

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LA DISTRIBUIDORA Y CÍA. LTDA.

contra

BAVARIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil once (2011).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitramento a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias planteadas por LA DISTRIBUIDORA Y CÍA LTDA. (en adelante "LA DISTRIBUIDORA") contra BAVARIA S.A. (en adelante "BAVARIA").

## A. ANTECEDENTES

### 1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en la "Oferta de Distribución No. 9100-051" del 13 de junio de 1995, adicionada mediante documento autenticado el 20 de febrero de 1997 y modificada mediante documentos autenticados el 29 de octubre de 1997, el 8 de septiembre de 2003 (documento de fecha 27 de agosto de 2003) y el 9 de

octubre de 2007 (documento de fecha 18 de septiembre de 2007) (folios 1 a 19 del cuaderno de pruebas No. 1).

## **2. Las partes del proceso**

La convocante y demandante dentro del presente trámite es LA DISTRIBUIDORA, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Ocaña.

La convocada y demandada es BAVARIA, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá.

## **3. El pacto arbitral**

En la demanda se adujo como tal el contenido en la cláusula vigésima segunda de la modificación de la “Oferta de Distribución No. 9100-051” de fecha 18 de septiembre de 2007, último texto del pacto arbitral consignado en la oferta mencionada, cuyo tenor es el siguiente:

*“VIGÉSIMA SEGUNDA.- Me obligo a que toda diferencia que se presente entre **BAVARIA S.A.** y la sociedad que represento, con ocasión de la interpretación del contrato que surja en caso que esta oferta sea aceptada, su ejecución, su cumplimiento, su terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por tres (3) árbitros, los cuales serán nombrados directamente y de común acuerdo por las partes. A falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. para que cite a audiencia con el fin de designar los árbitros. Si alguna de ellas no asiste o no se logra el acuerdo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. procederá a nombrar los árbitros correspondientes”.*

*“El fallo que dicte será en derecho y los gastos, costos y honorarios que se causen con ocasión del arbitramento, serán de cuenta de la parte que resulte vencida. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá D.C. y se regirá en todo caso las disposiciones legales sobre la materia (SIC)”.*

#### **4. El trámite del proceso**

1) El día 29 de septiembre de 2009 LA DISTRIBUIDORA solicitó la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento y formuló demanda contra BAVARIA ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2) El día 15 de octubre de 2009 los suscritos árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes y aceptamos oportunamente.

3) El día 20 de noviembre de 2009 tuvo lugar la audiencia de instalación, en la cual el Tribunal admitió la demanda y de ella ordenó correr traslado a BAVARIA. Durante dicha audiencia las partes convinieron la suspensión del proceso desde el 21 de noviembre hasta el 6 de diciembre de 2009, ambas fechas incluidas, y desde el 19 de diciembre de 2009 hasta el 13 de enero de 2010, también ambas fechas incluidas.

4) El mismo 20 de noviembre de 2009 la convocada fue notificada del auto admisorio de la demanda y se le corrió el traslado de ley.

5) Con escrito radicado el día 13 de enero de 2010 la demandada dio respuesta a la demanda, en la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

6) En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el día 16 de febrero de 2010, pero se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

7) En esa misma oportunidad el Tribunal señaló las sumas a cargo de las partes por concepto de gastos y honorarios, las cuales fueron oportunamente consignadas por ellas en igual proporción.

8) En desarrollo de lo previsto en el inciso 2º del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, con escrito radicado el 19 de febrero de 2010 la parte demandante adicionó las pruebas solicitadas.

9) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 15 de marzo de 2010, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 5, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. A su vez, por Auto No. 6 de la misma fecha, el Tribunal decretó pruebas del proceso.

10) Entre el 23 de marzo y el 4 de noviembre de 2010 se instruyó el proceso.

11) El día 21 de enero del presente año tuvo lugar la audiencia de alegaciones, en la cual los apoderados de las partes expusieron sus argumentos de manera oral y al final presentaron sendos resúmenes escritos.

12) El presente proceso se tramitó en diecinueve (19) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda, y surtió el respectivo traslado; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales de éstas; y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

Por consiguiente, cumple precisar que corresponde al Tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 15 de marzo de 2010, el plazo legal para fallar, establecido en seis (6) meses, vencía el 15 de septiembre de 2010. No obstante, a solicitud de las partes, este proceso se suspendió en las siguientes oportunidades: entre el 26 de marzo y el 4 de abril de 2010 (Acta 6); entre el 7 y el 14 de abril de 2010 (Acta 7); entre el 16 de abril y el 27 de mayo de 2010 (Acta 8); entre el 29 de mayo y el 27 de junio de 2010 (Acta 9); entre el 30 de junio y el 28 de

julio de 2010 (Acta 10); entre el 6 y el 26 de septiembre de 2010 (Acta 12); entre el 1 y el 5 de octubre de 2010 (Acta 13); entre el 9 y el 19 de octubre de 2010 (Acta 14); entre el 21 de octubre y el 3 de noviembre de 2010 (Acta 15); entre el 5 de noviembre y el 9 de diciembre de 2010 (Acta 16); entre el 10 de diciembre de 2010 y el 20 de enero de 2011 (Acta 17); y entre el 22 de enero y el 3 de abril de 2011 (Acta 18). En estas condiciones, descontadas las mencionadas suspensiones, que ascendieron en total a trescientos dieciséis (316) días, el presente Laudo se profiere dentro del término legal del proceso arbitral.

## **5. Las pretensiones de la demanda**

En su demanda LA DISTRIBUIDORA elevó al Tribunal las siguientes pretensiones:

### *“Principales*

*“Principal: Que se declare que entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) que estuvo vigente desde diciembre de 1994 al 3 de mayo de 2008, ó durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral.*

*“Primera consecencial de la Principal: Que, como consecuencia de la anterior declaración, el Honorable Tribunal declare que BAVARIA S.A. debe a LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA una suma equivalente a la doceava parte del promedio de los “fletes” recibidos por LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA en los tres últimos años de la agencia mercantil, por cada uno de vigencia del contrato, conforme se pruebe en el proceso, a título de la denominada “cesantía comercial”, consagrada en el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.*

*“Segunda consecuencial de la Principal: Que, como consecuencia de la pretensión Principal, se declare que BAVARIA S.A. terminó unilateralmente el contrato suscrito con LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA, sin que existiera justa causa para ello y, en consecuencia, se le ordene a BAVARIA S.A. a pagar a LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA una indemnización equitativa por la terminación injustificada del contrato de agencia, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca y la línea de productos de BAVARIA objeto del contrato de agencia, en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 1324 del Código de Comercio.*

*“Subsidiarias*

*“Subsidiaria: En caso que no prospere la pretensión Principal, solicito se declare la simulación de los contratos de compraventa para la reventa celebrados entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA durante el tiempo que estuvo vigente la relación comercial desarrollada entre estas dos empresas desde diciembre de 1994 al 3 de mayo de 2008, ó durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral.*

*“Primera consecuencial de la Subsidiaria: Que, como consecuencia de la anterior declaración, se reconozca que entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) que estuvo vigente desde diciembre de 1994 al 3 de mayo de 2008, ó durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral.*

*“Que como consecuencia de la prosperidad de la anterior pretensión, el Honorable Tribunal declare que:*

*BAVARIA S.A. debe a LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA una suma equivalente a la doceava parte del promedio de los fletes recibidos por LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA en los tres últimos años de la agencia mercantil, por cada uno de vigencia del contrato, conforme se*

*pruebe en el proceso, a título de la denominada “cesantía comercial”, consagrada en el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.*

*Que BAVARIA S.A. terminó unilateralmente el contrato suscrito con LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA, sin que existiera justa causa para ello y, en consecuencia, se le ordene a BAVARIA S.A. a pagar a LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA. una indemnización equitativa por la terminación injustificada del contrato de agencia, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca y la línea de productos de BAVARIA objeto del contrato de agencia, en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 1324 del Código de Comercio.*

*“Pretensiones complementarias comunes a todas las pretensiones*

*“Primera: Que sobre los montos de la condena que imponga el Tribunal, se condene a pagar a BAVARIA S.A. los correspondientes intereses moratorios capitalizados, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Asimismo la condena se actualizará de acuerdo con el índice de precios aplicable, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.*

*“Segunda: Que se condene a BAVARIA S.A. al pago, a favor del Demandante, de las costas y expensas -incluidas las agencias en derecho- del presente proceso arbitral”.*

## **6. Los hechos de la demanda**

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

- 1) LA DISTRIBUIDORA fue constituida mediante escritura pública No. 392 del 29 de noviembre de 1994 de la Notaría 2 de Ocaña, y su objeto social principal es la comercialización dentro del territorio nacional de toda clase de bebidas, en especial cerveza, refrescos, jugos y agua.

2) A partir de diciembre de 1994, LA DISTRIBUIDORA comenzó a distribuir los productos de BAVARIA, sujetándose a sus instrucciones, pero como una compañía totalmente independiente.

3) A pesar de su independencia, LA DISTRIBUIDORA no podía tomar ninguna decisión respecto de la distribución de los productos de BAVARIA en cuanto a precio de venta de los productos, territorio en el que los distribuía, condiciones de distribución y manejo de los productos, publicidad y promociones de los productos, ni tampoco sobre la utilidad que recibía por su distribución.

4) El 31 de junio de 1995 LA DISTRIBUIDORA suscribió una *“Oferta de Distribución”* con BAVARIA S.A, la cual fue adicionada por la *“Modificación de la Oferta de Distribución”* de fecha 20 de febrero de 1997 y modificada por las propuestas de octubre de 1997, 27 de agosto de 2003, y 18 de septiembre de 2007, las cuales fueron preparadas por la demandada.

5) Desde el momento en que LA DISTRIBUIDORA comenzó a distribuir los productos de BAVARIA, esta última le impuso los precios de venta.

6) Para llevar a cabo la distribución de los productos de BAVARIA, LA DISTRIBUIDORA debía “comprar” a aquella los mismos y venderlos entre el público consumidor al mismo precio en que se los “compraba”, por lo que la demandante no obtuvo ningún margen de comercialización en la “reventa” de los productos y, en consecuencia, su utilidad derivaba única y exclusivamente de los denominados “fletes”, establecidos a su favor.

7) LA DISTRIBUIDORA debía distribuir los productos única y exclusivamente en los sectores que le fueron asignados por BAVARIA. Inicialmente el territorio que le fue asignado a la demandante fueron los municipios de Ocaña, Abrego, Río de Oro, González, Acarí, Aspásica y El Carmen; el Corregimiento de Guamalito y la Carretera Aguachica-Ocaña, desde Platanal a Ocaña. Posteriormente, BAVARIA le asignó todo el territorio conocido como la provincia de Ocaña y el pueblo Río de Oro (Cesar).



8) BAVARIA también exigía a LA DISTRIBUIDORA cumplir con sus exigencias para el almacenamiento, transporte y el cargue de los productos a distribuir.

9) Las bodegas de LA DISTRIBUIDORA debían cumplir con las condiciones impuestas por BAVARIA.

10) Para el transporte, LA DISTRIBUIDORA debía utilizar las carrocerías, que tenían el logo y la publicidad de BAVARIA, las estibas, los botellers y los *trailers* de propiedad de la demandada para distribuir los productos, los cuales entregaba la demandada mediante la suscripción de contratos de comodato precario, al punto que cuando cualquier elemento de éstos se malgastaba como consecuencia de su uso normal, la demandante se dirigía a BAVARIA para que procediera a arreglarlos o cambiarlos.

11) Adicionalmente, BAVARIA también imponía a LA DISTRIBUIDORA las condiciones de cargue de los productos, *“de acuerdo a las Buenas Prácticas de manufactura BPM”*, así como la programación y los horarios de los camiones y la capacidad máxima de cargue de los mismos.

12) Estas condiciones de transporte, cargue y distribución que BAVARIA imponía a LA DISTRIBUIDORA, además de garantizar a la demandante que los productos conservarían la calidad deseada y dispuesta por ella, buscaba la satisfacción de evidentes fines publicitarios a favor de BAVARIA.

13) De esta forma, LA DISTRIBUIDORA cumplía con hacerle publicidad a BAVARIA al tiempo que distribuía sus productos, pues las marcas viajando por la provincia de Ocaña en los camiones de LA DISTRIBUIDORA, eran posicionadas a través de la recordación en los consumidores de los productos de la demandada. En la misma dirección, los empleados de LA DISTRIBUIDORA que repartían los productos de la demandada estaban en la obligación de utilizar y trabajar con los uniformes que tenían impreso el logo de BAVARIA.

14) Así mismo, BAVARIA encargaba a LA DISTRIBUIDORA del manejo de sus elementos promocionales, mediante la entrega en calidad de préstamo de kioscos, tarimas, dummies, termos, tanques etc, que tenían diferentes marcas de BAVARIA.

15) De la misma manera, BAVARIA entregaba a LA DISTRIBUIDORA productos en obsequio para que esta última los utilizara promocionalmente, de acuerdo con las instrucciones emitidas por el departamento de ventas de aquella y la demandante debía reportar la utilización de los mismos.

16) Igualmente, LA DISTRIBUIDORA también se encargaba de hacer publicidad a los productos de BAVARIA, obsequiándolos o colocándolos en calidad de préstamo, en los eventos y lugares que considerara importantes y provechosos para el posicionamiento de la marca.

17) Por tal razón, los habitantes del territorio a cargo de LA DISTRIBUIDORA se dirigían a esta empresa para solicitar el patrocinio de BAVARIA en sus diferentes eventos.

18) Todos los obsequios, promociones y eventos que LA DISTRIBUIDORA promovía para publicitar y posicionar las marcas de BAVARIA eran asumidos en su integridad por la demandada.

19) En los términos descritos, desde diciembre de 1994 se desarrolló y ejecutó una relación comercial con base en la cual, LA DISTRIBUIDORA vendía y publicitaba los productos de BAVARIA en beneficio de ésta y a favor de sus productos, generándole un mercado a su favor, atendiendo sus instrucciones en el territorio asignado y a los precios establecidos por BAVARIA, a cambio de una remuneración por la distribución, la cual la demandada discriminaba en fletes de transporte y fletes de reparto que convertían a LA DISTRIBUIDORA en acreedor de BAVARIA.

20) En el año 2003, BAVARIA bajó los precios de sus productos en la provincia de Ocaña para combatir la piratería de cerveza y mantener la clientela conquistada por LA DISTRIBUIDORA, pero este descuento no

aprovechó a LA DISTRIBUIDORA sino solamente a los tenderos, pues la demandante debía vender los productos al mismo precio al que los compraba.

21) En adición al pago de los fletes, en algunas ocasiones BAVARIA otorgó bonificaciones a LA DISTRIBUIDORA como recompensa por la labor desempeñada.

22) En desarrollo de la labor de distribución de los productos de BAVARIA, LA DISTRIBUIDORA logró incrementar y mantener la clientela en la Provincia de Ocaña, en donde era reconocida como la compañía encargada de promover y distribuir los productos de la demandada e identificada como la representante de BAVARIA en la zona, al punto que en el directorio telefónico de Norte de Santander las oficinas de la demandante figuraban bajo el nombre de BAVARIA y la línea telefónica que utilizaba era de la demandada.

23) Así mismo, en las facturas de LA DISTRIBUIDORA esta compañía figuraba como representante de BAVARIA y así era conocida en todo el territorio a su cargo sin reparo alguno por parte de la demandada.

24) Anualmente BAVARIA imponía pronósticos de venta a LA DISTRIBUIDORA que eran de obligatorio cumplimiento.

25) BAVARIA emitía un *“Manual de excelencia en ventas y distribución”*, a través del cual imponía unos requisitos y condiciones que debía cumplir LA DISTRIBUIDORA.

26) LA DISTRIBUIDORA estaba obligada a presentar informes diarios, mensuales y semanales a BAVARIA respecto del estado de los mercados, los negocios en curso e inclusive sobre el cumplimiento de las prestaciones laborales con sus empleados. Para controlar el desempeño diario de las ventas, BAVARIA entregaba a los vendedores de LA DISTRIBUIDORA unos aparatos electrónicos denominados *“Hand Help”*, para que los vendedores emitieran reportes diarios sobre las ventas efectuadas.

27) Adicionalmente, BAVARIA enviaba un supervisor a LA DISTRIBUIDORA para vigilar que estuviera cumpliendo con todas las instrucciones y disposiciones que BAVARIA le imponía para la distribución de sus productos.

28) A partir de los mencionados informes, BAVARIA efectuaba exigencias a LA DISTRIBUIDORA, tales como adquirir más productos para tener más en su inventario y cumplir con los pronósticos que BAVARIA imponía a LA DISTRIBUIDORA.

29) BAVARIA siempre ofreció un reconocimiento especial a la demandante cuando ésta tenía un buen desempeño con la clientela y siempre llamó su atención cuando recibía quejas de los clientes. Igualmente, como el negocio de LA DISTRIBUIDORA era por cuenta y aprovechaba a BAVARIA, cuando la demandante veía la necesidad de hacer mercadeo para posicionar ciertas marcas, informaba tal situación a la demandada para que le proporcionara los elementos y las instrucciones pertinentes para mejorar el posicionamiento de las marcas.

30) Mediante comunicación de fecha 3 de abril de 2008, BAVARIA terminó el contrato de distribución con fundamento en el literal f) de la cláusula décima séptima del contrato suscrito con LA DISTRIBUIDORA.

31) Por tal virtud, a partir del 4 de mayo de 2008, BAVARIA S.A. se abstuvo de vender sus productos a LA DISTRIBUIDORA, lo que impidió a la compañía continuar con la distribución de sus productos en el territorio que tenía asignado.

32) A pesar de lo anterior, BAVARIA se quedó con ese mercado, lo que evidencia que la labor desempeñada por LA DISTRIBUIDORA en la provincia de Ocaña desde el año de 1994 hasta mayo de 2008 se efectuó por cuenta y en provecho exclusivo de aquella.

## **7. Respuesta a los Hechos de la Demanda**

En su contestación a la demanda, BAVARIA se pronunció aceptando como ciertos los hechos relativos a que ésta fue quien preparó los documentos contentivos de la oferta de distribución; que la sociedad demandante compraba a BAVARIA los productos que aquella a su vez distribuía mediante su venta a clientes de esta última; la asignación de un territorio para la distribución; las condiciones impuestas para el almacenamiento de los productos en bodegas; la utilización de carrocerías con el logo y publicidad de BAVARIA, y las estibas, los botelleros y los trailers de propiedad de la demandada; la utilización de los uniformes con logotipos de BAVARIA por parte de los empleados de LA DISTRIBUIDORA que repartían los productos; la entrega a LA DISTRIBUIDORA de productos obsequio para su utilización promocional; el envío de un supervisor por parte de BAVARIA para vigilar el cumplimiento de las instrucciones que esta imponía; y la terminación unilateral del contrato, la cual, señala, correspondió al empleo de una facultad contractual.

Por su parte, BAVARIA negó los hechos relacionados con la reposición por desgaste de las carrocerías, estibas, botelleros, trailers o cualquier elemento proporcionado por la demandante; las solicitudes a LA DISTRIBUIDORA por parte de los habitantes del territorio a ella asignado para solicitar el patrocinio de BAVARIA en diferentes eventos y la asunción de costos por la demandante para las actividades en que su publicitaban marcas de la demandada; el reconocimiento en la provincia de Ocaña a LA DISTRIBUIDORA como la encargada de promover y distribuir los productos de BAVARIA; la imposición de pronósticos de venta de obligatorio cumplimiento; el incremento de la clientela de BAVARIA por la demandante; la condición de representante de BAVARIA que se atribuye la demandante; que el contrato se haya ejecutado “por cuenta y en provecho exclusivo de BAVARIA”; y, en fin, la alegada existencia de una agencia comercial.

Por lo demás, efectúa las siguientes precisiones:

- 1) BAVARIA, como cualquier productor, fijaba los precios de sus productos, y la demandante era libre de pagar ese precio, o de no hacerlo.

2) Según lo convenido por las partes, a la demandante se le reconocía una remuneración que se denominó “fletes por transporte” y “fletes por distribución”, denominación que, aun cuando no muy ceñida a lo que normativamente se entiende por “flete”, se utilizó en razón, entre otras, a circunstancias de índole legal, consistentes en que el precio de la cerveza, una vez tasado el impuesto con el que específicamente está gravada en el momento de su producción (o de su importación), no puede ser modificado en el momento de su venta al detallista (cosa distinta de su venta por este al público). Motivo por el cual LA DISTRIBUIDORA, al igual que a todos los distribuidores, no podía —ni pueden— variar el precio de los productos cuando por aquella eran vendidos al detallista, después de habérselos comprado a BAVARIA y así fue acordado por las partes.

3) La utilidad del distribuidor no solo no le fue desconocida sino que siempre se calculó para que le fuera rentable, y la recibía precisamente con base en los denominados “fletes”.

4) La demandante pretende que ahora se vean como una imposición aquellas obligaciones que espontánea y voluntariamente aceptó cumplir cuando presentó a BAVARIA la oferta de distribución de productos.

5) El conocimiento y grado de recordación de los que gozan las marcas de propiedad de BAVARIA son la consecuencia de las cuantiosas inversiones que anualmente la compañía realiza en mercadeo y publicidad, y no de los camiones de la DISTRIBUIDORA que llevaban logos de BAVARIA, ni de que los empleados de la demandante vistiesen prendas alusivas a la demandada, cuya utilización tiene origen en la excepción consagrada en las cláusulas PRIMERA y DECIMA SEXTA de la modificación a la oferta de distribución del 13 de junio de 1995, de fecha octubre 29 de 1997, y no en un sedicente contrato de agencia comercial.

6) Los obsequios no eran para LA DISTRIBUIDORA, sino para los clientes de BAVARIA.

7) Todas las actividades promocionales de los productos eran de la iniciativa exclusiva de BAVARIA y se hacían —y se hacen— con sus propios medios.

8) Ni en la oferta de distribución inicial, ni en sus modificaciones, la demandante se comprometió a realizar actividades de publicidad en beneficio de BAVARIA. Cosa diferente es que para ejecutar la distribución de los productos que le compraba se haya valido de la utilización de sus emblemas y sus marcas.

9) Es inexacto aseverar que la actividad desplegada por la demandante consistiese en promover negocios en beneficio de BAVARIA. Distinto a eso era, y es, promocionar la venta de los productos comprados a esta, actividad en la que la demandante tenía un interés propio y directo, en la medida en que sus ingresos dependían de la cantidad de productos que vendiese.

10) La demandante no “conquistó” ninguna clientela, que fue siempre de BAVARIA.

11) La reducción de precios para combatir la piratería sería circunstancia que, de ser demostrada, no haría nada diferente a corroborar lo dicho en relación con la necesidad de manejar precios fijos para la venta a los detallistas. La afirmación también prueba que la adopción de políticas encaminadas a incrementar y mantener la clientela correspondía única y exclusivamente a BAVARIA.

12) BAVARIA recibió innumerables quejas sobre la deficiente atención por parte de la demandante a los compradores detallistas.

13) La utilización del Han Held por el distribuidor tiene como propósito principal el de realizar un control de pedidos para establecer con la mayor precisión posible las cantidades requeridas por cada distribuidor y poder mantener un inventario suficiente para cubrir sus necesidades de compra de productos.

14) La demandante nunca *promovió* negocios para que fuesen perfeccionados por BAVARIA o en su representación. Distinto es que hubiese *promocionado* la venta de los artículos, lo que a ella interesaba. La demandante, tozudamente, confunde una cosa con la otra.

## **8. Pruebas practicadas**

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones las partes aportaron varios documentos.

A solicitud de las partes se recibieron los testimonios de Camilo Cárdenas Aguilar, Alexis Antonio Castro Chichilla, Pedro Vicente López Rey, Ciro Andrés Leal Barrera, Doris Villamizar Cancelado, Oscar Fernando Gutiérrez Rueda, Ángel María Bayona Jiménez, Alberth Humberto Rodríguez Peñaranda, Sandra Milena Trillos Ballesteros, William Yoniz Miranda Bran y Juan Ignacio Torres Ramírez.

LA DISTRIBUIDORA presentó una experticia para apoyar sus pretensiones económicas.

El Tribunal decretó el dictamen pericial contable que había pedido la demandada y, simultáneamente, dispuso que el perito efectuara la verificación de algunos documentos que la parte demandante había pedido adelantar mediante inspección judicial en los archivos de la demandada.

Finalmente, de común acuerdo los apoderados de la demandante y de la demandada aportaron otros documentos que eran objeto de inspección judicial en las sedes de ambas partes y de exhibición por parte de BAVARIA y, por lo tanto, desistieron de las respectivas inspecciones y prescindieron de la exhibición.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley, por lo cual manifestaron que las pruebas decretadas fueron practicadas de



conformidad con las normas legales y que tuvieron oportunidad de controvertirlas. Igualmente, que se les respetó el derecho de defensa durante el trámite del proceso y que no encontraban ninguna irregularidad ni causal de nulidad en la actuación.

## **B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **1 Aspectos de Previo Pronunciamiento**

En el numeral 4º de los alegatos de conclusión la parte demandada llama la atención sobre tres aspectos de la demanda, que en su opinión constituyen defectos en el planteamiento de la litis.

En primer lugar, señala que la primera pretensión de la demanda<sup>1</sup> adolece de una imprecisión en cuanto *“la parte actora no ha solicitado que se diga que, no obstante la oferta de distribución por ella suscrita, el contrato realmente ejecutado por las partes fue el de una agencia mercantil”*, sino que *“Lo que ella entiende y subsecuentemente deprecia es que la oferta de distribución fue la que generó el contrato de agencia (de hecho). Oferta de distribución que, como salta a la vista, con alguna lógica podría ser interpretada de alguna otra manera, pero no como la concerniente a una agencia mercantil. De modo que, así planteada, la pretensión es contradictoria”*.

Adicionalmente, expresa que la pretensión es incompleta en cuanto la demandante *“no precisa, ni pide que se incluya en la declaratoria de la existencia del contrato, el ámbito territorial dentro del que supuestamente se desarrollara la ‘agencia de hecho’ que dice haber celebrado”*, siendo parte de los elementos establecidos en el artículo 1317 del Código de Comercio como constitutivos de la agencia comercial.

---

<sup>1</sup> *Que se declare que entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) que estuvo vigente desde diciembre de 1994 al 3 de mayo de 2008, ó durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral”*

Al respecto, no encuentra el Tribunal ninguna imprecisión ni contradicción en la demanda. No es imprecisa, porque lo que la demandante entiende y pide es que se declare que el contrato surgido a partir de la oferta de distribución remitida por ella a BAVARIA en realidad constituyó una verdadera agencia comercial; es decir, pide declarar que no obstante la nominación y el contenido de la oferta y, por ende, del contrato surgido, lo que las partes celebraron y realmente ejecutaron fue un contrato de agencia mercantil.

Tampoco encuentra ningún defecto en la pretensión por haberse omitido en ese aparte de la demanda la mención del territorio dentro del que se habría desarrollado la agencia comercial. La mención de los requisitos para la estructuración de una agencia comercial contemplados en el artículo 1317 del Código de Comercio a lo sumo hacen parte de la *causae petendi* y no del *petitum*. Esto implica que, de darse los elementos allí contemplados y alegados por el actor, se impone la declaratoria correspondiente. Al respecto la identificación del ámbito territorial por la parte actora es suficientemente concreta, como se advierte en los hechos 1.3, 1.8 a 1.12, 1.28, 1.39, 1.41 y 1.52.

En segundo lugar, sostiene la demandada que *“En razón de que está hablando de agencia mercantil, la demandante afirma en el hecho 5.6 que su actividad ‘... se encaminó a promover la venta de los productos de Bavaria S.A., conquistando, ampliando y reconquistando una clientela, en beneficio de Bavaria’”*; pero que este aspecto fáctico, que resulta medular dentro de la litis, no fue debidamente planteado por la parte actora en la medida que *“en la demanda no se especifican las circunstancias de tiempo, lugar y modo en las que habría tenido lugar la conquista, ampliación y reconquista de una clientela en beneficio de Bavaria”*. Agrega que la ausencia de esos datos le restringe y debilita el derecho de defensa de la parte demandada.

Al respecto, se observa que en la demanda se hace referencia a la conservación y conquista de la clientela para BAVARIA, con detalles suficientemente particulares de lo que a juicio de la demandante fue la relación contractual, y por ello lo plasmado al respecto en los hechos 1.35, 1.39 a 1.43, 1.52 y 1.53, entre otros, constituyen fundamento suficiente para

el Tribunal pudiera tener por cumplidos los requisitos del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. La prueba y detalle más puntual de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que surgiría de la afirmación en torno la conservación y conquista de la clientela, debía ser objeto del debate probatorio y no tenía que agotarse con el libelo demandatorio.

Finalmente, sostiene la demandada que *“la parte demandante ha identificado su labor como agente de Bavaria con fundamento en que le compraba a esta sus productos para revenderlos a los detallistas, pagando de contado el valor de las compras. Y que sujetándose a las instrucciones de Bavaria siguió las técnicas de mercadeo...”*. Y agrega que *“La actora, entonces, no está diciendo —y esto debe ser tenido en cuenta por el Tribunal a la hora de interpretar la demanda— que al lado de esa compra para la reventa, ejecutara otra labor tendiente a promover los negocios de la empresa”*.

No encuentra el Tribunal ninguna circunstancia que exija la interpretación de la demanda en este aspecto porque, como se analizará adelante, para los árbitros los hechos de la demanda son claros en cuanto que – para la demandante – la compra para la reventa como se desarrolló en el presente caso, no permite desconocer la verdadera labor de promoción desarrollada por la demandante y que la constituyó en agente de BAVARIA, de forma tal que – según ella-, a pesar de implementarse a través de compra para la reventa, que descartaría la agencia comercial, se dio una verdadera promoción de los negocios que la estructura.

Por último, conviene poner de presente que ninguna de las circunstancias expuestas revela que la demanda presentara algún vicio que generara su inadmisión, razón por la cual fue admitida por el Tribunal sin que la demandada hubiera propuesto oportunamente recurso de reposición contra tal decisión. Ahora bien, la demandada no señala ninguna consecuencia concreta que se genere por los defectos que ahora le imputa al libelo introductorio, distinta a que puedan ser tenidos en cuenta para efectos de la interpretación de la demanda. En cualquier caso, esa suficiencia de la demanda ha sido confirmada por el Tribunal al considerar que las imputaciones realizadas a propósito de los alegatos de conclusión no están

estructuradas, motivo por el cual es del caso detenerse en el análisis de la cuestión de fondo.

