
Laudo Arbitral

Banco Extebandes de Colombia S.A.

vs.

Banco Cafetero

Marzo 8 de 1993

Acta 16

Audiencia de fallo

En la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a los ocho (8) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), se reunieron en la sede del tribunal, los árbitros, doctores Luis Carlos Neira Archila, quien preside la audiencia, Cristian Mosquera Casas y Antonio José de Irisarri Restrepo y la suscrita secretaria. Esta audiencia fue convocada por auto del dieciséis (16) de febrero del presente año, con la finalidad de leer el fallo que dirima las controversias planteadas por las partes en este proceso arbitral.

A la sesión concurren los doctores, Gabriel Darío Hernández M., apoderado del Banco Extebandes de Colombia S.A. y José Ignacio Narvárez García, apoderado del Banco Cafetero.

A continuación el presidente autorizó a la secretaria para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, que es proferido dentro del término legal, se pronuncia en derecho, fue acordado y expedido por unanimidad con la firma de todos los árbitros.

Laudo

Tribunal de Arbitramento

Santafé de Bogotá, D.C., marzo ocho de mil novecientos noventa y tres.

Concluida la instrucción y oídas las alegaciones de las partes el Tribunal de Arbitramento procede a pronunciar, en derecho, el laudo que pone fin al proceso arbitral entre el Banco Extebandes de Colombia S.A., por una parte, y el Banco Cafetero, por otra parte, ambos domiciliados en esta ciudad de Santafé de Bogotá.

I. Antecedentes

1. El Banco Extebandes de Colombia S.A., por medio de apoderado solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias presentadas con el Banco Cafetero con ocasión del contrato de fiducia mercantil que consta en la escritura pública 572 del 26 de febrero de 1987 de la notaría treinta y uno de esta ciudad, con base en la cláusula compromisoria establecida en la cláusula décima de la mencionada escritura.

2. El centro de arbitraje y conciliación mercantiles en auto del 25 de febrero de 1992 estableció que la solicitud de convocatoria reunía los requisitos legales y dispuso correr traslado de la demanda al Banco Cafetero. De acuerdo con solicitud del apoderado general del Banco Cafetero, el centro de arbitraje y conciliación mercantiles repuso parcialmente su auto del 25 de febrero de 1992 para reconocer que siendo el asunto de mayor cuantía se le debe dar el trámite señalado en el artículo 16, numeral 2º, del Decreto Especial 2651 de 1991, en concordancia con los artículos 428 a 430, parágrafos 1º, 2º y 3º del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, dando cabida, si fuere el caso, a demanda de reconvención.

3. Dentro del término para contestar la demanda el Banco Cafetero solicitó la citación al proceso de la sociedad Comercializadora Automotriz Ltda. (antes Auto Subaru

Goncheverry Ltda.) como litis consorte necesario, su llamamiento en garantía y formuló demanda de reconvencción o de mutua petición contra el banco demandante. El centro de arbitraje y conciliación mercantiles admitió la demanda, ordenó correr traslado de la misma y dispuso que las demás peticiones deberían ser resueltas por el tribunal. Ambas partes contestaron las respectivas demandas y el Banco Extebandes de Colombia S.A. describió la excepción previa planteada por el Banco Cafetero, con relación a que la demanda no comprendía a todas las personas jurídicas que conforman el litis consorcio necesario.

4. El día 18 de mayo de 1992 a las dos de la tarde (2:00 p.m.), en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia de conciliación a la cual asistieron el Banco Extebandes de Colombia S.A. y el Banco Cafetero sin llegar a un arreglo. Fracasada la conciliación, el centro señaló el día 28 de mayo de 1992, a la hora de las 11:00 a.m., para llevar a cabo la instalación del tribunal.

5. El día 28 de mayo de 1992 se instaló el Tribunal de Arbitramento, integrado por los doctores Luis Carlos Neira Archila, Cristian Mosquera Casas y Antonio José de Irisarri Restrepo, quienes fueron designados por la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, según lo previsto en la cláusula compromisoria correspondiente. Se designó como presidente al doctor Luis Carlos Neira Archila quien tomó posesión, y como secretario al doctor Jorge Hernán Gil Echeverry, cargo que posteriormente, como consta en el acta de la primera audiencia de trámite, quedó radicado en la doctora Olga María Velásquez de Bernal, por excusa del doctor Gil para aceptar el cargo. El tribunal fijó los honorarios y gastos de funcionamiento, los cuales fueron asignados oportunamente por las partes y de acuerdo con la ley se hicieron los pagos a los integrantes del tribunal. Se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del tribunal, las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la carrera 9ª N° 16-21 piso 4°.

6. En la primera audiencia de trámite cumplida el 21 de agosto de 1992, se designó como secretaria a la doctora Olga María Velásquez de Bernal, quien encontrándose presente tomó posesión; se aceptó la competencia, previa lectura de la cláusula compromisoria y de un análisis de las cuestiones puestas a la consideración y decisión del tribunal; se negó la pretensión del Banco Cafetero de citar a Auto Subaru Goncheverry Ltda. (hoy Comercializadora Automotriz Ltda.) y, consecuentemente, la excepción previa de “no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios”; también se detectaron las pruebas pedidas por las partes. Al llamamiento en garantía no se accedió, como consta en acta 8 del 29 de septiembre de 1992, decisión que fue confirmada por medio de auto del 20 de octubre de 1992.

7. El tribunal sesionó durante el trámite del proceso en 15 audiencias, en las que fueron practicadas todas las pruebas pedidas por las partes. El dictamen pericial de los expertos contables fue objeto de la solicitud de aclaración del Banco Extebandes de Colombia S.A., que fue tramitada en oportunidad. Los dictámenes no fueron objetados. El apoderado del Banco Cafetero tachó a algunos testigos, tacha a la cual se referirá el tribunal más adelante.

8. Concluida la etapa instructiva del proceso, se señaló el día 16 de febrero de 1993, a las 2:00 p.m. para que las partes presentaran sus alegaciones. En la audiencia correspondiente, las partes fueron oídas en sus alegaciones finales.

9. El término del proceso arbitral se extiende hasta el día 21 de marzo de 1993 ya que la primera audiencia de trámite se realizó el día 21 de agosto de 1992, y el proceso fue suspendido por solicitud conjunta de las partes por un término de 31 días como consta

en el acta 11, correspondiente a la reunión del 1º de diciembre de 1992, por consiguiente el tribunal está dentro del término para proferir el laudo.

II. Hechos

1. Mediante la escritura pública 572, del 26 de febrero de 1987, de la Notaría Treinta y Una de Bogotá, inscrita en la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali el día cinco (5) de febrero de 1988, en el folio de matrícula inmobiliaria entre Auto Subaru Goncheverry Ltda. (hoy Comercializadora Automotriz Ltda.) que actuó como fideicomitente; el Banco Cafetero que actuó como fiduciario; y el Banco Extebandes de Colombia S.A., que actuó como beneficiario. Conforme al contrato el fideicomitente garantiza al Banco Extebandes de Colombia S.A. el pago de las obligaciones a cargo del fideicomitente por valor de \$ 112.810.631.60, a cuyo efecto transfiere real y materialmente los siguientes bienes: a) Un lote de terreno ubicado en la ciudad de Cali, departamento del Valle, en el barrio Guillermo Valencia, en la calle cuarenta y cinco A, norte (45A) antes cuarenta y cinco N (45N) y cuarenta y seis A (46A) norte, y b) Un lote de repuestos para automotores, según acta de entrega e inventario de los bienes accesorios y complementarios de los mismos, que forma parte integral del contrato. El valor comercial de los bienes fideicomitados era el siguiente:

- a) El lote de terreno tiene un valor comercial de ochenta y nueve millones ciento doce mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$ 89.112.684), moneda legal colombiana, según avalúo practicado por la Sociedad Bienes y Capital Ltda., con fecha de 6 de enero de 1987, el cual se encuentra en poder del fiduciario, y
- b) El lote de repuestos para automotores tiene un valor comercial de sesenta millones de pesos (\$ 60.000.000) moneda legal colombiana, según inventarios realizados con fecha 25 de febrero de 1987.

2. La bodega fue embargada por el Banco Santander dentro del proceso ejecutivo que adelantó contra Gonchecol Ltda., Goncheverry Ltda. y Auto Subaru Goncheverry Ltda. en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, embargo que fue comunicado por oficio 156 del 2 de febrero de 1987 y que fue registrado el día 5 del mismo mes y año. Este embargo fue levantado por auto del 18 de agosto de 1987, comunicado a la oficina de registro de Cali por medio de oficio 1.825 del 22 de septiembre de 1987, registrado el 21 de octubre de 1987.

3. Los repuestos fueron entregados por Auto Subaru Goncheverry Ltda. al Banco Cafetero según acta del 27 de febrero de 1987. Estos repuestos fueron secuestrados por orden del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo antes mencionado, el día 7 de abril de 1987, sin oposición alguna.

4. Durante el desarrollo y ejecución del contrato se presentaron diferencias entre el Banco Cafetero y el Banco Extebandes de Colombia S.A. de las que da cuenta la numerosa correspondencia aportada a este proceso.

5. Mediante carta del 21 de abril de 1988 el Banco Extebandes de Colombia S.A. comunicó al Banco Cafetero que Auto Subaru Goncheverry Ltda. se había constituido en mora de pagar las obligaciones garantizadas por la fiducia y le solicitó proceder a la venta de la bodega, de acuerdo con la cláusula quinta del contrato, contenida en la escritura 572 de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá.

6. De acuerdo con el contrato, el Banco Cafetero, a solicitud del Banco Extebandes de Colombia S.A., procedió a hacerle a este último dación en pago de la bodega, por medio de la escritura pública 5.422 del 24 de octubre de 1988 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá, que fue debidamente registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali, en el folio de matrícula inmobiliaria 370-0114955 el 11 de noviembre de 1988. La dación en pago se hizo por la suma de \$ 70.362.516, equivalente al 79% del avalúo del inmueble, practicado por Representantes Inmobiliarios Ltda.

7. El Banco Cafetero no hizo entrega material de la bodega, que se hallaba en poder de Comercializadora Automotriz Ltda. (antes Auto Subaru Goncheverry Ltda), y el Banco Extebandes de Colombia S.A., inició un proceso de entrega contra el Banco Cafetero y Comercializadora Automotriz Ltda. (antes Auto Subaru Goncheverry Ltda.) que cursó en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali.

8. Las sociedades Automotora Santa Bárbara Ltda. y Comercializadora Automotriz Ltda. (antes Auto Subaru Goncheverry Ltda), por su parte, promovieron un proceso ordinario contra el Banco Extebandes de Colombia S.A. y el Banco Cafetero en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá para obtener la nulidad del contrato de fiducia mercantil contenida en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá por ser simulado.

9. El Banco Extebandes de Colombia S.A. adelantó un proceso ejecutivo contra Automotora Santa Bárbara Ltda. y Comercializadora Automotriz Ltda. (antes Auto Subaru Goncheverry Ltda.) en el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá.

10. El 26 de julio de 1989 se celebró un contrato de promesa de transacción entre el Banco Extebandes de Colombia S.A. y el Banco Cafetero, de una parte, y Comercializadora Automotriz Ltda. (antes Auto Subaru Goncheverry Ltda.) y Automotora Santa Bárbara Ltda., de otra parte, en que se obligan, principalmente, a poner fin a los distintos procesos judiciales en que estaban comprometidas las partes; a reconocer la deuda de las sociedades a favor del Banco Extebandes de Colombia S.A. de \$ 100.276.000 por concepto de capital e intereses a la tasa del 29% anual desde el 21 de diciembre de 1987 hasta la fecha de pago total de la obligación; para el pago se procederá a la venta de la bodega de la calle 46A Norte N° 2N-71 de Cali.

11. El día 23 de julio de 1990 se celebró el contrato de transacción entre el Banco Extebandes de Colombia S.A., por una parte, y Automotora Santa Bárbara Ltda. y Comercializadora Automotriz Ltda. (antes Auto Subaru Goncheverry Ltda.), por otra parte, en el que se obligaron a poner fin a los procesos en que estaban comprometidas las partes; a reconocer al Banco Extebandes de Colombia S.A. una deuda de \$ 178.000.000 que las sociedades se obligaron a pagar así: \$ 18.000.000 en efectivo en poder del banco y \$ 160.000.000 con el precio de la venta de la bodega de Cali a la sociedad Auto Fer Ltda., que será pagado en cuarenta (40) cuotas mensuales con intereses a la tasa del 29% anual. Las sociedades deudoras se obligaron a hacer entrega de la bodega que tenían en su poder y dijeron que no habían entregado al Banco Cafetero.

12. El Banco Cafetero no suscribió el contrato de transacción por cuanto no fueron aceptadas por el Banco Extebandes de Colombia S.A. las adiciones propuestas en comunicación del 4 de septiembre de 1990 por el doctor José Fernando Escobar Escobar, delegado del banco.

III. Pretensiones

A. Pretensiones de Extebandes

En la demanda del apoderado del Banco Extebandes de Colombia S.A., se dice:

“Al Tribunal de Arbitramento constituido en este proceso, compete hacer las siguientes o similares declaraciones y condenas, así:

1. Declarar que el Banco Cafetero ha incumplido sus obligaciones de fiduciario, a que se obligó, conforme a los términos de la escritura 572 del 26 de febrero de 1987, que se adjunta; y, en cuya introducción aparece el monto de la obligación que la fiducia garantiza y lleva protocolizado al final el plan de pagos acordado para cancelar dicha obligación.

2. Declarar que el Banco Cafetero, con su incumplimiento, ocasionó lesión, causó perjuicio, en los derechos patrimoniales del Banco Extebandes de Colombia, y, que, en consecuencia, debe reparar esa lesión.
3. Declarar que la lesión patrimonial ocasionada al Banco Extebandes de Colombia corresponde a la suma de ochenta y dos millones cuatrocientos treinta mil ciento trece pesos (\$ 82.430.113) al 23 de julio de 1990.
4. Ordenar al Banco Cafetero pagarle al Banco Extebandes de Colombia:
 - 4.1. La suma mencionada de \$ 82.430.113, más los intereses comerciales de mora, a partir del 23 de julio de 1990 y hasta la fecha de pago al Banco Extebandes de Colombia.
 - 4.2. Subsidiariamente, a los pedimentos de este numeral 4.1, que se condene a pagar la suma mencionada de \$ 82.430.113 más la corrección monetaria e intereses comerciales, desde el 23 de julio de 1990 y hasta la fecha del pago del Banco Extebandes de Colombia.
 - 4.3. Subsidiariamente, a los pedimentos de los numerales 4.1, y 4.2, que se ordene pagar la suma mencionada de \$ 82.430.113, más los perjuicios causados por el concepto del incumplimiento y por desvalorización monetaria y los intereses bancarios corrientes, desde el 23 de julio de 1990 y hasta la fecha de pago al Banco Extebandes de Colombia.
5. Ordenar al Banco Cafetero pagar las costas y expensas del proceso, incluidas las agencias en derecho en que incurra el Banco Extebandes de Colombia, por causa de este proceso y que se dignará tasar el tribunal para el efecto”.

B. Pretensiones del Banco Cafetero

El Banco Cafetero, oportunamente y por conducto de apoderado, formuló demanda de mutua petición contra Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A. con la finalidad de que este tribunal, en el presente laudo arbitral acceda a las siguientes pretensiones:

1. Principales

1. Que se declare que Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A., en ejercicio de su condición de beneficiario del encargo fiduciario que desempeñó (sic) el Banco Cafetero, incurrió en abuso de sus derechos en perjuicio del Banco Cafetero:
 - a) Por su intransigencia en el sentido de que el Banco Cafetero tenía que cumplir estrictamente las obligaciones impuestas al fiduciario en el contrato de fiducia mercantil que se hizo constar en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987, otorgada en la Notaría Treinta y Una de Bogotá, con el deliberado propósito de reclamar del mismo banco las prerrogativas y derechos estipulados en favor del beneficiario, a pesar de que dicho contrato no tuvo existencia legal según lo dispuesto en los artículos 1501 del Código Civil, 898, 922, 1226 y 1228 del Código de Comercio;
 - b) Por exigir al Banco Cafetero una serie (sic) de actuaciones, diligencias, avalúos, gestiones e informes invocando las obligaciones pactadas en el contrato de fiducia mercantil que legalmente no tuvo existencia, a sabiendas de que por no haberse efectuado la tradición legal y de los bienes fideicomitidos al fiduciario por causas anteriores y coetáneas a la celebración del mismo, era absolutamente imposible el cumplimiento de los fines en él previstos;
 - c) Por insistir constantemente en que el Banco Cafetero debe cancelar el saldo insoluto de las obligaciones que le garantizó el fideicomitente, imputándole el incumplimiento de los deberes pactados en el inexistente contrato de fiducia, con el deliberado fin de lograr un pago de lo no debido, y al mismo tiempo, desconocer legítimos derechos al Banco Cafetero como son el reembolso de los gastos que ha sufragado en desarrollo del encargo fiduciario y la justa retribución de sus servicios;

d) Por haberse negado rotundamente a que en el contrato de transacción que Extebandes de Colombia suscribió con el señor Rubén Darío Echeverri Osorio representante del fideicomitente, Auto Subaru Goncheverry Ltda. (hoy Comercializadora Automotriz Ltda.), se reconocieran al Banco Cafetero los honorarios pagados a sus apoderados en los procesos en que se vio involucrado en desarrollo y por razón del encargo fiduciario en que degeneró el pretendido e inexistente contrato de fiducia mercantil, y

e) Por acudir a la justicia arbitral invocando hechos contrarios a la realidad e incumplimiento de deberes por parte del Banco Cafetero en que este no ha incurrido, causando así grave daño al prestigio de esa entidad, con el preconcebido fin mal intencionado, temerario e ilegítimo de obtener el resarcimiento de perjuicios que no ha causado, con manifiesto y anormal abuso del derecho de litigar.

2. Que como consecuencia de la declaración de haber incurrido en abuso de sus derechos, Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A. debe indemnizar al Banco Cafetero todos los perjuicios que le ha ocasionado desde la iniciación del encargo fiduciario hasta ahora, conforme a justa tasación que de los mismos se haga, previo avalúo de expertos.

3. Que se condene en costas a Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A.

2. Subsidiarias

Subsidiariamente, esto es, para el caso de que el honorable tribunal no acceda a las peticiones principales que preceden, respetuosamente solicito se sirva ordenar:

1. Que Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A. debe pagar al Banco Cafetero la totalidad de los gastos que se vio obligado a sufragar en desarrollo del negocio fiduciario que conforme al capítulo IV de la Ley 45 de 1923 desempeñó en su favor, así como la remuneración de los servicios prestados.

2. Que Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A. debe pagar al Banco Cafetero los intereses corrientes que cobran los bancos en operaciones de corto plazo, del total que resultó de la sumatoria de gastos y remuneración de los servicios fiduciarios, desde la fecha en que se causaron hasta cuando se verifique completamente el pago.

3. Que Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A. sea condenado en costas.

IV. Consideraciones del tribunal

A. Excepciones de mérito

El apoderado del Banco Cafetero en la contestación de la demanda presenta tres excepciones de mérito: inexistencia del negocio jurídico, imposibilidad absoluta para realizar los fines del negocio fiduciario y falta de causa de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. El tribunal pasa a ocuparse de cada una de estas excepciones.

1. Inexistencia del negocio jurídico

Se cita como fundamento jurídico de esta excepción el artículo 898, inciso segundo, del Código de Comercio. Agrega el excepcionante que conforme al artículo 1228 del mismo código la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. Se hace mención a que la fiducia se hizo constar en la escritura pública 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una del Círculo de Bogotá, “pero esta escritura no fue inscrita en la oficina de registro de instrumentos públicos, vale decir no se hizo tradición legal de bien alguno”. Pasa a analizar los efectos del registro en cuanto a los bienes inmuebles con base en los artículos 756 del Código Civil y 922 del Código de Comercio, lo dispuesto por los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970 y por el artículo 901 del Código de

Comercio y transcribe unos conceptos de la (*)Superintendencia Bancaria sobre el requisito de la escritura pública para las fiducias constituidas por acto entre vivos y la consecuencia de su inexistencia cuando falta dicho instrumento.

Analiza la excepción, de acuerdo con lo probado en el proceso, se advierte que la fiducia se constituyó por medio de escritura pública, la 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá y que dicha escritura fue registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali en el folio de matrícula inmobiliaria 370-0114955 el 5 de febrero de 1988, anotación 07. Entonces está demostrado plenamente el cumplimiento del requisito de la escritura pública y la inscripción de la misma en el folio de matrícula inmobiliaria. También obra en el expediente el acta del 27 de febrero de 1987 sobre recibo del lote de repuestos a que se refiere la fiducia.

Expresa además que el inmueble estaba embargado en el momento del otorgamiento de la escritura de fiducia y que los repuestos fueron secuestrados el día 7 de abril de 1987 dentro del proceso ejecutivo del Banco Santander contra la fideicomitente.

Las pruebas aportadas a este proceso excusarían al tribunal de un análisis más a fondo de la excepción de inexistencia del negocio jurídico, sin embargo, se considera necesario precisar exactamente el alcance del fenómeno de la inexistencia para disipar cualquier duda en cuanto a la excepción propuesta.

La ineficiencia de los negocios jurídicos puede provenir de su inexistencia, ya que lo que no existe no puede tener eficacia alguna, o de los vicios que afecten su validez. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta en su “Teoría general de los actos o negocios jurídicos” (Temis, Bogotá, 1980, pág. 86) dicen: “Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne. Sin la voluntad manifestada, o sin el consentimiento no hay, por definición, acto jurídico. Lo propio ocurre cuando falta el objeto, porque, también por definición, la voluntad que constituye la sustancia del acto debe encaminarse a un objeto jurídico que puede consistir en la creación, o en la modificación, o en la extinción de una o más relaciones de derecho. En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la perfección o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes.

Otro tanto ocurre cuando determinado acto reúne las condiciones esenciales de todo acto jurídico, inclusive la forma solemne cuando la ley la requiere, pero dicho acto carece de alguno de los elementos que también son esenciales según su especie, como lo son la cosa vendida y el precio en la compraventa, y sin los cuales este contrato no puede existir como tal (arts. 1501, 1865 y 1870).

Pero, por otra parte, también hay condiciones que ya no se refieren a la existencia misma de los actos jurídicos, sino que tocan con su validez. Como ya quedó dicho, un acto existe cuando en él se dan la voluntad o el consentimiento, el objeto y la forma solemne prescrita por la ley. Sin embargo, puede suceder que dicho acto, existiendo jurídicamente, sea inválido por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad y que lo condene a muerte. Así, puede ocurrir que el agente o uno de los agentes esté legalmente incapacitado para actuar por sí mismo en el comercio jurídico; o que su voluntad se encuentre viciada por error, fuerza o dolo; o que la economía del acto quede gravemente alterada por una lesión enorme; o que la economía (sic) del acto sea ilícito, o que la causa sea falta o ilícita; o que habiéndose observado las solemnidades legales, se haya omitido alguno o algunos de los requisitos atinentes a ellas. En todos estos casos, el acto

deviene absoluta o relativamente nulo. Existe y produce efectos jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada, pudiendo ocurrir que el acto sobreviva a sus vicios y defectos, si no es atacado dentro de los términos de prescripción de las correspondientes acciones de nulidad”.

Entonces la eficacia de los actos jurídicos puede afectarse por dos causas diferentes: La ineficacia y la nulidad. Los actos pueden ser ineficaces, que no han existido, o ser nulos por estar afectados por un vicio que mira a la validez de los mismos. Los principios anteriores tienen su reconocimiento legal en los artículos 898, 899 y 900 del Código de Comercio. De acuerdo con ellos un negocio jurídico será inexistente “cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”. Será absolutamente nulo cuando contraria una norma imperativa que no tenga prevista una sanción diferente, cuando tenga objeto o causa ilícitos o cuando se haya celebrado por un incapaz absoluto. Serán anulables los negocios celebrados por persona relativamente incapaz y cuando el consentimiento prestado esté afectado por error, fuerza o dolo.

Circunscrita la excepción a la inexistencia regulada por el segundo inciso del artículo 898 del Código de Comercio es claro que la fiducia objeto de este proceso se impugna por la falta de las solemnidades sustanciales exigidas por la ley. El excepcionante ha insistido en la falta del registro de la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá. No se ha alegado la falta de voluntad o consentimiento, la falta de objeto, ni la falta de elementos esenciales de la fiducia mercantil. Entonces es necesario precisar cuáles son esas solemnidades que la ley exige. Según lo dispuesto por el artículo 1228 del Código de Comercio “la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes”. La norma citada se refiere a dos aspectos diferentes: La escritura pública y el registro según la naturaleza de los bienes. Resulta incuestionable que la solemnidad prescrita en la ley es la escritura pública. En efecto, de acuerdo con el régimen general de las obligaciones la ley establece formalidades *ad solemnitatem* y *ad probationem*, según estén destinadas a constituir una solemnidad del acto o contrato o una prueba de los mismos. El artículo 1500 del Código Civil dice que un contrato es solemne “cuando esté sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”. Por su parte el artículo 1760 del mismo código establece que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno”. De la misma manera el artículo 265 del Código de Procedimiento Civil señala que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público”. Adicionalmente el artículo 12 del Decreto 960 de 1970 dice que “deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad”. Entonces resulta evidente que la escritura pública es una formalidad *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* y que la falta de la misma hace que el acto o contrato no produzca ningún efecto civil. Como queda dicho la fiducia mercantil constituida entre vivos debe constar en escritura pública, independientemente de la naturaleza de los bienes que van a constituir el patrimonio autónomo y con mayor razón cuando esos bienes sean inmuebles.

El registro, por el contrario, es una formalidad o requisito *ad probationem*, está instituido para darle publicidad a ciertos actos o situaciones, como se desprende de los

artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970, referente al registro de los instrumentos públicos, normas citadas expresamente por el apoderado del Banco Cafetero como sustento a la excepción propuesta de inexistencia del negocio jurídico de la fiducia mercantil, y del artículo 901 del Código de Comercio que dice que “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”. Además, es necesario agregar que de conformidad con el artículo 756 del Código Civil y con el artículo 922 del Código de Comercio la tradición del dominio de los bienes inmuebles se efectúa mediante la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. La escritura es el título y el registro es el modo. La simple escritura pública, a pesar de que no surte efectos frente a terceros, mientras no sea registrada, tiene plena efectividad entre partes. Para el fiduciante le genera la obligación de hacer tradición de los bienes que sean objeto del contrato, para constituir el patrimonio autónomo, necesario para que el fiduciario adelante la administración o enajenación de los mismos para cumplir la finalidad determinada por el constituyente, en provecho del fideicomisario o beneficiario. El modo, que es el registro, sirve para el cumplimiento de las obligaciones nacidas del título en este caso.

Refiriéndose al modo de transferir el derecho de dominio el profesor J.J. Gómez en su obra bienes (Universidad Externado de Colombia, 1981, págs. 174 y 175) decía lo siguiente: “Originadas del título, en unos casos, las obligaciones de dar, y en otras, meras facultades para adquirir, entra el modo a realizar unas y otras”.

