sobre los precios de lista, Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. ha debido obtener un máximo de utilidad bruta del 28%.

En consecuencia el memorialista concluyó en que el cálculo de los peritos es errado o que Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. no se sujetó a los precios de lista fijados por la demandada, ya que los cálculos siempre debieron ser tomados basados en el margen de descuento o diferencia, y que si hubiera incumplido el contrato el demandante, en lo relativo a vender a precios más altos que los fijados por Fiberglass, no podría pretender beneficios de su propio incumplimiento.

Adicionalmente en el cálculo, los peritos no tuvieron en cuenta los gastos en los que incurrió la demandante en la reventa de los productos, como si existiera una estipulación expresa entre las partes referida al reconocimiento de la demandada de todos los gastos en que hubiera incurrido la demandante en la actividad de reventa.

(ii) En los parámetros utilizados para el cálculo de la denominada “Indemnización equitativa” se cometió también a criterio del abogado de la demandada, error grave, por cuanto no hicieron ningún esfuerzo por estimar la acreditación de las marcas; si bien hacen referencia a una serie de certificaciones anexadas al expediente, que se refieren a la calidad y cumplimiento del trabajo efectuado y fueron tomadas en cuenta para efectos del cálculo de la llamada indemnización, se trata de certificaciones que se refieren al trabajo de la demandante; adicionalmente no se hizo diferencia entre la reventa de productos de Fiberglass y las otras actividades de la demandante, que no implican de suyo acreditación de las marcas de Fiberglass. Así mismo son contradictorias las conclusiones en lo referente al volumen e importancia de los negocios, por cuanto de los cuadros contenidos en el dictamen se puede concluir una disminución porcentual, año a año, de ventas de productos de la demandada, por parte de la demandante.

El tribunal considera que si bien el dictamen de los peritos Matilde Cepeda y Juan José Amézquita tiene en efecto errores, como pasa a demostrarse, no pueden acarrear consecuencias, por cuanto básicamente se refieren estos a errores de interpretación de una norma jurídica, así:

En la liquidación de la llamada cesantía comercial, se debe hacer un cálculo de la remuneración del agente durante los tres últimos años de duración del contrato, como se desarrolló en el acápite referente a prestaciones económicas del contrato de agencia comercial, los peritos equivocadamente interpretaron el artículo 1324 del Código de Comercio en el sentido de deducir que el concepto de utilidad consagrado en dicha cláusula, se refiere a la utilidad contable bruta de la empresa demandante en su operación de reventa de productos de Fiberglass, sin tener en cuenta que la remuneración para el agente no era la utilidad en el negocio, sino la diferencia entre el precio de compra de productos Fiberglass que incluía los descuentos especiales que le concedían por línea de producto y el precio de venta a terceros, fijado este último por la demandada.

Indudablemente, como se demostró con el segundo dictamen practicado, la remuneración de la demandante estaba dada por los diferentes descuentos que le concedía por líneas de productos Fiberglass, comparado con los precio de venta a los que tenía que sujetarse. Diferente aspecto se refiere a que una gran parte de la actividad de la demandante con ocasión de la ejecución de este contrato estuvo encaminada a la instalación por su cuenta y riesgo de productos Fiberglass, concepto que para efectos de la facturación a los clientes (terceros en esta relación) envolvía otros ítems, como son costo de mano de obra, de pegantes y similares, cuestiones ajenas al concepto de remuneración por parte del agenciado al agente.

De otra parte, no puede desconocerse que los cálculos de los peritos en el primer dictamen se encuentran correctos, por cuanto fueron confirmados por el segundo. Lo que pasa es que tomaron el concepto de utilidades brutas para asimilarlo a la remuneración del agente, error que encuentra su evidencia en una interpretación jurídica errónea del artículo 1324 del Código de Comercio. En efecto, se solicitó en las pruebas de la demanda un dictamen pericial efectuado por peritos contadores, como en efecto se designaron, personas con formación contable, cuyos cálculos resultaron correctos, pero equivocada la base, que evidentemente se refiere a un punto de vista jurídico de interpretación de una forma del Código de Comercio.