## **2 Presupuestos procesales**

Los presupuestos procesales necesarios para decidir se encuentran reunidos. En efecto, como se señaló al asumir competencia, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. LA DISTRIBUIDORA y BAVARIA son sociedades comerciales legalmente existentes, con domicilio en Ocaña y en Bogotá, respectivamente.

Al analizar su competencia, los árbitros encontraron que el Tribunal fue debidamente integrado e instalado, que las controversias planteadas son susceptibles de transacción y que las partes tienen capacidad para transigir.

Finalmente, como ya se vio, existió demanda en forma y el proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación, al punto que en la audiencia del 4 de noviembre de 2010, antes de culminar la instrucción del proceso, los señores apoderados de las partes manifestaron que las pruebas decretadas fueron practicadas de conformidad con las normas legales y que tuvieron oportunidad de controvertirlas. Igualmente, que se les respetó el derecho de defensa durante el trámite del proceso y que no encontraban ninguna irregularidad ni causal de nulidad en la actuación.

## **3 La tacha de sospecha**

En el curso de la diligencia de recepción de testimonio del señor Pedro Vicente López Rey el apoderado de la parte demandante formuló tacha contra dicho testigo por cuanto señaló que había “evidencia en el curso de esta audiencia que el señor abogado de la parte demandada llevó a cabo

reuniones e hizo entrega de documentos al testigo para que fueran aportados en esta diligencia”.

Desde esta perspectiva debe recordar el Tribunal que el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil contempla que “son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”. En relación con esta disposición ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 12 de febrero de 1980) que:

*“La ley no impide que se reciba declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.*

*“Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que este diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por si solas, jamás pueden producir certeza en el juez”.*

De esta manera, cuando se encuentran acreditados los motivos de sospecha lo que debe hacer el juez es apreciar con mayor cuidado la declaración para establecer su credibilidad.

Como quiera que en el presente caso el testigo reconoció que había convenido con el apoderado de la demandada la entrega de los documentos que presentó al proceso, el Tribunal considera que está acreditado el motivo invocado por el apoderado de la demandante por lo cual apreció dicha declaración con especial cautela confrontándola con las demás pruebas que obran en el expediente. Al realizar dicho examen concluyó el Tribunal que en lo pertinente la declaración del señor Vicente López Rey es congruente con los demás elementos probatorios que obran en el proceso. Adicionalmente, y para mayor claridad debe advertir el Tribunal que la declaración mencionada sólo permite corroborar otros elementos probatorios, como se aprecia posteriormente, sin que la misma constituya el elemento fundamental para decidir el presente proceso.

#### **4 Consideraciones generales en torno al tipo, a la tipicidad y a la calificación de los contratos**

Esclarecido lo que antecede, el Tribunal, consciente de la importancia de examinar la temática relativa al tipo y a la tipicidad contractuales, en general, necesaria para poder esclarecer la naturaleza del negocio o negocios jurídicos celebrados a la sazón por las partes contratantes y, en particular, para efectuar el correspondiente juicio jurídico de calificación negocial, seguidamente realizará algunas consideraciones en la dirección indicada, fundamentales para determinar si su acuerdo de voluntades, genuina e indubitadamente, encuadra en la estructura tipológica asignada por el legislador mercantil al contrato que rotula como '*Agencia comercial*', y que regula en el Capítulo V del Título XIII del Libro Cuarto de la codificación del ramo ('*De los contratos y obligaciones mercantiles*'), artículos 1317 a 1331, como se afirma expresamente en la demanda o convocatoria arbitral.

En efecto, si lo que se pretende es determinar qué tipo de contrato existió entre La Distribuidora Ltda. y Bavaria S.A.; si es que fue un contrato típico o atípico, la primera *quaestio iuris* que se debe establecer, antes de proceder entonces con la correspondiente calificación contractual, según el caso, se refiere a las sucintas bases teóricas en las que descansa dicho ejercicio de calificación, ya que el basamento jurídico del mismo se torna fundamental

para entender las conclusiones a las que ulteriormente arribará el Tribunal. Por lo tanto, también se analizará el tema de la *calificación típica del contrato*, lo que, de suyo, igualmente supone abordar tres puntuales aspectos, a saber: a) El principio de la autonomía privada, detonante y justificación de la posibilidad que tienen los particulares para definir y autorregular sus relaciones recíprocas, siempre y cuando no contravengan las normas imperativas, el orden público, la moral, entre otras exigencias más; b) Los tipos, la tipicidad y la tipificación contractuales, concebidos como corolario de la mencionada autonomía privada; y, c) La calificación individual de las relaciones negociales, como consecuencia de un juicio de adecuación o de un ejercicio de subsunción en el tipo contractual correspondiente:

#### **4.1 Autonomía privada y autonomía contractual. Aproximación a los contratos típicos y atípicos**

Como es sabido, desde hace un apreciable número de centurias, a los particulares se les ha reconocido por el ordenamiento jurídico la legítima posibilidad de regular sus intereses individuales, mediante la realización de una serie de actos y operaciones que, en sentido amplio, pueden englobarse en la denominación de negocios jurídicos, *lato sensu*. Tal posibilidad, por constituirse en un típico poder de actuación personal, de ordinario con irradiación social, según el caso, se denomina autonomía de la voluntad privada, y más técnicamente aún, *autonomía privada*, entendida como el ejercicio de la potestad de autorregular determinados intereses radicados en cabeza de los particulares o del mismo Estado. De allí que “El negocio jurídico en cuanto constituye uno de los medios para la autorregulación de los propios intereses, en cuanto es medio de actuación del dominio de la voluntad en la esfera jurídica propia del sujeto, es el instrumento más calificado de la autonomía privada”, conforme lo puntualiza con claridad el profesor de la Universidad de Nápoles, Luigi Carriota Ferrara.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>- Luigi Carriota Ferrara. El negocio jurídico, Aguilar, Madrid, 1956, p. p. 43 y 44. En concordancia con la fuerza y dinámica que caracteriza a la autonomía en mención, el profesor Luigi Ferri, en su conocida obra sobre la materia, anotó con precisión que “...los negocios jurídicos, como manifestación de autonomía privada, son siempre actos de ejercicios de un poder: tanto los negocios que contienen actos de disposición de derechos

Dicha *potestas*, en sede contractual, proyectada en la libertad de contratar y en la libertad de contratación, se encamina a la solidaria satisfacción de los intereses en comento, de lo que se desprende que el contrato, como negocio jurídico que es (modalidad particular), se erige en aquilatado instrumento al alcance de los asociados, cuyo propósito capital estriba en la lícita realización de operaciones, a menudo de contenido y alcance económico, sobre todo en la esfera mercantil. Al fin y al cabo, según lo recuerda el doctrinante Rubén Stiglitz, “Como todo concepto jurídico, el contrato no es factible de ser comprendido en su esencia misma (...) con abstracción de la realidad socioeconómica externa, donde confluyen intereses comunes o en conflicto, relaciones y situaciones convergentes o divergentes. Es tal la autonomía que existe entre la realidad externa al contrato que éste, técnicamente, sólo asume carácter instrumental ya que es un medio que traduce, a través de una declaración común de las partes, la autorregulación de sus intereses. De allí que la sustancia del contrato, los intereses que constituyen la materia de que trata, se enuncie como una operación económica”.<sup>3</sup>

Así las cosas, es diáfano que los miembros de la colectividad, en consonancia con lo ya descrito y con pleno respaldo de caros principios y axiomas de índole constitucional y legal, de antiguo están autorizados para celebrar los contratos que, acordes con sus específicas necesidades, motivaciones e intereses, consideren pertinente, siempre y cuando, claro está, no se vulneren infranqueables límites establecidos por el ordenamiento, v.gr: la ley imperativa, las costumbres, el orden público, etc.

---

patrimoniales como los que determinan el nacimiento de meros efectos obligatorios”. La autonomía privada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.968, p. 44., lectura esta que, en su esencia, se ha mantenido inalterada. Vid. Giuseppe Grisi. L'autonomia privata. Giuffrè Editor, Milano, 1999, p. 9 y s.s y Mauro Grondona, quien memora que hoy se le confiere a la referida autonomía privada “...una apreciación favorable renovada”. La ‘común intención de las partes’ y el principio de la buena fe en la interpretación del contrato, en *Estudios sobre el contrato en general -por los sesenta años del Código Civil Italiano-*, Ara Editores, Lima, 2003, p.707.

<sup>3</sup> -Rubén Stiglitz. Contratos civiles y comerciales, T.I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 15.



No obstante lo anterior, es meridianamente claro que las partes contratantes, en desarrollo de la referida autonomía privada, no son los artífices del contenido y estructura de todos y cada uno de los contratos del cosmos negocial, habida cuenta que un apreciable número de ellos, con antelación, han sido nominados y también habitualmente regulados por el legislador, con mayor o menor exhaustividad, conforme a las circunstancias, de suerte que, no en pocos supuestos, ellas suelen acomodarse a las arquitecturas de origen normativo preexistentes, que no son una nómina cerrada (*numerus clausus*) que, de raíz, impida la floración de otras modalidades negociales. Por ello, cuando sea menester recurrir a otra morfología contractual, en guarda de autorregular sus intereses lícitos, bien podrán hacerlo, por regla general, en atención a ese poder jurídico a ellas reconocido de antemano, capaz de crear -o recrear- nuevos tipos contractuales, por fuera del haz legislativo reinante, predicable de hipótesis de sistemática y habitual celebración en la *praxis* (*numerus apertus*).

Expresado de otro modo, los particulares, en abstracto, tienen dos posibilidades, inicialmente válidas: la primera, ceñirse a los moldes preestablecidos por la codificación o legislación pertinente, en cuyo caso la calificación del contrato, *a posteriori*, se hará teniendo en cuenta, hasta donde las circunstancias lo permitan, "...la intención de los contratantes" (art. 1618, C.C), en función de los elementos y rasgos definitorios de su acuerdo volitivo, contrastados con los que *ab initio*, *ministerio legis*, estereotipan el negocio respectivo, más allá del *nomen* que ellos le hayan conferido, como se pondrá de presente de nuevo. Y la segunda, extrapolando el conjunto de modalidades materia de disciplina normativa, proceder a enriquecerlas a través de la factura de otros contratos que, en su momento, no fueron objeto de regulación legislativa, ora por omisión, ora por entender, acertadamente, que el rol de la ley no es ocuparse de todo, sino de lo más relevante, obviamente para el instante en que se regula.

En la primera de las referidas posibilidades, *stricto sensu*, se aludirá a contratos típicos, y en la segunda, a contratos atípicos, unos y otros, en lo suyo, corolario de la disposición vertida en el Derecho colombiano en el artículo 1602 del Código Civil, en el artículo 4º del Código de Comercio y en

el artículo 864 de la misma codificación, en lo aplicable, y de paso reconocida expresamente en la legislación comparada. Prueba elocuente de ello, ciertamente, es el artículo 1322 del Código Civil Italiano de 1942, que expresamente reza: “Autonomía contractual. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”. Por su parte, el artículo 405 del Código Civil portugués de 1967 estatuye que, “Dentro de los límites de la ley, las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, celebrar contratos diferentes de los previstos en este Código, o incluir en éstos las cláusulas que deseen”. Y finalmente, sólo para referirnos a un elenco de ellos, el moderno Código Civil de Brasil de 2002, en su artículo 425, establece que “Es lícito que las partes estipulen contratos atípicos, observando las normas generales fijadas en este código”<sup>4</sup>.

Del mismo modo, en el campo de la principalística internacional, el proyecto del Código Europeo de Contratos (‘proyecto Gandolfi’), igualmente se hace referencia a la temática en cita. Sus artículos 2 y 3, en lo pertinente, son elocuentes, por cuanto disponen que: Art 2. “1. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se

---

<sup>4</sup>- En los albores del proceso de la codificación del Derecho privado, el propio Código Civil francés, en su artículo 1107, se ocupó de esta fenomenología, en los siguientes términos: “Los contratos, sea que ellos tengan una denominación propia, sea que ellos no la tengan, se someterán a las reglas generales que son objeto del presente título” (“De los contratos o de las obligaciones convencionales en general, Título III”).

El mismo Don Andrés Bello, en sus proyectos de 1842 y 1853 del Código Civil chileno, sintonizados con la codificación gala, expresamente aludió a esta categorización. Es así como el artículo 1623, del último de ellos, dispuso que “Todos los contratos, tanto los que se conocen con denominaciones particulares, como los que carecen de nombre, están sometidos a las reglas generales, que serán la materia de los siguientes títulos”. Tal disposición, finalmente, no quedó plasmada en el llamado proyecto definitivo, lo que sirve de explicación para entender porque el Código chileno y, de paso, el colombiano, hoy no cuentan con una norma análoga. Sin embargo, es de observar que en el campo del Derecho administrativo, específicamente en la esfera de la contratación estatal colombiana, el artículo 32 de la conocida Ley 80 de 1993, consagró similar precepto, así: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen a continuación”.

establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a terceros. 2. Dentro de los límites del apartado anterior, las partes pueden celebrar contratos no regulados en este Código, y, en particular, mediante la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios actos “. Art. 3. “1. Los contratos, tengan o no una denominación propia en este Código, quedan sometidos a las reglas generales objeto del presente libro. 2. Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el presente Código se aplican por analogía a los contratos que no la tienen”. A su turno, en forma más sintética, el artículo 1.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT), prescribe que, “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.<sup>5</sup>

En suma, la libertad de configuración del contenido y proyección del negocio jurídico, en sí mismas, no se agotan en los tipos desarrollados previamente por el legislador, por cuanto los extremos de la relación contractual están habilitados para amplificar el espectro negocial y, por ende, para celebrar nuevos contratos, así no estén avalados por las normas regulatorias básicas de carácter especial, expresa o tácitamente (normativización), posibilidad, sea anotado de paso, que está en plena concordancia con las limitaciones consustanciales a toda legislación, por moderna y fértil que sea, la que con el decurso de los años, a la postre, se tornaría insuficiente para ocuparse de la totalidad de supuestos contractuales, sin perjuicio, adicionalmente, que esa no es su prístina misión. De lo contrario, el oficio de legislar cambiaría inopinada e inconsultamente de rumbo, con serias secuelas. Cuán reveladora es entonces la descripción que sobre este particular, en concreto acerca de la natural “insuficiencia legislativa” realiza el profesor Héctor Masnatta, de acuerdo con la cual “El progreso febril de la vida y la evolución económica transforman las realidades de la práctica y conmueven las

---

<sup>5</sup> - En el comentario realizado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, al referido artículo 1.1, rotulado “*Libertad contractual*”, se señaló que “El principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad”.

instituciones. Las nuevas necesidades, como dice Ascarelli, deben satisfacerse siquiera con los viejos institutos. La materia aún incandescente, no abandona de golpe las viejas formas y las viejas disciplinas, pero siempre busca su plaza al sol, sea utilizando las antiguas estructuras, sea transformándolas en su finalidad, combinando sus elementos de modo original y más: creando la nueva disciplina en el tráfico cotidiano a la espera de que la codificación se nivele con la vida...la práctica va creando siempre nuevos tipos de contratos para satisfacer nuevos intereses. Con esto, se da una vigorosa prueba de la vitalidad del derecho. Las formas tradicionales se van viendo escoltadas por nuevas figuras, sin los pergaminos que da la sanción legislativa pero con el prestigio vital que confieren la preferencia de los interesados y la utilidad resultante”<sup>6</sup>.

Además, en armonía con esta misma reflexión final, es consecuente entender que los particulares, inicialmente, tengan la idoneidad suficiente para el gobierno de sus relaciones jurídicas en aquellos casos en que el ordenamiento legal, por diversas razones, no lo hizo, lo cual no sólo es enteramente razonable, sino conveniente. Al fin y al cabo, día tras día se ensancha el universo contractual, precisamente por las necesidades del tráfico moderno, hecho éste que corrobora, una vez más, la expansión *in crescendo* del contrato, como imprescindible categoría jurídica de la civilidad, por manera que antes que una crisis, en puridad, se evidencia una indiscutida revitalización, tanto más en tratándose de la convergencia de economías y sistemas globalizados, es decir intercomunicados. Sobre este particular, no se equivocó la Corte Suprema de Justicia, cuando expresó que *“...como la producción, la comercialización y distribución, el consumo y la financiación de las personas naturales y jurídicas, continúa encontrando en el contrato la forma más práctica y dinámica para su debida materialización, los mencionados cambios registrados en el marco de la negociación moderna, grosso*

---

<sup>6</sup>- Héctor Masnatta. El contrato atípico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p.p.12 y 16. En sentido similar, el profesor Francesco Messineo expresa que el contrato atípico o el “...contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución, también bajo el aspecto técnico; pero ej., de la venta se ha desprendido el suministro...del mutuo, la apertura de crédito, el anticipo, el descuento, el reporto. A las formas tradicionales (y, en cierto sentido, arcaicas) de origen romanista, se van agregando figuras de contrato que son el resultado de la vida económica moderna...cuanto más rico es el desarrollo de la vida económica, tanto más crece el número de las nuevas figuras contractuales”. Doctrina general del contrato, T.I. E.J.E.A, Buenos Aires, 1952, p. 381.

*modo ya referidos en precedencia, indiscutiblemente han tenido gran eco en esta materia y, por ello, en la hora de ahora, se toma imperativo abordar la temática contractual con criterios –y texturas- que se ajusten a esa tendencia innovadora que se aprecia en la esfera de los negocios, tanto en lo que hace a su formación, como a su ejecución, efectos, extinción e interpretación. De allí que en los tiempos que corren, la institución del contrato, en sí mismo considerada, trascendiendo su mal interpretada ‘crisis’, se muestra vigorosa y férrea, en prueba de su pertinencia y masiva utilización, sin perjuicio, naturalmente, de la entronización sostenida de una serie de figuras y metodologías especiales, orientadas a su empleo adecuado, justo y equilibrado” (Sentencia del 27 de septiembre de 2007, Sala de Casación Civil).*

Hay pues, a modo de compendio preliminar, un margen regulatorio realmente amplio en cabeza de los celebrantes de un negocio jurídico, en aras de recrear o crear el contenido y efectos, tal y como se observará luego, y definir su extensión o alcance funcional (elasticidad), muy especialmente en materias mercantiles, en donde la posibilidad de acudir a otros tipos *ex contractu* es nominalmente ilimitada, o por lo menos muy extendida<sup>7</sup>, lo cual resulta plausible y coherente en un sistema jurídico en donde la tarea asignada al legislador y a los asociados se entrelaza con finalidades comunes: tejer el sustrato de los contratos, hijos de la regulación legal, o convencional, respectivamente, por esta razón complementaria y válida, a diferencia de lo que sucedió en las primeras etapas del Derecho romano, en general, en las que el conjunto contractual, esencialmente, era una especie de *datio legis*, como quiera que los odres estaban predeterminados, o precisados de antemano (esquema rígido o más cerrado). Desde esta perspectiva, sin perjuicio de ulteriores puntualizaciones, se tiene establecido que la atmósfera contractual está integrada por los apellidados contratos *típicos* y por los *atípicos*, clasificación de ninguna manera intrascendente, anodina o teórica, como tal ayuna de efectos prácticos, fruto del fenómeno de

---

<sup>7</sup> Le asiste la razón al profesor Juan M. Farina, al indicar que “El comercio evita ser encadenado en fórmulas rígidas; la creatividad, que requiere imaginación y audacia, es su característica: de otro modo sucumbe...esta fue la nota característica y la explicación histórica del derecho comercial: los comerciantes han ido creando sus propio derecho sobre las base de las costumbres, cuando las fórmulas del derecho clásico resultaron insuficientes para dar adecuada solución a los nuevos problemas que el intenso tráfico comercial fue originando. La iniciativa del hombre de empresa es constante y recurre a la formulaciones que luego requieren el paciente análisis del hombre de derecho para determinar su naturaleza jurídica y los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes”. Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 290.

la tipicidad y de la atipicidad, en general (constitucional, penal, contractual, etc.), esto es como realidad insoslayable social que, incluso, trasciende el ámbito del Derecho.

Claro pues que la categoría del contrato, en particular su identificación y contenido, entre otros aspectos más, puede ser hechura del legislador o de las partes contratantes, según sea el caso, al mismo tiempo que en el tráfico contemporáneo las necesidades e intereses de los asociados no son únicas, ni tampoco simétricas, es menester auscultar la mecánica con arreglo a la cual adquiere fisonomía propia y, en tal virtud, rasgos autonómicos, con independencia que, en ocasiones, dicho deslinde exija mayores y cuidadosos esfuerzos, dado que en el *universus* contractual campean notas comunes a unos y a otros, y no por ello, *per se*, se confunden o desdibujan, así compartan, en lo pertinente, una especie de "ADN" colegiado, lo que con alguna frecuencia sucede en tratándose de contratos que pertenecen a una misma familia (género negocial); es el caso, de los llamados 'contratos de distribución', entre otros ejemplos más, en los que cohabitan negocios típicos y atípicos, hermanados, sí, pero diferenciados, cada uno portando su carta de ciudadanía, y produciendo sus efectos connaturales al tipo específico.

He ahí, anticipadamente, la valía de la calificación del acuerdo volitivo por parte del hermeneuta, a fin de poderlo encuadrar en la especie negocial pertinente, vale decir precisar su *tipo*, con todo lo que ello supone en diversos planos, uno de ellos el prestacional, hasta el punto que de esa operación técnico-intelectiva, de suyo capital, dependerá la aplicación de específicos efectos en derecho, con prescindencia del *nomen* asignado por las partes, toda vez que es posible que un contrato virtualmente típico, así catalogado por los extremos de la relación negocial, se itera, no se torne tal, sino atípico, o uno típico, supuestamente, termine considerándose atípico, todo como corolario de un proceso que debe surtirse para dicho efecto, en el *sub lite*, antes de proferirse el correspondiente laudo, obviamente con el cuidado que este laborío supone, como se anunció, en aras de hacer compatible lo querido realmente entre las partes, con lo normado por el legislador, según sea el caso (correcta disección tipológica).

Dicho proceso, en general, puede enmarcarse en la interpretación del contrato, en sentido muy lato, y más específicamente, en su interpretación, propiamente dicha y en su calificación, e integración, si resultare necesario (eslabones básicos). Por eso, a más de desentrañar el contenido del contrato celebrado, de la común intención de sus celebrantes, es indispensable validar si lo querido por ellos, ciertamente, se anida en uno u otro tipo contractual, adquiriendo una importancia mayúscula el 'juicio de adecuación típico', de concordancia o de coincidencia, procedimiento que supone tener muy claro el concepto, significado y alcances del llamado *tipo* y de la *tipicidad contractuales*, motivo por el que seguidamente nos ocuparemos de ellos, en forma esquemática y sucinta, máxime cuando él será el observado por este Tribunal, con la confesada finalidad de dirimir la controversia sometida a su conocimiento:

#### **4.2 Configuración de los contratos típicos y atípicos**

No todos los contratos, por innumerables razones, pueden estar reconocidos y regulados por la ley, bien a través de la codificación, bien mediante leyes especiales. En principio, el legislador moderno se ocupa, *in abstracto*, de la categoría del contrato, así como de los acuerdos que, *in concreto*, son de frecuente celebración, muchos de ellos de insoslayable tradición y raigambre, renunciando a desarrollar todo el universo contractual. Esta es pues una clara manifestación de la política jurídica, en consonancia con la técnica, igualmente jurídica; una y otra abogan por la racionalidad preceptiva, y por el correlativo reconocimiento de la autonomía privada, detonante de numerosos acuerdos que se individualizan en la *praxis*, provistos de fuerza, efectividad y legitimidad, en línea de principio rector, contribuyendo de este modo a enriquecer el tejido negocial, no sólo por intervención directa de la ley, sino también de los particulares, consocios en este mismo propósito o empresa.

En este orden de ideas, *recta via*, son dos las fuentes de las que emerge el referido tejido, todo sin perjuicio de su genuino origen volitivo: el ordenamiento legal, cuando se encarga de regular y nominar, *motu proprio*, un determinado contrato, y las propias partes, en ausencia de intervención

normativa, en cuyo caso podrán recurrir a arquitecturas reiteradas y reconocidas por los usos, el tráfico cotidiano o la jurisprudencia (tipicidad social o 'tipicidad socio-jurisprudencial') o, incluso, a nuevas estructuras de moderada o ninguna usanza, aun cuando lo ordinario es que tengan algún eco en la práctica, gracias al amplio o dilatado radio de acción de la inventiva negocial, en su estado de máxima pureza, como ya se esbozó.

Desde esta perspectiva, sin perjuicio de retomar luego algunas de las ideas y propósitos ya expresados, cuando el tema a elucidar reside en el establecimiento del *nomen contractus*, esto es, cuando lo que se evalúa es si la legislación atribuye o no una *denominación* al acuerdo de voluntades, independientemente de su regulación o disciplina, se suele entender que se le da cabida a la conocida distinción existente entre contratos *nominados* e *innominados*. Serán nominados, se dice, cuando la ley es la que directamente ha procedido a rotularlo con un nombre específico, mientras que serán innominados, por su parte, aquellos que no han sido bautizados *ex ante* por el legislador.

Por el contrario, cuando el laborío no gravita alrededor del *nomen*, sino de la regulación del acuerdo y de su alcance (integral o suficiente), un sector de la doctrina y de la jurisprudencia aboga por otorgarle carta de ciudadanía a la diferenciación reinante entre contratos típicos y contratos atípicos, en consideración a si el acuerdo en cuestión se adecua o no a un tipo contractual preestablecido, esto es, a un tipo de que ha sido previamente regulado por la ley, *stricto sensu*, o a "...operaciones confeccionadas por la ley", en el parecer del profesor Louis Josserand, por oposición a los que son objeto de apropiación de las partes, "...en cierto modo a medida y de acuerdo con su voluntad particular"<sup>8</sup>.

Por lo tanto, en desarrollo de la distinción en comentario, a juicio de un importante sector no es ni conveniente, ni tampoco procedente equiparar las indicadas categorías, aunque hay que reconocer que algunos doctrinantes, no obstante admitir que en estricto rigor la separación dogmáticamente es de

---

<sup>8</sup> - Louis Josserand. Derecho civil, T. II. EJE, Buenos Aires, 1950, p. 20.



recibo, optan por asignarles el mismo tratamiento, no siendo necesario, en la cotidianidad, realizar escisión alguna. De ahí que terminen equiparando contratos innominados y contratos atípicos, o por lo menos tolerando la asimilación, desde luego con excepciones, como se registró.<sup>9</sup>

Nótese, empero, cómo en opinión de un sector autoral es menester distinguir entre el carácter nominado-innominado y típico-atípico del negocio jurídico, como quiera que consideran que se trata de categorías jurídicas disímiles que observan realidades también diferentes; corolario de ello es que, *ad exemplum*, bien podría suceder que un contrato fuera nominado, pero al mismo tiempo atípico, o viceversa.

La Corte Suprema de Justicia, expresamente, en sentencia del 27 de septiembre de 2007, manifestó que el hecho de que una norma en particular, le asigne un distintivo específico a un contrato, no implica que, por esa sola razón, el contrato se torne típico. Así, aseveró que *“...la atipicidad no se desdibuja por el simple rótulo que una norma le haya dado a aquel (sea ella tributaria, financiera, contable, societaria, etc.), o por la mera alusión que se haga a algunas de sus características, como tampoco por la calificación que –expressis verbis- le otorguen las partes, si se tiene en cuenta que, de antiguo, los contratos se consideran preferentemente por el contenido –prisma cualitativo- que por su nombre (contractus magis ex partis quam verbis discernuntus). Incluso, se ha entendido que puede hablarse de contrato atípico, aún si el legislador ha precisado alguno de sus elementos, en el entendido, ello es neurálgico, de que no exista una regulación autónoma, propiamente dicha, circunstancia que explica, al amparo de la doctrina moderna, que puedan existir contratos previstos, pero no disciplinados. Desde luego que esa atipicidad tampoco se desvanece por su semejanza con negocios jurídicos reglamentados –o disciplinados, en lo estructural-, pues, se sabe, “la apariencia formal de un contrato específicamente regulado en el C.C. no impide descubrir que por debajo yace un contrato atípico”, categoría dentro de la cual se subsumen, incluso,*

---

<sup>9</sup>- En este sentido, el profesor H. Masnatta acepta que prefiere “...hablar de contrato típico o atípico, sin olvidar que estimamos la terminología legal argentina como expresión del mismo significado”. El contrato atípico, op.cit, p. 21.

*aquellas operaciones “que implican una combinación de contratos regulados por la ley” (Cfme: G.J. LXXXIV, pág. 317 y cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817).”*<sup>10</sup>

En síntesis, sin desconocer que para algunos cuando se alude a contratos innominados, también puede entenderse que se está refiriendo a los atípicos, en materia de contratación civil y mercantil se considera que un contrato es típico siempre que constituya o corresponda a un acuerdo de voluntad plasmado y regulado en el ordenamiento legal, es decir, siempre que constituya o corresponda a un *tipo jurídico contractual* (como el contrato de compraventa, arrendamiento, seguro, etc.), teniendo en cuenta que no cualquier regulación, *per se*, implica tipicidad, toda vez que tanto la jurisprudencia como un sector dominante de la doctrina han coincidido en señalar que un contrato solamente será típico si goza de una regulación que, además de integral, sea *legal* en el sentido formal del término, de tal suerte que si el acuerdo de voluntades no ha sido expresamente regulado en una *ley de la República* o en un decreto con fuerza de ley, o uno de estirpe similar, será considerado atípico, en puridad<sup>11</sup>. Por eso es por lo que el autor Alberto Spota no duda en poner de manifiesto, a modo de colofón, que “contratos típicos son aquellos que encajan dentro de un ‘tipo legal’, es decir que ya tienen su regulación en la ley, que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias formativas....Contratos

---

<sup>10</sup> Sobre este mismo punto, continúa la Corte afirmando que “*Es de acotar, por su conexión conceptual con el presente asunto, que esta Sala, en reciente oportunidad, puso de presente que existen casos en los que la ausencia de regulación normativa suficiente, puede conducir a catalogar a un contrato como atípico. Así lo expresó en punto tocante con el contrato de agencia de seguros, no obstante referirse a ella leyes y decretos (ley 65/66 y decretos 827/67, 663/93 y 2605/93), ya que “nunca el legislador ha intentado disciplinar con la especificidad requerida, suficiente como para darle cuerpo de un contrato típico, el vínculo que contraen directamente la Compañía y la Agencia de Seguros. La Ley, al igual que lo ha hecho con muchas otras actividades, profesiones u oficios, ha intervenido la actividad de las aseguradoras y de sus intermediarios, sin que esto suponga una regulación específica de los contratos que estos celebran” (se subraya; cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817) ...”.*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Exp. 6462.