“Pedro vende a Juan un lote de café, que debe ser entregado dentro de un mes: La venta, o sea el título, queda perfecta desde que los contratantes convienen en la cosa y el precio (art. 1857). De dicha venta, como contrato que es, no se originan sino obligaciones; para el vendedor, la de entregar el café, y para el comprador, la de pagar el precio. Y nada más que obligaciones: ni el vendedor tiene derecho alguno sobre el dinero del comprador que no lo ha pagado, ni este sobre el café del vendedor. Deben los contratantes cumplir sus obligaciones, y ello no podrá efectuarse sino mediante el modo, llamado en este caso tradición, es decir, entregando el vendedor el café al comprador, y pagando el último el precio al primero. Cuando Pedro entrega el café a Juan, cumple su obligación transfiriendo a este la propiedad del grano: El comprador ha dejado de ser acreedor del vendedor, para ser propietario. Cuando Juan entrega el precio a Pedro, cumple su obligación, transfiriendo a este el dinero correspondiente: el vendedor ha dejado de ser acreedor del comprador, para convertirse en dueño del dinero recibido. Por virtud del contrato, vendedor y comprador tienen recíprocamente el carácter de acreedor y deudor, por virtud del modo (tradición), las obligaciones se cumplen y el comprador se hace dueño de la cosa, al paso que el vendedor pasa a ser dueño del precio satisfecho”.

Las solemnidades se refieren al título, la fiducia, que debe constar en escritura pública. Son solemnes los contratos sometidos a determinadas formalidades exigidas por la ley, y dichas solemnidades hacen referencia al título, pero no al modo. Entonces en este caso se cumplió la solemnidad sustancial con el otorgamiento de la escritura pública en la cual se hizo constar el contrato de fiducia mercantil. El registro de la escritura en relación con la bodega es el modo de adquirir su dominio, es la tradición de la misma. Por lo tanto se cumplieron los requisitos de existencia del negocio jurídico de la fiducia mercantil y no hay razón para predicar su inexistencia.

Por otra parte, en su alegato de conclusión el excepcionante dice que “el bien o bienes objeto del fideicomiso, además de tener existencia real, deben ser determinados o determinables, estar en el comercio y libres de embargo, pues si faltan estos requisitos no son idóneos para formar el contrato. Y cuando un bien ha sido embargado por decreto judicial solo excepcionalmente puede ser objeto de un negocio jurídico. Si este

se celebra, carece de uno de sus elementos esenciales y no tiene existencia a los ojos de la ley (C. Co., art. 898). Es una apariencia sin realidad”. A continuación señala cómo los bienes objeto de la fiducia estaban embargados, concretamente la bodega de la calle 45A norte y calle 46A norte de la ciudad de Cali y concluye que “de manera que el inmueble objeto de la pretendida fiducia estaba embargado y, por consiguiente, la enajenación del mismo al Banco Cafetero adoleció de objeto ilícito, pues para tal transferencia no se obtuvo autorización previa del juez sexto civil del circuito de Bogotá ni consentimiento del banco ejecutante”.

Primeramente es necesario aclarar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio el objeto ilícito genera nulidad absoluta, pero no inexistencia. Como queda dicho anteriormente el elemento esencial es el objeto y la falta del mismo genera la inexistencia, la ilicitud del objeto mira a los requisitos de validez del negocio jurídico y los vicios de los mismos producen la nulidad. No se trata de que el artículo 898 del Código de Comercio esté en contradicción con el 899 subsiguiente. Si así fuere la norma posterior prevalece sobre la anterior.

Precisamente la circunstancia de que la sanción señalada en la ley sea la nulidad absoluta justifica que el tribunal entre a ocuparse de un asunto que no fue planteado ni en las demandas ni en las contestaciones a las mismas.

En segundo lugar resulta evidente que el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil tiene establecido que hay un objeto ilícito en la enajenación “de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”, pero también es cierto que no hay uniformidad de criterios sobre si la nulidad de la enajenación comprende también el contrato que la origina. La Corte en numerosas sentencias ha sostenido ambas tesis, sin que pueda decirse que haya una jurisprudencia uniforme. Baste, para recalcar la disparidad de criterios y jurisprudencias existente, anotar que en las sentencias citadas en el alegato la Corte sostiene tesis contrarias. En efecto, en la del 3 de mayo de 1952 dice que “en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud, en el caso de que se realicen sobre un bien embargado”. Al contrario en la del 22 de junio de 1971 sostiene que el contrato de venta difiere de la enajenación y apoyándose en Aleessandri y Somarriva concluye que “como la enajenación implica incuestionablemente el desplazamiento de un derecho de una persona al de otra, se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, conforme a la ley, que ella solo se configura cuando concurren título y modo, más no cuando apenas existe el primero”. En otras palabras que el mero título no configura enajenación y por lo tanto no puede haber objeto ilícito sin el modo que es la tradición del dominio.

Luis Claro Solar en sus Explicaciones de derecho civil chileno y comparado (Imprenta Nascimento, Santiago, Chile, 1937, T. XI, pág. 272) dice lo siguiente: “La venta es un contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a dar una cosa, por la que el comprador le paga el precio que conviene. El vendedor se obliga a dar al comprador el dominio de la cosa que le vende; pero para cumplir esta obligación necesita efectuar la tradición de la cosa, realizar el modo de adquirir mediante la entrega de la cosa al comprador, con la facultad e intención de transferirle el dominio y que el comprador recibe con capacidad e intención de adquirirlo. La venta por sí sola no constituye enajenación; es simplemente el título de la tradición, mediante la cual ha de efectuarse la enajenación. “Por consiguiente, la prohibición de enajenar no importa prohibición de vender, porque quien vende no enajena, sino que se obliga a enajenar. Tendríamos así que el contrato de compraventa de cosas embargadas por decreto judicial podría celebrarse; pero la

tradición de las cosas embargadas no podría realizarse válidamente por el objeto ilícito que existe en su enajenación”.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de noviembre de 1975 (Jurisprudencia y Doctrina. T. V, N° 49, págs. 1 a 5) se expresa así: “El contrato de compraventa de un bien raíz es solemne, por disponerlo así el artículo 1857-2 del Código Civil. La solemnidad consiste en que se haga constar por escritura pública, cuyo mero otorgamiento con las formalidades legales, lo perfecciona, es decir, lo hace nacer a la vida jurídica. Y si los contratos están destinados a producir obligaciones, es obvio que las que son propias de la compraventa, como la tradición o entrega de la cosa, el saneamiento (art. 1880) y el pago del precio (art. 1928) se generan cuando el respectivo contrato se ha perfeccionado.

“Al perfeccionarse la venta surge para el vendedor una obligación de dar, que está integrada así:

1. Por la de transferir al comprador el dominio de la cosa vendida (entrega jurídica).
2. Por la de ponerla materialmente a su disposición (entrega material). Esta transferencia, tratándose de bienes raíces, solo puede surtirse con el competente registro de la escritura mediante la cual se celebró el contrato (art. 756), y su cumplimiento es el que comporta el fenómeno jurídico de la enajenación. El comprador adquiere, pues, la propiedad del objeto materia del contrato, cuando concurren el título (escritura de compraventa) y el modo (registro de la misma); el solo otorgamiento de dicha escritura, en derecho colombiano, no confiere dominio al comprador, apenas lo hace acreedor de la correspondiente obligación; si esta no se cumple, no ha habido enajenación del bien, apenas ha surgido el deber legal de hacerla.

“Y esa enajenación es la que está legalmente prohibida, cuando el bien sobre el cual debe recaer está embargado judicialmente, a menos que el acreedor que solicitó y obtuvo el embargo o el juez que lo decretó la autoricen (C.C., art. 1521)”.

Todo lo expuesto anteriormente en relación con la compraventa tiene plena aplicación en relación con la fiducia mercantil ya que en esta el fiduciante se obliga a transferir el dominio de unos bienes para que sean administrados o vendidos por el fiduciario en cumplimiento de una finalidad determinada por el constituyente en provecho del fideicomisario o beneficiario. El hecho de que el artículo 1226 diga que en virtud de la fiducia el fiduciante transfiere uno o más bienes determinados constituye una impropiedad de la definición que puede explicarse con la calificación de títulos traslativos del dominio que emplean los artículos 745 y 765 del Código Civil y que en opinión de don Fernando Vélez en su obra Estudio sobre el derecho civil colombiano (Imprenta París-América, París, Ed. 2ª, T. 3º, pág. 147) “son los que requieren tradición, porque, en suma, tienen por objeto pasar o transferir de un individuo a otro el dominio sobre las cosas”.

“Llama el inciso 3º del artículo 765, títulos traslativos de dominio a la venta, la permuta y la donación entre vivos, como los llama también el artículo 745, olvidándose de que de acuerdo con nuestro código, que en particular se ha separado del francés, no son los contratos los que transmiten el dominio, sino la tradición que a ellos debe seguir, para que en vez de acreedores de las cosas compradas, por ejemplo, seamos propietarios de ellas. A esto puede contestarse que cuando a los contratos indicados se les llama títulos traslativos de dominio, es porque por su naturaleza sirven para fundar la tradición de este”.

El Código de Comercio no vino a modificar el régimen general de las obligaciones, ni a cambiar lo relacionado con el título y el modo de adquirir el dominio, como puede verse en las normas sobre la compraventa, luego la explicación no puede ser distinta de aquella según la cual en el contrato de fiducia mercantil el fiduciante se obliga a

transferir uno o más bienes determinados, transmisión que se hará por medio de la tradición, en cumplimiento de la obligación asumida en el contrato.

Por lo tanto es forzoso concluir que no hubo objeto ilícito en la enajenación de la bodega situada en la ciudad de Cali ya que en esa enajenación solo se efectuó el 5 de febrero de 1988 cuando el inmueble estaba desembargado en cumplimiento del oficio 1825 de 22 de septiembre de 1987 del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, oficio registrado el 21 de octubre de 1987.

De lo anteriormente expuesto se concluye que en la fiducia de que da cuenta la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá se cumplieron las solemnidades que al efecto señala la ley y que en la enajenación de la bodega situada en la ciudad de Cali no hay objeto ilícito. Los repuestos fueron entregados mediante acta del 27 de febrero de 1897 con anterioridad al secuestro que se practicó el 7 de abril de 1987. Por lo tanto no se encuentra fundada la excepción de inexistencia.

2. Imposibilidad absoluta

Esta excepción fue presentada así: “Esta imposibilidad —prevista como causal de extinción de la fiducia mercantil en el artículo 1240 del Código de Comercio— surgió con anterioridad y coetáneamente a la celebración del contrato que consta en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987, otorgada en la Notaría Treinta y Una de Bogotá. Y afectó tanto a los medios como a la realización de los fines, en forma que determinaron la sustracción de materia de la fiducia mercantil.

“En efecto, desde el instante mismo de su celebración la fiducia quedó virtualmente extinguida por la acción ejecutiva promovida con anterioridad al 26 de febrero de 1987 por Banco Santander (acreedor del fideicomitente), en proceso dentro del cual se decretó el embargo del inmueble fideicomitado. Ciertamente se trata de una causal de extinción de la fiducia mercantil, prevista en el artículo 1240 (8ª) del Código de Comercio”.

Como fundamento de esta excepción presenta la falta de registro de la escritura 572 que determinó que no se hiciera tradición de la bodega; la imposibilidad para el banco de llevar la personería para protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente porque la escritura carecía de mérito probatorio y era inoponible a terceros por la falta de registro; la renuncia del Banco Extebandes de Colombia a su derecho a oponerse a cualquier medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia al no haber hecho valer su título ejecutivo en el proceso ejecutivo adelantado por Banco Santander; y el comportamiento del fideicomitente al reservarse en la misma escritura ciertos derechos cuando dijo que los repuestos se encuentran y reposarán materialmente en la bodega. El inciso tercero del artículo 1518 del Código Civil establece que “si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”. Si la imposibilidad es concomitante a la celebración del contrato afecta su existencia o su validez. En efecto, de acuerdo con el principio general de que “ad impossibilia nemo tenetur”, la imposibilidad física al momento de la celebración del contrato hace que no nazca el contrato, que le falte uno de sus elementos esenciales. Se trata de un caso de inexistencia. Por su parte la imposibilidad moral genera un objeto ilícito que afecta la validez del contrato y produce la nulidad absoluta.

Para que la imposibilidad genere las consecuencias analizadas debe ser absoluta, vale decir para todos. Una imposibilidad particular o relativa no puede traer los efectos señalados. Además la imposibilidad deberá ser permanente, o sea, que perdure en el

tiempo. La imposibilidad temporal daría lugar, simplemente, a la suspensión de la obligación.

Por el contrario, la imposibilidad sobreviniente parte de la premisa necesaria de la existencia del contrato y si reúne las características anotadas, que sea absoluta y permanente, da lugar a la resolución del contrato, que en el caso de la fiducia mercantil el artículo 1240 califica como “extinción del negocio fiduciario”.

En este caso se ha planteado una imposibilidad anterior y coetánea a la celebración del contrato que daría lugar a su inexistencia. La inexistencia ya ha sido analizada en la anterior excepción y específicamente se estudió el registro de la escritura de fiducia, luego es innecesario volver sobre esos aspectos. Sin embargo es importante destacar que la imposibilidad alegada como consecuencia de la falta de registro de la escritura no fue permanente ya que la escritura fue registrada el 5 de febrero de 1988. Entonces la excepción propuesta es infundada.

3. Falta de causa de las pretensiones

Esta excepción se plantea en los siguientes términos: “Si a la luz del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio fue jurídicamente inexistente el contrato de fiducia mercantil que se hizo constar en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987, otorgada en la Notaría Treinta y Una de Bogotá, por celebrarse sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación y por no haberse hecho tradición legal de los bienes fideicomitidos al Banco Cafetero, es indudable que las relaciones jurídicas subsiguientes entre las partes no emanaron del frustrado contrato de fiducia mercantil, sino de cualquiera otra figura contractual innominada o atípica, parecida aunque no idéntica al mandato, o semejante aunque no igual a la comisión o a alguno de los encargos o negocios fiduciarios o de confianza que el capítulo IV de la Ley 45 de 1923 permitía a los bancos celebrar y desarrollar a través de sus secciones fiduciarias, algunos de los cuales se sustentaban siempre en un mandato”.

Agrega el memorialista que la fiducia no reunió los elementos esenciales de ese negocio jurídico porque le faltó el elemento formal de la inscripción de la escritura en la oficina de registro; que faltó el elemento real o sea la tradición del dominio sobre la bodega; que no se formó el patrimonio autónomo; y que faltó el elemento obligacional o teleológico porque a falta de los elementos anteriores era imposible procurar el cumplimiento de los fines de la fiducia. Por último manifiesta que, por si fuera poco sobrevinieron las causas extintivas de la fiducia; la imposibilidad absoluta de realizar sus fines y la acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario.

Analizada la excepción propuesta es claro que se reduce a sostener la inexistencia del negocio jurídico por falta de sus elementos esenciales y la imposibilidad absoluta para realizar sus fines, aspectos que han sido estudiados y definidos anteriormente. Si, como queda dicho, se ha acreditado suficientemente la existencia del contrato de fiducia mercantil, con el cumplimiento de las solemnidades legales, y que el contrato reúne sus elementos esenciales, es evidente que no se puede sostener que las pretensiones de la demanda, basadas en la existencia de la fiducia mercantil, carezcan de causa. En esta excepción no hay hechos nuevos sino un enfoque diferente del presentado en las excepciones anteriores. En este caso, además, se habla de la imposibilidad sobreviniente que, como se analizó en la anterior excepción para que produzca la extinción del negocio fiduciario debe ser absoluta y permanente, características que no se acreditaron dentro del proceso. Por el contrario se demostró que la escritura 572 fue registrada el 5 de febrero de 1988 y que el fiduciario recibió los repuestos el 27 de febrero de 1987. Lo anterior demuestra que se constituyó el patrimonio autónomo con los repuestos entregados el día siguiente al del otorgamiento de la escritura pública y que dicho patrimonio se incrementó con la bodega en el momento del registro en la oficina de

registro de Cali. No resulta válido el argumento de que la escritura no producía efectos en relación con terceros por la falta de registro ya que la entrega de los repuestos, que produjo la tradición del dominio sobre ellos conforme al artículo 740 del Código Civil, fue un acto entre las partes, fiduciante, fiduciario y beneficiario, y entre ellas el contrato tenía plena efectividad. Por todo lo anteriormente expuesto el tribunal considera infundada esta excepción.

B. Examen de las pretensiones

En el escrito presentado por el demandante, aparecen las pretensiones que el tribunal procede a analizar teniendo en cuenta lo aportado como pruebas y los diferentes elementos que obran en el proceso, así como las conclusiones determinantes que aparecen en otras partes del presente laudo.

La primera pretensión dice así:

“Declarar que el Banco Cafetero ha incumplido sus obligaciones de fiduciario, a que se obligó, conforme a los términos de la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 que se adjunta; y en cuya introducción aparece el monto de la obligación que la fiducia garantiza y lleva protocolizado al final el plan de pagos acordado para cancelar dicha obligación”.

Como en capítulo separado lo ha expresado el tribunal, el contrato de fiducia existió y de su existencia se desprenden obligaciones y derechos tanto para el fiduciario como para el beneficiario; dichas obligaciones aparecen relacionadas en la cláusula quinta del contrato de fiducia, el artículo 1234 del Código de Comercio y en las cláusulas octava, décima, décima primera y décima segunda del mismo contrato.

La primera que surge era la de recibir y custodiar los bienes fideicomitidos, al aceptarse por el presente tribunal el hecho de la celebración del contrato fiduciario contenido en la escritura 572, antes referida, en la que se manifiesta la recepción tanto del inmueble como de los bienes muebles objeto de la fiducia por parte del fiduciario; así como en la diligencia de entrega y recepción, la cual consta en el acta suscrita por el beneficiario, el fiduciario y el fiduciante, el 27 de febrero de 1987 en la ciudad de Cali. Es evidente que sobre los bienes fideicomitidos pesaba un embargo ordenado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá y que afectó tanto al inmueble como a los muebles pero también es claro al tribunal que dicho embargo no eximía al fiduciario de la obligación que se había generado, al existir el contrato, de procurar en interés del beneficiario, el que el registro del inmueble se realizara mediante el levantamiento del embargo y consiguiente registro. De los hechos que aparecen en el proceso, el levantamiento del embargo del inmueble se produjo y la fiducia fue registrada el 5 de febrero de 1988, pero a instancias del beneficiario. El fiduciario, en algunas ocasiones intentó buscar la colaboración de abogado para oponerse al embargo, pero según declaración del testigo, doctor Gilberto Peña, no le fue otorgado poder para su actuación. De otro lado, aparece en el expediente que el embargo y secuestro de los bienes muebles se concretó el 7 de abril de 1987, con posterioridad a la existencia del contrato de fiducia y del acta de recibo de los bienes fideicomitidos. No aparecen demostradas gestiones efectivas por parte del Banco Cafetero para procurar el desembargo de los bienes muebles, ni mucho menos para impedir su secuestro.

La segunda obligación del fiduciario relacionada en las previas consideraciones, era la de “Procurar la venta del lote de repuestos cuyo dominio se le transfiere por este negocio jurídico”. Con relación a la obligación aquí analizada, tampoco, aparece en el expediente venta alguna de repuestos por parte del fiduciario y como desarrollo del contrato celebrado. Aparece su recibo según el acta comentada, y algunas comunicaciones en que solicitaba al fideicomitente el pago de la obligación y el estado de cuentas (cartas SN-042, feb. 23/88 y SN-053, mar./88 del gerente regional del Banco

Cafetero en Cali al gerente de Auto Subaru Goncheverry Ltda.), pero dichas cartas no configuran procuración alguna para la venta de los repuestos.

La tercera obligación del fiduciario, era la de constituir el llamado fondo fiduciario-contrato fiducia Auto Subaru Goncheverry Ltda. —Banco Cafetero— Banco Extebandes de Colombia, con el producto de la venta de los repuestos. Como es obvio, al no existir venta de los repuestos, tampoco existió el fondo. El Banco Cafetero, no registró en su contabilidad movimiento alguno por la venta de repuestos o por la constitución del fondo, así lo certifican los peritos contables.

La cuarta obligación del fiduciario consistía en ofrecer pagos parciales de cuotas de capital y de intereses vencidos de las obligaciones pendientes del fideicomitente y de automotora Santa Bárbara Ltda. para con el Banco Extebandes con cargo a los dineros depositados en el fondo fiduciario. Como dicho fondo no se constituyó, esta obligación tampoco pudo ser cumplida.

La quinta obligación era una obligación condicionada al evento de que el fideicomitente no pagare las cuotas de capital e intereses previstas en el plan de pagos en forma oportuna y si además, no hubiere dineros suficientes en el fondo fiduciario, el fiduciario debería proceder a la enajenación del inmueble y con el producto de su venta cancelar las obligaciones pendientes del fideicomitente y/o Automotora Santa Bárbara Ltda. con el Extebandes. Esta obligación debía cumplirse previa solicitud escrita del beneficiario en la que se le comunicare la constitución en mora del fiduciante y la solicitud de enajenación del inmueble. Esta venta, debería hacerse por valor definido en avalúo establecido según mecanismo del contrato de fiducia en la cláusula quinta. En caso de no poderlo vender, se procedería, al cabo de seis meses contados a partir de la fecha de la comunicación de Extebandes sobre incumplimiento de su deudor, “a entregar en dación en pago el inmueble y todos los bienes fideicomitados necesarios para cubrir las obligaciones, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en mención”; todo ello según procedimiento pactado en la cláusula quinta del contrato de fiducia. Consta en el expediente que el fiduciario, canceló avisos de oferta para la venta del inmueble en periódico local del Valle y desarrolló gestiones en ese sentido. Posteriormente, con fecha 24 de octubre de 1988 procedió a la dación en pago del inmueble objeto del contrato. El beneficiario había notificado del incumplimiento al fiduciario en carta de abril 21 de 1988.

La sexta obligación consistía en la información con periodicidad mensual que el fiduciario debía rendir al fideicomitente y al beneficiario. No existe prueba que acredite dicho cumplimiento dentro de los términos estipulados en el contrato.

Además, el fiduciario, como anteriormente se señaló, estaba obligado por el artículo 1234 del Código de Comercio que establece los deberes propios del fiduciario los cuales no son delegables. De las 8 categorías allí relacionadas, encuentra el tribunal que el fiduciario no cumplió con la primera, pues ciertamente no fue diligente en la consecución de la finalidad de la fiducia, como queda establecido, en los comentarios a la primera y segunda de las obligaciones analizadas. Tampoco fue afortunado el cumplimiento del deber establecido en el numeral 4º del artículo 1234, puesto que como se demostró no procuró el ejercicio de oponerse al embargo y secuestro de los muebles ni buscó el que el fideicomitente registrara el inmueble fideicomitado. Correspondió al beneficiario tal labor, cuando a él como fiduciario competía. La labor, según esta disposición, debe entenderse así: Es obligación del fideicomitente o enajenante el registro del inmueble, la del fiduciario exigir dicho cumplimiento. Tampoco consta el que hubiera rendido cuentas comprobadas de su gestión.

La segunda, tercera y cuarta pretensión de la demanda serán analizadas conjuntamente pues se refieren a la existencia y monto de los perjuicios; dicen así las pretensiones:

“2. Declarar que el Banco Cafetero, con su incumplimiento, ocasionó lesión, causó perjuicio, en los derechos patrimoniales del Banco Extebandes de Colombia, y, que, en consecuencia, debe reparar esa lesión.

3. Declarar que la lesión patrimonial ocasionada al Banco Extebandes de Colombia corresponde a la suma de ochenta y dos millones cuatrocientos treinta mil ciento trece pesos (\$ 82.430.113), al 23 de julio de 1990.

4. Ordenar al Banco Cafetero pagarle al Banco Extebandes de Colombia:

4.1. La suma mencionada de \$ 82.430.113, más los intereses comerciales de mora, a partir del 23 de julio de 1990 y hasta la fecha de pago al Banco Extebandes de Colombia.

4.2. Subsidiariamente, a los pedimentos de este numeral 4.1, que se condene a pagar la suma mencionada de \$ 82.430.113, más la corrección monetaria e intereses comerciales, desde el 23 de julio de 1990 y hasta la fecha del pago al Banco Extebandes de Colombia.

4.3. Subsidiariamente, a los pedimentos de los numerales 4.1 y 4.2, que se ordene pagar la suma mencionada de \$ 82.430.113, más los perjuicios causados por concepto de incumplimiento y por desvalorización monetaria y los intereses bancarios corrientes, desde el 23 de julio de 1990 y hasta la fecha de pago al Banco Extebandes de Colombia”.

De los documentos que reposan en el expediente y en especial del análisis realizado por los peritos contables en los libros de las partes en litigio, se concluye que:

a) El saldo de la deuda garantizada por el contrato de fiducia a la fecha de constitución, es decir a 26 de febrero de 1987 era de \$ 112.810.631; dicha obligación al 24 de octubre de 1988, fecha en que se celebra la dación en pago por parte del fiduciario al beneficiario del inmueble objeto del contrato, se reduce a la suma de \$ 72.022.788.06 como consecuencia de la aplicación siguiente según la escritura 5422 del 24 de octubre de 1988.

Abono a capital \$ 28.253.328.54

Abono a intereses \$ 39.259.510.64

Más los abonos a capital y a intereses realizados en el período transcurrido hasta dicha fecha por el fideicomitente, los cuales son respectivamente: Capital \$ 12.534.514.60

Intereses \$ 21.069.029.98

A la fecha del contrato de transacción, celebrado entre el beneficiario, el fideicomitente y Automotora Santa Bárbara Ltda. es decir, 23 de julio de 1990, la deuda vigente y contabilizada por el beneficiario era de \$ 178.000.000, dicha deuda le fue cancelada así: \$ 18.000.000 en dinero en efectivo y \$ 160.000.000 con el producto de la venta del inmueble objeto del contrato de fiducia. Sobre los \$ 160.000.000, el beneficiario cobró y recibió intereses del 29% sobre saldos que a junio 8 de 1992 ascendieron a \$ 55.369.410. El informe pericial sobre los asientos contables registra que durante el período de 618 días reclamado por el beneficiario, hubo amortizaciones a la obligación principal y pagos de intereses y otros gastos; así las cosas la obligación inicial de \$ 112.810.631, a 26 de febrero de 1987 recibió los siguientes abonos a capital:

Del fideicomitente \$ 12.534.514.60

En dación de pago \$ 28.253.328.34

Por transacción \$ 72.022.788.06

A intereses

Del fideicomitente \$ 21.069.029.98

En dación en pago \$ 39.259.510.64

Por transacción \$ 18.882.248.34

A otros gastos \$ 7.277.149.02

Los registros contables del beneficiario no muestran los recursos dejados de percibir o perjuicios causados según lo pedido en el libelo; por el contrario las cifras anteriores muestran rendimientos probados sobre los capitales adeudados y el saneamiento de las obligaciones pendientes.

La quinta y última de las pretensiones de la demanda que se refiere a las costas y expensas del proceso será resuelta posteriormente.

Las pretensiones de la demanda de reconvención serán analizadas en el capítulo siguiente.

C. La demanda de reconvención

Como se vio en el capítulo de este laudo relativo a los antecedentes, el Banco Cafetero, oportunamente y por conducto de apoderado, formuló demanda de mutua petición contra Extebandes de Colombia Banco Exterior de los Andes y de España de Colombia S.A. Aspira el reconviniente a que este tribunal declare que el Banco Extebandes ha incurrido en abuso de sus derechos, en detrimento de los del Banco Cafetero y le ha ocasionado perjuicios que debe indemnizarle, por los siguientes conceptos:

— Por su obstinación en sostener que el contrato de fiducia mercantil pactado en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 surgió válidamente y subsiste, a pesar de no haberse registrado tal escritura ni haberse efectuado en legal forma la tradición de los bienes fideicomitidos y faltarle elementos esenciales. Lo evidente es, de un lado, que dicho contrato, en la más favorable de las hipótesis, degeneró en un encargo fiduciario de los que regula la Ley 45 de 1923, y de otro, que con su proceder el Banco Extebandes ha pretendido malintencionada y temerariamente hacer valer ante el Banco Cafetero los derechos que en la citada escritura 572 se estipularon en favor del beneficiario, aunque el disfrute de esos derechos sea a costa del Banco Cafetero.