Con esto el tribunal quiere resaltar que si bien en este aspecto el dictamen presenta el error consistente en tomar la remuneración como sinónimo de utilidad bruta los cálculos de las utilidades brutas y por ende del promedio de ellas en los tres últimos años se encuentran correctos.

En lo relativo al cálculo efectuado por los peritos Cepeda y Amézquita, de la prestación llamada “indemnización equitativa”, los peritos en su dictamen expusieron cuatro procedimientos para arribar a una cifra, cifra que ha perdido importancia en este laudo, por cuanto es concluyente para este tribunal que en el presente caso, como ya se expuso el contrato se terminó por justa causa y por ende no hay lugar a la causación, reconocimiento y pago de esta prestación.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal considera que las cuatro (4) alternativas planteadas por los peritos Matilde Cepeda y Juan José Amézquita, para el cálculo de la indemnización equitativa, no son de recibo, como pasa a explicarse:

(i) Si bien el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio únicamente consagra como pauta para su cálculo, una retribución a los esfuerzos desarrollados por el agente, para acreditar la marca o la línea de productos, significa que se debe calcular con base en la actividad del agente durante la época contractual. Por tanto para el tribunal no son aceptables las alternativas planteadas que se refieren a épocas posteriores a la vigencia del contrato.

(ii) El cálculo no se basa únicamente en las utilidades obtenidas por el agente, como lo hicieron los peritos, por cuanto no es el único parámetro para medir los esfuerzos desarrollados para posicionar una marca. Se deben tener en cuenta otros, como por ejemplo: la ampliación del mercado de los productos del agenciado, el posicionamiento de la línea de aislantes térmicos en la Costa Atlántica, para el caso que nos ocupa.

Concluye el tribunal que los errores presentados en el dictamen no constituyen error grave, definido por Jairo Parra Quijano, en su libro denominado Manual del Derecho Probatorio, Ediciones Librería El Profesional, página 362, así: “Es aquel que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe; o en tener por blanco lo que es negro o rosado”.

“Nos parece que lo dicho al inicio ilustra mejor el concepto; efectivamente, es el que se presenta a la mente de cualquier persona de pensamiento sano y que de no haberse incurrido en él, otro sería como se dijo, el resultado del dictamen”.

Adicionalmente, considera el tribunal que los errores relativos al cálculo de las cesantía comercial, se basaron en determinadas preguntas que formaban parte del cuestionario puesto a la consideración de los peritos y en una interpretación errónea del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como ya se explicó, y en cuanto a los errores relativos al cálculo de la indemnización equitativa, pierden en este caso toda relevancia, por cuanto como ya se explico, en este caso objeto de estudio, no hay lugar a su causación, reconocimiento y pago.

## **6. Remuneración por ventas directas.**

En lo relativo a la pretensión de la demandante, consistente en que “se condene a la demandada a pagar a la demandante la remuneración o utilidad que le corresponde por las ventas directas a terceros (distintos a otros agentes comerciales y/o distribuidores) que realizó en los territorios asignados a aquella, durante el desarrollo de su relación contractual...” el tribunal considera que, si bien, el artículo 1322 del Código de Comercio consagra dicho derecho en favor del agente, esta disposición encaja con lo previsto en el contrato suscrito entre las partes el 31 de diciembre de 1992, que consagraba como territorio asignado a Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. los departamentos de Córdoba, Sucre, Bolívar, Magdalena, Guajira, Atlántico y Cesar (cláusula 3.1.1. del mencionado contrato).

En este aspecto, considera el tribunal que debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio al representante legal de la demandada, a una pregunta formulada por el apoderado de la demandante sobre este tema, contestó: “... nosotros le vendíamos directamente y le vendemos directamente a aquellas firmas que utilizan el producto nuestro para convertirlo en ductos de aire acondicionado” (fl. 125, c. ppal. 1); así mismo, en el informe rendido por los peritos Matilde Cepeda y Juan José Amézquita, manifestaron como respuesta a una pregunta del cuestionario referente a este tema, así: “...Concretando sobre si la demandada realizó ventas directas a terceros en los territorios asignados al (sic) en cada contrato, la respuesta es sí, basados en pruebas de auditoría a las ventas en la Costa Atlántica para los años 1992 a 1995...” (fl. 432 del c. de pruebas 3).