<sup>11</sup> Explicita la Corte Suprema que “*Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico – social se encuentra conforme con los principios ético- jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan ...”.*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. Exp. 5817.

atípicos son aquellos que no encuentran su 'sede' dentro de la ley; que surgidos de la vida jurídica y en razón de la libertad contractual, inherente – conjuntamente con la libertad para contratar- a la autonomía de la voluntad, no han merecido aún recepción mediante una disciplina particular. Destaquemos, sin embargo, que lo relevante no es que la ley otorgue o no un nombre al contrato, sino que éste tenga su regulación propia....”<sup>12</sup>

#### **4.3 Tipicidad legislativa y tipicidad social**

En un plano genético, ya se ha bosquejado, la tipicidad legislativa concierne a la frontal y decidida intervención del legislador de cara a la regulación suficiente de un determinado o específico contrato que, por inequívoca *voluntas legislatoris* (política legislativa), encontró albergue preceptivo en un tipo autonómico, por más proximidades o afinidades que tenga con otros de su propio linaje y condición, no tantas, empero, como para que pierda su sustantividad y autogobierno o para que se fusione con otros tipos, abandonando sus rasgos y diferencias, en una especie de claudicación.

De igual modo, así no medie participación normativa, no se puede desconocer que en un número representativo de casos es posible hablar, en sentido más amplio, de tipificación social, con el propósito de realzar que hay una serie de contratos que, no obstante ser atípicos, precisamente por no contar con una regulación o disciplina normativa propiamente dicha, no son creados *ex novo* por las partes, habida cuenta que encuadran en estructuras que, con frecuencia, perviven y transitan en el tráfico jurídico-negocial con arreglo a los usos, a la fuerza de la tradición, a la práctica misma y, en fin, al respaldo jurisprudencial y doctrinal conferidos. Son operaciones que, por su repetibilidad y extensión espacio-temporal, tienen abolengo propio, una especie, *mutatis mutandis*, de *status* factual que les ha merecido un reconocimiento social. De ahí la expresión 'tipificación social' -o 'socio-jurisprudencial'.

---

<sup>12</sup>- Alberto Spota. Contratos, Vols. I-II, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 198. Cfr. Maria Costanza. Il contratto atipico, Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 1.

Emilio Betti, y César Grasetti, entre otros más, fueron en Italia los primeros en ocuparse de esta fenomenología, hoy indiscutida, dueña de un sitio en la ciencia del Derecho. Es así como el primero de ellos, luego de reconocer que a través de la historia "...la tipicidad va perdiendo su primitivo carácter de rígida esquematización", pone de presente que en "...el ambiente social moderno, las causas de negocios son típicas en el sentido de que, pese a no estar taxativamente indicadas en la ley, deben sin embargo, en general, ser admitidas por la conciencia social como correspondientes a una exigencia práctica legítima, a un interés social duradero, y como tal, consideradas dignas de tutela jurídica....Entonces, en el puesto de la rígida tipicidad legislativa apoyada sobre un número cerrado de denominaciones, subentra otra tipicidad que, cumpliendo siempre la finalidad de limitar y orientar la autonomía privada, es, sin embargo, comparativamente con aquella, bastante más elástica en la configuración de los tipos, y en cuanto opera mediante remisión a la conciencia social, económica o ética, se podría llamar *tipicidad social*"<sup>13</sup>.

En esta misma dirección, lo reafirman los autores Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, "...algunos contratos atípicos son realizados habitualmente en la vida comercial, creados por las partes, en razón de la 'evolución técnica, que va procesando una diferenciación' y en respuesta 'a una exigencia práctica legítima, a un interés social duradero'. Es decir, tienen la denominada tipicidad social, siendo frecuente que se les atribuya una designación identificatoria como por ejemplo hotelería o garaje".<sup>14</sup>

Residualmente, en la esfera contractual, podrá aludirse a contratos atípicos puros, o 'absolutamente atípicos', en aquellos supuestos, ciertamente no muy numerosos, en los que ni los usos, ni la tradición, ni la jurisprudencia, ni la

---

<sup>13</sup>- Emilio Betti. Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p.p.153. Cfr. Juan B. Jordano Barea, Contratos mixtos y unión de contratos, en Anuario de Derecho Civil, 1951, T.IV, p. 327. Federico de Castro y Bravo. El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985, p.p. 207 y s.s, y Luis Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, op.cit, p.p. 489 y s.s

<sup>14</sup>- Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana. Contratos atípicos, en Contratación contemporánea, T. I, Palestra y Editorial Temis, Bogotá, 2000, p. 354.

doctrina y, general, ni el tráfico jurídico, reconocen la existencia práctica de un acuerdo volitivo, no por ello, claro está, inválido. Simplemente que carecerá de regulación propia (legislativa), a la par que reconocimiento social (cognoscibilidad comunitaria), lo que se itera es algo infrecuente, dado que la mayoría de contratos atípicos son conocidos y a menudo celebrados. Por ello es por lo que se alude, desde esta perspectiva, a 'tipicidad social', en un sentido lato, en atención a que dicho *exequatur* social, por significativo que sea, como lo es, no torna el negocio jurídico en típico, en estrictez, lo que explica que la 'tipicidad legislativa' sea la llamada a influir en el tipo y, por ende, en la suerte final del contrato: determinación de sus efectos, notas, alcances, etc.<sup>15</sup>

#### **4.4 Tipo y tipicidad contractuales**

En consonancia con lo plasmado en los apartes precedentes, si lo efectivamente deseado es determinar qué tipo de contrato rigió la relación entablada entre LA DISTRIBUIDORA y BAVARIA y si fue un contrato típico o atípico, entre otros interrogantes más, sobre todo si se trata de una arquetípica agencia comercial, lo primero a establecer son las bases en las que se sustenta dicho ejercicio de calificación, en razón de que el basamento jurídico y metodológico, será fundamental para el arribo a la conclusión que se plasme en este Laudo en la parte correspondiente, en el entendido de que la mencionada calificación, en términos muy generales, es un procedimiento enderezado a establecer la naturaleza jurídica (*quaestio iuris*) del contrato celebrado previamente entre los celebrantes, o como mejor lo expresaran los doctrinantes franceses François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette,

---

<sup>15</sup> - Bien observa el profesor J. Jordano Barea que la mencionada *tipicidad legislativa* "...es la única que tiene relevancia a efectos de saber si un determinado contrato es nominado (o típico) o no". Contratos mixtos o unión de contratos, op.cit, p. 327. De otra manera, por esta vía, se borrarían las fronteras existentes entre los contratos típicos o atípicos, o nominados e innominados -para otros-, o quedaría tan limitada, en particular a los contratos genuinamente novísimos, una especie de *rara avis*, que en la realidad se tomaría de poca entidad sustantiva y precaria utilidad.

“Calificar es encuadrar la operación [negocial] a una categoría jurídica, a fin de deducir su régimen”<sup>16</sup>.

No en vano, la teoría del tipo, rectamente entendida y aplicada, se erige en “...un método científico del derecho mercantil, que contribuye a su correcto conocimiento, precisamente por partir de la observación de la realidad y además permite una correcta interpretación del negocio jurídico, dando los criterios necesarios para su acertada calificación”, como acertadamente lo pone de relieve el profesor Jaime Arrubla Paucar.<sup>17</sup>

En lo tocante con esta temática, diversas son las cuestiones por puntualizar y, de contera, elucidar, siendo lo primero anotar que, desde el punto de vista conceptual, *stricto sensu*, debe partirse de los conceptos de *tipo contractual* y *tipicidad contractual*, los cuales difieren en cuanto a su significado final, a pesar de guardar una estrecha relación, es cierto, lo que igualmente acontece en otras áreas de las humanidades, incluida la ciencia jurídica, puesto que su irradiación es amplia, por manera que no puede circunscribirse únicamente al campo contractual, así en este su proyección sea fecunda y, por de pronto, la más pertinente o adecuada.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup>- François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette. Droit civil. Les obligations, Dalloz, Paris, 2002, p. 442. Cfr. Massimo Bianca, quien observa que “la calificación del contrato es su valoración jurídica según los criterios distintivos de la materia contractual”. Derecho civil. El contrato, vol 3, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 493, y Aída Kemelmajer de Carlucci, autora argentina que precisa que la calificación es una “...función que consiste en desentrañar la naturaleza de la relación jurídica, saber qué negocio es (¿es un contrato típico, atípico, pertenece a algunos de los tipos conocidos, a los tipos sociales conocidos?). La calificación es muy importante; sirve para establecer, mediante una investigación que es de naturaleza esencialmente normativa o de derecho: I) la naturaleza del contrato, II) qué normas jurídicas han de aplicarse y, mediatamente, III) qué efectos derivan de la voluntad de las partes”. Reflexiones sobre la interpretación de los contratos, en Tratado de la interpretación de los contratos en América Latina, T. I, Grijley, Lima, 2007, p.p. 215 y 216.

<sup>17</sup> - Jaime Arrubla Paucar. Contratos Mercantiles, T. II. Contratos atípicos, Diké, Medellín, 2004, p.24.

<sup>18</sup>- El profesor Karl Engisch, al respecto, pone de presente que se “... ve en la evolución histórica del derecho penal hacia la tipicidad, una contraposición con el derecho civil, en que la ‘configuración típica de negocios jurídicos’ constituye el punto de partida histórico, pero que en el curso de la evolución del derecho se ve superada por la autonomía privada. Sin embargo el derecho civil mantiene asimismo en gran escala una tipicidad respecto de los derechos reales, contratos, gestión de negocios, actos ilícitos, enriquecimiento injusto, corporaciones, régimen de bienes con relación al matrimonio, motivos de separación matrimonial, etc (...) por lo que hace al derecho de obligaciones, hoy ya no subsiste una ‘tipificación forzosa’, un *numerus clausus*, un ‘lecho de Procusto’ de los tipos de contrato. ‘Las partes no se limitan a elegir un ejemplar del catálogo legal y a contemplar cómo se las entienden con sus consecuencias jurídicas, sino que, dentro de los límites generales de la ley, pueden estructurar sus obligaciones como les convenga. Pueden elegir un tipo legal y

En efecto, el *tipo jurídico* contractual, *grosso modo*, es el resultado de un proceso, en sí mismo previo, en consideración al cual una conducta o fenómeno de carácter social (tipo social) adquiere relevancia y significado jurídico, en cuyo caso, *ex post*, se identifica y plasma en una disposición normativa delimitadora, obra del legislador (*posterius*), entendido entonces, etiológicamente, como un fenómeno social que ulteriormente se erige en fenómeno jurídico, justamente en consonancia con su relevancia e impacto en la colectividad, a fin de evitar la gimnasia intelectual, por fértil que resulte, no siempre provista de efectos reales y de connotaciones sociales, los que invariablemente se exigen para que se integre el *tipo jurídico*. Es por ello por lo que el referido profesor Arrubla, no duda en aseverar que “Tampoco convierte el derecho en categorías típicas, los fenómenos imaginativos o las producciones de escritorio o laboratorio jurídico. El mundo de lo jurídico debe obedecer necesariamente, so pena de invalidez material, al mundo de la realidad social y económica que se vive. Esa realidad social a la que se liga el mundo jurídico se eleva, a través del fenómeno de la tipificación, a la categoría jurídica. Esta realidad social frecuentemente es una determinada conducta, un acuerdo de voluntades”.<sup>19</sup>

El tipo contractual, al igual que el tipo en general, a partir de una lectura más neutra, si se quiere, tiene una arraigada vocación individualizadora, por manera que sirve para que se distinga de otras especies circundantes, dueñas de singularidades tales que, *ab initio*, exigen separación y autogobierno. De ahí que se hable de tipos autónomos, por más que compartan elementos comunes, no tantos, empero, como para pretender fundar una categoría única que los englobe a todos (*unicus contractus*), pues a través de este procedimiento o expediente se difumarían las fronteras y los límites fijados o por fijar, alterándose de raíz su auténtico y paladino cometido, puesto que sobraría el empleo plural de la expresión *tipos* y, de paso, de *tipicidad*, conforme se observará, lo que reafirma la idea de que el

---

modificar las prescripciones. Pueden fundar varios tipos legales y pueden concluir contratos, que no se subsumen bajo ningún contrato formulado en la ley’....” La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1968. Págs.460 y s.s.

<sup>19</sup>- Jaime Alberto Arrubla P. Contratos mercantiles, T.II, op.cit, p. p. 22 y 23.

*tipo*, en estrictez, "...es algo 'concreto'", como lo reconoce Karl Engisch, y no meramente teórico o abstracto<sup>20</sup>. Otra cosa diferente es que por ser contractuales, todos los tipos pertenezcan a una categoría uniforme: la de ser contratos, y por esta vía, responder a unas notas y signos propios de todos ellos: consentimiento, objeto, causa, etc.

En síntesis, el tipo contractual, sin perjuicio de la tarea de refinamiento ulterior a cargo del legislador, no es una obra exclusivamente suya, de tal suerte que no puede asignársele el calificativo de *pater ius*, o de arquitecto, pues no lo crea, en puridad; lo recrea, lo alindera, lo delimita; en una sola palabra, ordenadamente, lo alberga en un continente preceptivo. Según lo enseña el profesor alemán Karl Larenz, "En la formación del tipo y, por ello, también en la asociación concreta al tipo, entran tanto elementos empíricos como normativos; la unión de estos elementos constituye precisamente la esencia de este tipo, que yo quisiera, por ello, denominar 'tipo real normativo'. El tipo como forma de pensamiento sirve, finalmente, a la Ciencia del Derecho para una caracterización más concreta de ciertas clases de relaciones jurídicas, en especial de derecho subjetivos y de relaciones obligatorias contractuales (...) Los tipos de relaciones jurídicas, en especial los tipos de contrato, son tipos figura normativos surgidos de la realidad jurídica, puesto que se refieren a contenidos de regulación clasificados de modo cierto. Yo los denomino 'tipos jurídicos-estructurales'....la mayor parte de ellos, así como todos los tipos de contratos de obligaciones, deben su origen al tráfico jurídico. Cuando el legislador los ha regulado los ha encontrado antes en la realidad de la vida jurídica, ha aprehendido su tipicidad y les ha adicionado aquellas reglas que el estimó adecuadas para un tal tipo de contrato. No los 'inventó', sino que los 'descubrió', en cuanto no los tomó sencillamente de la tradición jurídica....Para el tipo tenido en cuenta en la ley es decisiva la regulación que ha recibido en la ley. La regulación contractual, acordada por las partes contratantes en el caso particular, puede

---

<sup>20</sup>- Karl Engisch. La idea de la concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales, op. cit, p. 417, autor alemán que para ilustrar su parecer, afirma que "...en relación con el tipo, estamos ante la siguiente cuestión: concepto y ley son generales y abstractos; si el tipo ha de ser también general y abstracto, ¿ en qué se diferencia pues del concepto y de la ley ?. Respondemos: conforme al uso actual del tipo, fundamentalmente en que es comparativamente concreto".



apartarse más o menos de la legal; de tales acuerdos, pueden desarrollarse en la vida jurídica nuevos tipos extralegales de contrato”.<sup>21</sup>

La *tipicidad contractual*, por su parte, va más allá del tipo en concreto, es decir desde un prisma específico (la unidad), en atención a que se refiere a la regulación u ordenación pluralista a partir de los tipos contractuales examinados en su conjunto (*in complexu*). Por eso a juicio de la profesora española, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, la “...tipicidad, correspondiendo a su idea inicial, viene caracterizada en cuanto y como regulación; es decir, como el mecanismo jurídico que, recogiendo una conducta determinada la ordena y la diversifica de acuerdo con unos elementos y datos que se predicen acerca de éstos, y dota, al conjunto así formado, de una regulación completa y unitaria. Consiguientemente, la tipicidad contractual viene definida como la acogida y regulación de una serie de supuestos de hecho concretos, por un ordenamiento jurídico determinado. El significado primero y último que se le atribuye es el de regulación: ordenación de conductas a través de tipos contractuales”.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> - Karl Larenz. Metodología de la ciencia jurídica. Ariel, Barcelona, 1994. p.459.

Acerca del tipo, la doctrina ha discutido bastante, como quiera que la noción en comentario, como una categoría ontológica aplicada a la ciencia jurídica, no es unívoca, ni pacífica. Al respecto, es indicativa la opinión del profesor Karl Engisch, quien señala que “... puede hablarse, en primer lugar, del tipo en cuanto construcción mental, saturada fundamentalmente de *realidad*. El tipo es, aunque un *universale*, un *universale in re*, es inmanente a la realidad como entelequia o plano, o estructura o tendencia estructuradora real o principio dinámico (...) en un sentido lógico, totalmente diverso, se considera al tipo cercano a la realidad, cuando se presenta como tipo empírico o como tipo real, pero asimismo cuando se presenta como tipo medio o tipo frecuente (...) en un sentido asimismo diverso, habrá que hablar, o hablaremos más bien de tipo en contacto con la vida, si se tienen en cuenta los diversos grados de intensidad y las matizaciones con que pueden mostrarse notas en un grupo de objetos (...) Heyde ha argüido el concepto de tipo en cuanto ‘orden’, tal como lo analizan Hempel-Oppenheim, que es un error considerar al tipo mismo como una graduable construcción mental, para, con ello, colocarlo en una ‘posición especial frente al concepto que se considera rígido e inmutable’. Pues en todo caso se da siempre un solo tipo, como por ejemplo, el de comerciante tipo, y esta es la forma plena en el sentido de que en ella se da el número íntegro de las notas típicas en cuanto un todo ...”. Como corolario de lo anterior, el mismo profesor en comento explica que, “... ya de una forma o de otra, se adjudica al tipo, en cierto modo, una posición intermedia entre el concepto general y la individualidad o el concepto individual. ‘Los tipos comparten, con los conceptos individuales históricos, la plenitud concreta del contenido, y al mismo tiempo, con los conceptos genéricos propios de las ciencias naturales, la posibilidad de comprender ampliamente manifestaciones individuales ...’. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. op.cit., pp.418 y ss.

<sup>22</sup> - María del C. Gete-Alonso. Estructura y función del tipo contractual, Bosch, Barcelona, 1979, p. 18. “Tipicidad contractual es –como ya se ha dicho- regulación a través de tipos contractuales-“, lo reitera la autora (op.cit, p. 21).

Es de señalar que el aludido concepto de tipicidad contractual, de acuerdo con la *communis opinio*, admite graduación, toda vez que se puede diferenciar entre tipicidad de primer orden y tipicidad de segundo orden. La de primer orden atañe a la adecuación de un determinado acuerdo con arreglo a la regulación legal de los elementos generales de todo contrato, es decir que la tipicidad de primer orden no es más que la adecuación de la figura contractual con la regulación legal del contrato, en cuanto a su concepto genérico (es decir el concepto del contrato como fuente de obligaciones) y a sus elementos genéricos (es decir los rasgos generales de los sujetos, el objeto, la causa, la capacidad y las formalidades especiales), quedando incluidas dentro de esta forma de tipicidad todas las normas que regulan de forma global la institución del contrato.

A su turno, la tipicidad de segundo orden dice relación con la correspondencia de un contrato, específicamente con una regulación legal especializada para esa especie de contrato, y no del contrato en general, de manera que si la supraindicada regulación especializada no existe, el contrato será atípico en segundo orden; allí se encontrarán las normas relativas a las particularidades del contrato de compraventa, de mutuo, de permuta, de arrendamiento, entre otros.

Puesto en otros términos, la tipicidad de primer orden es la adecuación de un contrato en particular a las normas que regulan el género de los contratos, mientras que la de segundo orden, o propiamente dicha, es la adecuación de un contrato a las normas que regulan las particularidades de cada especie de contrato, de tal manera que si estamos frente a un contrato que no tiene individualidad o efectos propios reconocidos por la ley, pero que, en todo caso, cumple con las características generales de los contratos, éste será típico en primer orden, *lato sensu*, pero atípico en segundo orden. Al fin y al cabo, esta última se configura a partir de la concreción, que es un procedimiento encaminado a fijar, *in casu*, los signos distintivos y caracterizantes de la individualidad contractual. Gracias a ellos, cada tipo será autónomo y diverso, así todos sean contratos (contratos especiales). De lo general, en tal virtud, se descenderá a lo particular, y esta última

categoría, en lo sucesivo, se refugiará el acuerdo tipológico (apellido contractual).

Ello conduce a una consecuencia fundamental en materia de tipicidad y atipicidad contractual, a saber: todo acuerdo que constituya un contrato, sea civil o mercantil, será típico en primer orden, ya que deberá adecuarse a la concepción legal genérica de *contrato* (art. 1495, C.C. y 864 C. de Co.), así como respetar sus elementos genéticos, es decir, lo relativo a los sujetos, el objeto, la capacidad y la causa. Sin embargo, no todo contrato será típico en segundo orden, ya que no necesariamente todos cuentan o contarán con una inequívoca individualización o con unos efectos propios pincelados por la ley, en los cuales pueda cabalmente encuadrarse, o con los que pueda arrojarse, en sentido figurado. En este último supuesto, no será aplicable el llamado 'alfabeto contractual' de índole legal.

Sobre toda esta misma temática, en general, cumple traer a colación la opinión expresada por la Corte Suprema de Justicia, según la cual, *"...Desde un punto de vista genérico, el concepto de tipicidad denota, en el ámbito del Derecho, aquella particular forma de regular ciertas situaciones generales a través de "tipos", los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, por medio de un conjunto de datos y elementos particulares, que brindan una noción abstracta de dichas realidades, todo ello con miras a facilitar un proceso de adecuación de un hecho o comportamiento de la vida, al modelo normativo que indeterminadamente lo describe, con el fin de atribuirle los efectos allí previstos. De manera que la tipicidad, cumple dos funciones significativas: de un lado, la de individualizar los comportamientos humanos y, de otro, la de especificarlos y reglarlos jurídicamente. En tratándose de la tipicidad de los contratos, ella tiene por finalidad la de ordenar las disposiciones negociales a través de tipos contractuales, mediante un proceso que toma como punto de partida la especificación, con sustento en un conjunto de datos o coordenadas generales, fruto de la autonomía privada de las partes, es decir, el contrato, para, a partir de allí, agregar las notas particulares y distintivas que dan lugar a los diversos arquetipos de contrato. Cuando dichos tipos están previstos en normas legales (para distinguirlos de los*

*originados en la denominada tipicidad social, es decir, la gobernada por normas consuetudinarias), la tipicidad presupone la existencia de negocios jurídicos normativamente hipotéticos, a los cuales, cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla legal. Por supuesto que, como fácilmente puede entenderse, allí radica la importancia de la tipicidad contractual, esto es, en la descripción del tipo y en su regulación jurídica (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. Exp. 5817).*

Todo lo anterior, desde el punto de vista metodológico, implica que cuando se someta a consideración del hermeneuta un acuerdo *in concreto*, lo primero que éste podrá hacer, a la luz de la teoría del tipo y la tipicidad contractuales, es recorrer dos etapas, a saber:

- a. En primer lugar, se deberá determinar si dicho acuerdo se adecúa o no a la concepción y a los elementos generales de un *pacto contractual*, esto es, será necesario verificar la tipicidad en primer orden, de suerte que concluirá si el negocio jurídico *sub-examine*, constituye o no un genuino *contrato*. Este paso es fundamental, así *prima facie* pareciera elemental, como quiera que le permite al intérprete saber si, en efecto, el acuerdo de voluntades objeto de análisis hace parte del género de los contratos y, en esa medida, si es procedente o no examinar luego de qué tipo de contrato se trata (*prius*). En una sola expresión, anticipadamente se pretende establecer su naturaleza contractual, su carácter negocial, presupuesto *sine que non* para continuar con el proceso respectivo.
- b. Establecido lo que antecede, y con la certeza de que se trata de un contrato, el hermeneuta deberá entonces proceder a examinar la tipicidad en segundo orden, es decir, a determinar si el acuerdo bajo estudio encuadra o no en una de las *especies de contratos reguladas por la Ley*, esto es, en uno de los tipos contractuales, propiamente dichos. Obsérvese cómo en este punto la cuestión ya no radica en clarificar si el acuerdo es o no un contrato, sino en determinar si ese

contrato corresponde a uno de los tipos previamente regulados en la legislación, para lo cual se debe hacer un examen comprensivo del acuerdo (art 1622 C.C), para llegar a una respuesta determinada, la cual, en línea de principio, puede orientarse en dos sentidos: que el contrato es típico, porque corresponde y suficientemente se inscribe en una especie contractual preexistente -como la compraventa, el transporte, la permuta, el suministro, entre otros- o que, por el contrario, es atípico -en segundo orden-, caso en el cual se deberá integrar de acuerdo con la jerarquía negocial y normativa correspondiente que, para el efecto, ha reconocido sistemáticamente la jurisprudencia patria e internacional.

#### **4.5 Juicio de adecuación típica. Empleo de los indicadores del tipo**

Ahora bien, en lo que respecta a la anunciada segunda etapa del examen que debe realizar el intérprete, el juicio de adecuación de un contrato frente a uno de los tipos o especies reguladas expresamente por la Ley, cumple precisar que éste puede resultar en un momento determinado algo más exigente, toda vez que el universo normativo en ciertas naciones como la colombiana, por vía de ilustración, es más amplio, dado que el número de contratos objeto de regulación suficiente, es más numeroso que el de otras, en las que sus códigos son del siglo XIX. Así sucede muy especialmente de cara a la materia mercantil, lo que explica que numerosos negocios jurídicos que en diversos países del orbe son atípicos, en Colombia sean típicos y, por ende, dotados de arquitectura preceptiva, ora en virtud del Código de Comercio, ora de legislaciones que, a manera de microsistemas normativos, se ocupan de la regulación legal pertinente del tipo, no bastando, obviamente, la mera nominación o rótulo, o una disciplina incipiente.

Por ello es por lo que este Tribunal, en su esencia, estima de recibo las consideraciones realizadas por la profesora María del Carmen Gete-Alonso, en asocio de otros autores más, en lo concerniente al empleo de *índices de tipo* que, igualmente, en aras de la precisión, consideramos que pueden ser

denominados como *indicadores* del tipo, o aún *ratios* contractuales. Sobre el particular, la doctrinante en referencia, *in extenso*, recuerda que “Tipo es un resultado: la consecuencia de una previa percepción de un determinado orden de la realidad social....Pues bien, si se examina con detenimiento la materia contractual, es decir, el contrato y cada una de sus especies particulares de contratos que se acogen en nuestro ordenamiento jurídico, lo primero que se pone de manifiesto es: a) La repetición, en cada una de las figuras de contratos, de los elementos básicos que componen el supuesto de hecho del tipo ‘contrato’ (en cuanto presupuesto). b) La existencia de una serie de datos típicos que, repetida y constantemente se predicen de dichos elementos básicos de los distintos contratos en especial, y que: 1) De una parte comportan concreción respecto de la figura básica del ‘contrato’, y 2) De otra, permiten diferenciar e identificar a cada uno de ellos en particular; y esto sin perjuicio de que el mismo dato se atribuya a contratos claramente diversificados. Esta primera observación nos pone de manifiesto que existen determinados caracteres o datos, que son objeto de regulación jurídica y que, a su vez, nos permiten identificar cuál sea el tipo contractual ante el que estamos. Precisamente por ello, y porque repetidamente se predicen de las distintas figuras contractuales, es por lo que denominamos a tales datos INDICES DE TIPO....son todos aquellos datos que, acompañando la declaración de voluntad patrimonial, permiten concretar la abstracción primaria que supone el tipo jurídico. El estudio de los elementos de la conducta presupuesto (elementos del tipo) y de los que hemos denominado índices de tipo, se presenta, así pues, como esencial....No parece posible encontrar un solo elemento o dato típico, a través del cual se pueda llegar a justificar tal diversificación y distinción....”.

“Frente a los índices generales, a su vez, puede hablarse, también, de INDICES ESPECIALES, entendiéndose por tales aquellos datos sociales o económicos que, atribuyéndose, también como los otros, a los elementos del contrato, únicamente están dispuestos para establecer un trato distinto entre figuras contractuales afines....responden a un segundo grado o etapa de tipificación. Son aquellas notas que, una vez ya determinado el tipo contractual, tienden a su identificación.... Se trata, en este supuesto, de encontrar el dato o conjunto de datos que justifiquen, ya no sólo la existencia

de tipos contractuales separados e independientes, sino la existencia de tipos y regulaciones diversas en contratos en los que se produce una identificación de INDICES GENERALES<sup>23</sup> ”

Resulta entonces diáfano que, a emulación del método deductivo, en lo pertinente, los llamados índices generales y especiales, tienen asignadas tareas concretas, pues de lo general se tiende a la descender a lo más particular, a desentrañar las individualidades que escoltan un específico negocio jurídico, así comparta elementos y rasgos absolutamente comunes entre uno y otro tipo, lo que es frecuente en punto tocante con contratos que confesamente están ligados por lazos de indiscutida afinidad, sin que por ello se confundan o se puedan asimilar, v.gr: los denominados contratos de distribución; lo propio sucede en los contratos de colaboración o, en general, con las denominadas familias contractuales, por lo que se afirma que los indicadores de orden general, en cuanto a su alcance, permiten identificar la familia a la que pertenece el contrato, pero no son siempre suficientes para concretar, dentro de dicha familia, en sentido lato, frente a qué contrato realmente se está, es decir cuál fue el finalmente celebrado por los extremos de la relación negocial.