— Por su ilegítima insistencia en reclamar al Banco Cafetero los derechos estipulados en favor del beneficiario en el frustrado negocio de fiducia mercantil, a sabiendas de que el objeto de esta se tornó absolutamente imposible de realizar por causas anteriores y coetáneas al otorgamiento del instrumento público que la recoge, causas que son totalmente ajenas y extrañas a la voluntad y a las actuaciones del Banco Cafetero.

— Por haber invocado las obligaciones pactadas a cargo del fiduciario y los derechos estipulados en favor del beneficiario en el frustrado negocio de fiducia mercantil y por haber exigido reiteradamente que funcionarios del Banco Cafetero realizaran una larga serie de diligencias, actuaciones, gestiones, avalúos, etc. bajo amenazas explícitas o veladas en el sentido de que el no acceder a sus exigencias implicaría incumplimiento de las obligaciones impuestas al fiduciario en el inexistente o frustrado contrato de fiducia mercantil.

— Por haber reclamado al Banco Cafetero el pago del saldo insoluto de las obligaciones que le garantizó el constituyente, a sabiendas de que el Banco Cafetero no es fiador o garante de tales obligaciones, y a pesar de saber que todo embargo fiduciario, inclusive cuando reviste la modalidad de un contrato de fiducia mercantil, solo genera para el funcionario obligaciones de medio, que no de resultado.

— Por haberse logrado con el representante legal de “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” y de “Automotora Santa Bárbara Ltda.” un contrato de transacción, con desconocimiento de los legítimos derechos del Banco Cafetero a obtener el reembolso de los gastos, expensas y honorarios de abogado en que incurrió en desarrollo del encargo fiduciario y rechazando toda posibilidad de remunerarle los servicios que prestó.

— Por haber reclamado al Banco Cafetero, de manera malintencionada y temeraria, que le cubra al menos parcialmente el saldo insoluto que sus deudores “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” y “Automotora Santa Bárbara Ltda.” no le han pagado, es decir, que le pague lo que no le adeuda, desconociéndole al propio tiempo el derecho al reembolso de los cuantiosos gastos que ha efectuado el Banco Cafetero en desarrollo del encargo fiduciario y una justa remuneración por sus servicios.

— Por haber promovido la integración de este Tribunal de Arbitramento en procura de que este haga las declaraciones y condenas impetradas en la demanda, con fundamento en un contrato de fiducia mercantil que legal y jurídicamente no ha existido jamás, invocando hechos totalmente reñidos con la realidad y alegando incumplimientos en que no se ha incurrido, dentro de un proceder malintencionado e ilegítimo que demerita el Banco Cafetero, ocasionándoles graves e incalculables daños o perjuicios inmateriales, dentro de un típico ejemplo de abuso del derecho de litigar.

El reconviniente estima los perjuicios que el Banco Extebandes ha ocasionado y está causando al Banco Cafetero en cuantía no inferior a doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000) moneda legal, y ellos son tanto materiales como inmateriales.

En orden a resolver sobre las pretensiones formuladas en la demanda de reconvenición y sobre su contestación, este tribunal considera pertinente adelantar las consideraciones que a continuación se exponen:

1. Los hechos demostrados dentro del proceso

Para el tribunal se encuentran debidamente acreditados los siguientes hechos fundamentales:

A. Con fecha 26 de febrero de 1987 se otorgó en la Notaría Treinta y Una del Círculo de Bogotá la escritura pública 572 mediante la cual la sociedad denominada “Auto Subaru Goncheverry Ltda.”, domiciliada en Bogotá y representada legalmente por su gerente Rubén Darío Echeverry Osorio y el Banco Cafetero, también domiciliada en Bogotá y representado legalmente por su vicepresidente financiero Luis Gonzalo Giraldo Marín, celebraron un negocio jurídico, que calificaron de fiducia mercantil, cuyas principales estipulaciones han sido objeto de reseña en otro capítulo del presente laudo. “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” dijo llamarse fideicomitente y el Banco Cafetero dijo llamarse el fiduciario. Intervino también en dicho acto el Banco Extebandes de Colombia S.A., representado legalmente por el señor Hernán Osorio Jiménez, en calidad de beneficiario del referido negocio.

B. La mencionada escritura pública fue inscrita el día 5 de febrero de 1988 en la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali, como lo demuestra el folio de matrícula inmobiliaria 370-0114955, que obra en el expediente, anotación 07.

C. El día 5 de febrero de 1987, es decir, con algunos días de anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura 572 antes mencionada y antes, por tanto, de su inscripción en el registro público inmobiliario de la ciudad de Cali, se inscribió en el citado folio de matrícula (anotación 06), el oficio 156 del 2 de febrero del propio año, emanado del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, contentivo de la orden de embargo del inmueble al cual se refiere el folio de matrícula inmobiliaria en cuestión, proferida dentro del proceso ejecutivo adelantado por el Banco Santander en contra de las sociedades “Gonchecol Ltda.”, “Goncheverry Ltda.” y “Auto Subaru Goncheverry Ltda.”.

D. Días antes, el 2 de febrero de 1987, se inscribió en la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali, en el folio de matrícula inmobiliaria 370-0114955 (anotación 04), la escritura pública 167 de fecha 28 de enero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá, mediante la cual “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” había constituido hipoteca abierta, sin límite de cuantía, en favor del Banco Exterior de Los

Andes y de España de Colombia S.A. Extebandes de Colombia S.A. sobre el mismo inmueble.

E. En la escritura 572 del 26 de febrero de 1987, el Banco Cafetero declaró, en su calidad de fiduciario, que en dicha fecha el fideicomitente le hizo entrega real y material de inmueble transferido en fiducia mercantil y dijo recibirlo a su satisfacción (par. 1º de la cláusula tercera). En relación con el lote de repuestos para automotores, objeto igualmente de la fiducia, se expresó en el mismo instrumento público, que el fiduciario declaraba recibido el mencionado lote de repuestos, descrito en el acta de entrega y en el inventario, en buen estado de conservación (lit. b) de la cláusula segunda, in fine) y se puntualizó que “estos repuestos se encuentran y reposarán materialmente durante el desarrollo de este contrato en la bodega construida en el inmueble transferido” (ibíd.).

F. El 27 de febrero de 1987 se suscribió en la ciudad de Cali por los señores Roberto Pizarro en calidad de representante del Banco Cafetero, Aldemar Castro Silva como representante del Banco Extebandes de Colombia y Miguel A. Osorio C., representante de “Auto Subaru Goncheverry Ltda.”, un acta “para recibir de parte del señor Miguel A. Osorio C. de Auto Subaru Goncheverry Ltda. un lote de repuestos para automotores marca Subaru por un valor total de \$ 59.994.695 de conformidad con los listados adjuntos y que forman parte de esta acta”. Se dejó constancia en dicho documento de haberse hecho “la inspección de rigor verificando la referencia, cantidad y estado de cada uno de estos repuestos, además de la localización e identificación con las letras E.B., para diferenciarlos de los demás existentes dentro de la misma bodega” y de que el representante de Auto Subaru Goncheverry Ltda. “se compromete a informar periódicamente la cantidad y referencia de repuestos que sean vendidos pertenecientes a este lote”.

G. Que fue el Banco Extebandes quien asumió la tarea de obtener la inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos de la ciudad de Cali, de la escritura 572 del 26 de febrero de 1987, logrando dicha inscripción el 5 de febrero de 1988.

H. Que el 24 de abril de 1987 el gerente de la regional Valle del Banco Cafetero comunicó al vicepresidente financiero de su principal en Bogotá, que desde el 14 de los mismos mes y año, el administrador en Cali de “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” había informado a la subgerencia de negocios de la sucursal en Cali del Banco Cafetero que el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali, por comisión del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, practicó diligencia de secuestro de los bienes de la mencionada sociedad el día 7 de abril de 1987, y que en el acta de la respectiva diligencia se hizo constar que no se presentó oposición jurídica de ninguna índole, quedando embargados y secuestrados todos los repuestos encontrados en las bodegas de “Auto Subaru Goncheverry Ltda.”, en la misma comunicación recomendó a la vicepresidencia financiera del Banco Cafetero “adelantar las gestiones pertinentes en esa capital, para que el banco, en su calidad de fiduciario, proponga incidente de desembargo ante el juzgado de conocimiento para obtener la liberación de los bienes que actualmente están afectados con las determinaciones que se comentan”.

I. Que de la situación anterior se enteró también el secretario general del Banco Extebandes de Colombia por parte del gerente regional de dicha entidad crediticia en la ciudad de Cali, mediante carta de fecha 28 de abril de 1987.

J. Que la recomendación reseñada en el ordinal H) precedente no cristalizó en actuación alguna del Banco Cafetero dentro del proceso ejecutivo que adelantó el Banco Santander contra “Conchecol Ltda.”, “Goncheverry Ltda.” y “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá. Lo único que al respecto consta, es la comunicación DJ-03013 del 26 de mayo de 1987 dirigida por el director jurídico del Banco Cafetero a un profesional del derecho, encomendándole “efectuar la

gestión judicial del caso”. El destinatario de la referida comunicación declaró ante el tribunal que él nunca tuvo ni recibió “un poder del Banco Cafetero para procurar en este asunto”.

K. Que el 4 de junio de 1987, por primera vez en forma escrita, el Banco Cafetero informó al Banco Extebandes de Colombia “sobre el estado actual del fideicomiso constituido mediante escritura pública 572 de febrero 26 de 1987”, en la respectiva comunicación, suscrita por el jefe de la división fiduciaria e inversiones de la entidad fiduciaria, se menciona el acta de recibo de los repuestos referida en el ordinal (F) anterior; la diligencia de secuestro de tales repuestos, mencionada en el ordinal (K); se alude a los contactos adelantados “para promover el desembargo de los bienes muebles objeto de la medida cautelar practicada” y sobre “la imposibilidad de constituir el patrimonio especial con el inmueble objeto de la fiducia” en razón de la falta de inscripción en el registro de instrumentos públicos de Cali de la escritura mediante la cual se constituyó la fiducia, “situación esta que se encuentra a cargo de su despacho y que hasta la fecha no ha sido definida”. Solicita, por último, informaciones sobre el estado de las obligaciones contraídas para con el Banco Extebandes por parte de la fiduciante “que serían atendidas con el contrato fiduciario”. Tal información fue reiterada, en lo esencial, en carta del 10 de septiembre de 1987, a solicitud del vicepresidente de crédito del Banco Extebandes, quien invocó al efecto la cláusula quinta, numeral 7° del contrato de fiducia.

L. Que el Banco Extebandes solicitó y recabó informaciones al banco fiduciario respecto de las gestiones por este adelantadas en desarrollo del contrato de fiducia y, particularmente, respecto de los compromisos adquiridos por el Banco Cafetero en relación con la venta del lote de repuestos dados en fideicomiso, a lo cual el Banco Cafetero, por conducto del gerente de su sucursal en Cali contestó al Banco Extebandes de Cali que tras conversaciones con la sociedad fiduciante, resultaba casi imposible verificar el saldo de los repuestos entregados en fiducia, pues tras el embargo “han quedado completamente dispersos”.

M. Que no obstante lo anterior, el 24 de febrero de 1988 logró efectuarse el mencionado inventario, cuyo resultado arrojó un faltante total por valor de \$ 21.227.437 suma que el Banco Cafetero, sucursal Cali, cobró al fiduciante “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” el 14 de marzo de 1988, de lo cual fue informado tanto el gerente regional de Cali del banco beneficiario como el jefe de la división fiduciaria e inversiones del Banco Cafetero.

N. Que en respuesta a la nota de cobro dirigida por el Banco Cafetero a la sociedad fiduciante, esta aseveró haber pagado al Banco Extebandes de Colombia la suma de \$ 40.372.181.74 con el producto de la venta de los repuestos fideicomitidos, afirmación que el Banco Extebandes calificó de inexacta.

Ñ. Que Extebandes solicitó al Banco Cafetero proceder a la venta del inmueble entregado en fiducia, con apoyo en la cláusula quinta, numeral 5° del contrato de fiducia recogido en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 en vista de que los fiduciantes se constituyeron en mora de cancelar a Extebandes las sumas adeudadas según el plan de pagos acordado en dicho negocio jurídico, y para que con el producto de su venta se pagara al Banco Extebandes lo adeudado.

O. Que el Banco Cafetero, atendiendo la solicitud del banco beneficiario de la fiducia dispuso practicar el avalúo comercial del inmueble fideicomitado, avalúo que fue realizado por la firma “Representantes Inmobiliarios Ltda.” quien el 30 de junio de 1988 apreció el valor comercial del referido inmueble en la suma de ciento seis millones ochocientos cuarenta y dos mil ochocientos cuarenta pesos (\$ 106.842.840) moneda legal.

P. Que las sociedades “Automotora Santa Bárbara Ltda.” y “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” (luego “Comercializadora Automotriz Ltda.”) demandaron al Banco Extebandes y al Banco Cafetero en proceso ordinario de mayor cuantía tendiente a obtener la declaración de nulidad absoluta o en subsidio la de simulación del negocio fiduciario contenido en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá.

El principio absoluto originario del derecho romano, respaldado por las ideas triunfantes de la Revolución Francesa de 1789 y ratificado por el liberalismo económico del siglo XIX, conforme al cual quien usa un derecho suyo a nadie perjudica, ha venido siendo cuestionado primero por la doctrina (Cfr. JOSSERAND, Louis “De l'esprit des droits et leur relativité”, Ed. 2ª, Dalloz, París, 1939, págs. 166 y ss.), luego por la jurisprudencia tanto nacional como extranjera y, finalmente atemperado por las modernas legislaciones civiles y comerciales del mundo.

La recepción en el derecho positivo colombiano de instituciones tales como la teoría de la imprevisión y el abuso del derecho (C. Co., arts. 868 y 830 respectivamente), ponen en evidencia la preocupación del legislador por incorporar a nuestras instituciones jurídicas una nueva concepción que busca hacer menos rígida e intransigente la postura de la ley ante situaciones que, examinadas a la luz del viejo principio, implicarían la inflexible aplicación de los términos mismos de la norma legal o la de las estipulaciones contractuales objeto de la discusión litigiosa, preocupación que ya había sido objeto de importantes decisiones de la Corte Suprema de Justicia, entidad que en lo referente al tema jurídico planteado por el procurador judicial del Banco Cafetero, y tomando apoyo en el fecundísimo precepto contenido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, acogió sin reservas en varias sentencias proferidas por su Sala de Casación Civil, el principio conforme al cual incurre en responsabilidad quien so pretexto de ejercer derechos suyos que le han sido reconocidos por la ley o el contrato, hace de ellos un uso ajustado en principio de los términos legales o contractuales, pero alejado del fin social ínsito en todo precepto legal o propio del contrato celebrado entre las partes. Baste citar, como ejemplos de esa postura jurisprudencial, las sentencias de fechas 5 de agosto de 1935 (G.J., T. XLV, pág. 418), mar. 24/39); (G.J., T. XLVII, pág. 743), mar. 27/43); (G.J., T. LV, pág. 318, oct. 2/69); (G.J., T. CXXXII, pág. 8, nov. 27/70); (G.J., T. CXXXVI, pág. 114) entre otras.

De ese copioso aporte doctrinal y jurisprudencial puede llegarse a la conclusión de que la teoría del abuso del derecho adquirió carta de naturaleza y posición propia dentro del derecho colombiano, con los siguientes rasgos característicos:

— La mencionada teoría vino a agregarse a las ya conocidas y de antaño consagradas fuentes de la responsabilidad aquiliana por el hecho personal ilícito, reconocidas por los artículos 2341 y 2342 y concordantes del Código Civil.

— Dentro de ese preciso pero amplio enfoque, quien alegue en su favor y frente a su contraparte la comisión de actos abusivos del derecho, está en la obligación de demostrar los elementos axiológicos de toda responsabilidad civil por el hecho ilícito, a saber: una culpa o error de conducta cometido por el demandado, un daño o perjuicio que habrá de repararse, y una relación o nexo causal entre aquella y este último.

— El demandado a quien se le imputa la comisión de actos constitutivos de abuso en el ejercicio de sus derechos se exonera de toda responsabilidad si acredita ora su ausencia de culpa, que al decir de un tratadista nacional, consiste en “la corrección en su obrar, diligencia, previsión, cuidado, advertencia y conocimiento normales”, ora la inexistencia del perjuicio alegado por el demandante o bien la ausencia de nexo causal entre el supuesto abuso y el daño alegado, porque entre el acto culposo, constituido por el ejercicio abusivo del derecho y el perjuicio se interpuso una circunstancia constitutiva

de fuerza mayor, o un caso fortuito, o la intervención de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima en la causación del perjuicio.

— El abuso del derecho requiere como elemento característico fundamental que se esté en presencia del ejercicio de un derecho legal o contractualmente reconocido, con una finalidad totalmente extraña al objetivo con vista en el cual el derecho fue conferido por la ley o consagrado en el contrato o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, que se trate de actos que “se revelen como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu” (Cas. Civil, Sent. ago. 5/35, “G.J.”, T. XLV, pág. 420).

— Para la estructuración de esta especie de responsabilidad poco importa la oportunidad en la cual se produjo el perjuicio, puesto tanto da que se trate de la violación de un deber contractualmente impuesto o asumido, como de la transgresión de un deber universal o del abuso de prerrogativas concedidas por la ley.

— El abuso del derecho ha de medirse primordialmente con el mismo patrón aplicable a la actividad ordinaria para determinar si los daños ocasionados son indemnizables, y se acredita entonces con el yerro de conducta con que define la culpa: Todo error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas condiciones externas del agente.

Al decir de Peirano Facio, “el problema del abuso del derecho debe solucionarse de acuerdo a (sic) los principios generales de la responsabilidad extracontractual, esto es, de acuerdo a (sic) las normas genéricas sobre la ilicitud y la culpa. Habrá abuso de derecho cuando, aún actuando de modo formalmente lícito, el sujeto de un derecho desarrolle su conducta de una manera sustancialmente ilícita, y, además, cuando sea subjetivamente imputable de dicha actuación, esto es, cuando actúe con dolo, culpa o negligencia. No existe en nuestro derecho razón alguna para pensar que si en cualquier caso de responsabilidad civil la realización culpable de un acto acarrea responsabilidad, no ocurra lo propio en materia de actos ilícitos ejecutados en abuso de los derechos de sus autores” (PEIRANO FACIO, Jorge. “Responsabilidad extracontractual”, Ed. 3ª, Temis, Bogotá, 1981, pág. 297), criterio que es compartido por Ordoqui y Olivera, quienes expresan que “Las hipótesis conceptualizadas como de ejercicio abusivo de los derechos subjetivos, no constituyen por tanto una categoría autónoma respecto a los delitos y cuasidelitos civiles. Son auténticos delitos y cuasidelitos civiles, cometidos en el ejercicio de una facultad jurídicamente consagrada. A esta solución se llega analizando los casos de abuso del derecho y los elementos requeridos para un delito o un cuasidelito civil. Estos encuadran perfectamente en tales hipótesis, pues es completamente indiferente al concepto de ilicitud y a la incursión en un comportamiento ilícito-culposo el hecho de que esta conducta se ampare en un derecho subjetivo.

Independientemente de cuál de los “standards jurídicos” establecidos oportunamente se adopte, el ejercicio abusivo de un derecho deberá constituir una conducta contraria a la ley, las buenas costumbres, a la moral, o diferente a la que adoptaría un buen padre de familia, ubicado ante la misma coyuntura. De otro modo, tales actos no serán susceptibles de generar responsabilidad” (ORDOQUI, Gustavo y OLIVERA, Ricardo, “Derecho extracontractual”, vol. II. Edic. Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974, págs. 153 y 154, negrillas fuera del texto).

Limitando al análisis al tema que ha sido sometida a la decisión de este tribunal por el señor procurador judicial del Banco Cafetero, vale decir, al planteamiento conforme al cual el Banco Extebandes de Colombia habría incurrido en ejercicio abusivo de los derechos que en su favor y como beneficiario de la fiducia mercantil fueron pactados mediante la escritura pública 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una del Círculo de Bogotá estima el tribunal que son pertinentes las siguientes consideraciones particulares:

1. Como ya quedó expuesto en otro lugar del presente laudo al estudiar las excepciones de mérito propuestas por el Banco Cafetero, el contrato de fiducia mercantil consignado en la escritura precitada, no ha sido encontrado por el tribunal como inexistente legalmente. Por el contrario y a juicio del tribunal, el mencionado contrato se perfeccionó, de acuerdo con la ley, justamente con la suscripción de la escritura que lo contiene y tanto la tradición de los bienes fideicomitidos como la oponibilidad de sus estipulaciones frente a terceras personas, se cumplieron con la inscripción de la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 en la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali el día 5 de febrero de 1988 en el folio de matrícula inmobiliaria 370-0114955, hecho que el Banco Extebandes comunicó por escrito al Banco Cafetero mediante carta 1238 del 26 de febrero de 1988, con la cual le hizo llegar la primera copia de la mencionada escritura provista de la correspondiente nota de registro y copia del folio de matrícula ya citado. El Banco Cafetero recibió esa comunicación y los documentos públicos a ella anexos, el 1º de marzo de 1988.

No hay dentro del expediente prueba alguna que apunte en el sentido de demostrar o insinuar siquiera, inconformidad del Banco Cafetero en relación con la supuesta, y en este proceso alegada, extemporaneidad de dicha inscripción en el competente registro de instrumentos públicos, lo que vale tanto como decir que lo que no fue cuestionado ni discutido en esa oportunidad, mal puede serlo en este proceso arbitral. En otros términos: El Banco Cafetero, en su momento, aceptó como válida, idónea y eficaz la inscripción de la escritura contentiva del contrato de fiducia que ha dado origen a este litigio. Así las cosas, mal puede ahora, sin quebrar el principio de que a nadie le es lícito volverse contra sus propios actos, insurgir contra esa inscripción, tacharla de importuna, inconsulta y extemporánea, y pretender deducir de esa supuesta extemporaneidad, una actitud constitutiva de abuso del derecho por parte del Banco Extebandes que radicaría, según la demanda de reconvención, en sostener el punto de vista de que el contrato de fiducia mercantil pactado en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 surgió con plena validez legal a partir de esa fecha. Y no hay en esa posición del Banco Extebandes abuso alguno porque, como ya se vio, el tribunal encuentra, efectivamente, el contrato de fiducia mercantil pactado en el mencionado instrumento público, existió desde entonces con plena fuerza vinculante para las partes que concurrieron a su celebración. No se allegó al proceso ningún elemento probatorio con fuerza de convicción bastante como para permitirle al tribunal llegar a la conclusión de que el Banco Extebandes invocó los derechos de beneficiario que le otorgó el negocio fiduciario celebrado, apartándose de la finalidad que las partes persiguieron al celebrar el contrato de fiducia mercantil que ha dado lugar al presente proceso arbitral, ni mucho menos, que hubiese exigido al Banco Cafetero el cumplimiento de sus obligaciones de fiduciario con finalidad diferente a la de obtener la exacta y puntual ejecución del acuerdo de voluntades plasmado en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987. Ante esa constatación, no puede el tribunal acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención, ya que es preciso recordar una vez más, que es requisito esencial para la configuración del abuso del derecho alegado por el reconviniente, que se esté en presencia el ejercicio de un derecho legal o contractualmente reconocido, con una finalidad totalmente extraña al objetivo con vista en el cual el derecho fue conferido por la ley o consagrado en el contrato. Y tal desvío de conducta por parte del Banco Extebandes no lo encuentra en parte alguna este tribunal al considerar el acervo probatorio arrimado a los autos.

2. Tampoco encuentra el tribunal que el Banco Cafetero haya demostrado que el Banco Extebandes hubiese incurrido en conducta malintencionada y temeraria al insistir, como en verdad lo hizo reiteradamente, en que el banco fiduciario diera cumplimiento a las

obligaciones que asumió en virtud del contrato de fiducia mercantil pactado en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 y que hubiese abusado de sus derechos de beneficiario estipulados en el mismo instrumento. Como anteriormente se expresó, incumbe a quien alega que su contradictor incurrió en abuso en el ejercicio de uno de sus derechos, aportar la prueba del error de conducta, de la negligencia, del descuido determinante del abuso. Y esa prueba, en el cargo de abuso que se examina brilla por su ausencia. Por el contrario, lo que demuestra la nutrida correspondencia allegada al proceso y particularmente, la aportada por el Banco Cafetero y que constituye el cuaderno 3 es justamente lo contrario: Que el Banco Extebandes, en su condición de parte en el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 en calidad de beneficiario, fue acucioso, prudente y diligente, pues estuvo siempre pendiente del desarrollo del negocio fiduciario; procuró obtener y en realidad obtuvo cuando las circunstancias lo permitieron, la inscripción de dicho instrumento en el registro inmobiliario de Cali; tomó parte activa en la identificación del lote de repuestos que constituían parte de los bienes fideicomitidos; puso de presente al banco fiduciario los riesgos y peligros que los bienes fideicomitidos corrían por actuaciones tanto del fideicomitente como de terceros y le solicitó apersonarse para defender el patrimonio autónomo que se quiso constituir; con anterioridad suficiente al evento previsto en el contrato al efecto, le solicitó proceder a la enajenación del inmueble fideicomitado, y cuando esa enajenación se hizo difícil o imposible, pidió que se efectuara la dación en pago prevista en el acto constitutivo de la fiducia. Todo ello no es, a juicio del tribunal, ejercicio abusivo de los derechos del Banco Extebandes, vale decir, culpa o error de comportamiento de este último, sino mero ejercicio lícito de los derechos y atribuciones que como beneficiario de la fiducia celebrada se derivan para este último de un negocio jurídico existente a la luz del derecho y plenamente válido a términos de la ley que lo gobierna.

3. En cuanto al cargo de que el Banco Extebandes ha abusado de su derecho a litigar al promover la constitución y funcionamiento de este tribunal y procurar un pronunciamiento sobre las diferencias surgidas entre dicho establecimiento de crédito y el Banco Cafetero, porque el contrato de fiducia se reputa inexistente, basta al tribunal, para desechar tal pretensión, reiterar una vez más que el negocio fiduciario contenido en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 tuvo plena existencia legal y jurídica, entre las partes que concurrieron a celebrarlo, desde el momento mismo de la suscripción del instrumento que lo recoge, y que dicho negocio es plenamente válido a la luz de los artículos 822, 871, 1228, 1235, 1236 y 1240 del Código de Comercio y 1501 del Código Civil. Por consiguiente, la actuación del Banco Extebandes consistente en poner en movimiento el mecanismo arbitral pactado en la cláusula décima del contrato contenido en la citada escritura en una actuación lícita, totalmente exenta de dolo o culpa, puesto que solo busca la composición rápida y eficaz de un litigio surgido con motivo de las diferencias que enfrentan a dos partes capaces de contratar y obligarse.

4. No encuentra tampoco el tribunal el alegado abuso del derecho en que habría incurrido el Banco Extebandes al insistir ante el Banco Cafetero en el cumplimiento puntual de las obligaciones que como fiduciario le impuso el contrato contenido en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 por la supuesta imposibilidad sobreviniente que, dice el fiduciario, se presentó con posterioridad a su celebración, porque como ya se dijo en otro aparte de este laudo, tal imposibilidad sobreviniente para ejecutar el referido negocio fiduciario jamás existió. A lo dicho entonces por el tribunal se remite ahora para desechar este cargo.