Concluye el tribunal que durante la relación contractual objeto de estudio existieron ventas directas efectuadas por Fiberglass en territorio asignado a Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. Distinto es, que a lo largo del proceso, no fueron cuantificadas dichas ventas efectuadas en forma directa por aquella dentro del territorio asignado a esta, como lo expresaron los peritos: “...Por las características de esas ventas, su cuantificación, a lo largo de la vinculación contractual con la convocante, presenta tres (3) inconvenientes para dar la respuesta puntual solicitada:

1. Grado de dificultad para reconstruir la información por zonas y por distribuidor.
2. Tiempo asignado para su ejecución. Si el tribunal insistiera, se requerirá más de un año para adelantar este trabajo.
3. No se dispone de lista de agentes comerciales y/o distribuidores durante toda la vinculación, que permita partiendo de los listados auxiliares de ventas totales, reconstruir las correspondientes a ventas directas...”.

Significa lo anterior, que en este proceso, no fue posible efectuar la cuantificación de las ventas directas realizadas por la demandada en el territorio de la demandante.

Por lo anterior, al no estar probados los valores de dichas ventas en el proceso, no puede el tribunal condenar a la convocada a pagar suma alguna, por este concepto, en favor de la convocante y por tanto no las tuvo en cuenta tampoco para la fijación de la cesantía comercial, que se desarrolló en el acápite denominado prestaciones económicas del contrato.

## **7. Costas.**

En lo relativo a la condena en costas, solicitada por la demandante tanto en la demanda como en su alegato de conclusiones, el tribunal considera que, dada la naturaleza de la controversia presentada a su consideración, la

prosperidad parcial de las pretensiones solicitadas, se abstiene de condenar en costas, teniendo en cuenta lo dispuesto por el numeral 5° del Código de Procedimiento Civil.

En mérito en lo expuesto, este tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Deniéganse las excepciones propuestas por la parte demandada.
2. Declárase que entre las sociedades Daniel J. Fernández & Compañía Limitada y Fiberglass Colombia S.A. existió contrato de agencia comercial entre el 27 de noviembre de 1965 y el 31 de diciembre de 1995.
3. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a Fiberglass Colombia S.A. a pagar a Daniel J. Fernández & Compañía Limitada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de trescientos sesenta y nueve millones setecientos cuarenta y ocho mil seiscientos ochenta y nueve pesos con veinte centavos (\$ 369.748.689,20), correspondiente a la doceava parte del promedio de la remuneración de esta última en la reventa de los productos de aquella, durante los tres años anteriores al 31 de diciembre de 1995, por cada uno de los años en que tuvo ese encargo.
4. Condénase a Fiberglass Colombia S.A. a pagar a Daniel J. Fernández & Compañía Limitada intereses de mora liquidados al 62.52% efectivo anual sobre la suma señalada en el numeral tercero de esta parte resolutive, a partir del 31 de diciembre de 1995 hasta la fecha del pago.
5. Declárase que no prosperan las objeciones por error grave formuladas al dictamen pericial por la parte demandada.
6. Niéganse todas las demás pretensiones de la demanda.
7. Sin costas.
8. Entréguese a cada una de las partes copia auténtica de este laudo.
9. Protocolícese el expediente en una notaría de este círculo.

La anterior providencia se notificó en estrados a las partes.

Una vez entregadas las copias auténticas a cada una de las partes, el tribunal profirió el siguiente

AUTO

Señálase el día 28 de febrero a las 5:00 p.m. para celebrar audiencia en la que se resolverá sobre las eventuales solicitudes de aclaración o de corrección del laudo que presenten las partes.

La anterior providencia se notificó en estrados a las partes.

No habiendo más asuntos que tratar, se dio por terminada la sesión.

---