En suma, a la vista de las consideraciones que preceden, se tiene entonces establecido que el intérprete, situado frente a un virtual acuerdo específico de voluntades, para examinar su auténtica tipicidad, debe agotar varias fases básicas (*test* de tipicidad), laborío que, por su logicidad, algunos realizan aún sin explicitarlo de este modo (mecánica valorativa). En primer término, se debe examinar si dicho acuerdo cumple con las características básicas de un

---

<sup>23</sup> -M. del Carmen Gete-Alonso. Estructura y función del tipo contractual, op. cit, p. 40 y s.s. “A diferencia de los INDICES GENERALES”, continua su exposición, “...que son normalmente, siempre datos jurídicos de concreción (fungibilidad, gratuidad, entrega....) los INDICES ESPECIALES, precisamente por ese actuar en un segundo plano, son datos o cualidades originariamente extrajurídicas, de carácter social o económico que, acogidos por la ley, devienen jurídicos cualificando, a su vez, a los índices fundamentales. El INDICE ESPECIAL, de esta manera, sólo sirve para diferenciar a dos tipos de contratos que tengan los mismos índices generales; nada añaden o suman a éstos, sino solamente la cualificación. Los principales INDICES ESPECIALES se agrupan en dos órdenes, fundamentalmente: a) Aquel que supone la concreción del objeto del contrato cuando éste es una prestación- servicio: la naturaleza material de la actividad permitida. Existen una serie de tipos contractuales a los que le es inherente, por descripción legal una determinada actividad que debe diferenciarse y concretarse para que no se produzcan interferencias entre tipos contractuales” (op.cit, p.p. 48 y 49).

contrato y, en esa medida, respeta la *tipicidad de primer orden*. En segundo término, bajo el entendido de que, en efecto, se trata de un acuerdo contractual, debe entonces proceder a determinar si cumple o no con la *tipicidad de segundo orden*, esto es, si encuadra en alguno de los tipos o especies de contratos regulados, desarrollados por la legislación civil o mercantil, para lo cual bien se puede acudir a los indicadores de orden general, que le permitirán conocer la familia *contractus* a la que pertenece el negocio, para luego aplicar los indicadores de *orden especial* (o especiales), según el caso, con el propósito de concluir si el acuerdo en cuestión se adecua a un *tipo contractual in concreto*, o si, por el contrario, se trata de un contrato atípico, rectamente entendido, como quiera que sin forzar la arquitectura legislativa, no fue viable hacerlo, dado que faltaban algunos datos tan paradigmáticos que, sin ellos, terminaba desdibujándose el tipo contractual regulado por el legislador. Por eso, acudir a los aludidos indicadores especiales -o específicos- se traduce en un paso de capital relevancia, dado que como se pinceló son esos rasgos tan característicos, amén de reveladores, que al hermeneuta le permiten la consabida individualización, o sea el reconocimiento de su verdadera huella genética, que no es la misma de otras estructuras volitivas, así posean índices generales comunes. De ahí que si la adecuación resulta procedente, será menester calificar el contrato, operación privativa a cargo del intérprete, más allá del *nomen iuris* asignado por las partes, como se ha mencionado tangencialmente.

Expresado en otros términos, en la tarea de establecer la naturaleza jurídica de un determinado acuerdo volitivo, el hermeneuta, en consonancia con los descritos pasos y fases medulares, podrá efectuar el citado *juicio o test de tipicidad*, en orden a determinar si cumple o no con los rasgos o perfiles de un tipo contractual, en particular, de manera que él orientará la labor de este Tribunal de Arbitramento, con el objeto de escrutar, en su oportunidad, la tipología y el alcance de la relación jurídica que existió entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA, siguiendo, para ello, las directrices plasmadas por la convocante y la convocada en sus respectivos escritos. De allí que, en términos más omnicomprensivos, a continuación el Tribunal de detendrá con algún detalle en el anunciado método conocido como *tipológico*, a juicio de



un sector de la doctrina especializada, considerado como el "...más honesto y riguroso" <sup>24</sup>.

Ciertamente, según se anticipó, el examen de la tipicidad implica una *valoración* con estribo en la cual, a partir de un ejercicio de comparación o cotejo, el intérprete determina si el acuerdo objeto de examen, *encuadra* o se *inscribe* en alguno de los tipos jurídicos contractuales previstos en la Ley, para concluir, *a posteriori*, si se trata entonces de un acuerdo típico o atípico, con las consecuencias normativas que ello acarrea<sup>25</sup>. En esa medida, la

<sup>24</sup>- Maria Costanza. Il contratto atipico, en Tipicità e atipicità nei contratti, Giuffrè, Milano, 1983, p.45.

<sup>25</sup> En tratándose de un contrato atípico, como bien es sabido, la principal consecuencia tiene que ver con la disciplina normativa que le es aplicable, como quiera que cuando se determina que un contrato es atípico, existen especiales previsiones normativas sobre este particular. Así, la jurisprudencia ha puesto de presente que "...En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de auto integración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante. Refiriéndose al punto, precisó esta Corporación que: "... Al lado de los contratos usuales o comunes previstos por el ordenamiento jurídico positivo y sujetos a normas generales y particulares a cada uno de ellos, la doctrina y la jurisprudencia, han visto fluir los que desde la época del Derecho Romano, se llaman innominados, no porque no tengan denominación en la ley, sino en cuanto carecen de una disciplina legislativa especial. De aquí también el nombre de atípicos, en cuanto se separan de los contratos nominados, que, como se sabe, están tutelados por esa disciplina legislativa especial. Esto no significa, que la ley no reconozca la validez y eficacia de los primeros, sino que ellos deben estar dirigidos a realizar intereses merecedores de esas tutelas según el ordenamiento jurídico general". Y así como existen reglas particulares para los contratos nominados singulares, deben buscarse las mismas reglas para los innominados de la misma especie, esto es, para cada uno de ellos." (G.J. LXXXIV, pág. 317). Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales. Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben aplicarse **analógicamente** las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la **absorción** según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la **combinación**, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular –nominado– y las normas mediante las cuales éste está disciplinado por la ley. En ese orden de ideas, sería siempre posible desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes, "estableciéndose una especie de 'alfabeto contractual', al que se podría recurrir para aplicar la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, mediante una 'dosificación' de normas –o de grupos de normas–, o de varias disciplinas jurídicas en combinación, lo cual daría el resultado que se busca" (G.J. LXXXIV, pág. 317), en todo caso, agrega más adelante la Corte "... todos estos criterios de interpretación, no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada

labor del intérprete, en este particular y exigente escenario, consiste en *evaluar* uno o diversos atributos particulares del negocio jurídico, en aras de sopesar su *tipicidad*. Por eso es por lo que, en cuanto a la denominación de este proceder, se asevera que se trata de un *juicio de tipicidad* por excelencia, es decir, una valoración referente a la adecuación típica del acuerdo frente a una de las especies de contratos previstos en la Ley civil o comercial.

Este juicio de adecuación típica, en estrictez, puede desdoblarse con fundamento en diversas metodologías, de tal suerte que no existe un procedimiento único, y menos una disposición legal que le fije al hermeneuta, con toda precisión y exhaustividad, un conjunto de pautas que inexorablemente deba seguir, con el fin de llevar a cabo la calificación contractual. Empero, ello tampoco supone que éste pueda actuar con absoluta libertad, como quiera que su actuar debe ser cauteloso y criterioso, en el sentido de no desfigurar el contenido del contrato realmente celebrado por las partes, materia de su limitado ejercicio, evitando imponer su modo especial y subjetivo de apreciar las cosas, puesto que como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una y otra vez, su labor no es la de sustituir la voluntad de las partes, ni la de fungir como una de ellas, sino, muy por el contrario, la de recrearla para ponderarla en su justa y cabal dimensión, a fin de dotarla de la eficacia necesaria, a tono con la intención de los contratantes (art. 1618, C.C), norte señero de su búsqueda hermenéutica.<sup>26</sup>

---

*materia. De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si éstas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris" (ibídem) ...". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. Cfr. Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Op.Cit.*

<sup>26</sup>- Como lo precisó en su oportunidad la Corte Suprema, se yerra superlativamente, "...cuando el juez so pretexto de [la] interpretación, desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o pretermite al aplicar el contrato alguna interpretación terminante o la sustituye por otra de su invención" (XXV, 429). Otro tanto puso de presente en fallo del 14 de agosto de 2000, según el cual, "Si la misión del intérprete, por consiguiente, es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborio debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas, y lo que es más importante, no conduzca a su suplantación, toda vez que ello es lo que desventuradamente hacen algunos juzgadores, quienes enarbolando la bandera hermenéutica, terminan invadiendo la órbita negocial, al punto de que en veces, mutatis mutandis, parecen

Por eso, aún sintonizados con lo afirmado en precedencia, a pesar de que no existe una metodología única que indique al intérprete cómo debe ejercer su labor, se insiste en este planteamiento, lo cierto es que debe obrar *ex abundante cautela*, para que, al usar el escalpelo interpretativo, sepa diseccionar las diferentes fases del acuerdo, a fin de no incurrir en una especie de *contaminación contractual*, en la que seducido por la presencia de un rasgo tipificador de un determinado contrato, por vía de ejemplo, termine asignándole una naturaleza especial diversa, en función de una nota individual, que por importante que sea, no constituye el todo contractual, o si se prefiere la quintaesencia o lo capital del tipo, pues sabido es que en la calificación del negocio, que es más que la mera, fría o automática subsunción preceptiva, resulta aconsejable observar algunas reglas de interés, entre varias las siguientes, se itera, expuestas más a título descriptivo:

- a) Tomar en cuenta el plexo de las llamadas *circunstancias del caso* (tiempo, modo y lugar), de tanta valía para poder reconstruir la real intención de los contratantes, conforme se señaló. No resulta conveniente, por lo tanto, inicialmente detenerse en un sólo elemento, criterio o conducta, toda vez que, de la mano del profesor Giorgio de Nova, “la verdad es que los tipos legales se distinguen entre sí con base en criterios múltiples y heterogéneos, que puedan transitar desde la cualidad de las partes hasta la naturaleza del bien objeto del contrato, del contenido a la naturaleza de la prestación, del factor tiempo al modo del perfeccionamiento del contrato mismo”<sup>27</sup>. Por eso,

---

*fungir más como contratantes que como intérpretes del contrato, esto es, como invariablemente debe tener lugar, situados en su periferia. Cuán cauteloso entonces debe ser el fallador, para evitar que la intención real de los artífices del negocio respectivo, sea fidedignamente interpretada -y de paso respetada- y de ninguna manera mancillada, o sea, adulterada o falsificada, so capa de buscar, equivocada y forzosamente, la supuesta intención de los que han contratado o de identificar el tipo contractual y de fijar su hipotético alcance, sin percatarse que procediendo de esa cuestionada manera la conculcan y, por consiguiente, a modo de irresoluta secuela, distorsionan el acuerdo negocial, ora porque recortan su extensión, ora porque la aumentan o, incluso, porque lo truequen. De ahí que so pretexto de auscultar la voluntad de los contratantes, no puede el intérprete desfigurar el texto del contrato, máxime si éste, justamente, la recoge con fidelidad.”*

<sup>27</sup>- Giorgio de Nova. Il tipo contrattuale, en Tipicità e atipicità nei contratti, Giuffrè, Milano, 1983, p. 31.

el ceñimiento al método en mención, es refractario a un encuadramiento inopinado e inconsulto, amén de formal y mecánico, puesto que las indicadas circunstancias justifican la calificación, de tal forma que se suele hablar de un proceso de '*reconducción tipológica*', *stricto sensu*.

- b) No generalizar, o calificar un contrato como típico de segundo grado, dejando de lado elementos cardinales y absorbentes del mismo, a pretexto de la presencia de uno que otro elemento o rasgo suyo, episódico o no a lo largo de la relación jurídica, habida cuenta que la concreta calificación de tal, debe evitar a toda costa, en precisa opinión del profesor Umberto Breccia, "...una tendencia arbitraria a la asimilación del atípico al [contrato] típico"<sup>28</sup>, la que es común cuando una nota que se enseña en un típico transita por un negocio ayuno de tipificación, con carácter más o menos ocasional. Al fin y al cabo, en el cosmos contractual hay una movilidad de ciertos elementos que hacen unos negocios más próximos que otros, hecho que exige *sindéresis*, al mismo tiempo, como se acotó, el empleo de indicadores fiables para purificar y escindir la relación (índices especiales).

Desde esta perspectiva, útil es tener presente que, dada la existencia de familias contractuales, como se anticipó, es posible que existan rasgos afines entre diversos acuerdos negociales, bien de modo general, bien de modo particular. De ahí que, en puridad, se entienda que no existen tipos contractuales puros, immaculados o absolutos. Muy por el contrario, al igual que en caso todas las categorías jurídicas, cada contrato tendrá un *género próximo* y una *diferencia específica*, motivo por el cual se podrá sistemáticamente constatar la convergencia de elementos comunes entre contratos pertenecientes a una misma familia o grupo, como, por vía de ejemplo, sucede entre la agencia mercantil y el contrato de distribución, u otros contratos aledaños, o que cohabiten en el mismo vecindario contractual.

---

<sup>28</sup> - Umberto Breccia. Le nozioni di 'tipico' e 'atipico', op. Cit, p. 6.

Expresado en otros términos, no debe perderse de vista, al momento de calificar un contrato, que existen acuerdos hermanados y, en esa específica medida, es probable identificar rasgos comunes entre uno y otro contrato, ya que, en su genuina esencia, comparten el mismo ADN contractual, según se deslizó esta idea en párrafos anteriores. Esos elementos comunes, sin embargo, no deben confundir al intérprete y conducirlo a desnaturalizar un acuerdo negocial por meras similitudes o por el tránsito de puntuales rasgos o signos. No en vano, el intérprete debe tener presente un aspecto nuclear al momento de aplicar los indicadores o índices especiales, a saber, la existencia de elementos comunes o hermanados con otros contratos no obsta para que, al mismo tiempo, puedan identificarse diferencias específicas entre los mismos, tarea ésta última que es justamente por la que propenden los referidos indicadores.

- c) A tono con lo manifestado, identificar las zonas de frontera contractual, pues por más que se pueda aludir a un cierto tipo de elasticidad del tipo, sus límites deben ser definidos, a la par que respetados. De otro modo, antes que individualidad tipológica, reinaría la perplejidad y la volatilidad contractuales, lo cual conspiraría, de una parte, con la *voluntas in negotio* y, de la otra, con la seguridad jurídica, en sí misma considerada. No se soslaya que, en veces, se dificulte la adopción del tipo más prístino y acorde con lo realmente querido, desde luego respetando el ordenamiento legal; simplemente se exhorta a que se proceda con mesura, en guarda de no alterar el tipo, ora forzando su asimilación, ora distanciándolo. Tan negativo es pregonar sin fundamento atendible la atipicidad del contrato, como reprochable encasillarlo en una estructura que no es la suya.

Ello explica que para un adecuado proceso de calificación, será menester observar los elementos del "...tipo prevalente"<sup>29</sup> o

---

<sup>29</sup>- Umberto Breccia. Le nozioni di 'tipico' e 'atipico', op. cit, p. 6.

“absorbente”,<sup>30</sup> pues en este caso serán imitados por él. Habrá otros supuestos, como bien lo ilustra el profesor Luís Díez-Picazo, en los que los aparentes rasgos de separación no son determinantes, debiéndose mantener todavía el contrato dentro de la tipicidad legislativa, siempre que la desviación producida sea inessential desde el punto de vista de la naturaleza del contratos. Como dice MESSINEO, continúa existiendo tipicidad, mientras la desviación no sea suficiente para hacer perder al contrato su fisonomía o para hacer inoperante su causa típica.”<sup>31</sup>. En esta misma dirección, como lo clarifica el profesor Rodolfo Saco, en la calificación del contrato, tiene lugar “...una valoración de prioridad”<sup>32</sup>, o de compatibilidad, conforme lo delinea el doctrinante C. Massimo Bianca, quien entiende que “Cuando la finalidad particular de las operaciones es compatible con el ‘tipo legal’, el contrato se califica con base en este último, con la consecuente aplicación de la disciplina respectiva”<sup>33</sup>. Por consiguiente, es plenamente posible que existan elementos o signos que, aun cuando relevantes, en abstracto, en concreto devengan marginales, pues no hacen que el tipo específico aflore, porque para ello se requiere, según lo corrobora Vincenzo Roppo, que se configure un “...tipo dominante”.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> - Francesco de Giovanni. Il tipo e la forma, Cedam, Padova, 1992, p. 22, quien alude a un “...juicio de correspondencia”, el cual se puede hacer con fundamento en una “...figura típica, reputada absorbente o prevalente”, según sea el caso.

<sup>31</sup> - Luís Díez-Picazo. Fundamentos de derecho civil, Vol I. Introducción. Teoría del contrato, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 490.

<sup>32</sup> Rodolfo Saco. Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti, UTET, Torino, 1982, p. 443

<sup>33</sup> C. Massimo Bianca. Derecho civil. El contrato, vol 3, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 497

<sup>34</sup> - Vincenzo Roppo. Il contratto, Giuffrè, Milano, 2000, p. 429.

A juicio del profesor Larenz, en dicho proceder valorativo lo neurálgico descansa en la ‘intensidad del tipo’, en la formación de una ‘imagen total’ del mismo, y no a medias. Al respecto, indica que “...hay que atenerse siempre a que una regulación contractual concreta puede presentar, en expresión más o menos intensa, los rasgos típicos de un contrato de sociedad, pudiendo al respecto faltar también totalmente alguno de estos rasgos particulares.....De acuerdo con ello, la integración de un determinado contrato en el tipo de contrato no depende tanto de la coincidencia en todos los rasgos particulares cuando de la ‘imagen total’. Las desviaciones notables de la imagen total del ‘tipo normal’ se clasificarán como tipos especiales o como ‘configuraciones atípicas’...Precisamente la selección de rasgos considerados decisivos depende siempre del punto de vista directivo bajo el que la formación de tipo se lleve a cabo. El punto de vista directivo, bajo el cual el legislador

He allí entonces evidenciada la trascendencia de identificar y sopesar los atributos y elementos que, en concreto, en el negocio celebrado por los extremos de la relación negocial, "...imprimen carácter a todo el contrato",<sup>35</sup> bien sea para confirmar que obedece a un determinado tipo (procedimiento positivo), o para corroborar lo contrario (procedimiento negativo), en cuyo caso o se adscribe a otro esquema típico, o simplemente se reconoce que es un atípico -con o sin tipificación social-.

## **5 Examen de tipicidad frente al caso concreto sometido al conocimiento del Tribunal**

Teniendo en cuenta que el objeto central de la presente controversia, como se anticipó, tiene que ver en el fondo con la calificación de la relación jurídica contractual existente entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA, particularmente en el sentido de dilucidar si dicha relación constituye o no una agencia mercantil, procede este Tribunal, con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, de suyo medulares para el escrutinio puntual de las pretensiones formuladas, así como de las defensas esgrimidas a examinar, sí en efecto, la relación en comentario encuadra en la estructura reservada por el legislador para la agencia comercial, un indiscutido contrato típico en el Derecho colombiano, para lo cual partirá del denominado *test o examen de tipicidad*, como elípticamente se le ha denominado.

El propósito en referencia, es natural, estriba entonces en arribar a una conclusión en torno a la naturaleza jurídica del acuerdo perfeccionado entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA, a partir de un análisis que se centrará en la apellidada *tipicidad de segundo orden*, ya que, en lo que se refiere a la de primer orden, no encuentra este Tribunal, de antemano, controversia alguna. Efectivamente, obsérvese cómo las partes no controvierten la existencia de

---

constituye sus tipos, es siempre normativo...". Metodología de la ciencia jurídica. op.cit., p. 459.

<sup>35</sup> Juan B. Jordano Barea, Contratos mixtos y unión de contratos, op.cit, p. 331.

un contrato, sino que, muy por el contrario, reconocen que el acuerdo *sub-examine* tenía naturaleza contractual, pero difieren, a su turno, respecto del tipo de contrato de que se trataba, ora típico, ora atípico. Es así como las partes entienden que, en realidad, existía un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial –coincidiendo con la definición mercantil de contrato, al tenor del artículo 864 del Código de Comercio-. Sin embargo, no están de acuerdo en cuanto a si se trata, realmente, de un contrato de distribución estricto sensu o, como afirma la parte convocante, de agencia mercantil, en particular, en lo pertinente, de una agencia de hecho.

Así las cosas, delantadamente, el Tribunal encuentra que la tipicidad de primer orden, en realidad, no ofrece ningún inconveniente y, se itera, no es objeto de controversia o contradicción entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA. La *litis*, por el contrario, se centra en lo que concierne a la tipicidad de segundo orden, esto es, la determinación concreta del *tipo contractual* en el que se enmarca el acuerdo, si es que, en efecto, se erige en un inequívoco contrato típico, en tal sentido. Para determinarlo, este Tribunal, como se anticipó, procederá con sujeción al escrutinio antes descrito (*test de tipicidad de segundo orden*), examinando, en primer lugar, los indicadores de orden general y particular que, *in abstracto*, caracterizan los tipos contractuales esgrimidos por las partes –indicadores que permiten identificar los contratos de colaboración, en general, y el contrato de agencia y de distribución, en particular-, para luego descender a su estudio frente al acuerdo celebrado, *in concreto*.

## **6 El contrato de agencia mercantil**

Partiendo de lo anterior, y en la medida que en el presente proceso se solicita que se declare que el contrato celebrado entre las partes constituye una agencia mercantil, según se ha afirmado ya, imperativo resulta precisar cuáles son los elementos constitutivos de esta particular modalidad negocial –tanto desde el punto de vista global (indicadores generales), como desde la perspectiva particular (indicadores especiales o particulares)-, a sabiendas



de que se está en presencia de una de las varias opciones que se ofrece como instrumento jurídico con virtualidad para servir al propósito comercial de que un fabricante canalice la colocación de sus productos en el mercado a través de un tercero que, con una organización propia, asume tal labor. La clave, entonces, está en identificar los rasgos individualizadores del tipo contractual cuyo reconocimiento se pide, en los términos señalados en el examen de tipicidad en segundo orden realizado en apartes que anteceden, sin perder de vista que, por tratarse de una de las modalidades que caben en el contexto sin duda más general de los denominado contratos de distribución, la agencia comercial participa de los rasgos comunes que en todos ellos se presentan, sobre todo lo cual es necesario, por lo tanto, hacer las precisiones de rigor –elementos comunes o absorbentes, propios de la *familia contractual* y reflejados en los indicadores generales-.

Desde esta perspectiva, se observa que el artículo 1317 del Código de Comercio define la agencia comercial de la siguiente forma:

*“Art. 1317.- Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.”*

De la descripción legal se desprenden con claridad varios elementos cuya presencia es indispensable para que exista agencia, como son,-comenzando por mencionar los que tienen evocación explícita en lo literal-, la independencia, la estabilidad y el encargo de promover o explotar, a los que ha de agregarse el relativo a la actuación por cuenta de o actuación por cuenta ajena, al cual hace referencia reiterada la jurisprudencia –ordinaria y arbitral-, a partir de la ubicación y contenido del propio texto legal citado, y de varios de los que desarrollan la regulación de esta figura contractual.

En este orden de ideas, procederá el Tribunal a precisar el alcance de cada uno de estos elementos, indicadores especiales del tipo, en la medida en que

es necesaria su presencia para que exista un contrato de agencia comercial; hará alguna mención adicional a otro factor que la normatividad reguladora de la agencia involucra en su descripción y desarrollo, aunque con incidencia distinta en caso de no tener verificación, como es el relacionado con el territorio y ramo en que debe actuar el agente; y se abstendrá de comentar, por no ser relevantes de cara al perfil particular del asunto debatido en el caso *sub-examine*, algunas referencias normativas adicionales, como la atinente a las calidades de comerciante y empresario que se predicán, en su orden, del agente y el agenciado.

### **6.1 Independencia**

El Código de Comercio establece que el agente comercial debe ser independiente. Ahora bien, en la aplicación del régimen de la agencia se ha planteado la duda acerca de cuál es el significado de este requisito, pues para algunos ello implica que el agente debe ejecutar una actividad totalmente autónoma en relación con el empresario –sin injerencia de éste en el desarrollo de la gestión-, al paso que para otros dicho requisito alude, como connotación principal, a la ausencia de subordinación laboral.

Desde esta óptica, observa el Tribunal que si se acude a la historia fidedigna del establecimiento del artículo 1317 del Código de Comercio, se encuentra que en la exposición de motivos del proyecto presentado por el Gobierno al Congreso en 1958 se dijo:

*“Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque en forma estable, por cuenta de su principal. Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo”. (Tomo II, página 301, Ministerio de Justicia, 1958, se subraya)*

Desde este punto de vista, la independencia de que trata el artículo 1317 del Código de Comercio consiste, precisamente, en que no exista subordinación laboral.

Lo anterior además se acompasa con el hecho de que el propio Código de Comercio establece en su artículo 1321 que “El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas”, lo cual claramente muestra que la independencia no significa una autonomía del intermediario concebida como ausencia de instrucciones provenientes de quien como agenciado hace el encargo, aspecto sobre el cual alguna referencia adicional hará el Tribunal más adelante.

A lo dicho vale la pena agregar que la figura del agente comercial fue consagrada en el derecho colombiano siguiendo modelos de otros países, como el Código Civil Italiano de 1942, con ajustes que el legislador patrio estimó apropiados, y por la misma razón, relevantes de cara a la adopción de posiciones ante algunos puntos de controversia en torno al contenido normativo que la regula. En ese contexto, se advierte que en el derecho italiano, al igual que la generalidad de los derechos europeos, se ha señalado que el contrato de agencia se caracteriza por la independencia, y este elemento lo distingue del contrato de trabajo.

En este mismo sentido debe procederse en derecho colombiano. A tal propósito conviene recordar que el Código Sustantivo del Trabajo se refiere en su artículo 98 a los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros, señalando al efecto que los mismos tienen el carácter de trabajadores, para lo cual dispone:

*“Hay contrato de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros cuando al servicio de personas determinadas bajo su continuada dependencia y mediante remuneración se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial”.*

De este modo, uno de los elementos que supone la figura del representante, agente vendedor o agente viajero a que alude el precepto laboral mencionado, es la dependencia, en clara oposición a la independencia que debe tener el agente comercial. En relación con este aspecto, es pertinente

recordar que la Ley 50 de 1990, al invocar la subordinación laboral, señaló que ella faculta al empleador para exigirle al empleado “el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos”.

Así las cosas, para que no exista la independencia a la que alude el artículo 1317 del Código de Comercio, es necesario que el empresario pueda determinar el modo, tiempo y cantidad del trabajo del presunto agente en todos sus aspectos, de tal manera que el presunto agente, al igual que cualquier trabajador, simplemente coloque a disposición del empresario su capacidad laboral, para que este disponga de ella de la manera que juzgue más conveniente. Este es no solamente un indicador particular o especial de las relaciones de agencia comercial, sino que identifica, en parte, las relaciones contractuales de distribución, *in genere* –indicador general-, cuando éstas no devienen de una relación de tipo laboral.

Sobre este particular, dijo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de diciembre 2 de 1980 (G.J. Número CLXVI), que el agente “asume el encargo en forma independiente, lo que lo faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propios empleados y los métodos de trabajo, teniendo potestad para realizar por si o por medio de personal a su servicio el encargo que se le ha confiado; es claro que el contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continuada dependencia o subordinación”. Estas consideraciones han permitido afirmar, desde la perspectiva de descripción por vía positiva del elemento en cuestión, que en la agencia comercial un tercero -el agente-, con su propia organización (recursos humanos, físicos, económicos, etc), sin mediar subordinación laboral, asume el encargo de promover o explotar los negocios de otro –el agenciado-.

Es importante reiterar, entonces, que la independencia del agente no significa total autonomía, pues, como ya se dijo, el artículo 1321 del estatuto mercantil establece que “El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado

al tenor de las instrucciones recibidas”.

En relación con este mismo aspecto, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 6 de febrero de 2007, Radicación No. 30006):

*“En este mismo sentido no son extrañas al contrato de agencia comercial las instrucciones que eventualmente pueda trazarle el empresario al agente o, la obligación que se pacte para que éste rinda las informaciones relativas al negocio celebrado; todo lo contrario, es de la naturaleza de este tipo de convenios que los representantes cumplan el encargo que han recibido de acuerdo con las directrices y señalamientos trazados en el contrato o en el desarrollo del mismo, conforme lo señala el artículo 1321 del estatuto antes mencionado.*

*“Obviamente que las instrucciones y obligaciones a que se comprometa quien suscribe el convenio correspondiente como agente deben garantizar su independencia, porque de lo contrario podría llegar a enmarcarse eventualmente dentro del campo de la relación laboral al configurarse el elemento de la continuada dependencia o subordinación; [...]”.*

Es pertinente, además, recordar que la finalidad de la agencia comercial es permitirle al fabricante establecer, por fuera de su empresa, un sistema de distribución que promueva sus productos o servicios, en el lógico entendido de que tal sistema de distribución, en la medida en que se refiere a los productos o servicios del empresario, interesado legítimo en preservar la imagen de los mismos, puede implicar que éste fije –o intervenga en la fijación-, en forma más o menos estricta, los parámetros de actuación a los que ha de sujetarse el distribuidor, sin que por ello se desvirtúe la independencia, como quiera que, se reitera, ella no implica ausencia de instrucción, sino ausencia de subordinación.

En este contexto no habría razón, desde el punto de vista de la finalidad

tuitiva de las normas de la agencia, para distinguir entre la situación de una persona que promueve productos del empresario en forma totalmente autónoma –sin sujeción a instrucciones-, y la de aquella que lo hace siguiendo parámetros fijados por el empresario. Si en ambos casos el agente promueve productos del empresario, y no está sujeto a subordinación en los términos previstos por las normas laborales, merece igual protección del ordenamiento, desde luego que asumiendo la concurrencia de los demás requisitos exigidos para la tipificación de esta particular modalidad comercial.

## **6.2 Estabilidad**

Por otra parte, el mismo artículo 1317 del Código de Comercio exige que el agente actúe de manera estable. En este sentido, precisó la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias del 2 de diciembre de 1980 que “Al puntualizar el legislador que el agente comercial asume el encargo de manera estable, con ello precisó que aquél se diferencia del simple mandatario, ya que éste no tiene encargo duradero, carece de estabilidad, desde luego que el objeto de la gestión que se le encomienda es la celebración de uno o más actos de comercio que agotados producen la terminación del mandato, en tanto que al agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad...” (G.J. No. 2407, páginas 250 y ss. y páginas 270 y ss.).