5. Otro tanto cabe decir en cuanto al abuso del derecho imputado por el Banco Cafetero al Banco Extebandes por el hecho de que este hubiese exigido el cumplimiento de una

serie de actuaciones, diligencias, avalúos, gestiones e informes relacionados con el contrato de fiducia mercantil pactado en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987, porque —se reitera— dicho negocio fiduciario tuvo siempre plena existencia legal y total validez jurídica. Siendo ello así, y estando claramente pactadas las obligaciones a cargo del fiduciario en el propio contrato y señaladas ellas en el artículo 1234 del Código de Comercio, no avizora el tribunal cuál haya podido ser el yerro de conducta, la negligencia o el descuido constitutivo de culpa en que haya podido incurrir el reconvenido. Las diligencias, actuaciones, avalúos, gestiones e informes que el Banco Extebandes pidió al Banco Cafetero que cumpliera, o estaban expresamente previstas en las cláusulas del contrato celebrado o se desprendían naturalmente de tales estipulaciones o emanaban directamente de la ley comercial. A tales estipulaciones y a dichas previsiones legislativas se acogieron las partes cuando suscribieron el instrumento público contentivo del contrato de fiducia mercantil y mal puede decirse que incurre en conducta culposa quien se ciñe a lo que libremente ha pactado, en forma válida y eficaz, máxime cuando del escrutinio realizado por el tribunal sobre la conducta asumida por las partes contendientes en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil que celebraron, no se observa incorrección, desgreño o falta de cuidado en las diversas actuaciones cumplidas en desarrollo del negocio fiduciario por el Banco Extebandes de Colombia S.A. No existe en el proceso un solo medio de prueba que permite inferir que este último obró en forma contraria a como lo haría un buen padre de familia colocado en idéntica coyuntura fáctica.

6. En cuanto a la imputación consistente en que el Banco Extebandes abusó de sus derechos de beneficiario de la fiducia por haberse negado a que en el contrato de transacción que dicho banco suscribió con el fideicomitente “Auto Subaru Goncheverry Ltda.” (hoy Comercializadora Automotriz Ltda.) se reconociera al Banco Cafetero los honorarios pagados a quienes llevaron la representación del fiduciario en los procesos en que se vio involucrados en desarrollo del “pretendido e inexistente contrato de fiducia mercantil”, basta al tribunal, para desechar el cargo, recordar nuevamente que el contrato de fiducia no fue inexistente ni inválido; que, además, una de las obligaciones que precisamente impone la ley al fiduciario y no la de menor importancia, es la de proteger y custodiar jurídicamente los bienes fideicomitidos; que, de otra parte, la negativa que el fiduciario invoca no aparece acreditada en el expediente y que, finalmente, así lo estuviera, la pretensión planteada resulta ajena totalmente a la problemática sometida a este Tribunal de Arbitramento, porque el contrato de transacción celebrado entre el Banco Extebandes y la sociedad fideicomitente no es materia de la presente litis.

7. En lo concerniente al abuso del derecho en que habría incurrido el Banco Extebandes consistente en su insistencia para que el Banco Cafetero cancele el saldo insoluto de las obligaciones que le garantizó el fideicomitente, imputándole incumplimiento de los deberes pactados en el contrato de fiducia, “con el deliberado fin de lograr un pago de lo no debido”, considera el tribunal que el cargo tampoco está llamado a tener prosperidad. De una parte, porque así el fiduciario no sea fiador o garante del fideicomitente, el objetivo perseguido por las partes con la celebración de la fiducia de garantía contenida en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 fue, justamente, el de estipular un mecanismo que tendiera a esa precisa finalidad. Y ya se vio cómo es elemento esencial para la configuración del concepto de abuso del derecho, que la conducta que asuma la parte de quien se predica el abuso, se aparte del fin u objetivo con vista en el cual el derecho fue conferido por la ley o consagrado en el contrato. Y de otra parte, porque aún suponiendo ilicitud en el proceder del Banco Extebandes, no se encuentra

demostrado dentro del proceso el perjuicio que ese proceder hubiese podido causar, real y efectivamente, al Banco Cafetero.

8. En cuanto hace a las peticiones subsidiarias formuladas en la demanda de reconvencción, la primera de ellas no está llamada a prosperar como consecuencia de los que reiteradamente ha sostenido en este laudo el tribunal: En efecto, si el tribunal ha encontrado que el contrato de fiducia mercantil pactado mediante la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 fue verdaderamente tal; si dicho contrato fue perfecto desde el momento de su celebración y si él no adolece de vicio alguno que lo haga inválido, mal puede el tribunal acceder a reconocer que ese contrato no fue tal cosa sino un encargo fiduciario de los regulados por el capítulo IV de la Ley 45 de 1923. Como tampoco puede acceder a decretar el pago de los intereses corrientes deprecados en la segunda de las peticiones subsidiarias, entre otras razones, porque el Banco Cafetero no demostró los pagos y remuneraciones que sirvan de base para establecer los perjuicios y liquidar los correspondientes intereses, todo lo cual impide la prosperidad de esta súplica subsidiaria de la demanda de reconvencción.

En conclusión y como corolario de todo lo que queda expuesto, no está demostrado dentro del presente proceso arbitral, que el Banco Extebandes hubiese incurrido, en desarrollo de sus actividades en calidad de beneficiario del negocio jurídico de fiducia mercantil contenido en la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una del Círculo de Bogotá, en el ejercicio abusivo de sus derechos que le imputa el Banco Cafetero, por lo cual el tribunal habrá de denegar las súplicas de la demanda de reconvencción.

D. Tacha de testigos

El apoderado del Banco Cafetero, dentro de la oportunidad legal, tachó a los testigos doctores Luis Carlos Rodríguez Herrera, Ana María Sáenz de Sánchez, Carmen Elisa Figueroa y Diego Múnera Herrera como sospechosos por razón de su vinculación y dependencia del Banco Extebandes de Colombia S.A. y al doctor Jaime Valencia Villa como sospechoso por su posible resentimiento con el Banco Cafetero por haber instaurado un proceso penal contra él.

El tribunal desecha la tacha de sospechosos de los testigos pues, aunque los primeros tienen una vinculación con el Banco Extebandes de Colombia S.A. y el último, quien estuvo vinculado laboralmente al Banco Cafetero, fue denunciado penalmente por dicha entidad, circunstancia que el testigo manifestó desconocer por no haber recibido notificación al respecto, sin embargo dichos testimonios fueron recibidos y sirvieron para conocer el desarrollo de la fiducia, en virtud de la participación personal que les correspondió en la misma, pero las decisiones adoptadas no se basan en tales testimonios sino en la prueba documental aportada al proceso y en los dictámenes periciales producidos dentro del mismo.

E. Costas

En cuanto a las costas del proceso considera el tribunal que por cuanto no han prosperado íntegramente las pretensiones de las partes y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se dispone que cada parte asuma el pago de los honorarios de su abogado; el 50% de los honorarios de los árbitros y de la secretaria y de los gastos de funcionamiento y administración y demás gastos hasta la protocolización del expediente, inclusive; y los gastos que haya atendido dentro del proceso. Una vez protocolizado el expediente, si quedare algún remanente, el presidente lo devolverá por mitad a las partes.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas con ocasión del contrato de fiducia mercantil de que da

cuenta la escritura 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá, entre el Banco Extebandes de Colombia S.A. y el Banco Cafetero, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, profiere el siguiente,

LAUDO:

1. Declarar que el Banco Cafetero no dio total cumplimiento a las obligaciones que le correspondían como fiduciario en el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 572 del 26 de febrero de 1987 de la Notaría Treinta y Una de Bogotá, celebrado entre Auto Subaru Goncheverry Ltda. (hoy Comercializadora Automotriz Ltda.), el Banco Cafetero y el Banco Extebandes de Colombia S.A.
2. Negar las pretensiones 2, 3 y 4 de la demanda del Banco Extebandes de Colombia S.A. por cuanto no fueron acreditados dentro del proceso los perjuicios que dice haber sufrido por el incumplimiento del Banco Cafetero.
3. Declarar que las actuaciones cumplidas por el Banco Extebandes de Colombia S.A. no constituyen un abuso de sus derechos en perjuicio del Banco Cafetero y, en consecuencia, negar todas las pretensiones de la demanda de reconvención o de mutua petición formulada por el Banco Cafetero.
4. Declarar infundadas las excepciones de mérito presentadas por el Banco Cafetero en la contestación de la demanda, sobre inexistencia del negocio jurídico de fiducia mercantil, imposibilidad absoluta para realizar los fines del negocio fiduciario y falta de causa de las pretensiones de la demanda de la parte actora.
5. En cuanto a las costas del proceso, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de este laudo, se dispone que cada parte asumirá el 50% de los honorarios de los árbitros y de la secretaria y de los gastos de funcionamiento y administración; y el valor de los gastos que hayan atendido dentro del proceso. En cuanto a las agencias en derecho cada parte asumirá los honorarios de su apoderado, los gastos de protocolización del expediente se pagarán por mitad por las partes y los remanentes se les devolverán en la misma proporción.
6. Protocolícese el expediente en una notaría del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C. Notifíquese

Laudo Arbitral

Mauricio Segovia Heilbron y la señora Julia Puyana de Segovia

vs.

Sociedad Flores Estrella Limitada

Marzo 9 de 1993

Santafé de Bogotá, D.C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Agotado el trámite legal, y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a pronunciar en derecho el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido. De una parte, por el señor Mauricio Segovia Heilbron y la señora Julia Puyana de Segovia, y de la otra, por la sociedad Flores Estrella Limitada.

Antecedentes

1. Mediante escritura pública 6.262 de fecha 24 de diciembre de 1976 de la Notaría Sexta de Bogotá, recogido posteriormente y en forma integral por la escritura pública 1.881 de fecha mayo 9 de 1978 de la misma notaría, la sociedad “Hacienda Buenos Aires Sociedad Anónima”, como arrendadora, celebró un contrato de arrendamiento a término indefinido con la sociedad “Flores Estrella Limitada”, como arrendataria, sobre un inmueble consistente en un lote de terreno denominado “La Punta”, ubicado en el municipio de Soacha, departamento de Cundinamarca, el cual forma parte de uno de mayor extensión denominado “Buenos Aires Occidental”, con una cabida aproximada

de 7.5 hectáreas, con el fin de que la sociedad arrendataria instalara allí un cultivo de flores de exportación.

2. Según la cláusula octava (8ª) del contrato de arrendamiento, el canon mensual se pactó en la suma de cincuenta y dos mil quinientos pesos (\$ 52.500), moneda corriente, anuales, reajustables cada 1º de enero en un veinte por ciento (20%).

3. Mediante escritura pública 523 de fecha 8 de febrero de 1985 de la Notaría Veintisiete del Círculo de Bogotá, la sociedad “Hacienda Buenos Aires Sociedad Anónima” enajenó a título de venta a favor de Mauricio Segovia Heilbron y Julia Puyana de Segovia, el predio de mayor extensión denominado “Buenos Aires”, dentro del cual se encuentra el inmueble “La Punta” materia del arrendamiento.

4. Mediante escritura pública 4.941 de fecha 16 de julio de 1991 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, la sociedad “Hacienda Buenos Aires Sociedad Anónima” cedió a favor de Mauricio Segovia Heilbron y Julia Puyana de Segovia sus derechos en el referido contrato de arrendamiento.

5. El señor Mauricio Segovia Heilbron y la señora Julia Puyana de Segovia, como cesionarios de los derechos del arrendador, han venido solicitando a la sociedad “Flores Estrella Limitada” una revisión del canon de arrendamiento con el fin de adecuarlo a los precios del mercado, por considerarlo gravemente lesivo a sus intereses, pero no ha sido posible un arreglo entre las partes en tal sentido.

6. El contrato de arrendamiento, en cláusula decimoséptima, contempla como mecanismo para dirimir las controversias que surjan entre las partes la figura de los amigables componedores, y en su defecto, la convocación de un Tribunal de Arbitramento que ha de fallar en derecho.

Pretensiones de las partes

La doctora Gloria Angulo de Ordóñez, apoderada especial del señor Mauricio Segovia Heilbron y de la señora Julia Puyana de Segovia, presentó demanda de regulación de cánones de arrendamiento en contra de la sociedad “Flores Estrella Ltda.”, representada por su gerente el doctor Augusto Hoyos Ramírez, para que a través de un proceso verbal sumario se hicieran iguales o semejantes declaraciones:

1. Que se determinara el canon anual de arrendamiento por hectárea que debería pagar la sociedad demandada a los demandantes, a partir del día 1º de enero de 1991, estimado en US\$ 1.500 por hectárea o su equivalente en pesos, y que se estableciera el área real ocupada a título de arrendamiento por parte de la arrendataria.

2. En subsidio, que se determinara el canon anual de arrendamiento por hectárea que debería pagar la sociedad demandada a los demandantes, a partir del día 1º de enero de 1992, estimado en US\$ 1.500 por hectárea o su equivalente en pesos, y que se establecería el área real ocupado a título de arrendamiento por parte de la arrendataria.

3. Se condenara a la sociedad demandada al pago de las costas del proceso.

Como sustento de sus peticiones, los demandantes sostienen que el contrato de arrendamiento es gravemente lesivo a sus intereses, ya que el canon de arrendamiento pactado en 1976 en la suma de \$ 52.500 pesos anuales por 7.5 hectáreas, reajutable en un 20% anual, no se compadece con el valor real del mercado para este tipo de precios y para esta actividad comercial, lo cual crea un injusto desequilibrio entre el precio del arrendamiento y el goce concedido a la arrendataria.

Por su parte, la sociedad “Flores Estrellas Limitada”, a través de su apoderado judicial el doctor Mario Gamboa Sepúlveda, dio contestación a la demanda y solicitó:

1. Que se desestimaran todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la tierra arrendada por los demandantes no es de suyo apta para el cultivo de flores de exportación, lo cual implicó la puesta en marcha de una serie de adecuaciones y la elaboración de costosas obras de infraestructura para hacerla apta para el cultivo de

flores, de manera que el valor del arrendamiento se compadece íntegramente con el precio de cualquier tierra para usos agrícolas.

2. Propuso las siguientes excepciones de mérito:

a) Nulidad de la cláusula arbitral, por cuanto al establecer el compromiso que cada una de las partes nombraría un árbitro y el tercero lo haría la Cámara de Comercio de Bogotá, se estaba atentando en forma grave contra la imparcialidad que la ley exige de los árbitros y en consecuencia se generaba la nulidad absoluta del pacto arbitral, por contener objeto ilícito y atentar contra disposiciones de orden público.

b) Carencia de derecho sustantivo de la parte demandante, por cuanto el titular de la acción que surge al momento de la renovación de un contrato de arrendamiento es el arrendatario y no el arrendador y, además no puede darse sino una vez el contrato ha vencido; estando pues ante un contrato a término indefinido que en ningún momento ha terminado, es totalmente improcedente la acción de los demandantes.

c) Incumplimiento del contrato de arrendamiento por parte de los demandantes, sustentado en el hecho de que la laguna colindante al predio arrendado, de la cual la sociedad demandada toma el agua para el cultivo de flores, ha sido recientemente contaminada causándole serios perjuicios a Flores Estrella Limitada, y en los actos de perturbación de los arrendadores al tomar agua de la misma laguna.

3. Solicitó se condenara en costas a la parte demandante.

4. En subsidio, solicitó que el canon de arrendamiento fuera señalado únicamente en una cantidad equitativa a la situación actual de los cultivos de flores de exportación.

Consideraciones del tribunal

Procede este tribunal, en primer lugar, a analizar las excepciones de mérito propuestas por el representante legal de la parte demandada, la sociedad “Flores Estrella Limitada”, las cuales, en su orden, son las siguientes:

1. Nulidad de la cláusula arbitral

Este tribunal emitió su concepto jurídico referente a la eficacia o ineficacia de la cláusula compromisoria durante la primera audiencia de trámite, la cual obra a folios 195 y siguientes del cuaderno principal del expediente, pronunciándose a favor de la validez del compromiso, con las argumentaciones allí ampliamente expuestas, motivo por el cual este tribunal considera que no debe extenderse innecesariamente en este punto y, por tanto, se remite a los argumentos esgrimidos en esa oportunidad reafirmando una vez más la validez del pacto arbitral, en virtud de lo cual esta excepción de mérito no está llamada a prosperar.

2. Carencia de derecho sustantivo de la parte demandante

El artículo 519 del Código de Comercio, invocado por la parte demandante como fundamento legal de la presente acción, reza lo siguiente: “Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal con intervención de peritos”. (el resaltado es nuestro).

Por otro lado, la parte pertinente de la cláusula séptima (7ª) del contrato de arrendamiento, contenido en el escritura pública 1.881 de fecha 9 de mayo de 1978 de la Notaría Sexta de Bogotá, establece que “el término de duración de este contrato es indefinido y se contará a partir del quince (15) de mayo de mil novecientos setenta y seis (1976). El contrato se prorrogará anualmente cada primero (1º) de enero y estará en vigencia mientras Estrella explote el negocio de flores de exportación en al área arrendada” (el resaltado es nuestro).

Es claro y fuera de toda discusión para este tribunal que el artículo 519 del Código de Comercio exige como requisito fundamental para adelantar el procedimiento verbal que aquí se ha adelantado el que las diferencias entre las partes ocurran al “momento de la

renovación del contrato de arrendamiento”. Es preciso preguntarse: ¿Estamos al momento de la renovación del contrato? ¿Qué ha de entenderse por “renovación”? ¿Qué ha de entenderse por “prórroga”?

Para poder dilucidar los anteriores interrogantes, es preciso establecer el significado de los referidos términos. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española los define así:

“Prorrogar: Continuar, dilatar, extender una cosa por tiempo determinado. Suspender, aplazar”.

“Renovar: Hacer como de nuevo una cosa, o volverla a su primer estado. Restablecer o reanudar una relación u otra cosa que se había interrumpido. Remudar, poner de nuevo o remplazar una cosa. Trocar una cosa vieja, o que ya ha servido, por otra nueva. Reiterar o publicar de nuevo. Novar”.

Por su parte, el artículo 518 del Código de Comercio establece en su parte pertinente que “el empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:...”. (el resaltado es nuestro).

Por ser absolutamente procedente y ser íntegramente compartido por este tribunal, transcribimos a continuación un concepto del ex magistrado y conocido tratadista, doctor José Alejandro Bonivento Fernández, referente a este punto:

“En verdad, el Código de Comercio diferencia entre prórroga y renovación del contrato de arrendamiento de locales comerciales, no obstante el artículo 520 habla, indistintamente, de que se entenderá renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato original. La renovación la ubica bajo el concepto del nuevo contrato, y con fundamentos en el artículo 518, en que las partes han tenido oportunidad de discutir los alcances para la continuidad en el goce del bien, hasta el punto que, de presentarse diferencias sobre el particular, podrán movilizar el aparato jurisdiccional del Estado, en procura que por los trámites de un proceso verbal y con la intervención de peritos, decida el juez competente sobre las diferencias existentes, tal como lo expusimos anteriormente. La figura de la prórroga tiene una proyección sustancial diferente: mantener el contrato existente, con todas sus consecuencias y efectos, bajo las mismas condiciones de tiempo y precio del contrato prorrogado. En la renovación hay un nuevo contrato; en la prórroga es el mismo el que regirá las relaciones de los contratantes, por mandato de la ley.

La renovación se ofrece cuando el arrendador al vencimiento del plazo pactado, y cuando el arrendatario ha permanecido por no menos de dos años consecutivos ocupando el inmueble, no lo ha solicitado para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta o para someterlo a una reconstrucción o una reparación que no se puedan hacer sin la entrega. Vale decir: la ley le impone al arrendador que de permitir o convenir en que la cosa permanezca arrendada se prefiera al locatario original, pero dando margen para discutir las diferencias. O sea: al vencimiento del plazo pactado las partes pueden acordar los términos de la renovación. Les bastará expresar su voluntad en tal sentido, o, simplemente, no manifestar anteladamente un propósito volitivo distinto, ya que el simple silencio sirve para suponer que el arrendatario ha de continuar usando el local comercial, pero dejando a salvo la oportunidad de dilucidar los extremos de la nueva relación contractual, en especial lo referente a la renta o precio.

La prórroga, en cambio, está erigida para la continuidad en el goce de la cosa en las mismas condiciones contractuales iniciales y se presenta cuando el arrendador repentinamente pretende ponerle fin al contrato de locación sin atender, previamente, el

aviso de 6 meses que debe darle al arrendatario, de acuerdo a los casos de excepción previstos en el artículo 518. “José Alejandro Bonivento Fernández. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Quinta edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, páginas 352-353”.

En este mismo sentido se pronuncia el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, en su libro Contratos mercantiles. 1ª edición Medellín, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 1987, página 516 y siguientes, cuando dice respecto de la renovación del contrato, lo siguiente: “Se trata de que al momento de cumplirse el término estipulado para la duración del contrato, se puedan variar las circunstancias que imperan en él. Lo normal es que las mismas partes acuerden esas nuevas circunstancias, siendo para ello preciso que una de ellas, generalmente el arrendador, promueva su discusión formulando para el efecto una oferta de renovación, antes del vencimiento del contrato, so pena que este se renueve en los mismos términos. Pero si ello no es posible al no ponerse de acuerdo los contratantes, prevee la ley mercantil el procedimiento verbal, a fin (sic) que el juez, con la intervención de peritos, decida sobre las circunstancias que han de imperar en el contrato que se renueva”.

Es menester, entonces, determinar si dicho contrato se encuentra “en el momento de la renovación”, pues de ser así es preciso entrar a estudiar todas las demás cuestiones sustanciales y probatorias que aquí se han planteado; en caso contrario, hay que desestimar, sin consideraciones adicionales, las pretensiones de esta demanda.

¿Nos encontramos “al momento de la renovación” del contrato de arrendamiento entre Mauricio Segovia Heilbron y Julia Puyana de Segovia por un lado, y “Flores Estrella Limitada”, por el otro?

La sociedad demandada, como ya se dijo antes, sostiene que el contrato no ha terminado en momento alguno por tratarse de un contrato a término indefinido, y al no haber terminado, mal puede hablarse de su “renovación”. Por su parte, los demandantes afirman en su alegato de conclusión que de conformidad con el artículo 519 sí opera la renovación del contrato, toda vez que los contratantes pactaron “no un término de duración indefinida, sino la prórroga indefinida del contrato, y la renovación del mismo de cada primero de enero” (fls. 209 y ss.).

No comparte este tribunal la anterior interpretación de los demandantes, por cuanto, aparte de los argumentos anteriormente mencionados, es muy claro el texto de la cláusula de duración del contrato cuando establece el término indefinido del contrato, circunstancia que es reafirmada posteriormente cuando dice que dicho contrato estará vigente mientras Flores Estrella Limitada explote el negocio de flores en el área arrendada, lo cual ha venido sucediendo desde el año de 1976.

Considera este tribunal que de acuerdo con el texto del artículo 519 del Código de Comercio y la interpretación que al mismo le han dado tanto la jurisprudencia como los diferentes tratadistas, el contrato de arrendamiento entre Mauricio Segovia Heilbron y Julia Puyana de Segovia, por un lado, y “Flores Estrella Limitada”, por el otro lado, no ha sido renovado en momento alguno porque tampoco ha acaecido su terminación; se trata de un contrato a término indefinido que no ha tenido solución de continuidad, cuyas condiciones contractuales no han variado en forma alguna y cuyo reajuste anual en el canon obedece simplemente a la aplicación de una cláusula que ha permanecido idéntica por toda la duración del contrato. Dicho contrato, al momento de la presentación de la demanda, estaba plenamente vigente por no encontrarse sometido a plazo alguno, no había acaecido la condición resolutoria pactada en la cláusula séptima de la escritura 1.881 que condicionaba su vigencia a “la explotación del negocio de flores de exportación en el área arrendada por Flores Estrella Limitada”, o cualquiera de los requisitos legales para que opere la terminación de un contrato de arrendamiento.

Al no haber terminado el contrato y por tanto no poder hablarse de su “renovación”, no es aplicable en este proceso lo establecido por el artículo 519 del Código de Comercio como lo pretende la parte demandante, y en consecuencia, esta excepción propuesta por la parte demandada está llamada a prosperar y así se dirá en la parte resolutive del presente fallo, lo cual hace innecesario el estudio de las demás excepciones de mérito propuestas por la parte demanda y de las pretensiones de la parte demandante.

FALLO:

En mérito de los expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Mauricio Segovia Heilbron y Julia Puyan de Segovia y Flores Estrella Limitada, con ocasión del contrato de arrendamiento del predio “La Punta” del municipio de Soacha, departamento de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar NO PROBADA la excepción de nulidad de la cláusula arbitral.
2. Declarar PROBADA la excepción de carencia de derecho sustantivo de la parte demandante.
3. Por haber prosperado la anterior excepción, se NIEGAN todas y cada una de las pretensiones de la demanda.
4. Condenar en COSTAS a los demandantes según la siguiente liquidación:

Agencias en derecho \$ 100.000

Como no se causaron otros gastos para la parte demandada, el tribunal se abstiene de hacer cualquier otra condena.

Dado en Santafé de Bogotá a los 9 días de marzo de 1993.

Laudo Arbitral

Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda.

vs.

La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A.

Marzo 19 de 1993

Audiencia de fallo

En la ciudad de Santafé de Bogotá, siendo las 11:00 a.m. del día diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), fecha y hora señaladas en audiencia del diecisiete (17) de marzo anterior, se inició la sesión para celebrar la audiencia del fallo del Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias existentes entre la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A., surgidas del contrato celebrado entre las partes en la ciudad de Santafé de Bogotá, el primero (1º) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Concurrieron los árbitros, doctores Necty Gutiérrez Sandoval, quien presidió, Guillermo Gamba Posada y Carlos Vejarano Rubiano; los apoderados de las partes, doctores Jairo Perdomo Lastra y Segismundo Méndez Méndez, en su orden y la secretaria, doctora Olga María Velásquez de Bernal, quien luego de abierta la audiencia procedió a dar lectura al siguiente laudo:

CAPÍTULO I

Introducción

Por convocatoria de la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., a los 25 días del mes de octubre de 1991, se instaló, en la sede del centro de arbitraje y conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias suscitadas entre la mencionada sociedad y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A., a raíz

de la celebración del contrato 002-89, denominado por las partes como de concesión y suscrito por ellas, en esta ciudad, el 1° de febrero de 1989.

Para la celebración de la primera audiencia de trámite, los árbitros fijaron el 14 de febrero de 1991, fecha en la cual, en presencia de los apoderados de una y otra parte, se dio lectura a la cláusula vigésimo cuarta del referido contrato 002-89 cuyo tenor es el siguiente: “Toda controversia o diferencia que surja por la interpretación, ejecución o liquidación de este contrato se resolverá, por un tribunal de arbitramento, que funcionará en la ciudad de Bogotá, conformado por tres árbitros nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá. El laudo será en derecho. Para los efectos de esta cláusula son aplicables las normas contenidas en el artículo 2011 y siguientes del Código de Comercio”.

Como bien se puede observar, por razón de la época en la que se suscribió el contrato materia de esta litis, las partes se remitieron a las normas sobre arbitramento comercial que regían para la fecha en que celebraron el contrato que hoy se discute, disposiciones estas que se hallan modificadas por el Decreto 2279 de 1989, por la Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 del mismo año.

Oportunamente, el apoderado de la sociedad demandada expuso las razones en las cuales fundamentó su defensa y propuso como excepción de mérito la que denominó como “inexistencia del negocio jurídico”.

Las pruebas se practicaron en audiencias posteriores y concluido el debate probatorio, se concedió a las partes el derecho de alegar en conclusión.