En la misma línea de argumentación, en sentencia 5497 de octubre 20 de 2000 dijo la Corte Suprema de Justicia: “La estabilidad, que es la característica que interesa para el caso sub examine, significa continuidad en el ejercicio de la gestión, excluyente, por ende, de los encargos esporádicos, ocasionales o eventuales. ... Con todo, la estabilidad nunca puede asimilarse a perpetuidad o permanencia, porque esta característica no se opone a una vigencia temporal del contrato, por cuanto el artículo 1320 del Código de Comercio, expresamente consagra como uno de los contenidos del contrato de agencia ‘el tiempo de duración’ de ‘los poderes y facultades’ conferidas al agente. De ahí, que anteladamente se haya dicho que la estabilidad excluye

los encargos ocasionales o esporádicos, pero no la delimitación temporal del contrato, que la norma antes citada remite a la autonomía de las partes”.

Igualmente, en sentencia de diciembre 15 de 2006 (Ref: Expediente 760013103-009-1992-09211-01) dijo la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la estabilidad, “que implica continuidad en el ejercicio de la gestión desarrollada por el agente, ya que este adquiere el encargo de promover el negocio del agenciado y no uno o más contratos individualizados; por supuesto que los pactos de esa estirpe repelen la realización de encargos esporádicos y ocasionales; sólo cuando la actividad del agente es estable, ella puede constituir una verdadera labor de creación de clientela y, por ende, de promoción de contratos indeterminados, a la vez que, correlativamente, le asegura la amortización de las inversiones realizadas en la ejecución del encargo”.

En orientación semejante, el profesor Joaquín Garrigues<sup>36</sup> manifiesta que la estabilidad se centra sobre el hecho de que mientras dura su relación con el comerciante, el agente ha de ocuparse de la promoción de contratos que sólo se determinan por su naturaleza y no por su número.

Es prudente anotar, sin embargo, como lo ha señalado la doctrina, que la estabilidad no excluye hipótesis de una duración reducida o menor del contrato de agencia, pues ella puede depender, precisamente, del objeto de los negocios que se trata de promover. Así por ejemplo, puede haber contratos de agencia de corta duración, cuando precisamente los negocios que el agente debe promover sólo pueden desarrollarse en una determinada estación.

### **6.3 El promover o explotar negocios**

De acuerdo con la ley comercial, por el contrato de agencia el agente recibe el encargo de promover o explotar negocios. Como se ha señalado a menudo, la expresión “Promover”, de acuerdo con el Diccionario de la Real

---

<sup>36</sup> Tratado de Derecho Comercial. Tomo III, página 537

Academia, implica “Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro” o “tomar la iniciativa para la realización o logro de algo”. Por consiguiente, promover negocios implica adelantar las medidas para que se logren concretar los que sean objeto del contrato. De otro lado, “Explotar” significa “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”. Por supuesto que lo importante es precisar el alcance que debe tener el promover, como eje central de la actividad del comercializador, para que un contrato pueda ser calificado de agencia comercial.

Desde este punto de vista, la Corte Suprema de Justicia, en las rememoradas sentencias de 2 de diciembre de 1980, señaló:

*“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 éste 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 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”.*

Igualmente, en la sentencia del 31 de octubre de 1995 (Referencia: Expediente No. 4701), la Corte expresó:

*“De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como*



*fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario.”*

En la misma sentencia, la Corte precisó: “... lo que, como quedó atrás expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y el mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (v.gr., contratos, ampliación de actividades, etc), la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario”. (G.J. No 2476, pag. 1287)

De igual forma, en la sentencia del 28 de febrero de 2005 (Referencia: Exp. No. 7504), dijo la Corte:

*“...se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda al agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios ‘así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce -en sentido lato- como ‘mercadeo’, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que -hay que advertirlo- no supone tampoco y de*

*modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada'.*

*“Dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida -en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe -luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada -a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso”.*

Así mismo, en sentencia del 15 de diciembre de 2006, la Corte Suprema de Justicia destacó: “...el agente cumple una función facilitadora de los contratos celebrados por aquél con terceros; desde esa perspectiva le corresponde conseguir propuestas de negocios y ponerlas en conocimiento del agenciado para que sea éste quien decida si ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente”, esto último cuando tenga la facultad de representación.

De esta manera, la configuración de la agencia supone y exige la existencia de un encargo del empresario para que el agente despliegue una actividad primordialmente dirigida a crear o ampliar un mercado para los productos de aquél –elemento éste último que, además de tipificar la agencia *in concreto*, constituye también un indicador general de tipo, en la medida en que suele ser una característica presente en los acuerdos de colaboración empresarial-, a través del desarrollo de una conducta orientada a convencer a los potenciales clientes de la conveniencia de un producto o servicio, y por consiguiente, a la obtención de propuestas de celebración de contratos con el empresario, cuando el agente no tiene facultades para actuar a su nombre, o a la celebración de contratos a nombre del empresario, cuando median facultades de representación.

El agente no es, por consiguiente, un mero transmisor de pedidos, pues su

tarea consiste, precisamente, como lo señala la jurisprudencia, en crear y mantener una clientela, como resultado de una gestión orientada en forma consciente a ese propósito principal.

En este punto, debe de otra parte expresarse que cualquier persona que realice una actividad de comercialización de un producto o servicio, de algún modo puede –y hasta debe, desde la perspectiva de su propio interés– promocionarlo para tener éxito en su labor. Sin embargo, no en todos estos casos existe la promoción a la que se refiere el artículo 1317 del estatuto mercantil, porque la misma no consiste, como connotación esencial, en la mera reseña de las bondades de los productos que fabrica o los servicios que presta el empresario, sino que hace alusión a la realización de actividades fundamentalmente encaminadas a fomentar los negocios del empresario desde la óptica de crear y/o ampliar una clientela como resultado de dicha labor<sup>37</sup>. En esto coincide la noción de agencia del derecho colombiano con la del derecho europeo.

Es precisamente por ello que en el derecho europeo la indemnización a que tiene derecho el agente supone que éste “-hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y - el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes” (artículo 17 de la Directiva). En derecho Alemán la jurisprudencia ha señalado que el agente tiene derecho a indemnización en la medida en que haya adquirido nuevos clientes para el empresario, o haya desarrollado los negocios con clientes anteriores siempre que dicho desarrollo de nuevos negocios equivalga a conseguir un nuevo cliente. Además debe acreditarse que la adquisición de la clientela es imputable al agente<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> La “promoción” de los bienes o servicios, así entendida, es un instrumento o herramienta de la actividad de “promover” los negocios del empresario, pero no se confunde integralmente con ella.

<sup>38</sup>En este sentido Thomas Steinmann, Philippe Kenel, Imoge Billote. *Le contrat d’agence commerciale en Europe*. Ed Buylant, LGDJ, Schulthess, 2005, páginas 573 a 575

De igual modo, es porque el objeto de la misión del agente consiste en promover los negocios del empresario agenciado, por lo que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el que compra para revender, así para tal efecto deba promocionar los productos, no es un agente. En tal sentido, en la sentencia del 31 de octubre de 1999 expresó la Corte: “Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final”. Con similar orientación, en sentencia del 15 de diciembre de 2006 la Corte Suprema de Justicia explicó que “quien distribuye un producto comprado por él mismo para revenderlo, lo hace para promover y explotar un negocio suyo, aunque, sin lugar a dudas, el fabricante se beneficie con la llegada del producto al consumidor final (sent. oct. 31/95, exp. 4701)”, por lo cual no es agente.

A juicio del Tribunal, esta consideración tiene validez jurídica como principio general, por supuesto bajo la premisa de tratarse efectivamente –como realidad sustancial- de comercialización a través de compra para reventa, mas no como regla absoluta en la medida en que no excluye eventuales situaciones excepcionales en las que la referida compra para reventa sea una realidad apenas formal, que en caso de estar acompañada de una gestión cuyo contenido evidencie un verdadero encargo de promover los negocios del empresario –con el significado y alcance reseñados-, con independencia y estabilidad, y estructurando la actuación como por cuenta de tal empresario –con el significado y alcance que luego se precisará-, puede desembocar en la estructuración de una verdadera agencia comercial, obviamente si se verifican las demás exigencias de ley.

También conviene en todo caso destacar que la existencia de un contrato de agencia no significa que el empresario no pueda desarrollar él mismo una actividad de promoción de sus productos. En efecto, el empresario puede,

por ejemplo, realizar una actividad de promoción nacional, en tanto que el agente puede ocuparse de una promoción a un nivel local o regional. Se trata de dos actividades que, entonces, pueden coexistir. Pero siempre debe reiterarse que no puede existir agencia sin una verdadera actividad del agente dirigida a promover los negocios del empresario, esto es, una actividad esencialmente dirigida a procurar la creación y/o el fortalecimiento del mercado de los bienes o servicios del empresario agenciado, con el alcance y contenido que se ha reseñado.

Por otra parte, según se anticipó, de la definición legal se desprende que el encargo que recibe y acepta el agente puede ser no sólo para promover, sino también para explotar negocios del agenciado. Tal explotación supone que el agente actúa para lograr que el negocio produzca la utilidad que le es propia, lo que podría llevar a pensar que el contrato de agencia no necesariamente supone el promover negocios. Sin embargo, debe observarse que el artículo 1317 del Código de Comercio no puede analizarse aisladamente, sino en conjunto con las otras normas que rigen la agencia y que, por lo tanto, la desarrollan. Desde esta perspectiva, se encuentra que el artículo 1324 del mismo estatuto consagra entre las prestaciones que pueden causarse por la terminación del contrato de agencia el pago de una indemnización, cuando el empresario le pone fin al contrato de agencia sin justa causa, o cuando el agente le pone fin a dicho contrato por justa causa imputable al empresario. Ahora bien, dicha indemnización de acuerdo con la ley debe establecerse como una "retribución a sus esfuerzos (los del agente) para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato". El criterio legal establecido para calcular la indemnización demuestra que para el legislador en todo caso la agencia supone una actividad constante del agente dirigida a acreditar la marca, la línea de productos o servicios. Lo anterior confirma, entonces, que lo realmente esencial del contrato de agencia es que el agente se ocupe de promover los negocios del empresario, realizando una conducta activa en tal sentido.

#### **6.4 Actuación por cuenta ajena**

Desde la expedición del actual Código de Comercio se ha discutido si para

que exista contrato de agencia se requiere que el intermediario o comercializador obre por cuenta del empresario, lo que equivale a dilucidar si la “actuación por cuenta de” o “actuación por cuenta ajena” es o no un elemento indispensable en la tipificación de dicha modalidad contractual. Existen autores que consideran que tal requisito no es necesario, en la medida en que la ley no lo exige expresamente; otros, al contrario, consideran que el mismo se desprende de la propia naturaleza de la agencia, con consagración en las normas que la regulan, integralmente consideradas.

Ante este panorama, el desarrollo jurisprudencial, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la arbitral, ha contribuido decididamente en el esclarecimiento de la solución aplicable, por manera que puede afirmarse que hoy se sostiene como tendencia claramente mayoritaria, la tesis que responde afirmativamente frente a la reflexión planteada. Estima el Tribunal que, en efecto, en el momento presente suele reconocerse que la actuación por cuenta de es un elemento indispensable para la recta estructuración del tipo y la cabal calificación del acuerdo como agencia comercial, incluso, en el sentir del panel arbitral, con una importancia superlativa en cuanto a que se está en presencia del elemento individualizador que, en rigor, verdaderamente la da una entidad jurídica propia, diferenciándola de otras modalidades que envuelven comercialización a través de terceros en las que características como la independencia y la estabilidad –e incluso la promoción- pueden presentarse.

Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha exigido este requisito. En tal sentido, dijo la Alta Corporación en la frecuentemente invocada sentencia del 2 de diciembre de 1980:

*“Y aunque en la definición no esté expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que éste 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 y 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 éste lo efectúe directamente... o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio', todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo, y 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".*

[...]

*"En el caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nueva clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuir, o en reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o en aumentarla; pero resultaría claro que las pérdidas que pudieran arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las cargaría el agente [...]. 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.*

*"La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que*

*puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos 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.”*

Tiempo después, en la sentencia del 31 de octubre de 1995, sobre el tópico que se examina dijo la Corte Suprema de Justicia: “Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para él mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final. Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que éste, previa las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia; actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial”.

Así mismo, en la sentencia de diciembre 15 de 2006 (Ref.: Expediente 76001-3103-009-1992-09211-01), de nuevo la Corte afirmó: “Si el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario,



significa que actúa por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones. De ahí que la clientela conseguida con la promoción y explotación de los negocios le pertenezca, pues, insístase, el agente sólo cumple la función de enlace entre el cliente y el empresario...” Agregó la Corte “Que el comerciante actúa por cuenta del empresario es cuestión que corrobora el hecho de que perciba una remuneración por su gestión, amén de que sea titular del derecho de retención sobre los bienes o valores de éste que se hallen en su poder o a su disposición, privilegio que le reconoce el artículo 1326 del Código de Comercio”.

Conclusión similar se aprecia en pluralidad significativa de decisiones arbitrales, de las cuales es expresión, por citar alguno, el siguiente pronunciamiento<sup>39</sup>:

*“7. En la promoción de los negocios, el agente obra por cuenta y riesgo del empresario agenciado*

*Una de las características más sobresalientes del mandato civil, del mandato comercial y por ende de la agencia mercantil es el tener que obrar el mandatario por cuenta y riesgo de quien le confiere el encargo, como dice el Código Civil, o por cuenta de otro, como lo precisa el Código de Comercio para el mandato comercial, o en la promoción o explotación del negocio ajeno, como resulta de los textos legales sobre agencia comercial.*

*[...]*

*De lo dicho se infiere que no puede ser considerado como mandatario y mucho menos como agente comercial quien no asuma la obligación de hacer algo para otro, sino para sí mismo, esto es, quien obra por cuenta propia, o sea tomando para sí los riesgos de las operaciones*

---

<sup>39</sup> Y muchos otros, como se referenciará más adelante.

*que ejecute. Si tal cosa hiciere un supuesto mandatario no estaría gestionando el negocio de otro sino haciendo su propio negocio*<sup>40</sup>.

A juicio del Tribunal, la marcada tendencia jurisprudencial del perfil que acaba de anunciarse y reseñarse tiene cabal sustento en la regulación legal de la figura pues, si se revisan las normas que regentan su estructuración y funcionamiento, se aprecia con claridad que de ellas se desprende que el agente actúa por cuenta ajena.

En efecto, en primer lugar, no puede ni debe pasar desapercibido que el Código de Comercio tipifica y estructura la agencia como una forma o especie de mandato, al incluirla dentro del Título XIII del Libro IV, destinado a la regulación de esta específica modalidad contractual, hecho objetivo de singular trascendencia cuando se advierte que, en este punto específico, el legislador patrio se apartó del tratamiento otorgado al tema en el Código Civil Italiano de 1942 -que tanto utilizó como referente para otros efectos-, en el cual la agencia encuentra tipificación como entidad negocial distinta e independiente del mandato. En el sentir del Tribunal, la ubicación deliberada de la agencia como modalidad o especie del contrato de mandato mercantil conduce perentoriamente a imprimirle la caracterización esencial que le es inherente a tal entidad negocial, en la que la actuación del mandatario por cuenta del mandante ocupa lugar preponderante, sin perjuicio de reconocer que la agencia, como especie que es, presenta variantes particulares, incluso con virtualidad para admitir debate en otros tópicos puntuales de la regulación, no relevantes en la valoración que ha de hacerse frente al caso *sub-lite*. Recuérdese que, en el mismo sentido, ya la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958 señalaba que “Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial” (Proyecto de Comercio. Ministerio de Justicia. Bogotá 1958, Tomo II, página 301).

En segundo término, conviene advertir que el artículo 1317 del Código de Comercio dispone que el agente debe actuar “como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”. Es claro que el agente que actúa como

---

<sup>40</sup> Caso PREBEL contra L'OREAL, Laudo de mayo 23 de 1997.

representante celebra negocios jurídicos a nombre del empresario y, de paso, por cuenta de él y en su beneficio. Ahora bien, cuál es el alcance de la expresión “agente”? Como lo ha señalado la jurisprudencia arbitral, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia trae entre otras acepciones de la palabra “agente”, las siguientes: “4. Persona que obra con poder de otro. 5...agente de negocios el que tiene por oficio gestionar negocios ajenos”. Así mismo, tanto el Código Civil como el Código de Comercio se refieren al agente aludiendo a personas que actúan por cuenta de otra, y que por ello la vinculan o pueden comprometerla (artículos 774, 1983, 1984, 2072, 2304 y 2497 del Código Civil y artículos 1011, 1067, 1489 y 1886 del Código de Comercio). De esta manera, del sentido mismo del vocablo “agente”, tal y como la emplea el propio legislador, resulta que es una persona que actúa para otro y, más específicamente, por cuenta ajena.

Adicionalmente, de otras varias normas del Código de Comercio, plasmadas al desarrollar el régimen aplicable a la figura, se desprende –de distintas maneras- que el agente actúa por cuenta ajena.

En efecto, el artículo 1319 del Código de Comercio establece la prohibición para el “agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores”. Como se puede apreciar, esta norma señala que los negocios no son del agente sino de los empresarios para los que actúa.

Así mismo, el artículo 1320 dispone que el contrato de agencia “contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente”. Adicionalmente establece que “No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”. Este efecto previsto por el Código de Comercio sólo tiene sentido en la medida en que el agente actúe por cuenta del empresario, pues si actuara por cuenta propia no habría lugar a considerar los poderes que confiere el empresario, ni serían relevantes los límites de los mismos para terceros con quienes el agente contrate.

Por otro lado, el artículo 1321 establece que el agente debe rendir al empresario, entre otras, las informaciones “que sean útiles a dicho

empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”. Esta disposición tiene sentido cuando el agente obra por cuenta del empresario, pues si actuara por cuenta propia, sería el directamente afectado por el negocio que celebra y, por consiguiente, quien debería valor la conveniencia del negocio.

El artículo 1322, por su lado, establece el derecho de remuneración del agente, “aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”.

Finalmente, el artículo 1326 prevé que el agente tiene derecho de retención sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, lo que sugiere, como escenario lógico en el que la aplicación de la figura tiene sentido, que el agente actúa por cuenta del empresario, no por cuenta propia.

Estas disposiciones, pues, permiten reafirmar la concepción legal de que el agente actúa por cuenta del agenciado; o lo que es igual: la actuación por cuenta de es un elemento necesario, imprescindible y tipificante, para calificar como agencia comercial una relación jurídica respecto de la cual se discuta su genuina naturaleza.

Ahora bien: en este punto del análisis se impone, como paso siguiente, establecer el alcance del requisito de que se viene hablando, cuestión no exenta de controversia y expuesta a planteamientos disímiles.

En efecto, al concepto de actuación por cuenta de se le ha otorgado por algún sector de la doctrina y la jurisprudencia arbitral un significado que se cataloga como “amplio”, que a juicio del Tribunal implica dejar de lado, en rigor jurídico, la objetiva consagración en nuestro ordenamiento de la agencia comercial como modalidad del contrato de mandato, en el que se asocia su configuración a aspectos como la existencia de instrucciones por parte del fabricante al comercializador, a deberes de información –sobre el comportamiento del producto, del mercado, de la competencia, etc.- a cargo

del comercializador para con el fabricante, a la injerencia del fabricante en actividades a cargo del comercializador<sup>41</sup>, todo prescindiendo de la consideración de que sea en el comercializador o distribuidor -“agente” según este entendimiento-, y no en el fabricante -“agenciado” a la luz de este planteamiento-, en quien se radiquen los riesgos y las ventajas de la labor de intermediación<sup>42</sup>.

También con criterio de amplitud, pero en visión diferente, que tampoco coincide del todo con la recién expuesta, y que corresponde a la línea de argumentación esgrimida por la convocante, se ha aceptado la configuración del elemento tipificador -indicador de tipo- en mención a partir de una conceptualización de la “promoción” que mira más a un sentido económico que jurídico de la misma, esto es, en función de si es el fabricante o productor quien asume los costos y riesgos de la actividad de promoción, y quien recibe parte sustancial de los frutos o beneficios de la misma, traducidos, por ejemplo y de manera preponderante, en hacer suya la clientela -más que del distribuidor-, conservándola a la terminación del contrato<sup>43</sup>.

En relación con este tema, y los planteamientos esbozados, lo primero que debe observar el Tribunal es que la naturaleza misma de la distribución, en sentido amplio, implica colocar productos de un fabricante entre el público; normalmente dichos productos se encuentran distinguidos con una marca del fabricante, quien, naturalmente, tiene legítimo interés en velar por su adecuado comportamiento en el mercado, bajo la lógica aspiración de que su marca adquiera reconocimiento y por ello se incremente el número de personas interesadas en adquirir su producto o recibir su servicio. De ahí que la injerencia del empresario fabricante en la labor de comercialización,

---

<sup>41</sup> En tópicos como la fijación de precios al público, colocación de publicidad en establecimientos del distribuidor, asistencia obligatoria del distribuidor a cursos de entrenamiento, etc.

<sup>42</sup> Expresión de esta tesis es el Laudo de febrero 19 de 1997, caso DANIEL J. FERNÁNDEZ Y CIA contra FIBERGLASS COLOMBIA.

<sup>43</sup> Se destaca el laudo arbitral proferido en el caso de Oscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C. Insucampo e Insucampo EAT vs. Agrevo S.A., hoy Aventis Cropscience Colombia S.A., del 21 de marzo de 2002, invocado a espacio por la sociedad actora en su alegato de conclusión (el pronunciamiento se emite en un contexto fáctico particular, a partir de la consideración de una relación contractual que se le presenta como “depósito ad vendendum”).

manifestada por ejemplo en el suministro de instrucciones asociadas al contenido de la gestión, es un rasgo común –aunque lo sea con énfasis diversos- a las distintas modalidades de distribución por conducto de terceros, y, por lo mismo, no propiamente un elemento diferenciador especial para efectos de la determinación de su tipología. Se trata, en otras palabras, de uno de los denominados *indicadores generales del tipo*, por lo que resulta de utilidad para identificar la *familia contractus* a la que pertenece el acuerdo en comentario, aun cuando no es suficiente para individualizar, en concreto, la especie o *tipo* de acuerdo, en cuyo caso no lo cualifica.

Bajo la misma directriz, puede afirmarse, entonces, que el intermediario, tercero que con su propia organización atiende la actividad de comercialización, cualquiera que sea la forma que adopte, estará interesado en el buen suceso de la labor de distribución de los productos en el mercado, generalmente asociado al objetivo de que se incremente el volumen de los mismos que coloca entre el público o entre otros comerciantes, pues normalmente de ello derivará, directa o indirectamente, sus utilidades, o, en consideración más general, el resultado económico de su gestión. De lo anterior surge, entonces, que es connatural a cualquier contrato de distribución de un producto, que se persiga incrementar su participación en el mercado y la clientela dispuesta a adquirir dicho producto o servicio – indicador general de los acuerdos de distribución-. Por lo mismo, cualquier contrato de distribución exitoso contribuirá a aumentar la clientela del producto o servicio y por la misma vía incrementará las utilidades que recibirá quien elabora el respectivo producto o presta el servicio. Finalmente, si el producto es suficientemente exitoso, la clientela quedará vinculada al mismo, y continuará comprándolo, sin importar a través de qué distribuidor se coloque.

Desde esta perspectiva, es claro que si la actuación por cuenta ajena es, por supuesto, distinta a la actuación por cuenta propia, y si la agencia mercantil es apenas una de las modalidades que puede revestir la distribución de los bienes o servicios de un empresario a través de terceros, que se caracteriza por la existencia de un encargo para promover los negocios de éste, y no simplemente promocionar sus productos –ni los propios-, no es posible

aceptar un concepto amplio de la actuación por cuenta ajena para concluir, como se pretende, que se está actuando con tal caracterización cuando de alguna manera se logra incrementar el número de personas que adquieren sus bienes o servicios, y por ello el fabricante o productor recibe los beneficios de la actividad del intermediario. Por lo mismo, en criterio del Tribunal no es posible aceptar que el requisito por cuenta de se encuentre cumplido por razón de cualquier “beneficio que directa o indirectamente reciba el principal de las actividades”<sup>44</sup> del distribuidor, pues ello conduciría a calificar como agencia comercial todo –o casi todo- contrato que envuelva la distribución de bienes o servicios de un empresario por un tercero<sup>45</sup>, lo cual desconocería la entidad jurídica particular y especial de aquella<sup>46</sup>, y haría desaparecer la línea divisoria que se impone mantener para reconocer, conforme a la realidad jurídica y económica imperante, diversas opciones de modalidades contractuales dentro del espectro genérico de la comercialización de bienes o servicios de un fabricante a través de terceros, unas típicas o nominadas, como el suministro con fines de distribución y la propia agencia mercantil, y otras atípicas o innominadas, pero jurídicamente viables y vinculantes, como la concesión, la franquicia, etc. No sobra memorar, como en otro acápite del presente laudo se puso de presente, que en este tema de la calificación contractual se hace necesario proceder *ex abundante cautela*, como quiera que el reconocimiento de la existencia de elementos comunes propios de una misma *familia contractual*, no puede conducir a que se desdibujen o distorsionen las líneas diferenciadoras entre cada *tipo contractual*, en particular. Lo propio sucede cuando se pretende ampliar las fronteras del tipo, en cierto modo ‘elásticas’ y, por ende, no absolutamente pétreas, como se anotó en su oportunidad, que no de textura abierta o indeterminada, dado que ello conspiraría con su identidad y su restricta estructura. Para evitar dicha distorsión, particularmente en lo tocante con el elemento ‘por cuenta ajena’, propio de la agencia mercantil, considera necesario el Tribunal precisar el alcance del mencionado requisito

---

<sup>44</sup> Página 14 del alegato de la convocante.

<sup>45</sup> Pues en hipótesis de es estirpe, genéricamente consideradas, normalmente va implícita la noción de beneficio para el fabricante o productor.

<sup>46</sup> Con un régimen legal especial, de connotaciones particulares en diferentes aspectos como la imperatividad de algunas de sus normas y la consagración de un régimen prestacional excepcional que se causa con ocasión de la terminación del vínculo –particularmente en cuanto al reconocimiento de la equívoca pero descriptivamente denominada “cesantía comercial”.

tipificador del contrato en comento.

Para este propósito, es pertinente destacar que la expresión “por cuenta ajena” tiene un significado definido en el ordenamiento jurídico, particularmente como elemento determinante en la estructura del contrato de mandato; que tal calificación, como elemento propio de la agencia, es común a los diferentes sistemas jurídicos que la consagran; y, finalmente, que de la ubicación y contenido de las normas que regulan la agencia, se desprende que el legislador la utilizó en este preciso sentido.

En efecto, en primer lugar, como lo señala Minervini<sup>47</sup>, “La fórmula ‘por cuenta ajena’ revela paladinamente su origen contable en el ámbito de las relaciones comerciales: un comerciante que obre por cuenta de tercero, abre una cuenta y anota las partidas activas y pasivas relativas al negocio, acreditando o adeudando al titular de la cuenta el saldo activo o pasivo. El núcleo jurídico que el citado procedimiento envuelve, consiste en la desviación del resultado de la actividad de una persona a otra; o —visto el fenómeno desde el opuesto ángulo de vista— en la incidencia en la esfera jurídica de una persona del resultado del *facere* de una persona diversa... : el mandatario obra por cuenta ajena, en el sentido de que el resultado de su *facere* se adquiere por tercera persona”.

Por otra parte, es sabido que la estructura jurídica del contrato de mandato, tanto civil como comercial, involucra inexorablemente la actuación del mandatario por cuenta del mandante. Según el artículo 2142 del Código Civil, del mandato se dice que es un contrato “en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”; y en palabras del precepto 1262 del Código de Comercio, se está ante un contrato “por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra”. Y la actuación por cuenta de, así concebida, se traduce en que, abstracción hecha de la forma en que puede conseguirse el resultado, según que se trate de mandato con o sin representación, los efectos económicos de los actos realizados por el mandatario deben, en últimas, radicarse en la órbita patrimonial del

---

<sup>47</sup> EL MANDATO, Barcelona, 1959, pp. 12, 13.



mandante. Sobre este particular se aprecia significativa coincidencia, de tiempo atrás, en doctrina y jurisprudencia<sup>48</sup>.

Consonante con esta directriz conceptual, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la arbitral, además de variada doctrina nacional y foránea, señalan con reiteración el genuino alcance de la exigencia en cuestión.

Por ejemplo, el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias entre Prebel S.A. y L'Oreal señaló: "... el obrar por cuenta de otro significa que quien actúa en la gestión de un interés ajeno no afecta su propio patrimonio sino el patrimonio del interesado en la gestión"<sup>49</sup>.

En el mismo sentido, Angelo Luminoso expresa:<sup>50</sup> "En virtud de la relación de gestión entre el agente (gestor) y el sustituido (gestionado), los resultados prácticos finales del negocio están destinados ab origine -y serán después acompañados a través de mecanismos técnico jurídicos- al sujeto por cuenta del cual el negocio se concluye".

De esta manera, en estricto rigor, que a juicio del Tribunal debe tener aplicación en tratándose de una modalidad contractual tipificada con tratamiento particular en aspectos tan relevantes de su regulación como el de un régimen prestacional especial por razón de su terminación, la expresión "por cuenta de" significa que los efectos patrimoniales de la actuación, tanto en sentido positivo como negativo, se desplazan a la persona por cuya cuenta se actúa, y no quedan por consiguiente en cabeza de quien actúa por cuenta de otro. En este punto es pertinente señalar que una cosa es actuar por cuenta ajena, y otra, no coincidente, actuar en interés o en beneficio

---

<sup>48</sup> Referencias sobre el tema aparecen en las obras de tratadistas como Arturo Valencia Zea, César Gómez Estrada y Gabriel Escobar Sanín; y jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia plasmada, por ejemplo, en sentencias de casación de junio 17 de 1937, febrero 16 de 1938, agosto 18 de 1958 y marzo 3 de 1978.

<sup>49</sup> En sentido similar podrían consultarse, para mencionar algunas, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia –Sala Civil- de diciembre 2 de 1980 y octubre 31 de 1995; y los laudos de marzo 31 de 1998, caso SUPERCAR contra SOFASA; febrero 23 de 2007, caso PUNTO CELULAR contra COMCEL; marzo 26 de 2007, caso DISTRIBUIDORA MARWILL contra COMESTIBLES RICOS.