Agotada la tramitación establecida para el proceso arbitral, se señaló fecha para la audiencia en la que se ha de proferir el laudo, a lo cual se procede en los siguientes términos:

CAPÍTULO II

El laudo arbitral

II.1. Oportunidad del laudo

La primera audiencia de trámite se inició en vigencia de la Ley 23 de 1991, por lo cual el tribunal dio aplicación al artículo 45 de la Ley 153 de 1987 y siguió el trámite indicado en el artículo 106 de la primera ley mencionada, que reformó el artículo 25 del Decreto 2279 de 1989.

Esta primera audiencia se continuó el 24 de febrero de 1992 (acta 4) y el 6 de marzo de 1992, habiéndose dado por concluida el 3 de abril de 1992.

Por tanto, esta es la fecha que ha tomado el tribunal para el cómputo de los términos dentro de los cuales se profiere este laudo, dado que las partes de común acuerdo prorrogaron dicho término hasta el 3 de abril del año en curso.

II.2. Antecedentes

A. Las pretensiones del demandante

En uso de la palabra, el apoderado de la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., dio lectura al escrito contentivo de las pretensiones de su representada y de los hechos en que ellas se fundan, aspiraciones que se contraen a que el tribunal declare que el contrato 002-89 es de agencia comercial y que, en consecuencia, Rincón Duque tiene derecho a la prestación económica que dicho contrato trae aparejada, de conformidad con el artículo 1324 del Código de Comercio. Pide que se condene a Vecol al pago de la doceava parte del promedio de las comisiones recibidas por su poderdante, según lo que se determine en el proceso, junto con sus intereses moratorios. Impetra así mismo, que el tribunal declare que Vecol incumplió el ya mencionado contrato, por haber despachado productos a clientes ubicados en la zona materia del contrato y que, como resultado de tal incumplimiento, se la condene al pago de la indemnización prevista en el segundo inciso del citado artículo 1324 demanda que se declare que existe en favor

de su representada el derecho de retención del artículo 1326 del estatuto mercantil, por cuanto Vecol no le ha pagado a Rincón Duque la indemnización que le corresponde por la intempestiva terminación del convenio.

Finalmente, pide al tribunal que liquide el contrato que se pretende de agencia comercial, incluyendo dentro de tal operación algunas sumas de dinero que, afirma, le adeuda Vecol a su mandante, por devoluciones de mercancías y por haber pagado Rincón Duque la totalidad de una factura correspondiente a gastos de publicidad que, según convenio de las partes, debía ser cubierta por igual entre los contratantes hoy en litigio.

B. Hechos fundamentales de las pretensiones de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. Los hechos sobre los cuales reposan las peticiones de esta manera formuladas por la sociedad Rincón Duque, se refieren a la circunstancia de haber sido esta agente comercial de Vecol durante un lapso que no se halla claramente determinado en el correspondiente libelo; de haber organizado para tal fin, una planta física y humana y un local exigidos por Vecol; a que el 1° de febrero de 1989 las partes celebraron un nuevo contrato, el 002-89; elaborado por Vecol, que contiene los elementos de una agencia comercial y no los de una concesión.

A continuación recuerda que la cláusula vigésimo cuarta del contrato consagra la obligación de las partes de conformar un tribunal de arbitramento para que resuelva “toda controversia o diferencia que surja por la interpretación ejecución (sic) o liquidación de este contrato”.

Afirma luego que Vecol ha desconocido la calidad de agente comercial de Rincón Duque y se ha negado a reconocerle los derechos consagrados en el artículo 1324 del Código de Comercio.

Relata que Vecol liquidó unilateralmente el contrato materia de la presente controversia y “haciendo uso del pagaré que se menciona en la cláusula novena del aludido contrato”, ... procedió a cobrarle a su representada, por la vía ejecutiva, la suma de \$ 28.903.444, sin atender las reiteradas solicitudes de Rincón Duque en el sentido de que se liquidara el contrato y se le reconocieran los derechos económicos que considera tener por haber acreditado y comercializado los productos de Vecol.

Agrega Rincón Duque que devolvió a Vecol mercancías por intermedio del señor Jorge Lugo Camero, empleado de esta, quien las recibió a entera satisfacción; pero que posteriormente, Vecol redujo el monto de las devoluciones a \$ 8.171.791, y no reconoció las sumas de \$ 555.825, y \$ 834.426, correspondiente la primera a mercancías recibidas como bonificación y la segunda a mercancías vencidas.

Manifiesta que la mercancía originalmente devuelta fue avaluada en \$ 9.562.048, y reitera que fue recibida a entera satisfacción por el señor Jorge Lugo Camero para ser abonada “al crédito que la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. tiene con el empresario Vecol S.A.”.

Argumenta que Vecol indirectamente dio por terminado el contrato antes de su vencimiento, desde el mes de septiembre de 1990 y no a partir del 31 de diciembre de ese año, como lo afirma la comunicación 5290 del 9 de noviembre de 1990, pues se negó a despachar mercancía desde la primera fecha nombrada. Explica que mediante la carta de noviembre, Vecol dio por terminado el contrato, de conformidad con lo previsto en la cláusula séptima del mismo.

Dice que a partir de septiembre del año en cuestión, Vecol despachó mercancías a la firma Tolquímica Ltda., de Ibagué, la cual a su turno efectuó ventas a diversos clientes de Rincón Duque en la zona asignada a su representada, impidiéndole que ejerciera su actividad comercial.

Relata que el 1º de septiembre de 1990, Vecol despachó mercancías directamente a clientes de su mandante, con lo cual obstaculizó la actividad comercial de Rincón Duque.

Considera que Vecol dio por terminado tácitamente el contrato sin justificación alguna, porque, a pesar de los pedidos telefónicos efectuados por Rincón Duque en septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1990, el último que se le despachó fue el correspondiente a la factura 90785 del 20 de septiembre del mencionado año; y porque posteriormente, la distribución y comercialización de los productos de aquella estuvieron a cargo de la firma Tolquímica.

Por último, estima el valor de la mercancía objeto de promoción y comercialización por la sociedad Rincón Duque durante 1989 y 1990 en \$ 363.174.217, y \$ 249.612.105, respectivamente.

C. Fundamentos jurídicos de las pretensiones de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. Rincón Duque hace descansar su petición inicial, en el sentido de que el tribunal declare que el contrato 2-89 es de agencia comercial, apoyado en la estimación de que el convenio bautizado por las partes como de concesión, es simulado, toda vez que reúne los elementos y requisitos que el artículo 1317 de nuestro ordenamiento mercantil contempla para el primero de los pactos nombrados. Enumera y explica tales elementos y requisitos así:

1. La independencia, que hace consistir en “la autonomía del agente comercial para definir el modo, tiempo y lugar para desplegar su actividad, para darse su propia dirección comercial y administrativa...” y en el hecho de mantener y disponer de una organización administrativa y financiera, junto con una planta física y humana para atender, bajo su responsabilidad, lo referente a la comercialización de los productos de Vecol. Este elemento lo halla en las cláusulas décimo cuarta y vigésimo segunda.
2. La estabilidad, que en el caso del agente comercial atañe, según el apoderado de Rincón Duque, a la promoción estable y continua y a la venta de los bienes del empresario, operaciones que conllevan permanencia y continuidad en las relaciones entre este y su agente. Estima que la antedicha condición aparece en la cláusula séptima del contrato que se refiere a la duración del mismo.
3. La actividad encaminada a promover y explotar negocios del empresario en un determinado territorio, elemento que según Rincón Duque, “implica una relación con el objeto del contrato...”. De la redacción de esta proposición —a decir verdad, bastante confusa— parece concluirse que el argumento consiste en que el objeto del contrato referido era el propio de una agencia comercial, el cual aparece en la cláusula quinta del convenio a cuyas voces Rincón Duque efectuaba la promoción y las ventas de los productos que adquiriría de Vecol, y en la tercera que establece la obligación de aquella de vender los productos de esta.

Encuentra también que la delimitación de un territorio por las partes, como se encuentra consignada en la cláusula sexta de dicho contrato, es un elemento propio de la agencia comercial.

4. La libertad para comercializar otros productos no comprendidos en el contrato que para Rincón Duque, es consecuencia de la independencia y autonomía propias de la agencia comercial. Dice el mandatario judicial de esta sociedad que a ella le estaba vedado comercializar productos iguales o similares a los que produce Vecol, lo que en sentido contrario significa que podía distribuir bienes diferentes.

En punto de la remuneración del llamado concesionario en el contrato 002-89, argumenta que ella es ambigua pues, a pesar de que su cláusula primera habla de reventa de los productos que este adquiriría de Vecol, tal negocio implica una ganancia

consistente en un aumento de precio, y sostiene que Rincón Duque no incrementó los precios de las mercancías que distribuyó.

“En la cláusula séptima —dice— sobre este mismo aspecto, se estipula que el beneficio que obtendría la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., por su labor en la comercialización de los productos es del 8% como un descuento por distribución sobre las ventas y un 5% adicional por pronto pago para las líneas de biológicos y farmacéuticos, es decir un 13%; en las líneas de aftosa, hidroxi y oleosas el descuento es de un 6% y un descuento adicional por pronto pago del 2.5% para un total de 8.5% como comisión; estableciéndose por lo anterior una gran contradicción frente a la cláusula primera del contrato, pues si se está dando un porcentaje sobre la venta, entonces no existe el sobreprecio que resulta de la reventa de donde surgiría la diferencia que recibiría, la sociedad que represento, como retribución a su labor”.

Anota que los precios de los productos de Vecol eran fijados por esta empresa, y debían ser respetados y mantenidos por Rincón Duque, como en efecto ella lo hizo.

D. Contestación y defensa de Vecol S.A.

El día 24 del mismo mes y año, con la presencia de los apoderados de las dos partes, y aún dentro de la primera audiencia de trámite, la representante judicial de Vecol contestó las pretensiones de su contraparte, oponiéndose a que el tribunal declare que el contrato materia de la controversia consagra una agencia comercial, por considerar que su contenido corresponde al de concesión.

En lo relacionado con las restantes peticiones, replica que ellas riñen “con la realidad fáctico (sic) jurídica envuelta en el contrato 002-89” y que quedan sin piso por ser consecuencia de la primera, por cuyo motivo se opone a que sean tenidas en cuenta, por inocuas.

En opinión de Vecol, el convenio de concesión que celebraron las partes responde a un acuerdo de voluntades que es “elemento esencial y primario de los contratos bilaterales...”.

Rechaza los argumentos que su contraparte invoca para desestimar la calificación del contrato como de concesión, “por el solo hecho de no encontrarse tipificado por nuestra legislación mercantil; pues es obvio que las relaciones entre comerciantes no están reguladas por doctrinas, formalidades, sino por el contrario predomina la agilidad, la costumbre, dada por las relaciones entre estos convirtiéndose el auge del comercio en un axioma importante para revisar y crear legislación a este tipo de actividades”.

Procede a explicar los rasgos propios del contrato de concesión, según los cuales el riesgo del negocio es asumido por el concesionario, quien se hace propietario de las mercancías y las revende. Estima que frente a terceros, el concesionario no puede actuar como representante del concedente en los negocios que realice, aspecto que considera el más importante del contrato.

A continuación, como características de la agencia mercantil, enuncia que el agente efectúa la promoción y explotación de negocios del agenciado; que el riesgo de estos es del agenciado; que el agente no es propietario de los productos; que el agente tampoco es objeto de supervisión por el agenciado sino que rinde informes de su gestión a este; y, finalmente, —lo que considera más importante— que el agente obra como representante, fabricante o distribuidor de uno o varios productos del agenciado.

Concluye pues, que el contrato 002-89 verdaderamente es de concesión.

Propuso como excepción de mérito, la que denominó como de “inexistencia del negocio jurídico” alegado por Rincón Duque.

Tal excepción hubo de ser contestada el día 6 de marzo de 1992, en la continuación de la primera audiencia de trámite, oportunidad esta que el tribunal consideró propicia para

pedir a las partes que solicitaran las pruebas que pretendieran hacer valer dentro del proceso.

II.3. Relación de pruebas

A. Pruebas de la parte demandante

En audiencia del 3 de abril de 1992 y mediante auto de la misma fecha, el tribunal decretó las siguientes pruebas pedidas por Rincón Duque:

1. Documentales:

- a) Factura cambiaria de compraventa 900785 del 20 de septiembre de 1990, emitida por Vecol, por la suma de \$ 561.880 que corresponde al último pedido que se le despachó a la demandante, según se afirma en la demanda; (fl. 79)
- b) Factura cambiaria de compraventa 90-007 del 12 de enero de 1990, emitida por Vecol, por la suma de \$ 173.580 que corresponde a “Bases Post-IT” para propaganda de los productos de esta; (fl. 78)
- c) Fotocopia auténtica del denominado contrato de concesión 002-89, sin anexos, suscrito entre las partes del presente proceso arbitral; (fl. 35)
- d) Fotocopias auténticas de las cartas dirigidas por Rincón Duque a Vecol el 19 de febrero y el 27 de abril de 1990; (fls. 14 y 11 respectivamente)
- e) Fotocopias auténticas de sendos telegramas dirigidos por Rincón Duque a Vecol el 4 y el 26 de febrero, así como el 5 de marzo de 1991, y (fls. 9º, 7º y 8º respectivamente)
- f) Fotocopias auténticas de las facturas cambiarias de compraventa números 16459 y 16478, expedidas por Vecol, cada una por la suma de \$ 1.196.000, y de las remisiones 013938, 013947 y 013954, junto con un comprobante de egresos del comité de ganaderos de La Dorada, del 16 de abril de 1990, con las cuales se pretende demostrar que Vecol S.A., realizó ventas a clientes que operaban dentro de la zona asignada a la demandante. (fls. 6º, 5º, 4º, 3º, 2º y 1º respectivamente)

2. Oficios:

Dispuso el tribunal que se oficiara el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué para que ese despacho certificara sobre la existencia de un proceso ejecutivo promovido por Vecol contra Rincón Duque y sobre su estado actual.

3. Testimoniales:

De conformidad con lo solicitado por la actora, el tribunal decretó la comparecencia de los siguientes testigos:

- a) Señor Jorge Enrique Lugo Camero, representante de ventas de Vecol, cuyo testimonio fue recibido el 10 de abril de 1992; (fls. 188 -166).
- b) Doctor Alfredo Sánchez Prada, veterinario de profesión, gerente comercial de Vecol, quien declaró ante el tribunal el mismo 10 de abril; (fls. 224 -189).
- c) Doctor José Gonzalo Varón Ortiz, médico veterinario con negocio independiente, quien rindió declaración el 24 de abril de 1992; (fls. 314 a 302).
- d) Doctor Iván Restrepo Valencia, médico veterinario, dueño del almacén agropecuario Realdo Ltda., en Ibagué, cuyo testimonio fue tomado el 24 de abril de 1992; (fls. 295-290).
- e) Señor Alfonso Viancha Buitrago, administrador del almacén Reagro Ltda., de Ibagué: quien declaró el 24 de abril del mismo año; (fls. 301-296).
- f) Doctora Elsy Patricia Inés Escobar Rosas, abogada, quien fuera secretaria general de Vecol, cuyo testimonio se recibió el 15 de mayo de 1992, y (fls. 273 a 236).
- g) Doctor Luis Alfonso Rubio Barrios, médico veterinario quien fuera gerente comercial de Vecol entre 1980 y 1986, actualmente al servicio de Minagro Ltda., tal prueba se practicó el 15 de mayo de 1992. (fls. 289-274).

4. Interrogatorio de parte:

Fue absuelto por el representante de la sociedad demandada doctor Pedro León Velázquez Londoño, médico veterinario, actualmente gerente general de Vecol, quien compareció a declarar por su representada el 22 de mayo de 1992. (fls. 362 - 342)

5. Inspección judicial:

El 12 de junio de 1992 se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial solicitada por Rincón Duque en las instalaciones de Vecol S.A. con el auxilio de los señores peritos Rafael Acero Rico y Luis Carlos Rodríguez Cantillo.

Los árbitros, las partes y los peritos visitaron las diferentes dependencias donde se encuentran los archivos contables, que fueron puestos a disposición de los peritos, para que procedieran a rendir su experticia, de conformidad con los cuestionarios que les sometieron las partes y los árbitros, los cuales se encuentran consignados en el texto del acta correspondiente. Para ello se les concedió un término de 30 días hábiles que expiraban el 29 de julio de 1992. El 27 del mismo mes, los peritos solicitaron por escrito prórroga del plazo y por auto dictado en la audiencia celebrada el 10 de agosto, les fue extendido hasta el 28 de agosto de 1992.

Del dictamen pericial se corrió traslado a las partes por auto proferido en la audiencia del 25 de septiembre de 1992, y por auto dictado en la audiencia del 2 de octubre de 1992 se ordenó a los peritos aclarar su dictamen, de conformidad con las peticiones del apoderado de la parte demandante. Para ello se les otorgó un término adicional de 10 días, que venció el 6 de noviembre, según se lee en el auto dictado en audiencia del 30 de octubre de 1992. Este dictamen no fue objetado por ninguna de las partes.

Presentada la aclaración al dictamen, se corrió traslado a las partes por tres días por auto dictado en audiencia del 6 de noviembre de 1992.

Finalmente, el tribunal se abstuvo de decretar y tener como prueba, la fotocopia de un extracto contable, debidamente autenticado, que registra algunas facturas correspondientes a despachos efectuados por Vecol a Rincón Duque, y a Tolquímica Ltda., de Ibagué, y la fecha y valor de los mencionados despachos, por no reunir los requisitos de forma exigidos por el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil. (fl. 153, último párrafo).

B. Pruebas de la parte demandada:

Las pruebas pedidas por Vecol fueron decretadas el 3 de abril de 1992 y consistieron en lo siguiente:

1. Pruebas documentales:

a) El contrato 2 de 1989 suscrito entre las partes tantas veces mencionadas y el contrato de agencia comercial que suscribieron el 4 de noviembre de 1981;

b) Copia del acta de la audiencia pública de conciliación suscrita entre Rincón Duque y Vecol ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá el 19 de diciembre de 1988 (fl. 107). Posteriormente el tribunal ordenó librar oficio al juzgado para que expidiera copia auténtica del anterior documento;

c) Copia simple de la comunicación dirigida por el gerente general de Vecol S.A. a la junta directiva el 9 de julio de 1991, sobre diversos aspectos relacionados con la ejecución del contrato 002-89, cuya autenticidad debía comprobarse dentro de la inspección judicial previamente decretada.

2. Declaración de parte:

Absolvió interrogatorio el apoderado de la sociedad demandante, señor Carlos Rincón Duque.

II.4. Alegaciones de las partes

En la debida oportunidad procesal el tribunal concedió a las partes representadas por sus apoderados el derecho de alegar, a lo cual procedieron en su oportunidad, aportando el

resumen escrito de sus argumentos. Enunciaron en forma sucinta las razones tanto de orden jurídico como de hecho en las que se apoyan para solicitar del tribunal un laudo favorable a sus pretensiones.

II.5. Los presupuestos procesales

Obedeciendo los lineamientos de la teoría general del derecho procesal, que también son propios de la naturaleza misma del proceso arbitral, el tribunal procede a analizar los llamados “presupuestos procesales” para deducir si se ha establecido debidamente la relación jurídico-procesal y por tanto, si es posible proferir un laudo estimatorio, o desestimatorio y no inhibitorio de las pretensiones de las partes.

Siguiendo la doctrina tradicional de la corte, son cuatro los presupuestos procesales: a) competencia del juzgador; b) capacidad para ser parte; c) capacidad procesal, y d) demanda en forma.

1. La competencia del tribunal

Así se estime que el arbitramento significa una derogación de competencia o bien de jurisdicción, nuestra legislación permite someter a decisión arbitral las diferencias entre personas capaces de transigir surgidas por razón de un vínculo contractual en aquellos casos en que la ley permite la transacción.

El Código Judicial de 1931 no se ocupó de cláusula compromisoria, vacío que fue llenado por la Ley 2ª de 1938 que definió y reconoció su validez. La institución fue adoptada por el código de procedimiento que rigió desde el 1º de julio de 1971 y por el Código de Comercio vigente desde el 1º de enero de 1972, el que se limitó a reproducir textualmente la regulación que hizo el primero.

Luego, el Gobierno Nacional, con base en las facultades conferidas por la Ley 30 de 1987, expidió el decreto 2279 de 1989, cuyo artículo 55 derogó expresamente la normatividad anterior contenida en los códigos de Procedimiento Civil y de Comercio. Posteriormente, la Ley 23 de 1991, introdujo importantes modificaciones al régimen “de solución de conflictos entre particulares” denominación esta dada a la institución en el Decreto 2279 de 1989.

Estas últimas normas recibieron alguna modificación en el Decreto 2651 de 1991 que empezó a regir el 10 de enero de 1992. Aplicando el principio de retroactividad contenido en el artículo 45 de la Ley 153 de 1987, han de aplicarse para la decisión de este proceso las normas contenidas en la mencionada Ley 23 de 1991, ya que fue dentro de su vigencia cuando se inició el proceso.

Por lo anterior, enfrentada la cláusula compromisoria contenida en el contrato de fecha 1º de febrero de 1989 con las normas aplicables sobre arbitramento previstas en los artículos 2011 y siguientes del Código de Comercio, se deduce que están cumplidas las exigencias legales para determinar su validez.

En consecuencia, dicha cláusula le ha otorgado competencia a este tribunal, debidamente constituido, para decidir esta litis.

Por otra parte, concurren los demás factores que determinan la competencia, por razón de la naturaleza y calidad de las partes, el lugar o sede del tribunal, señalado en el contrato y la cuantía de la pretensión del demandante.

No sobra advertir, que el alcance y objetivo del tribunal, y por ende el límite de su competencia, se desprenden de los términos en los que la sociedad Rincón Duque confirió a su procurador judicial el mandato (el cual obra en el exp. al fl. 36), al tenor del cual, se faculta a este para convocar al tribunal con el fin de que declare que el contrato 002-89 es de agencia comercial y que, como consecuencia de tal declaratoria, en la liquidación de este se aplique el artículo 1324 del Código de Comercio.

También es menester observar que posteriormente, el representante legal de la sociedad que pidió la integración del tribunal, de nuevo confirió poder al mismo abogado para

que la representara dentro del proceso arbitral, mediante escrito aportado a la audiencia que tuvo lugar el 14 de febrero de 1992, y le otorgó esta vez la facultad de notificarse de las decisiones que requirieran de notificación personal a las partes.

Ya para cerrar el punto que dice relación con su competencia, el tribunal observa que en la audiencia que hubo de celebrarse el 9 de septiembre de 1992, los apoderados de las partes en litigio solicitaron una prórroga del término de duración del tribunal por seis meses, a lo que se accedió mediante auto de la misma fecha, el cual les fue notificado en estrados.

2. Capacidad para ser parte

En cuanto a la capacidad de las partes para acudir al proceso se observa que ellas aportaron como prueba dentro del mismo los documentos que las acreditan como sujetos capaces de ejercer el comercio y acudir a la jurisdicción para la defensa de sus derechos.

3. Capacidad para comparecer como parte

Como se ha dicho, las partes han acudido al proceso por medio de sus apoderados a quienes se les confirió el mandato que han cumplido a través del mismo. Dichos apoderados, además, han acreditado ser abogados en ejercicio.

4. La demanda en forma

El apoderado de la parte demandante presentó inicialmente un escrito en el cual convoca el arbitramento, habiendo incluido posteriormente en las pretensiones que fueron leídas en la primera audiencia de trámite, todos los elementos para configurar una demanda, por cuanto expresó sus peticiones, expuso los hechos debidamente clasificados y numerados, enunció las pruebas que aportaba y las que deberían practicarse o aportarse, la cuantía, los anexos, el lugar para notificaciones, e invocó los fundamentos de derecho. A su vez el apoderado de la parte demandada, durante la audiencia, contestó todos y cada uno de los hechos de la demanda, solicitó las pruebas que consideró idóneas para la defensa de su representada y se opuso a las pretensiones de su contrapunto.

Con las anteriores anotaciones, el tribunal deduce que las partes presentaron suficientes elementos de juicio para el debido establecimiento de la relación jurídico-procesal.

II.6. Consideraciones

Finalizada la anterior relación, procede el tribunal a determinar la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, sirviéndose para ello de las pautas que ofrecen la jurisprudencia nacional, la doctrina propia y la extranjera y las reglas que informan la interpretación de los contratos, las cuales están contenidas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil. Para tal fin, procede a considerar lo siguiente:

A. Naturaleza del contrato de agencia comercial

1. Antecedentes

Aunque no pocos han criticado la decisión de la comisión revisora del Código de Comercio de calificar al agente comercial como una especie de mandatario, pues encuentran diferencias de peso entre aquel y este(1), es menester reconocer que la intención del legislador quedó plasmada en un aparte de la exposición de motivos del libro tercero del Código de Comercio referente al mandato, que es oportuno transcribir: “Otra de las especies de mandato es el de la agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal... El agente promueve y explota los negocios del principal, en determinada zona”(2). (resaltado del texto)

Este el motivo por el cual la agencia comercial se halla en el capítulo V (arts. 1317 a 1331) del título XIII, denominado “del mandato”, que a su vez hace parte del libro cuarto del Código de Comercio, titulado “De los contratos y obligaciones mercantiles”;

y la razón de ser del artículo 1330 ibídem, que ordena que al agente se le apliquen, además de las reglas sobre suministro, las normas de los capítulos I a IV del ya mencionado título XIII, que tratan sobre el mandato comercial y sobre otra de sus especies: la comisión.

Así las cosas, se entiende porqué el artículo 1324 del estatuto mercantil, al enumerar las causales de terminación de la agencia comercial, se remite a las disposiciones sobre el mandato.

No obstante el propósito de la comisión revisora, en el texto del artículo 1317 no se encuentra una expresa manifestación de que la agencia mercantil sea una forma o especie de mandato. Se establece que por medio de dicho contrato "... 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. Y para acentuar el carácter en el que actúa tal comerciante, concluye: "La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente". (resalta el tribunal).

De esta suerte, nuestro Código de Comercio se aproxima a la legislación italiana que no considera que el contrato de agencia implique un mandato(3), y se separa del derecho francés donde el agente sí ostenta la calidad de apoderado(4).

2. El enfoque de la jurisprudencia

Antes de entrar al examen de los desarrollos doctrinales que una y otra legislaciones han motivado, el tribunal estima necesario citar la jurisprudencia colombiana, la cual ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en más de una ocasión, sobre el tema de la agencia comercial.

Afirma nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 diciembre de 1980(5), que el artículo 1317 del Código de Comercio "...redujo indiscutiblemente el campo de las actividades que ahora pueden denominarse jurídicamente agencia comercial. En el pasado y aún ahora, en el lenguaje común se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía a la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor mayorista de productos fabricados por otro comerciante.

"En el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento comercial a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado una empresa nacional o extranjera en el territorio que se le ha demarcado".

Continúa la sentencia en mención: "La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de este o como fabricante o distribuidor de sus productos. O, como ha dicho Joaquín Garrigues, el agente comercial, en sentido estricto, "es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo". Esta función específica del agente comercial tiende, como lo ha dicho Pérez Vives, a "conquistar, conservar, ampliar o recuperar al cliente" para el agenciado o empresario. Según la feliz expresión de Ferrara el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes".

Más adelante dice la providencia comentada: “Y aunque en la definición no está 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 “las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada a (sic) 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 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 que los negocios que para este fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente actuando a su nombre, si para ello tiene facultad”. (negrilla de la Corte).

Citando a Ferrara, la sentencia comenta: “El agente comercial asume precisamente el deber de organizar a su propio riesgo y en condiciones de autonomía la colocación de los productos o servicios ajenos”.

Para la Corte, las consecuencias del negocio de agencia comercial no admiten duda: “...las pérdidas que pudieren arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las cargaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce de lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor “de uno o varios productos del mismo”. Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona, no ejecuta actividad de agente comercial sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios. (negrilla del tribunal).

“La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de estos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya sino que del dominio del fabricante o empresario pasa al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después de que sean suyos, lo beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial entonces que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos no propios”. (negrilla del tribunal).

“Todo lo anterior, continúa la Corte, explica por qué el artículo 1320 ibídem exige que, en el contrato de agencia se especifiquen los poderes o facultades que el empresario concede al agente; por qué el siguiente artículo obliga 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; por qué en el artículo 1322 ibídem, se garantiza al agente su remuneración, aunque el negocio no se celebre por las causas allí dichas. O cuando el empresario “lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente”.

“Finalmente, —dice la corporación— como el agente promueve negocios de productos ajenos y no propios, se explica por qué el artículo 1326 ibídem le concede el derecho de

retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición”.

3. La doctrina sobre agencia comercial

En cuanto a la doctrina extranjera, ella le ha dado diversos enfoques y en consecuencia diferente tratamiento al contrato de agencia mercantil. Como antes se dijo, mientras que la legislación italiana prevé que el agente comercial obra por cuenta de su preponente, pero no en su nombre, la francesa lo trata como un apoderado.

La definición legal francesa de agente comercial, llevó a Ripert(6), a afirmar: “El agente comercial es un mandatario que trata con la clientela en nombre de un industrial o de un comerciante. Este mandato es comercial, porque se acepta a título interesado y se confiere para la celebración de un acto de comercio. Pero todo mandatario, incluso el retribuido, que acepte realizar por otro un acto de comercio, no es por ello un agente. El agente ejerce la representación a título profesional”. (negrilla del texto).

Prosigue el autor: “Es un mandatario independiente que organiza su trabajo a su manera, puede contratar subagentes, obligarse con varios mandantes, y efectuar operaciones por su cuenta en la medida en que no compita con su empresa”.

En igual sentido, Francois Collart Dutilleul y Philippe Delebecque(7) explican que el agente es en primer lugar, un mandatario que obra en nombre y por cuenta de una empresa industrial o comercial; que representa a dicha empresa y debe negociar o concluir operaciones en su nombre. Y en segundo lugar, es un mandatario independiente que organiza su trabajo como le parezca, salvo en lo que atañe a las directivas del agenciado, las cuales debe respetar.

Tratadistas de otros países como Manuel Broseta Pont(8), comparten la concepción francesa y consideran así mismo que la agencia comprende no solo la gestión de negocios ajenos, sino también la representación del empresario. Por ello este profesor español define la agencia como “El contrato por el cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover o de concertar contratos en nombre y por cuenta de otro”.

Aunque esta fue la tendencia que predominó entre nosotros en lo que a la agencia comercial se refiere, es imposible dejar de reconocer que existen diferencias entre la agencia comercial y el mandato, como lo señalan diversos autores.

Entre los italianos, Messineo y Barbero coinciden en que la distinción entre el mandatario y el agente radica en que el primero tiene la potestad de realizar actos jurídicos, en tanto que el segundo solo puede promoverlos.

En efecto, el primero encuentra que el contrato de agencia “es, al igual del mandato y formas derivadas, dirigido a procurar a una de las partes (preponente) un resultado (opus) por obra del agente; tal resultado consiste en promover por cuenta del preponente, la conclusión de contratos en una zona determinada”.

Pero distingue aquel convenio de este, “por el dato decisivo de que el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso del agente con representación(9)”. (negrilla del texto).

Para Barbero, la agencia comercial es el contrato en virtud del cual “una parte asume establemente, contra una determinada compensación, el encargo de promover la conclusión de contratos por cuenta de la otra en una forma determinada” La distingue del mandato por la misión del mandatario de “concluir contratos”, en frente de la del agente que consiste en “la promoción de la conclusión de contratos(10)”.

Agrega que el agente no interviene en el negocio sino que se limita a aproximar a las partes, salvo que adicionalmente se le otorguen facultades de representación.

No debe pasarse por alto que el Código Civil Italiano precisa que el objeto del mandato es el cumplimiento de uno o más actos jurídicos, lo que contribuye a explicar por qué al agente que no los efectúe no se le considere como un mandatario.

También el autor argentino Raúl Aníbal Etcheverry(11), acepta el significado que los italianos le atribuyen a la agencia e indica que “El agente se obliga a promover negocios, a lograr la celebración de contratos para el fabricante o dueño (obligación principal).

En lo que dice relación con los tratadistas nacionales, la mayoría coincide en que la intermediación permanente es el sello distintivo de la agencia comercial y lo que la separa no solo del mandato, sino también de otros contratos de distribución.

Así, para José Armando Bonivento Jiménez(12): “El agente desarrolla una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia. Esta independencia ... se manifiesta, por ejemplo, a través de la apertura de oficinas, locales, y establecimientos de comercio...”.

“La agencia como especie de mandato, afirma, supone y exige la existencia de un encargo hecho por una persona a otra que lo acepta”.

Continúa diciendo que: “El objeto propio del contrato de agencia es promover o explotar negocios por cuenta del agenciado. Este elemento distingue la agencia como forma de mandato pues, al lado de la estabilidad, implica una actividad permanente de intermediación frente a una clientela, a un mercado, para conquistarlo, conservarlo, reconquistarlo o ampliarlo”.

Distingue entre obrar por cuenta de otro y hacerlo en nombre de otro, reservando la primera formulación para la intermediación y la segunda para la representación, que no es de la esencia del contrato de agencia, de donde concluye que el agente siempre tiene que obrar por cuenta del agenciado pero puede o no hacerlo en su nombre. (negrilla del texto).

En su monografía sobre la agencia mercantil, Juan Pablo Cárdenas Mejía(13) también considera que “el agente cumple una función de intermediación en la celebración de contratos por el agenciado. Esta actividad la desarrolla cuando recibe, o mejor consigue ofertas de negocio de terceros y las comunica a su agenciado, para que este decida sobre el negocio y lo celebre él mismo o lo perfeccione el agente cuando tenga el poder de representarlo”.

Y observa que “el contrato de agencia no implica necesariamente la representación del agenciado, pues cuando el agente promueve no es indispensable que realice otros actos jurídicos en nombre del agenciado. Así, el agente podrá, en su propio nombre, celebrar un contrato de publicidad para el producto cuya venta quiere estimular, o limitarse a visitar la clientela para fomentar las ofertas; no es necesario que celebre actos jurídicos. La representación es apenas una posibilidad, y la falta de ella no afecta el contrato de agencia”.

“En Colombia, explica, tal posibilidad surge de la definición de agencia, en cuanto se dice que el agente puede actuar como agente o representante”. (negrilla del texto).

Coincide el autor en señalar la deficiencia que otros le atribuyen a nuestra definición de agencia, en el sentido de que, si bien la ley colombiana no exige que el agente actúe por cuenta del empresario, “...es necesario concluir que la actuación por cuenta del agenciado es un requisito indispensable, porque si, de acuerdo con la legislación colombiana, el contrato de agencia es una forma de mandato, este implica la actuación por cuenta de otro”.

Ahora bien, el hecho de que el agente obre como mandatario no implica, como ya quedó establecido, que tenga la representación de su mandante. Ello se desprende de las

normas generales sobre mandato, a las cuales está expresamente sometido el contrato de agencia, las cuales prevén que este puede conferirse con representación o sin ella.

Jaime Alberto Arrubla Paucar⁽¹⁴⁾ encuentra que la ejecución del contrato por parte del agente tiene diversas modalidades; una de ellas la que le permite "...concluir los negocios promovidos actuando como mandatario del empresario o como representante de él, es decir, actuando por cuenta y a nombre del empresario o simplemente por cuenta del empresario pero a nombre propio, indicándole o no a terceros que es mandatario (sic) determinado empresario".

En su concepto, cuando el agente promueve o explota negocios que redundan en favor del empresario, actúa por cuenta ajena, sin que con ello se configure en todo caso, un mandato. Aunque en este contrato se obra siempre por cuenta ajena, opina que existen otros elementos que distinguen el mandato. Señala así mismo, que el hecho de obrar por cuenta ajena no significa actuar siempre como mandatario, pues existen contratos diferentes de este último en los cuales también se obra de esta manera. Sin embargo, más adelante concluye que la agencia comercial puede coexistir con otros contratos, como el de suministro, con lo cual confunde prestaciones que son propias de cada uno de los diversos convenios de distribución.

En efecto, expresa Arrubla: "En nuestra opinión perfectamente puede presentarse la agencia comercial en concurrencia con un contrato de suministro, el cual se denomina frecuentemente en nuestro medio contrato de distribución y aun de concesión, siempre el encargo de promover o explotar negocios de un ramo. En este evento el agente será comprador de los productos de un fabricante y los venderá directamente a terceros".

A renglón seguido expresa la siguiente opinión: "También puede suceder que al comprar los productos de un empresario, el agente no esté haciendo más que ejecutando (sic) un mandato sin representación frente al cual necesariamente tiene que aparecer frente a terceros como propietario de los productos. Ya observamos como una de las modalidades de su actividad puede ser la de mandatario sin representación".

Remata su argumento preguntándose: si quien distribuye no es agente, ¿qué razón tuvo el legislador para remitir la agencia, en lo no previsto por la ley, a las normas del contrato de suministro?

En primer término, a juicio del tribunal, los contratos de agencia y suministro son de naturaleza sustancialmente tan diversa, que su coexistencia resulta imposible, a punto de que, por todo lo que se ha venido exponiendo, resultan incompatibles entre sí.

Simplemente baste con observar que si un comerciante adquiere determinadas mercancías para revenderlas, de ninguna manera podría entenderse que obra por cuenta de otra persona, pues en el momento de hacerse al dominio de ellas se convierte en el único interesado en su reventa.

En otras palabras, o se es agente, o se es comprador de una mercancía, pero ciertamente no las dos calidades al tiempo. El agente que compró los bienes de un fabricante, dejó de ostentar aquel carácter para convertirse en un simple comprador.

Por otra parte, el contrato de suministro y el de concesión son dos pactos diferentes, desde su misma naturaleza, hasta el tipo de prestaciones que uno y otro admiten, como se verá cuando el tribunal se ocupe del tema del contrato de concesión.

Finalmente, es menester recordar que nuestro Código de Comercio efectivamente se remite a las disposiciones sobre el suministro, como también lo hace a las que reglamentan el mandato, para llenar los vacíos en materia de agencia mercantil.

La razón de ser de la primera remisión estriba, en sentir del tribunal, en el hecho de que la agencia y el suministro tienen en común que en una y otro un comerciante recibe en forma periódica y estable, bienes o servicios, lo que justifica que algunas reglas del

suministro, como, por ejemplo, las que sirven para determinar la cantidad de mercancías que haya de despacharse, o para fijar cuáles son las “necesidades ordinarias de consumo” de que habla la ley, o el precio de los bienes que hayan de enviarse, puedan aplicarse a la agencia comercial.

Mas lo anterior de ninguna manera significa que el agente y el suministrado hayan recibido las mercaderías al mismo título, ni que todo distribuidor sea un agente. El primero, ya quedó dicho, recibió bienes que no son suyos, en tanto que el segundo recibió su propia mercancía.

Además, existen otras formas de distribución, como la concesión, donde el distribuidor tampoco es agente.

De no ser así, ¿qué razón tuvo el legislador para remitir la agencia, en lo no previsto por él, a las normas del mandato?

En síntesis: todo agente es un distribuidor, pero no todo distribuidor es un agente.

Fluye de todo lo anterior, que la prestación de mayor envergadura a cargo del agente comercial no es otra que la de cumplir la tarea de promoción y ventas que un empresario o fabricante le ha confiado para que sea ejecutada en una zona geográfica preestablecida, labor que se traduce en un trabajo de intermediación entre este último y la clientela.

Tal promoción consiste, en palabras de Cárdenas Mejía(15), en “...desarrollar una actividad dirigida a crear, aumentar o mantener una clientela para el agenciado”.

Puesto que se trata, como se ha reiterado, de actos que interesan al empresario, el agente tiene así mismo, la obligación de colaborar en la ejecución de los contratos que haya suscrito en cumplimiento de su tarea, como medio de asegurar la mejor defensa de los intereses de este; de seguir las instrucciones de su representado y de informarle sobre el curso del negocio que le fue encomendado. de aquí que a esta especie de contrato se la haya denominado precisamente “de colaboración”.

Para este autor(16) el agente comercial se reconoce porque promueve un negocio ajeno, creando una clientela para su agenciado, de donde concluye que, el agente no asume los riesgos del negocio que fomenta y solo sufre los que corresponden a su actividad de estímulo. Por razón de la independencia que caracteriza este contrato, señala, el agente desarrolla una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia, abriendo oficinas, locales, y establecimientos de comercio.

Como bien se expresa en el laudo arbitral proferido en el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre Roberto Cavelier y Compañía Ltda., y la Flota Mercante Grancolombiana(17), relacionadas con un contrato de agencia comercial que existió entre ellas: “Puede apreciarse que son coincidentes las opiniones de los comentaristas nacionales en cuanto a que el agente fundamentalmente promueve, es decir, busca negocios, los estimula, muestra su oportunidad o sus bondades y en tal sentido auxilia al empresario atrayendo clientela, y hace esto con autonomía jurídica, pero obrando por cuenta y riesgo del agenciado, a través de la propia empresa del agente, con o sin exclusividad y teniendo, eventualmente, la facultad de representar al principal. Se trata, así, de un contrato de colaboración de intermediación, con una función o tarea específica en el campo de la distribución de bienes y servicios”.

En últimas, con mandato o sin él, sin duda el agente obra por cuenta de otro empresario y su trabajo consiste en efectuar para este la mayor cantidad de negocios que le sea posible, siempre dentro de la independencia que la naturaleza de su encargo le otorga.

Lo anterior para significar que, aun si la agencia comercial no hubiera sido incorporada en nuestro código como una especie de mandato, en todo caso tendría que darse la mediación, fundamento esencial de aquella.

Ciertamente la condición de obrar por otro no es el único elemento característico de la agencia mercantil. Empero, para los efectos de la decisión que habrá de tomar el

tribunal, es el de mayor importancia, pues será el que la distinga del contrato de concesión, punto central del debate en esta causa.

Con todo, es imposible pasar por alto la existencia de los otros elementos. En honor a la brevedad, y dado que no inciden en la decisión que haya de tomarse, basta con enunciarlos: ellos son la permanencia o estabilidad, la independencia y la promoción. La Corte Suprema de Justicia se ocupó de ellos, como puede verse en el segmento del fallo que se halla transcrito en las páginas 21 y siguientes del presente laudo y han sido reiterados por la jurisprudencia arbitral(18) y la doctrina.

B. La cuestión de la autonomía privada en materia contractual

¿A qué modalidades jurídicas, por fuera de la agencia, pueden entonces recurrir las partes para acordar convenios de distribución de bienes y servicios?

A la luz de los preceptos jurídicos que imperan en el país, ¿gozaban Rincón Duque y Vecol de libertad para salirse del marco de los convenios regulados por el Código de Comercio y adoptar sus propias reglas contractuales, sin limitación alguna?

Según el artículo 1602 del Código Civil, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Por su parte, el artículo 15 *ibídem* instituyó en favor de las personas la libertad de renunciar a “los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia”.

A continuación, el 16 prohíbe derogar “por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

Y el estatuto mercantil, en el primer inciso de su artículo 822, indica que “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

No obstante que las normas consagradas en nuestro ordenamiento jurídico acogen el principio absoluto de la autonomía de la voluntad privada, la Corte Suprema de Justicia ha venido reconociendo, desde hace más de cinco décadas, que este postulado “ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivo de interés social y aun de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en la guarda de la equidad”. (Cas., jul. 28/40, XLIX, 574).

Empero, sin perjuicio de los límites que surgen del orden público contractual, nuestra Corte Suprema de Justicia también ha sido celosa en la protección del postulado de la normatividad de los actos jurídicos, el cual se traduce esencialmente, “en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él”. (Sent., ago. 12/76, CLII, 327).

Tal esquema resulta lógico en un sistema de libre empresa con restricciones como el nuestro, dentro del cual al derecho le corresponde la función económica de facilitar la circulación de los bienes y servicios. Ello exige que, tanto la jurisprudencia como la doctrina, estén atentas a los usos y costumbres que terminan por imponer cambios en las relaciones sociales y económicas de los individuos, para que estas transformaciones vayan acompañadas con las necesarias modificaciones jurídicas que tal evolución supone. Para ello es indispensable el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, base de la iniciativa privada.

La tarea innovadora en esta materia ha sido encabezada por el comercio, cuyos sujetos se han encargado de encontrar nuevas formas para ejercer esta antigua profesión, las que se manifiestan en convenios jurídicos atípicos e innominados, como en el presente caso.

En este orden de ideas, como lo dijera Emilio Betti(19), el contrato, además de expresar un acuerdo de voluntades, cumple la tarea de constituirse en el proceso técnico que asegura el intercambio económico.

Larroumet(20) hace ver que tal concepción supone que los intercambios económicos se dan por la vía de concesiones recíprocas provenientes de la voluntad de los contratantes, la cual es soberana para concluir el negocio, para determinar sus efectos, es decir, las obligaciones que crea y sus modalidades. De donde resulta que el contrato genera un equilibrio querido por los contratantes, contra el cual nadie puede en principio, atentar. No obstante esta teórica ponderación, el proceso de regulación de las normas contractuales que el mismo autor llama “dirigismo contractual(21)”, está impulsado por factores sociales y económicos; va encaminado a asegurar el bienestar de los miembros del Estado y la satisfacción de sus necesidades económicas, de manera que el individuo económicamente más fuerte no imponga su voluntad al más débil; y busca atemperar los desequilibrios sociales y económicos. Observa que el Código Civil francés se basa en el principio de la igualdad jurídica de los sujetos de derecho, la cual no se refleja en el campo económico, es decir en la realidad y por ello corresponde al legislador promoverla a través de la intervención del Estado.

Observa el tribunal que nuestro Código Civil, al igual que su antecedente francés, incorpora el mismo principio de igualdad, lo que hace que la reflexión de Larroumet sea igualmente válida entre nosotros.

Por su parte, Boris Starck(22) estima que el orden público económico contemporáneo deriva de la intención del legislador de limitar la voluntad y someter los contratos más corrientes a una reglamentación imperativa para que el intercambio de bienes y servicios se ajuste a determinados objetivos que persigue la ley.

Para el autor, la finalidad del orden público económico es doble: en primer lugar, persigue la justicia, para evitar que la libertad contractual conduzca a que una parte se imponga otra. En segundo lugar, busca una utilidad social, pues el interés privado no concuerda necesariamente con el general por lo cual la libertad contractual debe estar sometida a los fines colectivos. Dichas finalidades se logran, bien prohibiéndose alguna estipulación, bien imponiéndose otras que serán implícitamente integradas al contrato si las partes no las pactan.

No obstante, debe recordarse que las restricciones nacidas, bien del orden público, bien de una necesidad social, deben hallarse explícita y taxativamente consagradas en la ley. Así lo reconoce nuestra jurisprudencia cuando expresa que no puede prescindirse de los derechos cuya renuncia expresamente prohíbe la ley (Cas. jun. 27/40, XLIX, 569), “por motivos superiores de ética o de orden público”. (Cas. mar. 25/41, L. 824).

Este es, pues, el ámbito del orden público contractual, que se denomina “de protección” cuando busca equiparar los intereses de los contratantes siempre que haya una manifiesta desigualdad entre ellos, o cuando una de las partes carezca de la opción de negociar libremente las estipulaciones contractuales; y “de dirección” cuando su propósito es impedir que la voluntad de los contratantes atenté contra ciertas políticas económicas del Estado, por medio de estipulaciones contractuales que contengan intercambios económicos que este tenga interés de tutelar, en beneficio de la sociedad. En virtud de lo anterior, resulta necesario distinguir, como lo hace Spota(23), entre las normas imperativas, es decir, aquellas que regulan asuntos de orden público, las cuales son obligatorias y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes; las dispositivas, de las que puede prescindirse, puesto que tienen por único objeto suplir la voluntad de las partes; y las normas interpretativas que ayudan a precisar el alcance de la voluntad de los contratantes.

En la medida en que no se vean afectadas las normas imperativas, la llamada “libertad negocial” se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas, en palabras de Luigi Ferri. Así las cosas, el negocio jurídico “es, ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad”(24).

De esta manera, resulta incuestionable para el tribunal que la iniciativa de los particulares permanece entre nosotros como uno de los pilares de los contratos de derecho patrimonial, y que las partes pueden determinar su alcance, contenido y efectos, todo ello dentro del marco del orden público contractual de dirección y protección.

Y no encuentra ninguna disposición de orden público, cualquiera que sea su finalidad, que pueda erigirse en obstáculo para que las partes de este litigio libremente convengan el contrato de distribución que mejor convenga y se acomode a sus intereses, siempre y cuando no atenté contra las buenas costumbres, que en opinión del tribunal, ciertamente no están amenazadas por el acto mercantil que aquí se debate.

C. La interpretación de los contratos atípicos

En lo tocante a la interpretación de aquellos pactos no regulados o denominados expresamente por la ley, debe acudirse a la regla de interpretación según la cual todo contrato ha de cumplirse e interpretarse, no por su tenor literal, sino atendiendo a la voluntad común de los contratantes, siempre y cuando ella se encuentre conforme con las reglas imperativas en materia contractual, principio este que, desde luego, se halla vertido en nuestro Código Civil.

En efecto, “Conocida claramente la intención de los contratantes, —dice el artículo 1618 del Código Civil— debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Y el 1621 agrega: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”.

La Corte Suprema de Justicia también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema, como aconteció en 1976, cuando sostuvo: “...corresponde al juzgador, con el fin de determinar las obligaciones que por emanar del contrato han de asegurarse en su cumplimiento, desentrañar la intención que se propusieron las partes al ajustarla, particularmente cuando en la declaración de su voluntad expresada no se ha establecido caracterizadamente al contrato (sent. ago. 12/76, CLII 327)”.

Así las cosas, para satisfacer las pretensiones de la sociedad Rincón Duque, el tribunal deberá indagar sobre la real naturaleza del pacto que celebraron y acerca de la voluntad de los contratantes al suscribirse el pacto denominado de concesión.

Como lo señala Larroumet(25), la interpretación del contrato no es la interpretación de la ley, toda vez que el juez debe investigar esencialmente lo que quisieron las partes, sin que por ello, pueda modificar o rehacer el pacto porque deformaría la voluntad de ellas. El dirigismo contractual, advierte el tratadista, solo sirve para incluir aquellas cláusulas imperativas que las partes no pueden eludir; y por la misma razón, nada tiene que ver con la interpretación del contrato.

Sin embargo, el mismo autor revela que la doctrina francesa ha considerado que la interpretación judicial de un contrato no consiste siempre en la búsqueda de la voluntad de las partes puesto que, en muchas oportunidades, el juez determina el sentido de una estipulación contractual fundado en otros elementos, tales como la equidad o la economía del contrato, apreciados objetivamente, es decir, en función de la utilidad del mismo. En este caso, es evidente que la voluntad de las partes no lo dirige todo, porque el sentido que se dé al contrato no será exclusivamente en función del querer de las mismas(26).

Los anteriores lineamientos son válidos en nuestro derecho y análisis del contrato 002-89 con el fin de que el tribunal pueda fijar su posición acerca de su verdadera naturaleza jurídica.

D. El contrato de concesión mercantil

1. Naturaleza y fines del contrato

El contrato de concesión comercial, en sus diversas modalidades, es más bien reciente en el derecho. Entre nosotros, aunque innominado y atípico, es de uso frecuente en ciertas áreas del comercio, como la distribución de vehículos, la de ciertos productos alimenticios de consumo masivo y la de mercancías de marcas especialmente acreditadas.

No cabe duda de que se trata, al igual que la agencia comercial, de un contrato de distribución, de aquellos que presuponen la colaboración de las partes y se celebra en interés común del concedente y el concesionario(27).

Pertenece, también como la agencia, a la categoría de los llamados “contratos marco o cuadro”, igualmente llamados “normativos”, por cuyo conducto las partes definen y consignan los elementos mínimos y esenciales de su acuerdo de distribución y se obligan a celebrar otros convenios futuros, llamados “de aplicación” para establecer las modalidades concretas y desarrollar los detalles del negocio, todo dentro de los límites del pacto inicial.

Sobre tales contratos resulta de interés el siguiente extracto del laudo arbitral relacionado con la agencia comercial que existió entre Roberto Cavelier y Cía., Ltda., y la Flota Mercante Grancolombiana(28), anteriormente citado: “El contrato normativo impone la celebración de esos contratos futuros y, por tanto, aquel participa de la función de los contratos preparatorios, generadores de obligaciones de contrahendo. Esos otros contratos futuros ... son autónomos considerados en sí mismos, pero frente al contrato de agencia o al de concesión son contratos auxiliares de ejecución complementaria, cuyo contenido está predeterminado en aquellos a plenitud o globalmente y son susceptibles de concreción, ajuste o alteración ulteriores. Por ello se habla de contratos marco, de contratos de apoyo, de contratos de aplicación, etc. (Pardolesi, Roberto. *I contratti di distribuzione*, Edit. Jovene - Napoli, 1979. págs. 445 y ss)”.

Acerca de los objetivos y el espíritu de la concesión y su importancia dentro de los sistemas actuales de distribución comercial, para el tribunal resulta de gran ayuda la minuciosa descripción de Jean Guyenot(29).

“Para sostener la competencia y conquistar nuevos clientes —indica— los productores deben organizar la comercialización de sus productos para unificar su sistema de ventas a fin de reducir sus costos de distribución y de acrecentar su rentabilidad. Un medio que se ofrece a ellos: unirse a revendedores que a cambio de una exclusividad de reventa acepten participar de una organización comercial estructurada para mejor sostener la lucha que engendra la competencia entre artículos similares y marcas diferentes”.

El efecto del esquema así planteado consiste en que las relaciones comerciales de las partes, en principio aisladas y contingentes, “dan lugar a relaciones organizadas y permanentes de manera multilateral entre los miembros a partir de un centro común de decisiones a nivel de la empresa del concedente.

“La originalidad del sistema —afirma— reside en esta innovación. Es el fruto de dos técnicas acopladas. El concedente se liga a un distribuidor por un acuerdo que aúna sus relaciones bilaterales. En ese sentido son por esencia de orden contractual. Pero observando la formación del contrato uno se convence de que es un acto de ratificación de una convención tipo que las partes han reproducido en sus acuerdos en vista de coordinar sus relaciones de una manera idéntica al modelo propuesto a todos los co

contratantes del concedente. Este modelo exterior que no tiene valor jurídico en sí, es sin embargo, la base del sistema. El es el modelo, puesto que sus disposiciones esenciales son reproducidas en cada contrato sometido por acuerdo a la firma de los concesionarios”. (negrilla del texto).

Y continúa: “Cada empresa obra en su nombre y por su cuenta alineándose sobre directivas convenidas para satisfacer las obligaciones contractuales estipuladas”(30). Para el concesionario, la celebración del contrato significa algo más que las meras prestaciones que en él se consignan. “En razón de la permanencia de un vínculo jurídico entre las partes contratantes, —dice el autor— el contrato de concesión implica un compromiso de participar de manera convenida al funcionamiento del servicio descentralizado de comercialización de productos del concedente. Este servicio, con ramificaciones flexibles y dispersas en redes, a veces densas, a veces amplias, según la naturaleza del producto, se extiende sobre un área geográfica constitutiva del mercado de los productos del concedente. Este servicio viene a consolidarse bajo la dirección comercial de la empresa del concedente de la cual es prolongación a nivel de la clientela(31). (negrilla del texto).