<sup>50</sup> Angelo Luminoso. Mandato. Commissione. Spedizione. Tratado de Cicu y Messineo. Giuffrè 1984, pag. 5, en sentido semejante pag. 35

ajeno. Esta diferencia se aprecia claramente en las normas que rigen el mandato, las cuales contemplan que el mandatario actúa por cuenta del mandante, pero que adicionalmente, el contrato de mandato puede ser también en interés del propio mandatario o de un tercero (artículo 1279 del Código de Comercio), lo que ocurre por ejemplo cuando el encargo otorgado al mandatario consiste en vender un bien con cuyo producto ha de pagarse una obligación a cargo del mandante y a favor del mandatario<sup>51</sup>. En este caso, la venta se realiza por cuenta del mandante, pero claramente el mandatario tiene interés en el resultado del negocio. Incluso, la doctrina contemporánea en materia de mandato<sup>52</sup> señala que puede distinguirse entre el acto realizado por cuenta ajena, el acto realizado en beneficio ajeno en el cual se otorga un derecho a un tercero, y el acto efectuado simplemente en interés ajeno. Los casos anteriores muestran, con nitidez, que no se puede confundir el acto realizado por cuenta ajena con el acto realizado en interés ajeno, esto es, que no es posible desde el punto de vista técnico jurídico concluir que un contrato que beneficia a otro es realizado por cuenta de él, pues ello sólo ocurrirá cuando los efectos de los actos ejecutados en desarrollo de la gestión realizada están destinados a recaer en cabeza de la persona por cuya cuenta se actúa.

En consecuencia, entiende el Tribunal, en la línea de argumentación trazada y en el contexto de conceptualización jurídica recién reseñado, que la *actuación por cuenta de* no coincide con la que se realiza *en beneficio de*, consideración esta última que, en tratándose del mandato en general, se asume siempre presente respecto del mandante, y en referencia a los denominados contratos de distribución, es común –así sea en diferentes niveles y con diversos matices- a todas las formas de comercialización por terceros pues, al final, al empresario fabricante lo afecta –positiva o negativamente- el desarrollo y resultado de la actividad de colocación de sus productos en el mercado, independientemente de la forma en que se surtan los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el comercializador. Lo ciertamente diferente, y relevante de cara al tema que se examina, es que la actuación del distribuidor, siendo en beneficio del

---

<sup>51</sup> Caso de la jurisprudencia francesa citado en el *Traite Pratique de Droit Civil Francais*, TOMO xi número 1492, Paris, LGDJ 1954

<sup>52</sup> Luminoso, Ob. Cit. página 109

fabricante, puede no ser por su cuenta –del fabricante-, en el sentido jurídico de la expresión, descartando, en hipótesis de ese talante, la presencia de la agencia mercantil.

De esta manera, si el agente obra por cuenta del fabricante, ello implica que los efectos económicos o patrimoniales -positivos y negativos- de los actos que realiza en cumplimiento del encargo de promover los negocios del empresario, se radican en la órbita patrimonial de éste.

Por lo demás, esta idea es generalmente reconocida en el derecho comparado, lo que es importante para el análisis del derecho colombiano, si se tiene en cuenta que en la regulación del Código de Comercio se advierte, en esta materia, la influencia del derecho europeo.

Desde esta perspectiva, se observa que la Directiva de la Comunidad Económica Europea del 18 de diciembre de 1986 (86/653/CEE) define el contrato de agencia de la siguiente manera:

*“2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.” (se subraya)*

Es por ello que, en general, en los derechos europeos se considera que no tiene carácter de agente comercial el distribuidor que vende en su propio nombre y por su propia cuenta las mercancías del fabricante o proveedor<sup>53</sup>. De esta manera, no es posible en derecho europeo concluir que es agente un distribuidor por el sólo hecho de que beneficia directa o indirectamente al empresario, o que le ha creado una clientela a sus productos. Otra discusión que se ha presentado en derecho europeo es si otros intermediarios

---

<sup>53</sup> Para la situación de los diferentes derechos europeos actualmente: Thomas Steinmann, Philippe Kenel, Imoge Billote. Le contrat d'agence commerciale en Europe. Ed Buylant, LGDJ, Schulthess, 2005. En un sentido semejante refiriéndose al agente y el concesionario. Serge Megnin. Le Contrat d'agence commerciale en droit Francais et Allemand. Ed Litec. 2003, página 99. Roberto Baldi. Il Contratto di agenzia. Ed Giuffré 1992, página 48

comerciales, como son los concesionarios, deberían ser protegidos de la misma manera que los agentes, pero ello no significa que se les considere agentes.

Por lo demás, de las propias normas de la agencia se desprende que cuando el legislador reguló la agencia en Colombia partió de la base que, en últimas, las consecuencias patrimoniales de los negocios que celebrara el agente correspondían al empresario. Así, como se destacó en aparte anterior, cuando el artículo 1321 del Código de Comercio le impone al agente rendir al empresario las informaciones "...que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio", claramente indica que el negocio afecta directamente al empresario y es por ello que es él quien debe valorar la consecuencia del negocio. Si los efectos económicos del negocio se produjeran en el patrimonio del distribuidor, no tendría sentido que el mismo debiera informar al empresario para que éste valorara los efectos de un negocio que no lo afecta directamente.

Itera el Tribunal la ubicación de la agencia comercial como especie o modalidad del mandato mercantil, al lado de la comisión y la preposición, con el efecto cosustancial que ello trae en cuanto involucra una clara directriz de interpretación orientada a otorgar al concepto por cuenta de, el significado y contenido jurídico que le es propio en el contexto de la referida entidad contractual.

Ahora bien, es pertinente aclarar, en el plano teórico, que pueden presentarse situaciones en las cuales concurren, entre las mismas partes y en el contexto de un mismo vínculo comercial, diversas relaciones jurídicas de alguna manera asociadas, incluyendo un contrato de agencia mercantil. En este sentido, en sentencia del 31 de octubre de 1995 la Corte Suprema de Justicia señaló:

*"1.1.2.- Es claro entonces que el contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse*

con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca.

*“En efecto, el contrato de agencia, cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta entonces algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hacen diferente de ellos. Luego, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como ‘representante’ o ‘agente’, eso sí en virtud de un contrato de agencia.*

*“Así mismo, con relación a la actividad mercantil que desarrolla el comerciante, éste puede ser simplemente un fabricante o distribuidor de productos de un empresario, en virtud de los contratos de construcción, distribución, suministro, compra al por mayor, depósito, o de cualquier otro convenio que conduzca exclusivamente a este objeto.*

*“Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de ‘promover o explotar negocios’ del empresario ‘en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional’ (art.131 C.Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (vgr. contratos, ampliación de actividades, etc.), la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario [...].*

[...]

*“Todo ello conduce, entonces, a la necesidad de que el contrato de agencia requiera de una demostración típica y clara, es decir, que las pruebas se dirijan a establecer directamente el contrato de agencia, pues siendo éste autónomo, se repite, no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados, porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial”.*

De esta manera, es claro que la agencia puede concurrir con otros contratos, pero para que pueda reconocerse su existencia es necesario que los elementos de la misma, con el entendimiento y alcance que les corresponde, se encuentren debidamente acreditados, esto es, que en el contexto de la relación jurídica compleja que se configura entre las partes, el intérprete pueda identificar integralmente los elementos esenciales de la agencia, de manera tal que le sea dable concluir que este contrato se configuró, lo que justifica su correspondiente calificación de tal. Por el contrario, si solamente percibe o evidencia la presencia de algunos de ellos, pero no la totalidad, es decir esos que le “...imprimen carácter”, conforme se delineo, existirá un acuerdo con uno que otro elemento de la agencia, pero no que puede calificarse, en puridad, como una agencia, propiamente dicha. Una cosa es la proximidad, o la hermandad contractual, y otra muy distinta la unicidad y, por ende, la exclusividad o la absorción plena. Así, por vía de ejemplo, puede ocurrir, como de hecho se encuentra en la realidad contractual, que una misma persona, por una parte, reciba de otra el encargo de promover los negocios de un empresario respecto de unos determinados productos, y adicionalmente, adquiera otros productos del mismo empresario para venderlos por su cuenta y riesgo. En casos como ese, dicha relación contractual combina los elementos de los dos contratos, de modo que, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, deberán aplicarse las reglas propias de cada contrato a cada una de las prestaciones. Se trataría, al final, de dar aplicación a la teoría de los contratos mixtos o complejos, ampliamente aceptada y reconocida en la disciplina jurídica.

Por lo demás, debe destacar el Tribunal que el requisito de la actuación por cuenta del empresario en el desarrollo del contrato de agencia contribuye a delimitar el alcance del deber de promover del agente. En efecto, es claro que si el agente debe actuar por cuenta del empresario, con la connotación señalada, su misión no es simplemente promocionar los productos del empresario, sino que la misma consiste realmente en promover los negocios de aquél, con miras a procurar, mediante la colocación en el mercado de los bienes y servicios del mismo, la creación y/o el fortalecimiento de la clientela, para que el empresario pueda colocar productos y servicios.

#### **6.5 La determinación de la zona y del ramo de productos**

En adición a la reseña de los elementos estructurales mencionados, que dan tipicidad y tono a la agencia mercantil –indicadores especiales del tipo-, estima conveniente el Tribunal hacer alusión, en un plano diferente de incidencia, al tema de la determinación de la zona y el ramo de productos vinculados a la actividad de intermediación, aspecto considerado por ambas partes de este proceso, con enfoque distinto, en sus respectivas alegaciones.

Como ya se expresó, el artículo 1317 del Código de Comercio prevé que el agente desarrolla su actividad en una determinada zona y respecto de un determinado ramo de productos o servicios. Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si la ausencia de precisión de la zona o de los productos a los que se refiere la actuación del agente puede determinar la inexistencia del contrato de agencia. Sobre este particular, debe observarse que las más de las veces la falta de precisión a este respecto en el momento de la celebración del contrato no impide que de hecho ello se produzca durante su ejecución, y que por consiguiente el agente circunscriba su actividad a unos determinados productos o servicios cumpliendo así con el elemento señalado. Lo anterior es aún más claro si se recuerda que el legislador reconoce la existencia de la agencia de hecho, figura de la que luego se ocupará el Tribunal.

Pero, además, debe concluirse que la falta de determinación de la zona en la que ha de desarrollar su actividad el agente o el ramo de productos al que el mismo se refiere no tiene por qué afectar la existencia del contrato, en la medida en que el artículo 1320 del Código de Comercio establece que en el contrato se debe señalar “el ramo sobre que versen sus actividades, ...y el territorio en que se desarrollen”, y agrega que “No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”, lo cual acredita que la falta de este requisito no afecta la existencia misma del contrato de agencia, sino que apenas hace inoponible cualquier limitación que se quiera imponer, por lo cual el agente podrá actuar respecto de todos los negocios del agenciado y en todo el territorio nacional<sup>54</sup>.

### **6.6 La agencia de hecho**

Hasta aquí, se ha ocupado el Tribunal de hacer las consideraciones conceptuales que, en su parecer, necesariamente deben tenerse en cuenta al momento de acometer la tarea de calificar afirmativa o negativamente como agencia comercial una determinada relación jurídica que es objeto de tal examen –examen o juicio de tipicidad-, labor en la cual no se puede perder de vista el imperativo designio contenido en el artículo 1331 del Código de Comercio según el cual, “A la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente capítulo”, vale decir, las disposiciones que regentan, como tal, la agencia comercial.

Esta apreciación es sin duda importante en el litigio que ocupa la atención porque, tal como se consigna en el recuento procesal, la primera pretensión principal de la demanda se hace consistir en “Que se declare que entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) que estuvo vigente desde diciembre de 1994 al 3 de mayo de 2008, ó durante el tiempo que se logre probar dentro del proceso arbitral”.

---

<sup>54</sup> En tal sentido Gabriel ESCOBAR SANIN, “Negocios civiles y Comerciales”. Negocios de sustitución. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 1987. Pág. 43.



Para el abordaje del tema puntual anunciado, comienza por señalar el Tribunal que la doctrina alemana construyó la teoría del contrato de hecho para referirse a aquellos supuestos en los que se forman relaciones semejantes a las que se derivan de los contratos sin que exista un acuerdo que les sirva de causa. En este sentido, según señala la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 30 de junio de 2010 Referencia: Expediente 08001-3103-014-2000-00290-01), el jurista Günter Haupt expresaba “en la práctica moderna del comercio jurídico, y a gran escala, las relaciones contractuales se constituyen distintamente de cómo se había concebido en las reglas del Código Civil, al margen del acuerdo de voluntades: tales relaciones contractuales no se constituyen mediante la celebración del contrato, sino a través de *fattispecie* de hecho, a través de contactos sociales (*Kraft sozialen Kontakts*)”.

En tal sentido la doctrina alemana, a partir de Haupt, distingue tres hipótesis:

- a) El contrato de hecho derivado del contacto social, esto es, cuando se constituye un vínculo sin que haya un verdadero contrato. Ello incluye las relaciones precontractuales y de cortesía.
- b) Cuando existe un contrato que es ineficaz, caso en el cual las prestaciones ejecutadas corresponden a una relación de hecho, como ocurre con el contrato de sociedad o en el de trabajo.
- c) Cuando se trata de prestaciones propias del comercio masivo, que no implican un contrato, como son aquellas que se obtienen a través de máquinas.

Dicha doctrina ha sido criticada<sup>55</sup> -con razón, a juicio del Tribunal-, tanto porque pretende cobijar fenómenos distintos bajo una misma categoría, como porque las diversas hipótesis planteadas pueden explicarse jurídicamente sin acudir a la figura del contrato de hecho. En este sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya mencionada (sentencia

---

<sup>55</sup> Werner Flume. Teoría del Negocio Jurídico. Ed Fundación Cultural del Notariado. Madrid 1998, páginas 129 y 130

del 30 de junio de 2010 Referencia: Expediente 08001-3103-014-2000-00290-01) que dicha categoría:

*“Ante todo, se cuestiona, al pretender una construcción unitaria incoherente, mezclando y confundiendo categorías singulares disímiles e inconciliables, como las establecidas por oferta y aceptación, las concernientes a servicios públicos, medios de transporte, reclamación de la prestación ejecutada, responsabilidad por ‘culpa in contrahendo’, y situaciones jurídicas gestadas en razón de contratos ineficaces, cuyos efectos disciplina el ordenamiento e impone ex lege, desconociendo las proyecciones de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación, particularmente, de forma, madurando la difundida conciencia de su inadecuada e innecesaria referencia descriptiva con distorsión de la solución normativa dispensada a sus heterogéneas hipótesis (Peter Lambrecht (1994), Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, Tübingen. [<http://www.eugenbacher.ch/>, núm. 65])”.*

Por su parte, en Colombia, con referencia directa al ámbito del estatuto mercantil, la figura del contrato de hecho aparece, por una parte, en el contrato de agencia comercial, y, por otra parte, para algunos, en materia de sociedades, cuando el Código de Comercio regula en sus artículos 498 y siguientes la sociedad de hecho (figura que también existe en otros muchos ordenamientos).

En relación con el contrato de hecho y el derecho colombiano ha dicho la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 30 de junio de 2010 Referencia: Expediente 08001-3103-014-2000-00290-01):

*“2. En rigor, para la Corte, la doctrina de las ‘relaciones contractuales de hecho’, concierne a la manera como el negocio jurídico se expresa, surge, dimana o exterioriza en el campo jurídico, esto es, a la forma del acto dispositivo.*

*“En atención a la particular naturaleza dinámica y exigencias pragmáticas del tráfico jurídico, la forma del contrato, en línea de principio, de suyo y ante sí, es libre.*

[...]

*“Conformemente, para la Corte, salvo norma en contrario el acto dispositivo podrá expresarse por los hechos, el simple contacto, el comportamiento, la conducta o la ejecución práctica de sus elementos esenciales, y toda otra forma idónea admitida por el ordenamiento, usos y prácticas del tráfico jurídico, en cuanto evidencie y contenga la disposición de intereses”.*

De esta manera, en los casos en que la ley y la jurisprudencia se han referido a un contrato de hecho, se hace alusión a situaciones fácticas en las cuales, a pesar de que no aparece un claro consentimiento inicial válida y formalmente expresado que dé lugar al contrato, o de que no se cumplieron determinadas formalidades previstas en la ley para expresar el consentimiento inicialmente exteriorizado, se reúnen los elementos esenciales del respectivo contrato. Así, por ejemplo, con relación a la sociedad de hecho la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya mencionada expresó:

*“La característica fundamental e invariable del mencionado negocio jurídico de sociedad de hecho, se configura, por consiguiente, en su celebración a través de una forma libre [en las sociedades por acciones simplificadas, por ausencia de registro del acto constitutivo], generalmente, por ‘conformación y ejecución fáctica, bien porque haya surgido por los hechos, o cuando no se constituyó por escritura pública [...] ‘su formación societaria emerge de una serie de hechos’, acontece por ‘realización fáctica’ (cas. civ. sentencias de 3 de junio de 1998, [S-042-98], exp. 5109; 30 de julio de 2004, [SC-072-2004], exp. 7117) y, en todo caso, por una forma diferente a la escritura pública (artículo 498 Código de Comercio), a condición de expresar y contener*

*el acto dispositivo de intereses por la plenitud de sus elementos esenciales”.*

Para el Tribunal, situación de perfil semejante se presenta en materia de agencia mercantil de hecho, aunque con variantes propias de la consensualidad que impera en frente de esta especie contractual. Varias hipótesis es posible examinar, a manera de ilustración, en el tema que ocupa la atención.

Así, por ejemplo, es de recibo aceptar que la agencia de hecho puede existir cuando sin mediar –*ab initio*– expresión formal de la voluntad recíproca de celebrar un contrato de agencia mercantil, existe una conducta común de las partes, con virtualidad de configurar el elemento consentimiento<sup>56</sup>, que da nacimiento a un vínculo jurídico que presenta, durante su ejecución, los elementos esenciales de la agencia mercantil. Una realidad comercial de ese talante, vista desde la óptica jurídica, ha de catalogarse como verdadera agencia comercial, bajo la modalidad de agencia de hecho, desde luego en el entendido –que el Tribunal subraya– de que se verifica cabalmente la presencia de los elementos requeridos para su tipificación. Desde esta perspectiva debe destacarse, entonces, que la figura de agencia de hecho no es distinta al contrato de agencia mercantil regulado en los artículos 1317 del Código de Comercio, como no es esencialmente distinta la sociedad de hecho a la sociedad mercantil (salvo en la falta de la formalidad requerida), por lo que, para que la agencia mercantil se estructure, es necesario que en la relación material aparezcan configurados todos sus elementos individualizadores, sin que sea posible prescindir de alguno de ellos, ni otorgarles un alcance o significado diferente del que es aplicable para la referida entidad negocial.

Escenario diferente, pero que también es pertinente analizar en el contexto del litigio que se dirime, se presenta cuando las partes celebran un “acuerdo de distribución” –en el más amplio significado y haciendo abstracción de la denominación formal de las partes– en un determinado sentido y/o bajo una

---

<sup>56</sup> Aún bajo la modalidad de “agencia de hecho”, se está en presencia de una relación de origen convencional, lo que supone y exige “consentimiento”, sin perjuicio de la libertad que opera para su configuración.

determinada rotulación, y después se pretende el reconocimiento, respecto de esa relación, de una agencia comercial.

Enfrentado el juzgador a una hipótesis de ese perfil, es necesario diferenciar entre el contenido del acuerdo de voluntades y la calificación jurídica que corresponde a dicho acuerdo de voluntades. Es sabido que, en principio, corresponde a las partes determinar el contenido de su acuerdo de voluntades, y el juez debe atenerse al mismo, salvo en lo que hace referencia a elementos determinados imperativamente por la ley, o por aplicación de principios generales como el de la buena fe; por el contrario, la calificación jurídica del acuerdo de voluntades deriva del ordenamiento mismo, por lo que es una tarea que corresponde al juez, quien en este punto no está sometido a la denominación dada por las partes, y mucho menos cuando el debate involucra la calificación de un contrato realidad<sup>57</sup>. La calificación de las partes puede ser indicadora para el juez de cuál es o pudo ser la voluntad de ellas, pero no lo vincula; por consiguiente, pueden existir casos en los cuales las partes otorgan a un determinado acuerdo de voluntades una calificación diferente a la agencia comercial –incluso, en ocasiones, negándola expresamente–, que el juez deberá recalificar, reconociéndola, si encuentra que dicho acuerdo, tal como fue celebrado y/o como fue ejecutado, según corresponda, reúne los requisitos de la agencia mercantil. En últimas, se estaría dando aplicación a la figura de la agencia de hecho.

También puede suceder que las partes celebren expresamente un contrato con un contenido inicial a la luz del cual se impondría una determinada calificación sobre su naturaleza jurídica –diferente a la agencia–, acuerdo al que incorporan, desde la celebración o durante su ejecución, el pacto de un contenido prestacional adicional, que puede tener incidencia en la calificación del mismo. De nuevo, le corresponde al juez determinar, conforme a las reglas de interpretación que resulten aplicables y siguiendo el examen de calificación contractual antes esbozado, el contenido volitivo integralmente considerado, y hacer la calificación correspondiente, que podría conducir al reconocimiento de una agencia mercantil, como único negocio jurídico o

---

<sup>57</sup> Al final, la agencia de hecho corresponde a la consagración legal de la agencia comercial como contrato realidad.

como negocio jurídico concurrente, por ejemplo en aplicación de la teoría de los contratos mixtos, por supuesto si la relación cumple con todos los elementos tipificadores de la prenombrada especie contractual, en los términos descritos en el capítulo cuarto del presente laudo. Una vez más, por esta vía podría estarse dando aplicación a la figura de la agencia de hecho.

Los anteriores son, en suma, los indicadores generales y especiales que permiten identificar y singularizar las relaciones de agencia comercial y agencia de hecho, respecto de otros acuerdos de naturaleza contractual. Desarrollados, como están, tales elementos, estima prudente el Tribunal, siguiendo el examen de tipicidad antes propuesto, pasar a analizar si éstos se configuran en la relación objeto de estudio, para lo cual examinará si existe o no una *adecuación típica* entre los elementos caracterizadores de la agencia mercantil y los propios del contrato *sub-examine*.

Estima prudente el Tribunal hacer una reflexión adicional, en el punto que viene tratando de la calificación de la naturaleza jurídica de los contratos, aplicable desde luego en las controversias sobre agencia comercial, para advertir que fuera de discusión está el objetivo prevalente para el juez de imponer la calificación jurídica que materialmente corresponda, conforme a la ley, a toda relación jurídica que se someta a tal evaluación, por encima de la calificación y/o la denominación efectuada por los propios contratantes, o del contenido negocial expresado inicialmente, cuando resulta desbordado o desvirtuado durante la ejecución del vínculo; pero advirtiendo también, con igual énfasis, que cuando media la expresión de un determinado contenido negocial, aspecto que supera la mera calificación y/o rotulación formal, el reconocimiento de una realidad diferente supone y exige la prueba suficiente e inequívoca de tal disímil realidad, pues mientras no medie cabal demostración en contrario, necesario es presumir la sinceridad del consentimiento expresado por los contratantes, que ha de apreciarse en el contexto propio de las prerrogativas -con límites- del postulado de la autonomía de la voluntad, y de las cargas<sup>58</sup> que su ejercicio impone. En palabras de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 11 de junio de

---

<sup>58</sup> Como la de conocimiento, claridad, sagacidad, etc-

1991), en esa ocasión tratando el fenómeno de la simulación, “... *la prueba debe ser completa, segura, plena y convincente; de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se presume en los negocios (In dubio benigna interpretatio adhibenda est ut magis negotium valeat quam pereat)*”. Se trata, en compendio, en un todo de acuerdo con lo que se anticipó en el capítulo cuarto del presente laudo, de analizar el convenio perfeccionado entre la parte convocante y la parte convocada, con el propósito de elucidar qué tipo contractual se estructuró, para lo cual, entre otros criterios más, el hermeneuta podrá emplear los indicadores generales y especiales antes mencionados.

## **7 El contrato celebrado y su ejecución**

Pues bien, habida cuenta de todo lo anterior, teniendo en consideración el esquema inicialmente propuesto y el examen precedente en punto tocante con los indicadores generales y especiales que, *in abstracto*, pueden identificarse respecto del tipo contractual de la agencia comercial, procede el Tribunal a examinar el contrato objeto del presente proceso, teniendo en cuenta tanto el texto del mismo, como la forma en que fue ejecutado.

Entre las partes existió una relación contractual, la cual fue regida por una “Oferta de Distribución” suscrita por LA DISTRIBUIDORA el 13 de junio de 1995 (folios 1 a 4 del Cuaderno de Pruebas No 1 y folios 3 a 5 del Cuaderno de Pruebas No 2). Así mismo, obra en el proceso una oferta de distribución del 22 de febrero de 1996 (folios 6 a 9 del Cuaderno de Pruebas No 2, titulada refrescos).

La demandante afirmó en su demanda que “A partir de diciembre de 1994, LA DISTRIBUIDORA comenzó a distribuir los productos de BAVARIA, sujetándose a sus instrucciones, pero como una compañía constituida totalmente independiente”. A este respecto se observa que al proceso no se aportó prueba alguna que permitiera acreditar tal hecho, en lo que concierne a la referencia temporal. En este sentido, el dictamen pericial expresó

(página 1): “no ha sido posible encontrar registros contables en los archivos de La Distribuidora, que permitan determinar con precisión la fecha a partir de la cual esta sociedad inició la venta de los productos de Bavaria S.A...”. Sin embargo, el perito hizo referencia a un Acta de la Junta de Socios de LA DISTRIBUIDORA en la cual se menciona la venta de productos en el mes de julio, de lo cual concluye que LA DISTRIBUIDORA comenzó a vender los productos de BAVARIA en Julio de 1995, lo cual coincide con la firma del contrato. Por lo anterior el Tribunal debe partir de que la relación de BAVARIA con LA DISTRIBUIDORA surgió a partir de julio 1995.

La mencionada Oferta de Distribución de 1995 fue adicionada por la “Modificación de la Oferta de Distribución” de fecha 20 de febrero de 1997 (folios 5 del Cuaderno de Pruebas No 1 y 10 del Cuaderno de Pruebas No 2). Así mismo fue modificada por las propuestas del 22 octubre de 1997 (folios 7 a 12 del Cuaderno de Pruebas No 1 y 11 a 15 del Cuaderno de Pruebas No 2), 27 de agosto de 2003 (folios 478 a 482 del Cuaderno de Pruebas No 1 y 16 a 18 del Cuaderno de Pruebas No 2), y 18 de septiembre de 2007 (folios 13 a 18 del Cuaderno de Pruebas No 1 y 19 a 24 del Cuaderno de Pruebas No 2).

No tiene discusión que los documentos referidos reflejan el consentimiento exteriorizado por los contratantes, con independencia de cuál de ellos haya preparado su texto y cuál aparezca como oferente<sup>59</sup>, circunstancia que, como se verá, en el *sub-lite* no es decisiva, de cara a la naturaleza del debate planteado y a los elementos de índole jurídica y probatoria que inciden materialmente en el análisis.

La relación contractual a la que se hace referencia terminó por decisión de BAVARIA, a través de la comunicación de fecha 3 de abril de 2008 (folio 471 del Cuaderno de Pruebas No 1), por lo cual a partir del 4 de mayo de 2008, BAVARIA se abstuvo de vender sus productos a LA DISTRIBUIDORA, según

---

<sup>59</sup> No es extraño, y tiene justificación, que los términos de la vinculación jurídica de un empresario fabricante con su red de comercialización sean total o relativamente homogéneos, lo que supone e implica que normalmente prepara su texto, consideración que no elimina el carácter por entero vinculante para quienes, para asumir el rol de distribuidores, libremente optan por consentirlo, todo, por supuesto, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad privada, incluido el rechazo de las cláusulas abusivas.



se señaló en dicha comunicación; así mismo lo expresó el demandante en su demanda (Hecho 1.51), y el demandado aceptó en su contestación.

Adicionalmente, consta en el expediente que entre las partes existieron otras relaciones contractuales accesorias y complementarias. En tal sentido, el 27 de abril de 2006 las partes celebraron un contrato de comodato precario, por el cual Bavaria le entregó a LA DISTRIBUIDORA, como comodatario, un semirremolque botellero para el transporte de productos elaborados por BAVARIA (folio 106 del Cuaderno de Pruebas No 1). Igualmente consta en el proceso que por escritura pública No 2139 del 15 de septiembre de 2000 de la Notaria Primera de Bucaramanga se amplió una hipoteca que había sido constituida para garantizar obligaciones presentes o futuras que resultaran a cargo de LA DISTRIBUIDORA y a favor de BAVARIA S.A. (folios 44 a 48 del Cuaderno de Pruebas No 7). Así mismo, por escritura pública No 1520 del 1º de octubre de 2007 de la Notaria Segunda de Ocaña, una serie de personas naturales constituyeron una hipoteca abierta de primer grado para garantizar las obligaciones presentes o futuras que resulten a cargo de LA DISTRIBUIDORA y a favor de BAVARIA S.A. (folios 111 a 114 del Cuaderno de Pruebas No 7). Igualmente obran en el expediente contratos de pignoración de vehículos por parte de LA DISTRIBUIDORA a favor de BAVARIA (folios 138 y 139, 147 y 148 del Cuaderno de Pruebas No 7).

Del texto del contrato con sus diferentes modificaciones resulta que el mismo presenta las características que se reseñan a continuación.

En primer lugar, el distribuidor se comprometía a revender los productos que adquiría de BAVARIA.

En efecto, en la cláusula sexta de la Oferta de 1995 se expresaba:

*“SEXTA.- Me comprometo a revender los productos en forma directa e independiente, con mis propios medios, con libertad y autonomía técnica y administrativa, siendo de mi cuenta todos los gastos de cargue y descargue, transporte dentro del territorio asignado, movilización, almacenamiento y reventa de los productos...”*

Igual estipulación se encuentra en la propuesta de modificación del 22 de octubre de 1997. También, una regla semejante se encuentra en la cláusula primera de la propuesta de modificación del 18 de septiembre de 2007.