De esa manera, Guyenot encuentra que a través de este contrato marco se crea “una jerarquía de normas contractuales contenidas en un contrato común entre el concedente y sus distribuidores, el cual es jurídicamente independiente de las relaciones de las partes contratantes.

La razón de ser de tal pacto entonces sí, parece obvia: “El contrato de concesión aunque bilateral se convierte en el medio de establecer una red de distribución entre un concedente y todos sus concesionarios”.

En consecuencia, el contrato de concesión es inseparable de la noción de red. Pero la red no se establece sobre bases jurídicas, pues no hay acuerdos multilaterales(32).

La descripción que antecede permite entender que la función económica primordial del contrato de concesión es regular relaciones entre un empresario, generalmente de grande o mediano tamaño, y los múltiples distribuidores de sus bienes y servicios, que tenga o llegue a tener en el país y aun en el mundo.

2. Características y elementos del contrato

La formación de una estructura para la distribución de bienes y servicios justifica, en concepto del tribunal, que la concesión, además de contrato-marco, sea un convenio de adhesión, pues ello permite que otros comerciantes vayan ingresando a la red y que las condiciones de la reventa las fije de manera uniforme y genérica el concedente. De lo contrario, este no podría dirigir una verdadera organización para la venta local de sus productos.

Dos destacados tratadistas franceses, Collart Dutilleul y Delebecque(33), afirman que en virtud del contrato de concesión, el titular de una marca o concedente, se encarga de venderle, en un territorio determinado, únicamente a su co contratante o concesionario, quien se obliga a cambio, a distribuir los bienes materia de la concesión, y únicamente dichos bienes, y a respetar la política comercial establecida por la otra parte. Tal contrato —afirman— puede denominarse también de distribución exclusiva o de concesión exclusiva.

Estiman los precitados autores, que lo que verdaderamente caracteriza la concesión es la exclusividad. Esta puede ser simple, si consiste en la obligación del concesionario de adquirir productos únicamente de su co contratante y a la vez proveedor, y a no comercializar productos que compitan con los de este (exclusividad de compra), o recíproca, cuando, además, el concedente se obliga a suministrar bienes solo a su concesionario (exclusividad de venta).

Incluso agregan que un contrato por el cual una parte se obliga a suministrar a otra bienes en forma exclusiva, que no venga acompañado de otro igual para la compra de las mercaderías objeto del contrato no es una concesión sino una simple venta.

Explican que en su estado puro, el contrato de concesión contiene la doble exclusividad a que se hizo mención, pero, aclaran que no todas las concesiones vienen acompañadas de un derecho de exclusividad recíproca.

En Francia encuentran un buen ejemplo en las actividades de distribución de derivados del petróleo y de bebidas, donde el concesionario se obliga a adquirir únicamente los productos comercializados por su co contratante, pero el proveedor no se compromete a suministrar exclusivamente a un concesionario en dicha zona, sino que se reserva el derecho de proveer a otros. En otras palabras, consagra únicamente la exclusividad de compra en favor del concedente.

La jurisprudencia francesa (corte de apelación de París y corte de casación), relata Guyenot(34), ha reiterado que en materia de distribución de carburantes para automóviles, el contrato de concesión "...es considerado como una noción calificativa de relaciones bilaterales anudadas entre la sociedad petrolera y el concesionario, obligados bajo la base de una exclusividad de compra a colocar una cantidad determinada de carburante durante el plazo estipulado".

De esta manera, en Francia se ha abierto camino el contrato de concesión revestido de esa sola exclusividad, pero de exclusividad, en todo caso.

Respecto del contrato examinado por la jurisprudencia francesa, resulta apenas lógico que en la distribución de productos vitales para la comunidad únicamente sea admisible la exclusividad de venta, pues si el fabricante estuviera obligado a negociar tales productos con solo concesionario, se generaría un perjudicial monopolio, en franco detrimento de los consumidores.

Otro autor francés, Champaud, citado por Javier Arce Gorgollo(35), encuentra que: "Hay concesión mercantil cuando un comerciante —concesionario— pone su empresa de distribución —o de venta— en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente, para asegurar exclusivamente, en un territorio determinado, durante un período de tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los que le ha concedido el monopolio de reventa".

Siguiendo la misma línea de pensamiento de los anteriores tratadistas, Broseta Pont(36) se identifica con la definición de la ley belga de 27 de julio de 1961, a cuyo tenor, "el concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho a vender a título exclusivo los artículos o productos de un fabricante concedente, en su propio nombre y por su propia cuenta".

Juan Luis Iglesias Prada citado por Juan Pablo Cárdenas(37), concibe la concesión como "un acuerdo de voluntades por el cual un empresario pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario para comercializar por tiempo indefinido o limitado en una zona geográfica determinada y bajo la directriz o supervisión del concedente, aunque en nombre y por cuenta propia, productos cuya exclusiva reventa se la otorga en condiciones predeterminadas.

Como bien se puede apreciar, la exclusividad de reventa es elemento común de todas estas definiciones, constituyéndose, de esa manera, para los autores mencionados, en un rasgo que distingue la concesión de otros contratos de distribución.

Sin embargo, para otros autores como Garrigues(38), la exclusividad no es esencial al contrato por un aspecto, "porque pueden existir contratos de concesión sin esa exclusiva, y, por otro, porque la cláusula de exclusiva se establece en otros contratos sin que por ello pierdan su naturaleza (así venta, suministro, comisión o agencia)".

Tal razonamiento lo lleva a entender el contrato de concesión como aquel “por el cual un comerciante o empresario (concesionario) se compromete a vender en una zona y en determinadas condiciones los productos de otro empresario (concedente) y a prestar a los adquirentes de estos determinada asistencia”.

Acompaña a los anteriores Arce Gorgollo para quien la exclusividad no es siempre necesaria en el contrato de concesión, lo cual le permite excluirla de la definición. Concluye que “el contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor (concedente) en los términos y condiciones de reventa que este señale. El productor tendrá la facultad de imponer al distribuidor, además, determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos”(39).

Entonces el contrato de concesión tiene como nota característica precisamente el control que el concedente conserva sobre los bienes que transfiere al concesionario, toda vez que se reserva la facultad de imponerle los términos y condiciones de la comercialización y reventa de sus productos; de exigirle el cumplimiento de ciertas obligaciones relacionadas con la organización del negocio y de imponerle la carga de prestar a los adquirentes de los productos objeto de la concesión, determinada asistencia, incluyendo lo que en el comercio se denomina “servicio de post-venta”, entre otros.

Tal control puede incluso hacerse extensivo hasta el precio de venta de los bienes objeto del contrato. Ripert(40), por ejemplo, otorga plena validez a la cláusula por la cual un comerciante minorista se obliga a revender las mercancías que adquiere de un distribuidor o comerciante mayorista, a un precio determinado, generalmente marcado sobre el producto. Como ejemplo cita los productos farmacéuticos.

Realmente se trata de obligaciones exóticas para quien se ha hecho propietario de unos bienes con el ánimo de revenderlos, pues, a pesar, de ser su dueño, carece de libertad para disponer de ellos a su arbitrio.

En cuanto a la doctrina colombiana, ella no es muy prolija en esta materia. Jaime Alberto Arrubla Paucar(41) sostiene que el contrato de concesión es “aquel en virtud del cual, un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario, la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado”(42).

El contrato normativo es caracterizado en la doctrina por no generar la obligación para las partes de concluir contratos futuros. A lo que en realidad obliga es a que en el supuesto de presentarse futuras negociaciones entre las partes, estas deben regirse por las disposiciones generales contenidas en el contrato normativo, durante el período de tiempo que este mantenga su vigencia.

Por el contrario, el contrato de concesión, desde su formación misma, está generando unas obligaciones y derechos inmediatos para las partes, relacionadas con el objeto de la concesión. Por ejemplo, desde el mismo momento la exclusividad del concesionario para distribuir los productos al concedente es vinculante; lo mismo los pedidos mínimos de productos, el servicio de post-venta; la participación en cuestiones publicitarias; el respeto por los precios señalados para la reventa; despacharle al concesionario los productos de la concesión”.

La definición precedente omite, en sentir del tribunal, los elementos fundamentales de la concesión, como que pasa por alto que el concesionario se hace dueño de los bienes que revende y por tanto obra por su cuenta y riesgo; en cambio, se concentra en el hecho de

la distribución, que es común a varios contratos, como la agencia mercantil, el suministro y la propia concesión.

Parece al tribunal que para Arrubla no hay diferencias de fondo entre la agencia y la concesión, como bien puede juzgarse de la lectura del siguiente aparte de su segundo tomo sobre contratos comerciales: “Lo fundamental de la agencia mercantil es la conquista de un mercado, incluso su mantenimiento por parte del agente y en favor del productor... Una de las modalidades que puede caracterizar la actividad que desempeña el agente para ese propósito es precisamente la de distribuir los productos del empresario adquiriéndolos en propiedad o no(43)”. (negrilla del tribunal).

Ya había advertido el tribunal, que este autor sostiene la discutible tesis de que la agencia comercial en concurrencia con un contrato de suministro, se denomina en nuestro medio, contrato de distribución y aun de concesión, pues para él lo fundamental viene a ser el encargo de promover o explotar negocios en un ramo.

No obstante, es innecesario volver sobre este punto ya que fue materia de análisis al examinarse la agencia comercial.

Para Juan Pablo Cárdenas(44), la concesión mercantil “Es una forma de contrato de suministro para distribución, en virtud del cual una parte se obliga a cumplir en favor de otra prestaciones periódicas o continuadas de cosas o de servicios, mediante el pago de una contraprestación, para que esta última realice la comercialización del producto, o mejor, lo promueva en la zona confiada.

No comparte el tribunal el significado que este autor le otorga al contrato de concesión porque encuentra marcadas diferencias entre el primero, como contrato-marco o normativo, y segundo como convenio completo, al cual poco o nada pueden agregarle las partes durante su ejecución, puesto que lo no previsto por ellas lo contempla la ley. En todo caso, para puntualizar las diferencias entre algunos contratos que de alguna manera cumplen una función económica de distribución de bienes y servicios, el tribunal ha dedicado una parte de sus consideraciones numeral (8 infra), pues considera que el tema reviste interés jurídico en el laudo que lo ocupa.

José Ignacio Narváez(45) considera a los concesionarios como auxiliares de las actividades mercantiles y “comerciantes que han obtenido de un productor o importador o ensamblador el derecho de anunciar a la clientela que ellos venden un producto o una línea de productos, v. gr., automóviles, refrigeradores, radios y televisores, electrodomésticos, etc., de una marca determinada”.

Tampoco dice a qué título anuncia o vende el comerciante tales productos, ni entra a hacer consideración alguna sobre la naturaleza del contrato. Es más una descripción del negocio que una definición de orden jurídico.

Finalmente, Jaime Alberto Gómez Mejía(46) encuentra la nota característica del contrato de concesión en que en el concesionario actúa en su propio beneficio, “adquiere los productos del concedente y los revende, obteniendo para sí el producto de la reventa”. Observa el tribunal que ninguna de las definiciones de la doctrina colombiana mira al aspecto de la exclusividad, bien sea de compra o de venta.

Entre nosotros ella no puede constituirse en elemento distintivo del contrato de concesión porque el artículo 975 del estatuto mercantil también la admite para el suministro: tampoco es de su esencia, toda vez que, desprovisto de ella, no pierde su naturaleza jurídica, cuyo origen radica en las prestaciones especiales —ya discutidas— a que puede estar sometida la reventa de los productos objeto de la distribución.

Por la misma razón, tampoco puede serlo la delimitación de una zona para la ejecución del contrato, pues el artículo 975 igualmente contempla la posibilidad de que se pacte la exclusividad de compra en una zona determinada, cuando de suministro se trata.

Atendiendo a los distintos puntos de vista aquí expuestos, las características del contrato de concesión como contrato atípico en frente de la legislación colombiana, son las siguientes: a) se trata de un derecho que un fabricante o proveedor confiere a un comerciante para que este revenda los productos que le compra al primero; b) tal reventa se efectúa dentro de un territorio determinado y durante un plazo específico; c) la reventa está sometida a las condiciones que imponga el concedente; d) la distribución se realiza a nombre y por cuenta del concesionario, es decir a su propio riesgo y bajo su responsabilidad, y e) genera, para el concesionario, obligaciones ulteriores de hacer, conforme a instrucciones que le imparta el concedente.

3. Obligaciones de las partes

A la luz de las observaciones que diversos autores hacen en torno a las obligaciones que para cada una de las partes emanan del contrato de concesión, el tribunal encuentra que ellas son, en esencia, las siguientes:

Para el concedente: suministrar los productos según las modalidades previstas en el contrato; respetar la zona exclusiva de la concesión, la cual deberá estar bien determinada; y si hubiere exclusividad, abstenerse de contratar con más de un concesionario dentro de ella, mientras se halle en vigencia el contrato.

Existen otras que no forman necesariamente parte de todo convenio de concesión, como la de prestar asistencia técnica, comercial administrativa y aun financiera al concesionario. La necesidad de estipular tales cláusulas dependerá, claro está, de cada contrato en particular. Otra obligación de carácter no esencial que señalan los autores para algunas variaciones de estos contratos, es la de permitir al concesionario el derecho de utilizar la marca de los productos objeto del pacto, como acontece, por ejemplo, en el caso de las estaciones de servicio para vehículos que expenden combustibles y en el de los establecimientos que venden bebidas de marcas internacionales y consumo masivo. En lo tocante al concesionario, coincide la doctrina en señalar que sus obligaciones son más gravosas que las de su co contratante, lo cual lo coloca en situación de cierta dependencia económica.

Se compromete a adquirir los productos del concedente en la cantidad y a los precios establecidos contractualmente; a revenderlos conforme a las condiciones e instrucciones del concedente y a correr con todos los riesgos del negocio. Debe hacer lo necesario para preservar la unidad de la red de distribución a la que pertenece y defender la imagen de la marca que distribuye. Se obliga también a seguir la política comercial del concedente, a respetar sus métodos de venta, e incluso a organizar los mostradores según sus indicaciones.

Al mismo tiempo, el concesionario se compromete a no divulgar información financiera, comercial o técnica que pueda favorecer a la competencia. Y finalmente, debe respetar su zona de venta.

4. El contrato de concesión frente a otros contratos de distribución

A primera vista, las prestaciones de la concesión podrían confundirse con las de otros contratos afines. Podría afirmarse en primer lugar, que se trata de una venta, especialmente por cuanto esta es el medio jurídico para ejecutar el contrato de concesión a través de los convenios de aplicación. Sin embargo, se trata de una enajenación cuyas condiciones son muy especiales y en verdad diferentes a las que usualmente se efectúan en el comercio, por la complejidad y diversidad de las relaciones inter partes.

Primordialmente porque el concesionario se halla sometido a cláusulas especiales que lo obligan a vender los productos a un cierto precio, o a no excederse de un tope, a prestar un determinado servicio a su clientela, a mantener un cierto nivel de inventarios; a vender dentro de una zona, así como a otras de carácter particular según la naturaleza de

cada negocio. Y luego porque las ventas se realizan en forma periódica y estable, resultando de allí una cierta regularidad en la provisión de los productos, según las modalidades previstas en el contrato de concesión.

Podría deducirse de lo anterior que la concesión resulta semejante o asimilable al suministro, pues una y otro tienen en común que una parte se obliga, a cambio de una contraprestación en dinero, a transferir en favor de otra, en forma periódica e independiente, la propiedad de ciertos bienes y porque en ambos es admisible la exclusividad en favor del proveedor.

No obstante, el objeto de la concesión no está constituido por las prestaciones últimamente enunciadas. Su finalidad es más amplia: Como se dijo atrás, consiste en asegurar, a través de un contrato-marco, la distribución por medio de una reventa, de determinados productos de un empresario (concedente), en condiciones establecidas por él, en un territorio y por un tiempo determinados, de la cual se encarga un comerciante (concesionario) que obra en su propio nombre, por su cuenta, pero hace parte de una red de comercialización cuyas políticas comerciales y condiciones son determinadas por el concedente y obligatorias para el concesionario.

En otras palabras, en el suministro, las prestaciones a cargo de cada una de las partes se conocen con antelación, mientras que en la concesión ellas están sometidas a lo que periódicamente se vaya conviniendo en los respectivos contratos de aplicación. En el suministro el distribuidor no está obligado a revender conforme a instrucciones de su proveedor, en tanto que en la concesión sí está obligado por ellas.

También se distingue del mandato y de la agencia mercantil porque, según se expresó, el concesionario no representa al concedente, ni actúa en su nombre o por cuenta de él; es un comerciante jurídicamente independiente cuya tarea consiste en comprar y revender por su propia cuenta, concluyendo los negocios en su propio interés y asumiendo los riesgos inherentes a los mismos. En consecuencia, ninguna de las partes resulta obligada por los actos de otra, ni se hace responsable de sus omisiones.

Collart y Delebecque⁽⁴⁷⁾ caracterizan al concesionario porque, siendo un órgano de distribución que busca su clientela en un sector determinado, es un comerciante que compra mercancías para revenderlas en su propio nombre y bajo su riesgo, a diferencia del agente que, conforme se dejó expuesto, es un mandatario.

En igual sentido sostiene Juan Pablo Cárdenas⁽⁴⁸⁾: “El agente promueve un negocio ajeno, creando una clientela para aquel, en tanto que el concesionario promueve su propio negocio como lo haría cualquier empresario; por ello el agente no asume los riesgos del negocio que fomenta y solo sufre los que corresponden a su actividad de estímulo, mientras que el concesionario sufre los riesgos del negocio. El agente obra por cuenta ajena, el concesionario por cuenta propia”.

No obstante, son inocultables las múltiples analogías entre el concesionario y el agente mercantil.

Para el tribunal es evidente que ambos son distribuidores independientes de un fabricante o empresario; que, en tal carácter, se encargan de promover la clientela de una zona predeterminada la cual beneficia finalmente al fabricante; y que el precio y las condiciones de la venta las impone este.

Y entre la agencia y de concesión también hay similitudes: son contratos normativos y de colaboración celebrados en interés de ambas partes que forman parte del grupo cada vez mayor de contratos de distribución. Uno y otro presuponen que el distribuidor de las mercancías permanece sujeto a las órdenes y condiciones del empresario.

5. Régimen jurídico aplicable al contrato de concesión

Vistas las similitudes y diferencias entre el contrato de concesión y otras modalidades para la distribución de bienes y servicios, es menester determinar si en aquel hay una

específica prestación, a modo de elemento preponderante, que se encuentre reglada por la legislación mercantil, con el fin de aplicar a dicho acuerdo de voluntades las reglas propias de tal prestación, de suerte que las normas complementarias resulten absorbidas por la primera (teoría de la absorción); o si, en cambio, los elementos que conforman el contrato en estudio son de tal manera novedosos que en verdad confluyen en la creación de uno nuevo, con identidad y unidad propias, respecto del cual no es dable aplicar los preceptos de un determinado pacto mercantil (teoría de la combinación); o si, finalmente, hay lugar a la aplicación analógica de las disposiciones que regulen otras especies de contratos típicos de distribución, como la agencia mercantil o el suministro. Todo lo anterior sin perder de vista que en la interpretación se deben mirar el interés y la intención de las partes, como lo ha dicho nuestra jurisprudencia citada anteriormente. Ahora bien, como han observado varios autores, las prestaciones de los contratos atípicos generalmente corresponden a obligaciones típicas de otros contratos. Tratándose del contrato de concesión, la transferencia de la propiedad sobre determinados bienes se halla en la compraventa y en el suministro, y las condiciones a las que debe someterse quien recibe las mercancías, son naturales a la agencia comercial y aun al mandato.

Ahora bien las prestaciones enumeradas no confluyen en el contrato de concesión como una simple unión de contratos, es decir como una yuxtaposición de convenios nominados y típicos que no se hallan relacionados entre sí, o cuya vinculación obedece a motivaciones económicas, o que están llamados a regir alternativamente por el acaecimiento de una condición. El pacto que se debate es más que eso; constituye un claro ejemplo de un contrato atípico, de los llamados mixtos, resultado de la combinación de prestaciones provenientes de diversos convenios nominados, que dan vida a un nuevo contrato independiente.

Pese a su falta de reglamentación, el contrato de concesión ha sido reconocido por la doctrina y objeto de alguna mención por la jurisprudencia; es, ya se dijo, de uso frecuente en ciertas actividades comerciales, tal como la distribución de vehículos, automotores, razón por la cual goza de una tipicidad y denominación de carácter social(49).

El punto evidentemente tiene alguna injerencia en la decisión que se haya de tomar, pues la ubicación de la concesión en el derecho de los contratos permite determinar las disposiciones legales que le sean aplicables y las pautas para su interpretación.

Para ser consecuente con la calificación del convenio, no existiendo una prestación dominante, el tribunal entiende que las normas aplicables al contrato de concesión han de ser las que rijan para cada uno de los contratos típicos de cuyos elementos se ha valido el nuevo convenio.

Así, las obligaciones del comprador y las del vendedor en la compraventa, y las del proveedor y el suministrado en el suministro, en lo referente al precio, a la forma de pago y a la cosa vendida, se regularán por las disposiciones particulares sobre estas materias. Las de promoción ampliación y conservación de la clientela, por las pertinentes de la agencia comercial; y las prestaciones que signifiquen para el concesionario ceñirse a las instrucciones del concedente podrían aún estar sujetas a las del mandato comercial sin representación.

La anterior precisión puede resultar de utilidad para ubicar la concesión, tema que entre nosotros no se halla resuelto pues hay variadas opiniones sobre el asunto, como la de Juan Pablo Cárdenas Mejía(50), quien en su monografía sobre la agencia mercantil sostiene que: “Cuando el suministro tiene por objeto la distribución de determinado producto o servicio, se presentan grandes semejanzas con la agencia. Es entonces

cuando se configura el contrato de concesión”. Tal contrato, para Cárdenas, “Es una forma de contrato de suministro para distribución”.

De su definición concluye: “De este modo queda claro que el legislador colombiano ha puesto al servicio del empresario que desea promover sus productos, crearse un mercado, dos instrumentos con diferentes consecuencias jurídicas: el contrato de agencia y el contrato de suministro para distribución”.

De ser ello así, la concesión dejaría de ser un contrato atípico para ingresar a la especie del de suministro, como una variedad de él, sometido tan solo a las disposiciones sobre este particular.

La interpretación del distinguido tratadista niega, en sentir del tribunal, una realidad del contrato de concesión, como que este es un contrato-marco de colaboración, del cual emergen para las partes, vínculos más estrechos que los inherentes al suministro, aun cuando este se celebre para asegurar la provisión de bienes o servicios en una determinada zona geográfica.

II.7. Las pruebas; análisis y conclusiones

1. El contrato 2-89

Procede el tribunal, a continuación, a mencionar las estipulaciones del contrato 2-89 que mejor lo caracterizan, para deducir de ellas la naturaleza del convenio que se debate.

Según la cláusula primera del contrato en cuestión, Vecol (la concedente) concedió a Rincón Duque (el concesionario), con “el derecho no exclusivo de revender los productos que adquiriera por compra directa a aquella...”. Tal derecho se hacía extensivo a todas las mercancías que en algún momento tuviera Vecol para la venta. Según la letra de la misma cláusula, los mencionados actos jurídicos estaban sujetos a que Rincón Duque se sometiera “a los términos y condiciones que se establecen en este documento, en sus anexos y los que en el futuro se llegaren a establecer”.

Las cláusulas segunda y tercera, tituladas “Desarrollo del contrato y obligaciones de la concesionaria” respectivamente, consignan las principales prestaciones a cargo de Rincón Duque, las cuales consistían en lo siguiente:

- a) Comprar periódicamente a Vecol, una cantidad de productos veterinarios, fijada por ella de conformidad con un presupuesto de ventas asignado a la zona en que operaba la concesionaria, el cual correspondía según la cláusula novena a determinadas cuotas de venta que debía cumplir esta”. Tales cuotas podían ser modificada por Vecol en cualquier momento, según su criterio.
- b) Vender directamente los productos adquiridos a Vecol a unos precios previamente convenidos entre las partes, “y/o a los que se llegaren a señalar por las autoridades competentes”.
- c) Mantener una existencia de productos equivalente al consumo de un mes en la zona que a ella se le había adjudicado.
- d) Disponer de una organización propia, es decir de una empresa mercantil, para la ejecución del contrato.
- e) Desplegar, bajo su exclusiva responsabilidad, las labores de comercialización y reventa de las mercancías que adquiriera.
- f) Abstenerse de realizar, directa o indirectamente, actividades de venta o de comercialización de productos iguales o similares a los que fueron materia del contrato 2-89.

De acuerdo con la cláusula cuarta, el precio de venta de los productos objeto de la concesión era el establecido en la “lista de precios de concesionario” elaborada por Vecol, que estuviera vigente en el momento en que Rincón Duque, efectuara un pedido.

La cláusula quinta contenía la forma de pago de los productos adquiridos por la sociedad concesionaria, la cual quedaba consignada en las facturas respectivas. Vencido el cual, esta debía pagar un interés moratorio.

La estipulación sexta especificaba que la zona dentro de la cual Rincón Duque debía vender los productos de Vecol comprendía el departamento del Tolima.

El tribunal deja constancia de que no aparece probado en el proceso que la zona materia del contrato 2 se hubiera extendido, como lo afirma Rincón Duque, pero, como se verá más adelante, tal hecho resulta irrelevante para los fines del proceso.

Continuando con la provisiones del contrato, en la cláusula séptima, sobre condiciones de venta y descuentos, dispusieron las partes que Vecol reconocía y pagaba a Rincón Duque determinados descuentos “por ventas vigentes a la fecha de facturación, de acuerdo a (sic) la lista de precios fijados valor CIF, para cada una de las líneas establecidos (sic) por la concedente”, así como una bonificación en productos de Vecol, la cual se liquidaba semestralmente, pero solamente era pagadera si Rincón Duque se encontraba al día en sus pagos a Vecol.

La no exclusividad de venta mereció mención separada en la cláusula octava. Allí la concedente se reservó el derecho de vender directamente los productos concedidos y de modificar la zona de concesión o de constituir nuevas concesiones en la misma zona asignada, en cualquier tiempo, sin necesidad de notificación alguna a la concesionaria”.

Para garantizar el pago de las facturas a su cargo, Rincón Duque se obligó, de conformidad con la cláusula décima, a suscribir, con otros codeudores, un pagaré con espacios en blanco y una carta de instrucciones para que Vecol llenara el título valor conforme a ellas.

Por otra parte, Vecol expresamente convino en la cláusula décima segunda, que no se hacía responsable en frente de Rincón Duque o de terceros, por la pérdida, el daño o el deterioro de la mercancía a partir del momento en que esta la hubiera recibido.

Por medio de la cláusula decimacuarta se reafirmó la condición de comerciante independiente de Rincón Duque y las partes manifestaron que ella no era agente mercantil, mandataria o suministrada y que carecía de facultad para representar a Vecol, salvo que mediara autorización expresa y escrita. De allí que en la vigésima segunda, Vecol manifestara que no era responsable ante terceros por actos u omisiones de Rincón Duque, y que en la vigésima tercera se estableciera no se hacía cargo del pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores de Rincón Duque.

En la décima quinta, bajo el título “del derecho de concesión”, se hacen otras precisiones en torno al alcance del derecho concedido por el contrato 2-89, especialmente en cuanto al uso y propiedad de los emblemas y las marcas de Vecol. Adicionalmente, se autorizaba a Vecol a visitar los establecimientos comerciales de Rincón Duque con el fin de “conocer su estructura comercial, administrativa, financiera y contable”.

El término del contrato también aparece claramente establecido en su cláusula décima séptima. Allí las partes le dieron una duración de dos años renovables.

Finalmente, en lo que concierne a las prestaciones que son de relevancia para dilucidar la naturaleza del contrato, preciso es señalar que el contrato 2-89 podía terminarse unilateralmente por Vecol, atribución esta que, dicho sea de paso, al tribunal le parece exótica en un contrato de derecho privado; también podría terminarse por mutuo acuerdo, como lo dicen las cláusulas décima octava y décima novena, pero en todo caso, a su terminación debía procederse de inmediato a su liquidación, según la vigésima, que contiene un procedimiento para efectuar esta operación.

Observa el tribunal que las prestaciones a cargo de la denominada concesionaria pueden agruparse, a grandes rasgos, en dos clases: unas consistían en adquirir a título de

compraventa, para luego revender, una determinada cantidad de productos farmacéuticos veterinarios, a un precio previamente convenido con Vecol, en un mercado o zona específicos. Tales actos encuadran perfectamente dentro de los actos de comercio previstos en el numeral 1° del artículo 20 del Código de Comercio.

Otras decían relación con el deber de Rincón Duque de someterse a los demás términos y condiciones del contrato y sus anexos y a los que Vecol llegare a establecer en el futuro, los deberes impuestos en el contrato se hicieron consistir en la obligación de aquella de vender directamente los productos adquiridos a Vecol a unos precios previamente convenidos entre las partes; de mantener una existencia de productos para un mes de ventas; de disponer de una empresa mercantil para la ejecución del contrato; de abstenerse de vender o comercializar productos competitivos; de permitir a Vecol que visitara los establecimientos de comercio de Rincón Duque para enterarse de las condiciones comerciales, administrativas, financieras y contables en las que se desempeñaba.

La gran mayoría de las estipulaciones del contrato que el tribunal se ha permitido citar, indica, con meridiana claridad, que el ánimo expresado de una de las partes fue el de enajenar en la forma de compraventas sucesivas, una mercancía, y el de la otra de adquirirla al mismo título.

No de otra manera puede explicarse que hubieran convenido el mecanismo para fijar la cantidad de mercancías objeto de la venta, la manera de determinar su precio, así como la forma de pago, el lugar y las condiciones de entrega e incluso las garantías que Rincón Duque debía otorgar para asegurar el pago de los bienes.

Las prestaciones adicionales, encaminadas a promover y mantener un mercado con su clientela, en cambio, no son propias de la compraventa e incluso tampoco del suministro, en ciertos casos, y son precisamente las que contribuyen a identificar el contrato atípico de concesión.

El conjunto de prestaciones incorporadas al contrato 2-89 da vida precisamente a un nuevo tipo de contrato de distribución, diferente al de agencia comercial y al de suministro, no regulado ni denominado en nuestra legislación mercantil y conocido como contrato de concesión comercial.

Así lo declarará el tribunal una vez concluya las consideraciones en torno del contrato en cuestión, y analice las demás pruebas.

2. En este punto, el tribunal estima conveniente recurrir a la inspección judicial con asistencia de peritos, solicitada por Rincón Duque, a la cual adhirió Vecol, para indagar si las consideraciones de índole jurídico que hasta el momento se han formulado se hallan apoyadas en la realidad, vale decir, si en la contabilidad de Vecol se registra la existencia de dos contratos diversos y si cada uno de ellos corresponde a las características que se han esbozado tanto para la agencia como para la concesión mercantiles.

Anotan los señores peritos en su dictamen (pág. 6) que no hubo continuidad en cuanto al registro de las operaciones mercantiles del contrato de agencia y el de concesión, pues cada uno de ellos tuvo su propio tratamiento contable.

Dice la aclaración al dictamen pericial (pág. 10): “El contrato de agencia comercial se liquidó en noviembre de 1988 y hasta ese mes la facturación se hizo a los clientes de la zona 6, atendida por el agente comercial Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., y los clientes eran de Vecol S.A., por lo tanto deudores de la empresa por la mercancía vendida.

“A partir de enero de 1989, iniciación del contrato de concesión, —continúa la aclaración— la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., se convirtió en el único cliente de la zona 80, Tolima, Huila, Caquetá y además en único deudor de la empresa

en la zona, pues esta sociedad compraba mercancías a Vecol S.A. a precios convenidos y las revendía a sus clientes a precios incrementados (descuentos), que le permitían obtener una utilidad bruta”. (aclaración pág. 10).

De su análisis contable concluyen los señores peritos que “quienes debían las facturas a la empresa Vecol S.A., en la época del contrato de agencia comercial, eran los clientes de la zona 6 y no la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., en cambio a partir de la firma del contrato de concesión (ene./89) el único cliente de la zona 80 Tolima - Huila - Caquetá era la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., único deudor para Vecol S.A...”. (aclaración pág. 8)

Por lo anterior, “En la vigencia del contrato de agencia comercial la mercancía vendida por Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. a los clientes de la zona asignada a aquel, los pagos lo (sic) hacían los clientes a Vecol S.A., y en la vigencia del contrato de concesión, la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos pagaba la mercancía que le vendía Vecol S.A.”. (pág. 9).

Esta conclusión explica por qué durante la vida de la agencia mercantil, cada uno de los clientes a quienes Rincón Duque atendía en la zona a ella asignada, tenía su propio código contable, bajo el cual se registraban todos los movimientos de su cuenta, en tanto que, a partir de la iniciación del contrato de concesión, Rincón Duque, tenía asignado un código en la contabilidad, lo que equivale a afirmar que se le trataba como el único cliente en su zona.

El peritaje resulta, pues, evidencia suficiente de que, durante la agencia comercial, Vecol no enajenaba la mercancía a Rincón Duque, como sí acontecía cuando se suscribió el contrato de concesión 2-89.

El hallazgo de los señores peritos se halla corroborado por el propio representante legal de Rincón Duque, quien aceptó que, mientras esta tuvo el carácter de agente comercial, Vecol facturaba directamente a los clientes, y estos, a su turno, le pagaban directamente a ella. Admitió así mismo, que en esa época, las mercancías que tenía su representada pertenecían a Vecol. Dicho representante afirmó igualmente, que durante la concesión, los pagos se hacían directamente a Rincón Duque. (fls. 372 y 371).

Y varios funcionarios de Vecol, actuales y antiguos, quienes fueron escuchados por el tribunal, confirman también que había diferencias entre los dos convenios que las partes celebraron en el curso de sus relaciones comerciales.

Tal es el caso de su actual gerente, doctor Pedro León Velásquez Londoño, y el de quien fuera su secretaria general, la doctora Elsy Patricia Escobar Rosas.

El gerente explica cómo el cambio de contrato obedeció a que, de conformidad con los términos de la agencia comercial, Vecol tenía que hacer despachos a cada pequeño cliente, en cambio, en la concesión solo tenía que despacharle a uno; que el cobro de la cartera durante la agencia se volvió complejo, lo cual hizo necesario modificar el sistema de distribución que significaba tener más de 2.300 clientes por el de la concesión que actualmente se reduce a 8 concesionarios, vale decir a 8 clientes. (fl. 359).

La doctora Escobar Rosas, abogada de profesión, quien tuvo a su cargo los asuntos jurídicos de Vecol cuando se desempeñó como secretaria general de esta sociedad, señaló que el contrato de concesión es atípico (fl. 263); que el concesionario, en este caso Rincón Duque, compraba los productos para distribuirlos y venderlos por su cuenta y riesgo, convirtiéndose en deudor de Vecol, (fl. 272), mientras que en la agencia, la deuda se encontraba a cargo de un tercero. (fl. 273).

Adicionalmente, aparece demostrado que el querer de los contratantes quedó plasmado en el contrato de concesión.

Prueba de ello, la terminación por mutuo acuerdo, del contrato de agencia mercantil originalmente celebrado entre estas mismas partes el día 4 de noviembre de 1981, — prorrogado en varias oportunidades—, por expiración de su plazo; la subsiguiente liquidación del mismo y la posterior transacción aprobada por el juzgado octavo laboral del circuito de Bogotá el 19 de diciembre de 1988, mediante la cual se zanjaron las diferencias que pudieran suscitarse entre el empresario y su agente.

En la transacción referida, Rincón Duque manifestó haber recibido de Vecol el valor correspondiente a la prestación del primer inciso del artículo 1324 del estatuto mercantil, así como una indemnización “que cubre otros derechos comerciales inciertos”.

Como consecuencia de la liquidación conjuntamente practicada, Rincón Duque y Vecol se declararon mutuamente a paz y salvo por todo concepto relacionado con el contrato en cuestión.

Luego, el tribunal observa que terminada esta relación contractual, las partes iniciaron otra nueva y diferente, en virtud de la cual Rincón Duque adquiría a título de compraventa los productos de Vecol y, lógicamente, se comprometía a pagarlos dentro de los plazos consignados en las facturas que amparaban tales ventas.

Las nuevas operaciones realizadas por las partes en desarrollo del contrato de concesión, se encuentran debidamente soportadas en la contabilidad de Vecol, tal como puede apreciarse en el mencionado dictamen pericial y en las facturas de venta que obran dentro de este proceso arbitral.

Consta así mismo que las compraventas se iniciaron luego de haberse liquidado el contrato de agencia comercial y que hubo solución de continuidad entre el primero y el segundo contrato.

También ha quedado demostrado que, para asegurar el pago del precio de las mercancías, Rincón Duque suscribió en favor de Vecol, un pagaré con espacios en blanco, acompañado de una carta de instrucciones, para que la concesionaria pudiera llenar el título valor conforme a lo previsto en ella.

Así las cosas, es indiscutible que Rincón Duque tenía pleno conocimiento y, presume el tribunal, plena conciencia del sentido y alcance del contrato que celebró, y de lo que para ella significaba el tránsito de un sistema a otro, lo cual de plano descarta la hipótesis de la simulación.

En cuanto a la remuneración prevista en uno y otro contrato, los señores peritos también lograron definir las notas distintivas relacionadas con la forma de pago en la agencia y en la concesión.

En la primera, el empresario paga comisiones; en tanto que en la segunda, el concesionario deriva una utilidad de los descuentos que obtiene.

Entienden los señores peritos por comisión, “el valor que se obtiene mediante la aplicación de un porcentaje al monto que resulta de actividades específicas (volúmenes de venta y recaudos)”; y por utilidad bruta, “la diferencia entre el precio de venta y el costo de adquisición” de un bien. (aclaración, pág. 13).

Algunas modalidades anotadas en las consideraciones del presente laudo, que le otorgan especificidad al contrato de concesión, referentes a las condiciones en las que la concesionaria debía efectuar sus ventas en la zona, y al control que sobre las actividades de esta podía ejercer Vecol, también se encuentran incluidas en el dictamen pericial. Es el caso de la carta 2093 del 9 de mayo de 1989 (anexa al dictamen), que Vecol dirigió a Rincón Duque exigiéndole el envío de ciertos documentos contables.

También se explica en la experticia la manera como el concesionario obligatoriamente tenía que trasladar al cliente algunos de los descuentos que la concedente le otorgaba cuando adquiría sus productos para revenderlos en la zona.

En efecto, los peritos precisaron cuáles eran las condiciones que regían las compraventas entre Vecol y Rincón Duque, las que sintetizaron así:

Vacuna contra la aftosa: 1. Se facturaba al precio vigente a la fecha de facturación con un descuento del 10% para ser trasladado obligatoriamente al cliente. 2. El descuento para el concesionario era del 6%, más un 2% de descuento por pronto pago que podía llegar hasta un 2.5% si el pago era de contado.

Productos biológicos y farmacéuticos: 1. Se facturaban al precio vigente a la fecha de facturación con un descuento del 40% más un 5% por pronto pago para trasladar al cliente. 2. Sobre el anterior valor, el descuento para Rincón Duque era del 8% más otro 5% por pronto pago. (págs. 3 y 4).

La explicación anterior coincide, en términos generales, con la descripción que hace el gerente de Vecol acerca de la manera como operaban los descuentos para Rincón Duque. (fl. 356).

Todo lo anterior da soporte contable a la operación jurídica, concebida bajo la modalidad de la concesión, y permite deducir que el contrato suscrito entre las partes corresponde con esta realidad y concluir, como antes se dijo, que el contrato analizado en este proceso fue evidentemente un contrato innominado y atípico de concesión mercantil.

3. Queda de esta manera definido que el contrato 2-89, de acuerdo con su texto, con la voluntad de las partes, con la forma como estas le dieron ejecución y cumplimiento, es indiscutiblemente un contrato innominado y atípico de concesión comercial. Por tal motivo, a él debe estarse el tribunal para determinar si las obligaciones objeto de las pretensiones de Rincón Duque surgen de este convenio. Lo anterior puesto que no se comprobó que las partes, con su conducta, hubieran acordado una simulación que necesariamente llevara al tribunal al convencimiento de que la relación contractual entre ellas cumplida, tipificara una agencia comercial y no un contrato distinto.

En este orden de ideas, las pretensiones del demandante que persiguen que se declare que el contrato 2-89 es de agencia comercial y que por tanto Vecol está obligada a pagar a la demandante la prestación económica consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio, carecen de fundamento jurídico, pues dicha prestación se refiere exclusivamente a la agencia mercantil.

En cuanto a la indemnización solicitada con fundamento en el inciso 2º del artículo 1324 ibídem, por la misma razón tampoco procede.

Según esta norma, el empresario que revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato de agencia sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos, o los servicios objeto del contrato.

Ello es así, porque la norma se refiere a la agencia comercial y si, en gracia de discusión, se aceptara que tal indemnización procede a la luz de los principios generales sobre cumplimiento y ejecución de los contratos, así no se trate de una agencia comercial, debe observarse que en el plenario no aparece la prueba de que Vecol hubiera dado por terminado el contrato 2-89 en forma unilateral e injusta, ya que la causa de dicha terminación radicó en el vencimiento del término estipulado en el mismo.

Además, la circunstancia de que Vecol hubiera distribuido mercancías por intermedio de otros comerciantes, no implica que esta hubiera incumplido el contrato, pues está bien claro que el derecho de concesión no comprendía la exclusividad de venta en favor de la concesionaria. (cláusula primera del contrato).

4. No habiendo lugar a acceder a la prestación del primer inciso del mencionado artículo 1324, tampoco procede la demanda en relación con los intereses moratorios, por simple sustracción de materia.

5. En cuanto a la pretensión consistente en que el tribunal reconozca a Rincón Duque el derecho de retención consagrado en el artículo 1326 del Código de Comercio, ella no tiene cabida pues es propia del contrato de agencia mercantil.

Por último, en el dictamen pericial aparece claro que el valor total de la factura correspondiente a bases post it fue la suma de \$ 173.580, incluyendo el impuesto al valor agregado (factura 90007, dentro del dictamen), puesto que ambas partes han aceptado que a Rincón Duque le corresponde sufragar el 50%, el cobro hecho por Vecol se halla ajustado a lo convenido.

Hasta aquí las consideraciones en relación con las pretensiones principales formuladas por el demandante, las que nos llevan a concluir que la excepción de mérito propuesta por el demandado, denominada “Inexistencia del negocio jurídico”, invocado en la demanda, se encuentra plenamente demostrada.

6. La liquidación del contrato

En el numeral séptimo del petitum la actora solicita al tribunal que se liquide el contrato 2 de 1989, materia de interpretación, incluyéndose en esta liquidación a favor de la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., la suma de \$ 1.390.251, más la suma de \$ 86.500; la primera por concepto de mercancía devuelta y recibida por Vecol y la segunda por cuanto a Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., le corresponde pagar el 50% de la factura 90-07 del 12 de enero de 1990 y no el 100% del valor de la misma e incluyendo también las sumas que resultaren a favor de la demandante conforme a lo solicitado en las pretensiones principales.

Al respecto, considera el tribunal lo siguiente:

a) Si se trata de liquidar el contrato de agencia comercial a que se refiere la sociedad demandante, es obvio que si no prosperó la pretensión principal que perseguía la declaración por parte de este tribunal de que dicho contrato tenía ese carácter, la liquidación del contrato así considerado, no procede.

b) Constituye principio procesal conocido y recogido por la Constitución Nacional de 1991 (art. 228), que cuando la demanda no tiene suficiente precisión en relación con los hechos o con las pretensiones, el fallador debe desentrañar las súplicas de libelo. Ello “en procura de no sacrificar el derecho, puesto que no es aceptable en el campo de la hermenéutica de la demanda, como lo tiene sentado la doctrina de la corte que la vaga expresión de las ideas pueda ser motivo valedero para subestimar el derecho reclamado cuando este alcanza a percibirse en la intención y en la exposición de ideas del demandante”. (Cas. civil, XLVIII, 483).

Descendiendo al presente caso, el tribunal interpreta la petición formulada por la actora en relación con la liquidación del contrato, para concluir que ella pidió la liquidación del contrato 2-89, sin considerar la tipificación que resultara en el proceso.

En conclusión, para decidir sobre la liquidación de tal contrato, considerándose que se trata de un contrato de concesión comercial, debe tenerse en cuenta lo acordado por las partes al respecto. En efecto en su cláusula vigésima las partes acordaron:

“Liquidación del contrato. Terminado el contrato por cualesquiera de las causas establecidas, de inmediato se procederá a su liquidación, para lo cual la concedente por sí misma o a través de apoderados o mandatarios determinará el estado de cuentas a cargo de la concesionaria, la extensión en el tiempo para vender las mercancías que se encuentren en los inventarios de la concesionaria, la liquidación de descuentos institucionales o adicionales por despacho pendiente de entrega. Durante el período de

liquidación la concedente queda autorizada por la concesionaria para examinar los libros y documentos y la revisión de inventarios físicos de mercancías...”.

Como puede observarse, para proceder a la liquidación total del contrato, las partes, previamente al establecer un estado de cuentas, debían atender no solamente al inventario de mercancías sino a examinar los libros y documentos de la contabilidad del concesionario.

En el proceso no aparece la contabilidad de la sociedad demandante por cuanto el actor no solicitó tal prueba, como tampoco aparecen los inventarios de mercancías a que se refiere la cláusula, luego no existen bases a fin de que el tribunal practique una liquidación definitiva de dicho contrato.

Según la correspondencia cruzada entre las partes y las pruebas aportadas, los contratantes, acordaron, a la terminación del contrato una liquidación, lo que dio motivo para que la concesionaria entregara a la demandada determinadas mercancías, lo cual debe ser objeto de estudio para establecer si Vecol está obligada, por el hecho de haber recibido estas mercancías a descontarlas de lo que le adeuda Rincón Duque, tal como se solicita en la demanda. Así se procede, sin que ello signifique incurrir en extra petita, pues tal petición se considera como consecuencia de la aparente liquidación que las partes acordaron después de terminado el contrato.

7. Mercancías devueltas

1. Un aspecto particularmente complejo de la relación entre concedente y concesionaria en el presente contrato, es el relacionado con las devoluciones de mercancías.

Durante la vigencia de la concesión, es claro que la voluntad de las partes regulaba el tema, pero a partir de la fecha de su terminación, la cuestión se tornó algo más compleja.

Por una parte, las declaraciones de varios testigos apuntan a que Vecol no recibía mercancías vencidas, pues cualquier devolución debía avisarse dos meses antes de su expiración.

En tal sentido, el doctor Alfredo Sánchez Prada, gerente comercial de Vecol, y el señor Jorge Enrique Lugo Camero, representante de ventas de la misma empresa, coinciden en afirmar en su testimonio, que las devoluciones de productos se podían hacer, pero tenían que avisarse por escrito, aproximadamente dos meses antes del vencimiento del producto, pues no se aceptaba mercancía vencida. En estos casos, se cambiaba la mercancía por otra vigente. (fls. 168, 167, y 192).

Por su parte, el doctor Velásquez Londoño, representante legal de Vecol, aclaró que según las disposiciones legales que rigen la materia, si un funcionario de control de insumos del Instituto Colombiano Agropecuario, “ICA”, encuentra mercancía vencida en un almacén veterinario, debe sellarla para impedir su venta. Pero el dueño de dicha mercancía puede ir a Vecol con el acta de sellamiento para que esta le haga una nota crédito por el valor de la misma. El ICA puede, como controlador oficial de los insumos pecuarios, ordenar que un producto vencido o con alteraciones, o cuyo contenido o presentación no concuerden en cuanto a las indicaciones de su etiqueta, con el registro oficial del ICA, sea devuelto a Vecol.

Pero distingue entre la situación que se acaba de describir y la devolución de mercancías dentro de un contrato de concesión, para insistir que esta operación requiere de un acuerdo mutuo, el cual, como ya quedó visto, no se estipuló en el texto, sino que fue objeto de un acuerdo posterior.

Sobre este particular, el dictamen pericial se limita a señalar que durante la vigencia de ambos contratos, el de agencia y el de concesión, hubo devoluciones. En el primero, a cada uno de los distintos clientes de la zona asignada al agente comercial, mediante

notas crédito pagaderas con mercancía. En la concesión mediante notas crédito que se abonaban a las cuentas por cobrar de Rincón Duque.

Sin embargo, a las mercancías vencidas, cuya venta está prohibida por las autoridades, no se les puede asignar ningún valor, porque al vencerse lo perdieron. A distinta conclusión se llegaría si estuviera probado dentro del proceso que la concesionaria hubiera comunicado, con la antelación acostumbrada, su intención de devolver la mercancía próxima a vencerse, pues en tal caso se habrían cumplido los procedimientos que las mismas partes establecieron para la devolución de productos de inmediato vencimiento y para su consiguiente reposición.

Nótese que en la correspondencia cruzada entre las partes aparecen las observaciones efectuadas por Vecol a Rincón Duque en relación con la omisión por parte de este del aviso de devolución de mercancías. En efecto, esta responde en carta de 19 de febrero de 1991: “usted me dirá? (sic) por qué no lo devolvió a tiempo? la razón es que cada vez que se hablaba al respecto con la gerencia comercial su respuesta era que esperamos porque afectaba las ventas del concesionario (sic) (cosa muy obvia ya que esta es así) y se fue dilatando a la situación actual”. (fl. 13).

Es decir, que la concesionaria, según su propia confesión, nunca avisó por escrito ni oportunamente la devolución de las mercancías vencidas, por lo cual su solicitud para que se devuelva su valor en las actuales circunstancias no es procedente.

2. En cuanto a las mercancías recibidas por Rincón Duque en bonificación, los testimonios indican que Vecol no las aceptó en pago de las obligaciones a su favor. Mas no por ello puede soslayarse que la propiedad de tales productos es de Rincón Duque, como resulta precisamente de la esencia del contrato de concesión.

Aun cuando para Vecol tales mercancías no tengan un precio, es evidente que para Rincón Duque sí lo tienen, pues, como ya se dijo, en virtud del contrato de concesión se convirtió en propietario de ellas.

Pero como la propietaria de los productos en bonificación es Rincón Duque, el tribunal tampoco puede obligar a Vecol a adquirirlos.

Lo anterior no significa que la ley autorice a Vecol para retener dichas mercancías.

Consideradas las partes desde el punto de la equidad, es lógico concluir que si Vecol no ha devuelto la mercancía que por bonificaciones entregó en forma gratuita a Rincón Duque, debe hacerlo retornando la misma calidad y cantidad, a fin de evitar un empobrecimiento de esta, o bien el valor de las mercancías de bonificación devueltas, ajustado con la corrección monetaria.

II.8. Síntesis

1. Habiendo concluido el tribunal que el contrato celebrado entre las partes, puesto a su consideración para su interpretación, constituye un contrato innominado y atípico de concesión comercial, es evidente que las pretensiones formuladas en la demanda por la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., no pueden prosperar.

Tampoco procede la liquidación del referido contrato como una agencia comercial, pues el convenio no tiene esa naturaleza.

Tampoco procede una nueva liquidación del contrato de concesión, como se pretende en la demanda por falta de los elementos establecidos en la cláusula vigésima para tal finalidad.

Deben pues, denegarse las pretensiones de Rincón Duque, con la salvedad de que se le deben restituir las mercancías que le entregó Vecol por concepto de bonificaciones, lo cual se cumplirá mediante la devolución de las mismas en las condiciones, volumen y calidad entregadas a la demandada.

2. Como corolario a lo anterior, ha de declararse probada y fundamentada la excepción de mérito de “inexistencia del negocio jurídico”, esto es de la agencia comercial aludida en la demanda.

3. En razón a la prosperidad parcial de la demanda el tribunal condena al demandante al pago del 80% de las costas, las cuales se liquidan así:

El 80% de las agencias en derecho

\$ 800.000

El 80% de los honorarios de los árbitros, el secretario y gastos del tribunal

1.472.000

El 80% de honorarios peritos

720.000

El 80% de los gastos de la secretaría

21.452

Total

\$ 3.013.452

La sociedad demandada debe asumir el 20% de las costas del proceso, en la siguiente forma:

El 20% de las agencias en derecho

\$ 200.000

El 20% de los honorarios de los árbitros, el secretario y gastos del tribunal

368.000

El 20% de honorarios peritos

180.000

El 20% de los gastos de la secretaría

5.363

Total

\$ 753.363

En relación con la protocolización del expediente, si hiciere falta suma alguna, una vez aplicados los fondos que tiene el tribunal, el faltante será cancelado en la proporción del 80% por la parte actora y el 20% por la parte demandada.

II.9. Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., Vecol S.A., la primera domiciliada en la ciudad de Ibagué y la segunda en Santafé de Bogotá, por motivo del contrato 2-89, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley.

RESUELVE:

1. Declárase que el contrato 2-89, celebrado entre la sociedad Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., Vecol S.A., el 1° de febrero de 1989 es un contrato innominado y atípico de concesión comercial.
2. En consecuencia se deniega declarar que dicho contrato es de agencia comercial.
3. Deniéganse las pretensiones formuladas por la sociedad demandante en los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del petitum.
4. Declárase que la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A., no incumplió el contrato 2 de 1989.
5. Niégase el derecho de retención que Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., impetra con fundamento en el artículo 1326 del Código de Comercio.

6. Deniérgase la liquidación del contrato 2-89, considerado como agencia comercial; igualmente deniérgase por tanto la inclusión de las sumas a que se refiere el numeral séptimo del petitum.

En su lugar, condénase a la sociedad demandada a devolver a la demandante la mercancía que aquella le entregó por concepto de bonificaciones y que luego esta le devolvió, dentro del término de 6 días siguientes a la fecha de la ejecutoria de este laudo (L. 23/91, art. 111), o bien su valor ajustado a la fecha de entrega con su corrección monetaria. Por la secretaría hágase la liquidación correspondiente.

7. Declárase probada la excepción de mérito de “inexistencia del negocio jurídico” propuesta por la parte demandada.

8. Absuélvase a la sociedad demandada, la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A., de las demás pretensiones formuladas en la demanda.

9. Condénase a la sociedad demandante Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., a pagar el 80% de las costas del proceso, las cuales se liquidan así:

El 80% de las agencias en derecho

\$ 800.000

El 80% de los honorarios de los árbitros, el secretario y gastos del tribunal

1.472.000

El 80% de honorarios peritos

720.000

El 80% de los gastos de la secretaría

21.452

Total

\$ 3.013.452

La sociedad demandada asumirá el 20% de las costas del proceso, en la siguiente forma:

El 20% de las agencias en derecho

\$ 200.000

El 20% de los honorarios de los árbitros, el secretario y gastos del tribunal

368.000

El 20% de honorarios peritos

180.000

El 20% de los gastos de la secretaría

5.363

Total

\$ 753.363

Para este efecto, la parte demandante deberá devolver el saldo a su cargo, previa la compensación a que haya lugar.

10. Oportunamente protocolícese el expediente por la presidente del tribunal en una notaría de esta ciudad.

Las partes quedan notificadas en estrado.

Terminada la lectura de los apartes principales del laudo, se entrega una copia auténtica del mismo a cada uno de los apoderados de las partes. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, el presidente levantó la sesión siendo las 12:00 m.