Por otro lado, dichos productos no podían ser vendidos a un precio superior al fijado por BAVARIA. En este sentido en la cláusula décima tercera de la oferta inicial de 1995 se expresó:

*“DECIMA TERCERA.- Me comprometo a no revender los productos adquiridos a BAVARIA S.A. por un precio superior al establecido por Ustedes como precio de venta al público en la zona que se me asigne”.*

Igual estipulación aparece en la propuesta de modificación del 22 de octubre de 1997, y en la cláusula 7ª de la del 18 de septiembre de 2007.

De otra parte, como contraprestación por sus servicios el distribuidor recibía las sumas fijadas por BAVARIA. Así en la propuesta de modificación del octubre 22 de 1997 se expresó en la cláusula sexta:

*“Parágrafo Primero: Por la labor anterior acepto las sumas que BAVARIA S.A. señale por bandeja o canasta de producto, que adquiera para distribución.*

*“Parágrafo Tercero: En caso de que llegue a efectuar el transporte de los productos que adquiero para la reventa, entre la fábrica y el territorio asignado, acepto que como única remuneración por tal labor adicional, recibiré las sumas preestablecidas por BAVARIA S.A. por tonelada kilometro que rija para el sector respectivo”.*

Igualmente en la propuesta de modificación del 2007 se expresó en la cláusula décimo séptima que se aceptaba como única contraprestación por la

reventa, las sumas de dinero que unilateralmente BAVARIA señalara. Lo que efectivamente ocurrió según se desprende del expediente<sup>60</sup>.

A tal efecto, según la prueba que obra en el proceso, BAVARIA pagaba a LA DISTRIBUIDORA un flete por transporte y un flete por reparto o distribución<sup>61</sup>.

Por lo demás, se pactó que LA DISTRIBUIDORA pagaría de contado los productos, salvo que BAVARIA otorgara crédito (cláusula decima cuarta de la oferta del 13 de junio de 1995).

Por otra parte, se estipuló que el distribuidor no podía obrar por cuenta y riesgo o en representación de BAVARIA, ni utilizar –como regla general, no absoluta- los signos distintivos de esta última. En tal sentido, se estipuló en la oferta del 13 de junio de 1995 lo siguiente:

*“PRIMERA- Me comprometo a no obrar por cuenta y riesgo o en representación de BAVARIA S.A., ni a utilizar emblemas, logotipos o cualquier otro medio de identificación o de presentación (nombres,*

---

<sup>60</sup> Por ejemplo, comunicación del 2 de abril de 2005 a folio 258 del Cuaderno de Pruebas No 1.

<sup>61</sup> En su declaración (folios 1 a 29 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó: “SR. CARDENAS: ..., cuando yo llegué era algo normal que ellos le pagaban un flete de transporte por la llevada de la cerveza hasta Ocaña y por la entrega a los puntos de venta otro flete.

DR. CARDENAS: Dos fletes. Uno por llevar hasta Ocaña y otro por..., tenían el mismo nombre o tenían denominación distinta?

SR. CARDENAS: No, el uno era el flete de transporte, el otro el flete de distribución.

DR. CARDENAS: Esos fletes eran un porcentaje del valor de envío, cómo se determinaba?

SR. CARDENAS: Era un valor por tonelada de la llevada de Bucaramanga a Ocaña y el flete de reparto sí era específicamente una cifra por cada caja que entregaba”.

En la declaración (folios 112 a 131 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) de la señora Doris Villamizar expresó:

“SRA. VILLAMIZAR: En el caso de La Distribuidora tenía dos fletes, uno se llama flete de distribución y otro se llama flete de transporte, el flete de distribución es un valor por caja entregada que lo que más o menos recuerdo son aproximadamente \$900 a \$1.100 por caja entregada, es decir cuando sale del depósito de la sociedad Distribuidora a entregarlo a cada cliente, por cada caja que se entregaba aproximadamente la empresa reconocer en esa época entre \$900 a \$1.100. Ese es el de reparto, adicionalmente a ellos se les pagaba otro flete que se llama flete de transporte que es el flete que la compañía reconoce de cuando se factura el producto en la planta, hasta llevarlo al depósito de la sociedad Distribuidora, este flete ya no se paga por caja sino por tonelada, las bandejas sí tenían un precio diferente, pero la mayoría de los productos se pagaban era por tonelada, más o menos eran como \$39.000 por tonelada.”

*enseñas, marcas, lemas comerciales, patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, etc.) utilizados por BAVARIA S.A., salvo los estrictamente necesarios para la reventa de los productos de que trata la presente oferta”.*

Una cláusula semejante se encuentra en la propuesta de modificación de 1997. Igualmente, reglas similares se consagran en las cláusulas décimo sexta y décimo novena de la propuesta de modificación del 2007. Vale la pena destacar que en esta última se señaló expresamente que esta relación no constituye agencia comercial. Igualmente se expresó lo siguiente:

*“PRIMERO: Me obligo, en forma directa e independiente, por mi cuenta y riesgo, con libertad y autonomía económica, administrativa y técnica, a comprar para revender los productos fabricados y/o distribuidos por BAVARIA S.A. y/o las empresas que ustedes indiquen...”.*

Adicionalmente, LA DISTRIBUIDORA asumió el riesgo de los productos. En efecto, en la cláusula tercera de la oferta de 1995 se señaló que las operaciones de cargue y descargue eran por cuenta y riesgo de LA DISTRIBUIDORA. Igualmente en la cláusula sexta de la misma oferta se pactó que la misma asumía el riesgo de pérdida de las mercancías o de la rotura de envases y empaques retornables. Estipulaciones semejantes se encuentran en las propuestas de modificación de 1997 (cláusula tercera) y 2007 (cláusula cuarta).

De igual manera, LA DISTRIBUIDORA se obligó a asumir sus costos laborales. Ello se desprende de la cláusula séptima de la oferta de 1995, y de las propuestas de modificación de 1997 (cláusula octava) y 2007 (cláusula décimo tercera).

Por otra parte, también se estipuló una prohibición para realizar promoción o publicidad de los productos fabricados. Así se pactó en la cláusula novena de la modificación realizada en 1997:

*“NOVENA.- Me obligo a no efectuar promoción, propaganda o publicidad de los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA S.A.”.*

Una regla análoga se incluyó en la cláusula décima sexta de la modificación de 2007, en la que se agregó que ello era salvo que BAVARIA expresamente lo autorizara y siempre de acuerdo con sus instrucciones.

Es pertinente agregar que en la cláusula décima octava de la modificación de octubre 22 de 1997 se estipuló:

*“DECIMA OCTAVA. Igualmente, si BAVARIA S.A. lo considera conveniente y me faculta para ello en cualquier tiempo, me comprometo a llevar a cabo las labores de preventa de los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA S.A. en cualquier momento, para lo cual me obligo a lo siguiente:*

*“a. Mantendré un permanente contacto con los diferentes clientes de BAVARIA S.A., suministrándoles la asesoría necesaria relacionada con la venta de los productos fabricados o distribuidos por la misma, el servicio requerido por el anotado cliente.*

*“b. Asesoraré al cliente de que trata la presente oferta en las labores de exhibición, merchandising, refrigeración, publicidad, revisión de inventarios, oferta de productos y promociones, confirmación de pedidos y entrega de los mismos, precios y procedimientos adecuados para las mejores condiciones de venta de los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA S.A.*

*“... ”*

*“f. Informaré diariamente a la persona que designe BAVARIA S.A. para tal efecto, sobre la situación del mercado y la competencia.*

*“g. Diligenciaré los formatos preestablecidos por BAVARIA S.A. para cumplir las funciones de preventa consignadas en la presente oferta.*

*“...*

*“i. Me comprometo a efectuar la preventa de que trata la presente oferta, en forma directa e independiente, con mis propios medios, con libertad y autonomía técnica y administrativa, siendo de mi cuenta todos los gastos de transporte hacia y dentro del territorio asignado.”*

De lo anterior se desprende que en virtud del texto escrito del contrato que vinculaba a BAVARIA con LA DISTRIBUIDORA, esta última debía adquirir –a título de compra- productos de BAVARIA y enajenarlos –a título de venta- en la zona que le fue señalada al precio fijado por BAVARIA, asumiendo tanto los riesgos del producto, como los de los clientes a los que les vendiera el producto. Como remuneración por esta labor, LA DISTRIBUIDORA recibiría una contraprestación integrada por dos componentes: una suma por razón del transporte de la mercancía desde las instalaciones de BAVARIA hasta la zona que le había sido encargada (que las partes llamaron “flete de transporte”), y otra suma por la distribución propiamente tal en la zona asignada (que las partes llamaron “flete de distribución”). Así mismo, LA DISTRIBUIDORA no podía realizar actividades de promoción, salvo que BAVARIA la autorizara, ni obrar como agente o representante de dicha empresa, ni por cuenta de ella. Igualmente, podría realizar actividades de preventa cuando BAVARIA la facultara para ello.

Entonces, a la luz del contenido negocial, tal como fue expresado el consentimiento por los contratantes, la relación jurídica no admitiría tipificación como agencia comercial.

Ahora bien, partiendo de lo anterior, pero teniendo en cuenta –según se puntualizó- que la calificación de un contrato no depende del nombre que le hayan dado las partes, ni del mero contenido formal reflejado en el documento que lo contiene, sino de los elementos esenciales que verdaderamente lo caracterizan y que bien pueden aparecer e identificarse

con ocasión del desarrollo contractual, debe el Tribunal examinar si en el caso *sub-examine* se reúnen los elementos del contrato de agencia, apreciándolo a partir de la ejecución real del contrato, tal y como resulta de la prueba aportada al proceso.

### **7.1 Independencia**

Si se revisa el texto del contrato celebrado se aprecia que de conformidad con el mismo el distribuidor tenía independencia. En efecto, así se expresa en diversas cláusulas contractuales en las que se señala que el distribuidor debía obrar “en forma directa e independiente, con mis propios medios, con libertad y autonomía técnica y administrativa” (por ejemplo, en la cláusula sexta de la oferta de 1995, regla que también se encuentra en las modificaciones del 22 de octubre de 1997 y 18 de septiembre de 2007).

Sin embargo, la parte convocada ha señalado que LA DISTRIBUIDORA carecía de independencia, por razón de presentarse circunstancias como las exigencias de BAVARIA de que los empleados de LA DISTRIBUIDORA vistieran un uniforme de ciertas características, el deber de utilizar vehículos con determinados colores, el tener que cumplir con un horario y seguir un itinerario previamente trazado, etc. Así mismo, señala que no habría independencia por el hecho de tener que actuar coordinadamente con el supervisor de ventas de BAVARIA, con quien debía mantener un contacto continuo.

En relación con este aspecto encuentra el Tribunal que, en efecto, está demostrado en el expediente, que los empleados de LA DISTRIBUIDORA debían portar un uniforme que claramente identificaba las marcas de BAVARIA y que así mismo los camiones empleados para el transporte y distribución debían portar la respectiva identificación de BAVARIA. Así se señaló en la demanda (hechos 1.14 y 1.23), lo cual fue aceptado por la demandada.

Igualmente es claro que LA DISTRIBUIDORA debía seguir una ruta definida<sup>62</sup>, y que debía atender los comerciantes de dicha ruta, so pena de llamados de atención por parte de BAVARIA<sup>63</sup>. Por otro lado también está claro que los funcionarios de LA DISTRIBUIDORA debían coordinar diariamente sus actuaciones con los supervisores de BAVARIA<sup>64</sup>.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, situaciones del perfil de las recién transcritas no excluirían la relación de agencia, pues, como ya se precisó, el requisito de la independencia del agente, en la tipificación de esta figura en el Código de Comercio, hace relación al hecho de que el mismo no debe estar subordinado al empresario como lo estaría un empleado. Tal condición claramente no se presenta en este caso, pues en todo caso LA DISTRIBUIDORA mantenía la capacidad de definir los demás aspectos de su organización y funcionamiento para cumplir el contrato, por lo que no estaba subordinada a lo que dispusiera BAVARIA, como lo estaría un trabajador. Ya anotó el Tribunal que la injerencia del fabricante en la labor de comercialización, y/o el suministro de instrucciones con ocasión de ella, constituyen rasgos comunes a distintas modalidades de distribución a través

---

<sup>62</sup> En su declaración (folios 1 a 29 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó: "DR. CARDENAS: Qué independencia tenía La Distribuidora, ella desarrollaba su actividad con los horarios que ella establecía, de... que ella establecía, o eso dependía de lo que dijera Bavaria?"

SR. CARDENAS: Eso dependía todo lo más a veces de la ruta, por ejemplo había un martes por ejemplo que ellos le entregaban a ciertos mayoristas, ellos a veces madrugaban más, otros días salían más tarde, eso dependía la ruta.

DR. CARDENAS: Esa ruta la determinaba Bavaria o la determinaba La Distribuidora libremente?

SR. CARDENAS: Esas rutas ya estaban establecidas cuando yo llegué.

DR. CARDENAS: Las tenía que cumplir La Distribuidora?

SR. CARDENAS: Sí."

<sup>63</sup> Por ejemplo comunicación del 28 de enero de 2008, folio 190 del Cuaderno de Pruebas No 3

<sup>64</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) el señor Ángel María Bayona expresó: "DR. BONIVENTO: Como usted estaba como empleado de la Distribuidora de quién recibía usted instrucciones sobre la forma en que debía cumplir sus funciones?"

SR. BAYONA: De la gerente Stella Trillos.

DR. BONIVENTO: De La Distribuidora?

SR. BAYONA: Sí señor, de la Distribuidora.

DR. BONIVENTO: En esa época como empleado usted de La Distribuidora tenía algún contacto usted con empleados, con funcionarios de Bavaria para algún tipo de asunto que tuviera que ver con el cumplimiento de esa distribución?

SR. BAYONA: Sí claro, con el supervisor, el supervisor le indicaba a uno bueno vamos a tal parte, hay una activación, algún baile que hubiera o algo, él le indicaba a uno cómo llegar allá."



de terceros, que no interfieren con el concepto de independencia que de ellos las más de las veces se predica.

### **7.2 Estabilidad**

Por otro lado, no hay ninguna duda de que la relación entre LA DISTRIBUIDORA y BAVARIA fue estable pues tal y como se desprende de la demanda y la contestación, de los documentos aportados y del dictamen pericial, la misma se prolongó por espacio de un poco menos de trece años, desde julio de 1995 hasta el 4 de mayo de 2008, durante los cuales LA DISTRIBUIDORA compró y vendió a través de un número indeterminado de operaciones las mercancías de BAVARIA en la zona que le había sido señalada.

### **7.3 Encargo de promover**

En cuanto hace relación a la actividad de promoción, se observa que en el contrato se había pactado que LA DISTRIBUIDORA se obligaba a revender los productos de BAVARIA<sup>65</sup>, pero igualmente se obligó “a no efectuar promoción, propaganda o publicidad de los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA S.A.”<sup>66</sup> Lo anterior podría llevar a descartar, desde la óptica del consentimiento expresado, la existencia de la promoción en la actividad de LA DISTRIBUIDORA.

Sin embargo, la parte demandante ha hecho énfasis en la actividad que realmente cumplía LA DISTRIBUIDORA, con miras a deducir de la misma que la demandante se ocupaba de promover los negocios del empresario.

---

<sup>65</sup> Cláusula sexta de la Oferta de 1995 y cláusula primera de la propuesta de modificación del 18 de septiembre de 2007.

<sup>66</sup> Cláusula novena de la modificación realizada en 1997. En forma semejante dispuso la cláusula décima sexta de la modificación de 2007, en la que se agregó que ello era salvo que BAVARIA S.A. expresamente lo autorizara y siempre de acuerdo con sus instrucciones.

Con el fin de determinar si realmente existió o no la actividad de promover los negocios del empresario, con el significado y alcance que se señaló en otro aparte de esta providencia, debe el Tribunal examinar otras estipulaciones contractuales y la forma como se ejecutó el contrato.

Desde esta perspectiva, observa el Tribunal que en la cláusula décimo octava de la modificación de octubre 22 de 1997 se había estipulado que si BAVARIA lo consideraba conveniente, y facultaba para ello a LA DISTRIBUIDORA, ésta se obligaba a llevar a cabo las labores de preventa de los productos, para lo cual mantendría permanente contacto con los diferentes clientes, suministrándoles asesoría relacionada con la venta de los productos fabricados o distribuidos por la misma, y así mismo prestaría asesoría a los clientes en diferentes aspectos como es merchandising, refrigeración, publicidad, revisión de inventarios, oferta de productos y promociones y confirmación de pedidos y entrega de los mismos. En relación con este aspecto se observa que a lo largo de la relación, salvo un período muy corto<sup>67</sup>, LA DISTRIBUIDORA no realizó actividades de preventa, sino lo que se denominó venta directa, esto es la venta que se realizaba a medida que el personal de LA DISTRIBUIDORA acudía a los diversos establecimientos con el producto de BAVARIA<sup>68</sup>.

Ahora bien, está claramente demostrado que LA DISTRIBUIDORA atendía unas rutas previamente definidas, a lo largo de las cuales debía vender el producto a los diversos comerciantes<sup>69</sup>. En este punto, advierte el Tribunal

---

<sup>67</sup> En este sentido, por comunicación del 20 de julio de 1999 (folio 377 del Cuaderno de Pruebas No 1) en la que se informa por la Distribuidora a Bavaria que la preventa se inició el primero de febrero de 1998 y se suspendió el 17 de julio de 1999.

<sup>68</sup> En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. BONIVENTO: qué quiere decir venta directa?”

“SR. GUTIERREZ: Venta directa es que vamos con el camión, el ayudante o el conductor se baja a la tienda, le ofrece producto, la señora le dice bájeme 20 cajas de Aguila, el señor se las baja del camión, las entra de una vez, saca su envase, cobra y hasta luego, eso es autoventa.

“DR. BONIVENTO: Esa venta la hace Bavaria o el distribuidor?”

“SR. GUTIERREZ: El distribuidor.”

<sup>69</sup> En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. ARANGO: Usted habló ahora del cargue sugerido y habló adicionalmente del señalamiento de las rutas, del cumplimiento de las rutas, yo quiero que nos cuente quién diseñaba esas rutas y si le estaba permitido al distribuidor apartarse de la observancia de esas rutas?”

que algunos testigos señalaron que la ruta era definida por BAVARIA<sup>70</sup>, al paso que otros señalaron que la definición la hacía LA DISTRIBUIDORA<sup>71</sup>. En todo caso, era claro que debía cumplirse una ruta previamente definida con el fin de atender las necesidades de los clientes que se encontraran en la misma. Estos clientes se encontraban en una base de datos que inicialmente era llevada en forma manual por los supervisores de BAVARIA, y posteriormente fue llevada en forma electrónica<sup>72</sup>. Adicionalmente, debe observarse que una parte importante de los clientes a quienes les vendía LA DISTRIBUIDORA venían de tiempo atrás, pues habían sido anteriormente atendidos a través de otros distribuidores<sup>73</sup>. Así las cosas, encuentra el Tribunal que el objeto fundamental del contrato de LA DISTRIBUIDORA era atender las necesidades de producto de los clientes<sup>74</sup>.

---

SR. GUTIERREZ: Las rutas son diseñadas por la compañía en algún momento, digamos que cuando yo estuve en esa zona ya habían unas rutas establecidas, no se si fue el gerente anterior, pero digamos que ya estaban esas rutas establecidas.

Ellos tienen dentro de su servicio con Bavaria, que no se deben apartar de las rutas donde ellos deben estar en el día, o sea ellos tienen una obligación de cumplir a cabalidad los clientes que tienen ese día en la ruta.

DR. ARANGO: Pero no me ha contestado la pregunta, podía el distribuidor arbitrariamente si cabe el término o a su arbitrio más bien, decir yo no observo la ruta sino que voy a coger hoy por otro lado para vender lo tengo en el camión?

SR. GUTIERREZ: Bajo el esquema de lineamiento de servicio Bavaria con el distribuidor no lo debe hacer, para eso hay unas frecuencias de servicio que nosotros le tenemos establecido a los clientes y el distribuidor está sujeto precisamente a cumplir esos días de visita en esas rutas establecidas, o sea no se puede salir de la ruta que él tiene en el día.”

<sup>70</sup> Declaración del señor Oscar Fernando Gutiérrez ya citada.

<sup>71</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

DR. MARTINEZ: El que ordenaba la ruta era el distribuidor?

SR. BAYONA: El distribuidor correcto.

<sup>72</sup> En tal sentido por ejemplo la declaración de Pedro Vicente López.

<sup>73</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. ARANGO: O sea que a partir de la unificación en la distribución tanto los clientes de Montaña como los clientes de Luis Felipe Trillos formaron un solo paquete?

SR. BAYONA: Un solo paquete sí señor.

DR. ARANGO: Y esos los atendió La Distribuidora desde el inicio, eso es correcto?

SR. BAYONA: Sí señor.”

<sup>74</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. CARDENAS: La función suya frente a cada tendero cómo era, simplemente usted llegaba y entregaba una cerveza o usted hacía alguna tarea de persuasión de esa persona?

SR. BAYONA: Uno llegaba y ofrecía el producto, lo que uno llevaba en el camión, llevo Aguila, Costeñita, Pony Malta, de todos los productos que uno manejaba la gama de productos de Bavaria y el cliente nos decía qué iba a comprar, uno le daba el producto, cobraba su dinero y hasta luego”.

En su declaración (folios 201 a 211 del Cuaderno de Pruebas No 5.1), el señor Alberth Humberto Rodríguez Peñaranda expresó:

Por otro lado, debe observarse que dicho esquema tuvo cambios durante el desarrollo del contrato, pues en ciertos períodos del mismo para el desarrollo de las actividades se contó con la presencia de promotores, que eran contratistas de BAVARIA y que acompañaban a las tripulaciones de los camiones de LA DISTRIBUIDORA, para realizar labores de promoción de los productos de BAVARIA y entregar material publicitario<sup>75</sup>. Cabe aclarar que en

---

“DR. BONIVENTO: En el caso específico suyo en el año 2003 cuando inicia la relación recuerda usted el contacto inicial cómo fue, usted buscó a quien vendiera el producto, alguien llegó a ofrecerle el producto Bavaria?”

SR. RODRIGUEZ: Ya el negocio estaba, ya tenía continuidad, igual llega una persona y ofreció lo que necesitaba en ese momento, se le compró y siguió, entonces uno sigue, ya luego sigue identificando cómo es el modelo a seguir para tener el producto.

DR. BONIVENTO: Cómo hacían los pedidos a los que usted ha hecho referencia?

SR. RODRIGUEZ: Visitaba, era una simple visita que no precisaban en el transcurso de la semana, igual el fin de semana aparecían un martes o no aparecían, igual llamaban, igual contestaban o no contestaban.

DR. BONIVENTO: Se hacía con antelación al momento de la compra?

SR. RODRIGUEZ: No, eso era en la marcha, eso era en el normal funcionamiento de la semana, que pasó el vendedor? No, no había identificado lo que hay ahora, unos días específicos.

....

DR. ARANGO: De acuerdo con todo lo que usted nos ha dicho es válido afirmar que la labor de la firma La Distribuidora frente a su negocio, Café Centro era básicamente la de venderle el producto en el sitio y no más, eso es correcto?

SR. RODRIGUEZ: Es correcto, eso era lo que nos amarraba a nosotros”.

En su declaración (que obra a folios 1 a 29 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó:

“DR. CARDENAS: La Distribuidora simplemente entregaba la cerveza o tenía que cumplir algún tipo de tarea adicional?”

SR. CARDENAS: No, ellos entregaban el producto, cuando yo llegué en el momento había 4 promotores que eran contratados por Bavaria mediante una firma Serdán.”

<sup>75</sup> En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2), el señor Pedro Vicente López expresó: “DR. CARDENAS: Nos han relatado en otros testimonios que había promotores de ventas en algunas épocas, usted recuerda algo de eso?”

SR. LOPEZ: En mi época o sea lo que a mi me entregaron Ocaña el 1º de abril/07, cuando yo estaba manejando Cúcuta o Norte de Santander, a partir de 2007 me lo entregaron, el 1º de abril hubo una reestructuración en la división y a mi me entregaron Ocaña, a partir de esa fecha yo sí tuve promotores, yo manejaba promotores, los cuales los nombraba directamente personal de Ocaña, los nombraba, eran pagos por nosotros y ellos hacían una labor de acompañamiento en los camiones, yo tenía en Ocaña 3 promotores, 4 y hasta 5, muchas veces si se requerían, pero normalmente eran 3 que ellos se montaban en los camiones y en los camiones ellos colocaban lo que era la publicidad, hacían la venta, porque en ese tiempo nosotros manejábamos jugos y aguas, entonces un poquito difícil la venta de esos productos, entonces nosotros a los promotores los encargábamos para que realizaran la venta de jugos, aguas, cerezas. Maltas y si eran promociones, elaboraran promociones, elaboraran planillas, colocaran publicidad, ellos eran los promotores, ellos se encargaban de eso, ya lo que era la parte de La Distribuidora se encargaba era de la entrega de los productos.”

En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó: “DR. CARDENAS: Esos promotores recuerda usted en qué época existieron?”

SR. BAYONA: Esos promotores no tengo muy clara la fecha.

DR. CARDENAS: Aproximadamente.

las épocas en que no existían dichos promotores dicha labor era desarrollada por las tripulaciones de los camiones y el supervisor de BAVARIA<sup>76</sup>. En este punto, también precisaron los testigos que el alcance de la labor de los

---

SR. BAYONA: Esos promotores empezaron como en el 2004 al 2008 que yo me retiré, hasta ese momento estaban allá.

DR. CARDENAS: Antes de 2004 no conoce usted que hubiera promotores?

SR. BAYONA: No, cuando eso no había promotores.”

Igualmente expresó:

“DR. CARDENAS: Qué papel cumplían esos promotores en lo que usted recuerde?

SR. BAYONA: Esos promotores impulsaban las marcas menores, las que menos rotaban, impulsaban y pegaban todo lo que era publicidad, papeles, la tienda todo.

DR. CARDENAS: Qué quiere usted decir con impulsaban las marcas menores?

SR. BAYONA: Sí, por ejemplo hay marcas quedadas, por ejemplo Aguila, se vende en Ocaña, pero lo que era la Cola y Pola, Club Colombia, pero antes era bastante quedada la venta, entonces qué pasa? Ellos impulsaban esas marca, los jugos, nosotros vendíamos jugos Tutti Fruti, en ese entonces, ya no”.

Igualmente, en su testimonio (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) el señor Oscar Fernando Gutiérrez expresó:

“DR. MARTINEZ: Podría usted ilustrarnos en las zonas en donde prestan servicios los promotores cuál es la actividad que ellos cumplen?

SR. GUTIERREZ: Digamos que generalmente cuando uno contrata un promotor temporal en cualquier zona, ellos lo que hacen es apoyar la labor del punto de venta, hacer exhibiciones, arreglar equipos de frío, surtir los equipos de frío, limpiarlos, mejorar la introducción del producto en cada uno de los establecimientos, generalmente son como las labores de lo que llamaríamos un promotor de ventas.

DR. MARTINEZ: Se ha dicho igualmente aquí por algunos de los testigos que esos promotores distribuyen los obsequios, que esos promotores distribuyen publicidad POP, tales como cachuchas, almanaques, destapadores, calendarios, avisos internos, fotos de las chicas Aguila que en algún momento se mencionaron, es eso correcto en su entender?

SR. GUTIERREZ: Digamos que sí esta dentro de la labor de un promotor porque realmente un promotor es un apoyo para todas las actividades que se hacen en un sector de ventas, un promotor puede ayudar a llevar elementos para una actividad especial en un negocio que va a hacer una inauguración, esa persona puede llevar unas cachuchas, puede llevar unos premios para hacer unas rifas allá.

Efectivamente el material POP claro que es una función digamos que cuando uno contrata un promotor eso es lo que busca que ellos nos ayuden a colocar ese material POP que son los afiches, los calendarios, de pronto algún reloj, etc, en los establecimientos, o sea a eso es a lo que llamamos nosotros trabajo de punto de venta, o sea que sí podría estar dentro de las labores de un promotor”.

Sobre el mismo tema, el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó:

“DR. CARDENAS: Qué hacían los promotores?

SR. CARDENAS: Los promotores iban en el camión y ayudaban al vendedor a la venta a que le dejaran la totalidad de los productos a forzar la venta de Pony Malta, de agua, de cerveza, los diferentes productos”.

<sup>76</sup> En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Oscar Fernando Gutiérrez expresó:

“DR. MARTINEZ: Esas labores cuando los distribuidores no tienen promotores quién las cumple, en el bien entendido de que el supervisor solamente va una o dos veces a la semana en los camiones, o sea dicho como lo ha presentado usted que los camiones viajan cuando menos 3 veces a la semana, libres de la presencia del supervisor, si no hay promotores quién cumple esa labor de atención del punto de venta?

“SR. GUTIERREZ: En ese momento nosotros nos apoyamos del personal de los vehículos y se les dan unos afiches, les dicen miren colabóreme entregando estos afiches en los establecimientos, eso efectivamente sí se hace cuando no tenemos un personal nuestro para esas actividades.”

promotores era mayor al realizado por las tripulaciones de los camiones debido al tiempo disponible<sup>77</sup>. Adicionalmente, debe advertirse que dicho esquema cambió posteriormente con la introducción de los preventistas, que son contratistas de BAVARIA que se encargan de hacer las ventas a los clientes para que posteriormente el distribuidor entregue el producto correspondiente<sup>78</sup>. En este sentido se señaló en el presente proceso por el testigo Ángel María Bayona que como consecuencia de la introducción de los preventistas cambió el papel de la tripulación de los camiones, “porque ahora uno no es vendedor, ya uno es entregador, ya uno va a entregar lo que el vendedor vendió”<sup>79</sup>. La figura del preventista, anota el Tribunal, no tuvo desarrollo en el presente contrato<sup>80</sup>, lo cual, si bien es cierto, marca diferencia con el correspondiente elemento fáctico de que dan cuenta decisiones arbitrales precedentes en otros casos de antiguos distribuidores de BAVARIA<sup>81</sup>, no tiene alcance para alterar el resultado del análisis sobre la no presencia del requisito relativo a la existencia de un verdadero encargo de promover, indispensable para la estructuración de la agencia comercial.

---

<sup>77</sup> “DR. CARDENAS: Antes de que existieran los promotores quién hacía esa labor frente a los productos para utilizar su expresión flojos de ventas?

SR. BAYONA: La verdad que antes de los promotores Bavaria en ese sentido no se preocupaba mucho por eso, porque uno vendía era Aguila, Costeñita y Pony Malta, todas esas marcas menores las había sí, en depósitos y uno las sacaba y Bavaria le decía a uno bueno impulse este tema por este lado, uno la impulsaba pero una persona como los promotores que los clientes tienen su tiempo de hablar con el cliente, de charlarlo y de ofrecerle una promoción, ellos sí pueden vender, pero uno que iba contra el tiempo, uno llegaba contra el tiempo, el cliente decía que no uno se iba”.

<sup>78</sup> En su declaración (que obra a folios 1 a 29 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó:

“DR. BONIVENTO: Quisiera manifestarle usted al Tribunal qué actividad desempeñan esos prevendedores o preventistas?

SR. CARDENAS: Bueno el prevendedor es el que va un día anterior al camión, él va visita los negocios, les hace el pedido, les da las promociones, les entrega la publicidad, les coloca la publicidad, les hace las exhibiciones, le mira lo que es vencimientos de los productos, les hace cambios, y al otro día él toma el pedido y al otro día el camión entrega y cobra.”

<sup>79</sup> Declaración obrante a folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.

<sup>80</sup> En su declaración, el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó:

“DR. MARTINEZ: A partir de qué año empezaron a funcionar los prevendedores de Bavaria?

SR. CARDENAS: Los prevendedores empezaron a funcionar en Ocaña?

DR. MARTINEZ: Sí.

SR. CARDENAS: En Ocaña empezaron a funcionar el 1º de octubre del año pasado.

DR. MARTINEZ: O sea de qué año por favor?

SR. CARDENAS: Del año 2009.”

<sup>81</sup> Varias de ellas invocadas por los apoderados de las partes en los alegatos de conclusión presentados en este proceso.

Desde este punto de vista, es claro para el Tribunal que en este caso no se puede hablar de una actividad de un comerciante para promover los negocios del empresario, en el sentido que reviste esta expresión en el contrato de agencia, tal como se ha explicado en otro aparte de este Laudo.

En efecto, la labor de LA DISTRIBUIDORA no era, en su caracterización principal ni predominante, promover la vinculación de nuevos clientes, o buscar que se incrementaran sustancialmente las ventas, sino, ante todo, atender las necesidades de consumo de unos clientes que se encontraban debidamente identificados y a propósito de dicha actividad procurar que le compraran el mayor volumen posible<sup>82</sup>. Su función era pues más ser proveedor de unos comerciantes, que promotor de los negocios de BAVARIA. A este respecto destaca el Tribunal, por considerarla particularmente relevante, la expresión de la testigo Sandra Milena Trillos

---

<sup>82</sup> En su declaración (que obra a folios 1 a 29 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó:

“DR. CARDENAS: Qué más hacía La Distribuidora?

SR. CARDENAS: Entregar el producto y cargar desde Bucaramanga el producto para tener allá suficiente.

DR. CARDENAS: Realizaba alguna otra actividad para conseguir pedidos?

SR. CARDENAS: No.”

En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2), el testigo Pedro Vicente López Rey expresó:

“DR. CARDENAS: Como se lograba que esos establecimientos de la provincia de Ocaña compraran los productos Bavaria, esa labor de mercadeo por así decirlo?

SR. LOPEZ: Nosotros en cada municipio, ya en la provincia de Ocaña teníamos un supervisor de ventas que junto con ellos el supervisor era el responsable de la zona de ventas y los distribuidores ellos lo que hacían era llevar el producto a unos clientes que ya tenía Bavaria en su base de datos, el supervisor programaba unas rutas de entrega y esas rutas las cumplía el distribuidor.

DR. CARDENAS: Pero el distribuidor no hacía una labor de convencer a esos clientes de comprar los productos o buscar nuevos clientes?

SR. LOPEZ: No, porque más que todo la relación la hacía la parte de supervisión, obviamente cuando se está haciendo una ruta mucho cliente aparece que lo atiendan y ya el supervisor es el que iba y lo visitaba o lo creaba porque esos clientes nosotros los teníamos que crear en un sistema, o sea tenía que crearse en una base y la base la manejaba directamente era el supervisor, obviamente La Distribuidora tenía una base de datos que para ellos anotar su ventas, anotar sus estadísticas de esos establecimientos.”

En su declaración (folios 212 a 225 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), la señora Sandra Milena Trillos Ballesteros expresó:

“DR. CARDENAS: Don Ciro es el señor de la ruta, qué quiere decir eso, el señor de la ruta?

SRA. TRILLOS: El señor que iba en el camión porque él ya falleció, iba en su camión, nos descargaba la cerveza, le hacíamos el pedido, una relación excelente, cuando el Club necesita, ....”

quien declaró: “SRA. TRILLOS: Sabe qué es lo que pasa, que la cerveza se vende sola, esa es la verdad”<sup>83</sup>. (folio 223 del Cuaderno de Pruebas No 5.2)

En este sentido, también considera procedente el Tribunal, porque ilustra sobre el contenido material de la labor de la demandante, hacer referencia al correo electrónico de fecha 14 de marzo de 2008, remitido por Fredy Jovanni Becaria Gallardo, quien firma como Director de Ventas de LA DISTRIBUIDORA (folio 475 del Cuaderno de Pruebas No 1), en el cual hace referencia a los elementos publicitarios en existencia en LA DISTRIBUIDORA, agrega que hace falta material publicitario para otras marcas y expresa:

*“También es preocupante que respecto de un producto como es REDD COLD no se tenga definido un plan de mercadeo, que apoye un producto nuevo que no se conoce, no se tiene degustación y no se explore el tipo de cliente potencial para esta marca que tengo entendido va dirigida a un consumidor específico, y que a la fecha se tenga una existencia de 47 cajas desde hace más de un mes y que la única preocupación sea la de llenar los depósitos con diversas marcas como si esto reflejara el comportamiento real de ventas y lo único que hace es mantener unas existencias exageradas para mostrar cifras de ventas que no son nada ciertas a la situación real en el mercado”.*

De dicho correo se desprende, en cuestión relevante por tratarse de una marca nueva, sin reconocimiento en el mercado, que quien realizaba la actividad de promoción era BAVARIA y por ello LA DISTRIBUIDORA le reclama por no tener un plan de mercadeo. Si LA DISTRIBUIDORA fuera agente, la misma debía emprender, sin perjuicio de las actividades que desplegara el empresario en esta materia, las tareas necesarias para definir su propio plan de mercadeo, establecer políticas de degustación, determinar los clientes potenciales de dicho producto, actividades que como se desprende del correo transcrito no eran a su cargo.

---

<sup>83</sup> Haciendo abstracción de lo gráfico del dicho de la declarante, desde luego se entiende que la DISTRIBUIDORA contribuía en la tarea de colocación del producto en el mercado, pero no propiamente promoviendo los negocios de BAVARIA.



En sentido similar, obra el correo electrónico del 28 de marzo de 2008, de la señora María Stella Trillos Vergel a Juan Humberto Sánchez, en el que expresa (folio 447 del Cuaderno de Pruebas No 1):

*“La presente es para poner en su conocimiento los productos que están estancados en ventas que necesitan un impulso adicional de mercadeo y/o publicidad para lograr de los clientes y consumidores la recordación, aceptación de marca y consumo adecuado que nos garantice el movimiento de inventario optimo que nos permita la salida de portafolio y de las marcas”.*

Este correo nuevamente demuestra que para LA DISTRIBUIDORA la actividad de promoción, en su sentido más preciso y realmente material, no le correspondía a ella sino a BAVARIA, lo que claramente no corresponde a la caracterización de la agencia comercial.

Ahora bien, la parte demandante a lo largo del proceso ha hecho hincapié en que durante la ejecución del contrato se consiguieron nuevos clientes, y de otro lado, que los funcionarios de LA DISTRIBUIDORA podían en el curso del desarrollo de su ruta conseguir nuevos clientes, distribuían publicidad y participaban en las promociones.

Sobre el punto, encuentra acreditado el Tribunal, como hecho objetivo, que existió un incremento en las ventas de productos de BAVARIA. Así aparece claramente en el dictamen pericial y en las aclaraciones al mismo. De acuerdo con estas últimas (página 5ª), el valor de las compras, ajustado teniendo en cuenta el IPC para julio de 2010, pasó de \$9.028.309.052 en 1998 a \$18.182.396.877 en el año 2007. Pero en relación con este incremento, observa que no aparece demostrado que tal crecimiento haya obedecido al actuar de LA DISTRIBUIDORA.

En efecto, en cuanto a la venta de nuevos clientes se aprecia en las pruebas recaudadas que, efectivamente, cuando los vehículos asignados realizaban la ruta que les había sido encomendada podían encontrar nuevos potenciales

clientes, y que en tal caso podían proceder a venderles productos<sup>84</sup> y a incluirlos en la lista o base de datos. A lo anterior se agrega que igualmente

---

<sup>84</sup> En su declaración (que obra a folios 1 a 29 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó:

“DR. MARTINEZ: Y cuando aparecía un nuevo cliente porque habían fundado una tienda nueva, La Distribuidora no iba a venderles directamente?

SR. CARDENAS: Sí claro, era la función de ella venderle.”

En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó: DR. JARAMILLO: “... usted como vendedor podía en un momento determinado si encontraba una nueva tienda que no estaba en la planilla, que no estaba en la ruta, usted podía atender ese nuevo cliente?

SR. BAYONA: Sí claro, porque uno allá como le digo no ganaba por venta, uno no tenía un sueldo fijo sino por ventas, uno se ponía el sueldo, uno tenía que luchar la caja, el cajero, uno a donde hubiera una tienda, ahí estaba, el cliente le decía a uno o uno se daba cuenta hay una tienda nueva vamos a visitarla porque es una caja, eso sí peleaba la señora Stella Trillos, para qué, ella le decía a uno donde hay una caja tienden que estar pendiente de la caja, eso sí, en ese sentido sí y uno también tenía que entender que esa era la platica de uno, que uno tenía que atender ese cliente”.

En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Pedro Vicente López Rey expresó:

“DR. MARTINEZ: Podría usted ilustrarnos y teniendo en cuenta las respuestas anteriores de qué manera se surtían los nuevos puntos de venta por parte del distribuidor, es decir si no aparecía el nuevo cliente en la base de datos, La Distribuidora no podía venderle cerveza a ese nuevo punto de ventas?

SR. LOPEZ: No, claro, La Distribuidora le puede vender cerveza a cualquiera, la cerveza nosotros la llevamos para los clientes, pero ellos por ejemplo en la bodega podían venderle al que quisiera venderles y cualquier persona que llegara a la bodega, cualquier consumidor que llegara podía ir y comprarles a ellos, ellos en su ruta, en su camión van haciendo su ruta y cualquier persona que se les acerque ellos le pueden vender, porque en ese momento no existe una preventa, ni existe nada, o sea es una autoventa, ellos pueden venderle.”

En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. MARTINEZ: Podría usted decirle al Tribunal en el caso de los promotores actuales, cuando van por la ruta establecida, según usted lo ha dicho y se percatan de la apertura de un nuevo establecimiento, cuál es la labor que le corresponde al promotor?

SR. GUTIERREZ: En este caso podríamos hablar de vendedor porque promotores no tenemos, pero el vendedor cuando va por una ruta encuentra un establecimiento nuevo, digamos que la primera acción que ellos deben ejecutar ahí es tomar unos datos básicos del cliente, digamos que es como recopilar una información de qué clase de establecimiento, cómo va a funcionar, en qué horario, cómo se llama el dueño, la información básica del cliente con su cédula, su teléfono, para registrarlo en una base de datos que tenemos nosotros y posteriormente mirar si de una vez realiza una venta de producto para entregar sea el mismo día o para entregar al día siguiente, dependiendo el modelo que tengamos de distribución si es preventa o autoventa.

DR. MARTINEZ: En los casos de autoventa, se puede colocar producto inmediatamente?

SR. GUTIERREZ: Sí claro, sí señor.

Igualmente el testigo Pedro López expresó:

DR. MARTINEZ: Correcto y si encuentran una nueva tienda, el conductor puede promover la venta a ese nuevo tendero?

SR. LOPEZ: Claro, el promotor puede, o sea él puede, el cliente, es que es más a nosotros casi los clientes se acercan al camión, ven el camión y les dicen mire hombre yo monté este establecimiento por favor atiéndame.

DR. MARTINEZ: Y si el nuevo tendero no esta en la base de datos y el supervisor no ha ido a tomar los datos a que usted hace referencia, lo podía atender La Distribuidora o no?

SR. LOPEZ: Claro.

DR. MARTINEZ: Si lo podía atender?

SR. LOPEZ: Claro, que le pueden vender.”

los funcionarios de BAVARIA que acompañaban en ciertos momentos al camión, bien sea que se tratara del supervisor o de los promotores, podían encontrar nuevos clientes e incluirlos en la ruta<sup>85</sup>. Sin embargo, ha de destacarse que la labor de consecución de nuevos clientes no era el objeto de la actividad principal de LA DISTRIBUIDORA, sino que más bien constituía un subproducto de la actividad principal de venta de mercancía a la clientela de BAVARIA, y el resultado del trabajo conjunto con personal de BAVARIA. A tal efecto, el Tribunal considera pertinente destacar varias versiones incorporadas al plenario.

Por ejemplo, en la declaración del señor Alexis Antonio Castro Chinchilla<sup>86</sup>, al ser preguntado cómo eran contactados los clientes nuevos, si a través del

---

<sup>85</sup> “DR. ARANGO: Usted recuerda si en ese período hubo un crecimiento sustancial de clientes?”

“SR. CARDENAS: Sustancial sustancial, así no, lo único que crecieron fue como unos, si no estoy mal, en lo que yo me acuerde como 47 clientes en el año.

“DR. ARANGO: Cuál fue el origen de la aparición de esos clientes, el manejo de una nueva zona o ...?”

“SR. CARDENAS: No, el origen de esos clientes era que cuando yo iba en ruta, resulta que le decía a la pelada del hand help cuál cliente sigue y decía tal, entonces yo me daba cuenta que había otro cliente, por ahí otro negocio, entonces yo le decía bueno y ese cliente por qué no esta creado o por qué no lo atendemos, no es que de pronto nos compra muy poquito o que no nos compra agua o que no nos compra no se qué, o que él solamente compra Pony Malta, nosotros necesitamos tener la totalidad de nuestros clientes, así no nos compre sino Pony Malta, así no nos compren sino agua o cervezas, ese fue el origen porque nosotros debemos tener en nuestra base todos los clientes no que este sí, que este no, porque nos compra muy poquito, que nos compra mucho, no, esa es una de las finalidades de la empresa, nosotros debemos entrar a todos los clientes, así no vendan sino pastelitos, lleguemos y le vendemos Pony Malta.

Debe aclararse que el deponente intervino en el contrato a partir de abril de 2007.

En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. BONIVENTO: Durante la época de su gestión como supervisor en la zona asignada a La Distribuidora hubo clientes nuevos?”

SR. CASTRO: Sí señor claro, se manejaba mucho cliente nuevo en toda zona abren negocios, en toda zona cierran negocios, hay que estar pendientes de eso, sí señor.”

En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. CARDENAS: Cómo lo hacía, es decir simplemente usted iba a las tiendas que se habían programado y que le habían indicado, usted seguía una ruta pero usted buscaba otras tiendas, cómo hacía esa labor?”

SR. BAYONA: Uno ganaba por ventas, por comisiones y uno hacía la ruta siempre si había un cliente nuevo, uno hacía el cliente nuevo, el cliente lo buscaba a uno vea yo tengo un negocio en tal parte, necesito que me visiten, uno lo visitaba, esa era la función mía.”

<sup>86</sup> Igualmente considera procedente el Tribunal destacar, de la declaración de Alexis Castro (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), lo siguiente:

“DR. MARTINEZ: Entre el año 2003 y 2004 según información que obra en el expediente, La Distribuidora colocó unidades de Bavaria pasando de 372.757 unidades a 398.198, la

supervisor, del contratista o de LA DISTRIBUIDORA, expresó (folio 38 del Cuaderno de Pruebas No 5.2):

*“SR. CASTRO: Mi labor como supervisor era buscar nuevos clientes, la labor en los nuevos clientes se hacía en pareja, Bavaria La Distribuidora, porque sencillamente un nuevo cliente para poder arrancar su negocio si no contaba con envase tocaba prestarle, que si no tenía de pronto refrigeración Bavaria también miraba la forma de colocarle una nevera, un botellero, entonces todo cliente nuevo se trabajaba en llavería las dos, Bavaria La Distribuidora para que el cliente pudiera arrancar su negocio.*

*“DR. MARTINEZ: Entonces La Distribuidora podía conseguir nuevos clientes para colocar producto de Bavaria sin que Bavaria estuviera informada al respecto?*

*“SR. CASTRO: Sí claro, porque igual al conseguir un nuevo cliente La Distribuidora lo que conseguía era más venta para cumplir con los presupuestos.*

....

*“SR. CASTRO: Se veía de todo, inicialmente el cliente nuevo llegaba de pronto muchas veces a donde funcionaba la bodega a informar que iba a abrir un negocio, entonces contactaban inicialmente al supervisor para ver en qué se le podía colaborar al cliente nuevo como tal, se veía de las dos maneras”.*

---

diferencia esto es cerca de 26.000 unidades de incremento en la colocación de Bavaria corresponde a actividades hechas por Bavaria o por La Distribuidora?

SR. CASTRO: Bueno en esa época que yo estuve nos tocó un trabajo arduo que fue posicionar la Costeñita y la Costeñita la zona de Ocaña fue una de las zonas pioneras en cuanto a incremento de esa marca, entonces ese incremento se ve reflejado en esa Costeñita, se trabajaba en conjunto La Distribuidora y Bavaria porque Bavaria otorgaba promociones, otorgaba descuentos, promociones 10 X 1, hacíamos los eventos y 3 Costeñitas en \$5.000 en ese entonces, o sea mucha actividad para poder posicionar el mercado, obviamente en conjunto con La Distribuidora que era la que hacía llegar el producto final al sitio.”

Igualmente, el señor Ángel María Bayona expresó (folios 162 y 174 del Cuaderno de Pruebas No 5.2):

*SR. BAYONA: Uno ganaba por ventas, por comisiones y uno hacía la ruta siempre si había un cliente nuevo, uno hacía el cliente nuevo, el cliente lo buscaba a uno vea yo tengo un negocio en tal parte, necesito que me visiten, uno lo visitaba, esa era la función mía.*

*“ ...*

*“DR. ARANGO: Cómo era el proceso de inclusión del cliente nuevo en cuanto si la labor de ustedes era buscar esos clientes o los clientes se acercaban al camión, creo que el doctor Jaramillo ya le pregunto sobre eso, pero quiero que me puntualice más, si había tiempo para hacer esa gestión de búsqueda de clientes?*

*“SR. BAYONA: No, no había tiempo, como le digo si el cliente por ejemplo uno sabía que montar negocio en tal parte, uno lo miraba sí, pero había partes que uno no se daba cuenta que había negocios, uno no se da a la tarea de ir a buscar ese cliente, no como ahora, ahora, el preventista se da la tarea de buscar al cliente, de meterse a los rincones más escondidos que hay, ahora es diferente, antes no, antes el cliente le decía yo monté el negocio y no me visita ninguno, ah, bueno, yo no sabía que había negocio allá, uno le mandaba el vendedor para allá”. (se subraya)*

Por su lado, en su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2), el testigo Pedro Vicente López Rey expresó:

*“DR. MARTINEZ: Entonces tratándose de autoventas el distribuidor puede salir a buscar clientes para colocar el producto?*

*“SR. LOPEZ: NO, siendo autoventa o siendo preventa siempre existe una ruta, o sea nosotros con la base de datos que tenemos hacemos unas rutas de reparto ...*

*“Que durante esa ruta de reparto un día cualquiera apareciera un cliente, el cliente se acercaba al camión solicitando que le vendiera, mire yo voy a abrir tal establecimiento, entonces esa información la manejaba el supervisor o la traía de pronto, porque usted sabe que de pronto el cliente le dice al señor del camión mire yo voy a abrir tal cosa, entonces ellos informaban apareció un cliente nuevo, entonces el supervisor era el que iba a hablar con el cliente para tomarle los datos, para meterlos en su ruta, en su rutero y comenzar a atenderlos, porque esos clientes que aparecen empiezan a pedir unos equipos de frío, a pedirnos ciertas cosas que sólo las entrega es Bavaria”.*

Finalmente, el señor Camilo Cárdenas expresó en su declaración (folio 9 del Cuaderno de Pruebas No 5.2):

*“SR. CARDENAS: No, el origen de esos clientes era que cuando yo iba en ruta, resulta que le decía a la pelada del hand help cuál cliente sigue y decía tal, entonces yo me daba cuenta que había otro cliente, por ahí otro negocio, entonces yo le decía bueno y ese cliente por qué no está creado o por qué no lo atendemos, no es que de pronto nos compra muy poquito o que no nos compra agua o que no nos compra no se qué, o que él solamente compra Pony Malta, nosotros necesitamos tener la totalidad de nuestros clientes, así no nos compre sino Pony Malta, así no nos compren sino agua o cervezas, ese fue el origen porque nosotros debemos tener en nuestra base todos los clientes no que este sí, que este no, porque nos compra muy poquito, que nos compra mucho, no, esa es una de las finalidades de la empresa, nosotros debemos entrar a todos los clientes, así no vendan sino pastelitos, lleguemos y le vendemos Pony Malta.”*

Por lo demás, debe reiterar el Tribunal que además del supervisor, empleado de BAVARIA que existió durante el desarrollo de la relación contractual y que precisamente, como ya se vio, en algunos casos llamaba la atención de LA DISTRIBUIDORA sobre la atención de nuevos clientes, existieron otros funcionarios de BAVARIA (los promotores) que en determinadas épocas acompañaban el camión y que se ocupaban de promover la venta de los productos de BAVARIA<sup>87</sup>, particularmente de aquellos que tenían menos ventas<sup>88</sup>. Adicionalmente, los nuevos clientes eran también incluidos por

---

<sup>87</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“SR. BAYONA: Esos promotores empezaron como en el 2004 al 2008 que yo me retiré, hasta ese momento estaban allá.

DR. CARDENAS: Antes de 2004 no conoce usted que hubiera promotores?

SR. BAYONA: No, cuando eso no había promotores.”

Igualmente, el testigo Camilo Cárdenas expresó:

“DR. CARDENAS: Qué hacían los promotores?

SR. CARDENAS: Los promotores iban en el camión y ayudaban al vendedor a la venta a que le dejaran la totalidad de los productos a forzar la venta de Pony Malta, de agua, de cerveza, los diferentes productos.

DR. ARANGO: Esa ruta al detallista final que usted dice que estaba preestablecida, tenía un acompañamiento permanente de Bavaria o se hacía directamente y sin personal de Bavaria por los empleados de La Distribuidora?

SR. CARDENAS: Cuando yo llegué como les dije al principio había 3 promotores que acompañaban el camión a ayudar a llevar la ruta, esos promotores cuando a Bavaria de pronto se le acababa el presupuesto o así para personal no los contrataba, pero tenían el acompañamiento cuando yo personalmente estaba allá, yo acompañaba también el camión a ayudar a hacer la venta, a que los productos de menor rotación los dejara la gente y mirar que la gente estuviera bien atendida y que la gente estuviera satisfecha con el servicio, esa era mi función, de pronto en algún tiempo sí quedaban solos, pero por lo general no mucho tiempo.

DR. BONIVENTO: Quiénes estaban en esa función propia del preventista antes de que existiera esa figura antes del año 2009?

SR. CARDENAS: La realizaban los promotores, pero entonces el promotor iba en ese momento en el camión, o sea se hacía directamente, usted llegaba al negocio y el promotor le decía don Pepito Pérez le traigo promoción de agua, le traigo promoción si me compra tantas Pony Malta le doy tanto de descuento, si me compra tanto Club Colombia le doy tanto de descuento y de una vez le hacían la planilla.”

<sup>88</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. CARDENAS: Qué papel cumplían esos promotores en lo que usted recuerde?

SR. BAYONA: Esos promotores impulsaban las marcas menores, las que menos rotaban, impulsaban y pegaban todo lo que era publicidad, papeles, la tienda todo.

DR. CARDENAS: Qué quiere usted decir con impulsaban las marcas menores?

SR. BAYONA: Sí, por ejemplo hay marcas quedadas, por ejemplo Aguila, se vende en Ocaña, pero lo que era la Cola y Pola, Club Colombia, pero antes era bastante quedada la venta, entonces qué pasa? Ellos impulsaban esas marca, los jugos, nosotros vendíamos jugos Tutti Fruti, en ese entonces, ya no.

DR. CARDENAS: Cómo hacían esa labor de impulso de la marca?

SR. BAYONA: Le decían al cliente mire cómpreme el juguito que le damos esta promoción, que le dan un paquete de agua si me compra una caja de jugo, lo importante era vender el producto al cliente y se trabajó así y se sacó bastante el producto de marcas”.

solicitud de ellos mismos, cuando por ejemplo abrían un establecimiento y solicitaban la entrega de productos.

A lo anterior se agrega que la inexistencia de una real actividad dirigida a promover por parte de LA DISTRIBUIDORA resulta del hecho de que no existía una actividad institucionalmente dirigida a orientar a sus funcionarios sobre la forma y términos de desarrollo de una labor de ese perfil. En este aspecto, en su declaración el señor Ángel María Bayona expresó (folio 176 del Cuaderno de Pruebas No 5.2):

*“DR. ARANGO: Alguna vez usted recibió de doña Stella o de cualquier otro funcionario de La Distribuidora no de Bavaria, instrucciones particulares sobre cómo promocionar en los negocios los productos de Bavaria, es decir cómo explicar sus bondades, los beneficios de su consumo o de su adquisición?”*

*“SR. BAYONA: No señor, de parte de La Distribuidora no, le decía no deje una caja botada, o sea que pelee la caja, eso sí le decía ella a uno, pero que ella diga impulse tal, cual marca, no, en ningún momento, uno vendía su producto, igual uno ganaba igual por una caja de Aguila que por una caja de Tutti Fruti, que era la marca más quedada”.*

Además, de la prueba recaudada tampoco se aprecia que los funcionarios de LA DISTRIBUIDORA realizaran una labor significativa de persuasión frente a nuevos clientes, propia de la actividad de promoción, pues su tarea consistía básicamente en tomar la información de los nuevos clientes que se encontraban, y proceder a incluirlos en las bases de datos<sup>89</sup>. En ese

---

<sup>89</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

*“DR. CARDENAS: Antes de que existieran los promotores quién hacía esa labor frente a los productos para utilizar su expresión flojos de ventas?”*

*SR. BAYONA: La verdad que antes de los promotores Bavaria en ese sentido no se preocupaba mucho por eso, porque uno vendía era Aguila, Costeñita y Pony Malta, todas esas marcas menores las había sí, en depósitos y uno las sacaba y Bavaria le decía a uno bueno impulse este tema por este lado, uno la impulsaba pero una persona como los promotores que los clientes tienen su tiempo de hablar con el cliente, de charlarlo y de ofrecerle una promoción, ellos sí pueden vender, pero uno que iba contra el tiempo, uno llegaba contra el tiempo, el cliente decía que no uno se iba.”*



contexto, procurar la venta de los productos que distribuían no equivalía, conforme se ha reiterado, a una gestión prioritariamente dirigida a promover los negocios del empresario fabricante.

No desconoce el Tribunal que en su actividad, los funcionarios de LA DISTRIBUIDORA buscaban colocar el mayor volumen de producto, en la medida en que, además del interés propio de LA DISTRIBUIDORA, su remuneración dependía del que pudieran vender<sup>90</sup>. En este sentido, algunos testigos señalaron que realizaban una labor de promoción<sup>91</sup>. Sin embargo, para el Tribunal es claro que dicha actividad formaba parte de su labor de atender los clientes, y como tal no estaba fundamentalmente dirigida a crear o incrementar el mercado de los productos de BAVARIA.

---

<sup>90</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. MARTINEZ: De tal manera que su finalidad era colocar todo el producto que se le cargaba por la mañana o a usted le importaba colocar o no colocar el producto, le era indiferente?”

SR. BAYONA: No, sí a uno le importaba, no ve que uno dependía de ese producto que uno entregara, muchas veces uno vendía cantidad y entre más cantidad vendiera uno, más remuneración había”.

En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. CARDENAS: Qué tarea hacía el chofer del camión en ese proceso de autoventa?”

SR. CASTRO: En ese proceso de auto venta el chofer conductor y recaudador del dinero y los ayudantes entregadores de producto.

DR. CARDENAS: El hacía alguna labor de persuadió de venta del producto?”

SR. CASTRO: Obviamente tenían que impulsar porque mediante los presupuestos que asignaba Bavaria, ellos sabían que tenían que impulsar las marcas menores de acuerdo al presupuesto, que si por ejemplo el agua tenía tanta meta, entonces mirar a ver qué apoyaba la empresa Bavaria para promociones, que si daban obsequios, que si daban 10 X 1, X, Y cosas, ellos también manejaban eso dando esas promociones que Bavaria les otorgaba.”

<sup>91</sup> Así, por ejemplo, en su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. MARTINEZ: Para vender más cantidad usted le decía a los clientes a los que llegaba, mire compre este producto, usted qué le decía al cliente?”

“SR. BAYONA: Hay gente que le decía a uno déjeme 2 cajas, uno como vendedor le decía mire deje la otra caja, deje 3.

“DR. MARTINEZ: O sea, usted promovía la venta del producto adicional?”

“SR. BAYONA: Sí señor.

“DR. MARTINEZ: Cuénteme usted como había productos quedados como el famoso Tutti Fruti también promovía las ventas del producto frente al tendero?”

“SR. BAYONA: Negociaba mucho porque muchas veces Bavaria le daba armas a uno, para uno trabajar, que era la reposición de envase, el promotor le decía a uno hoy regale el envase, la pura botella, recoge el plástico y recoge la botella, uno recogía el plástico y eso impulsaba más la venta”.

De esta manera, concluye el Tribunal, a partir de la prueba arrimada en punto de este aspecto de la ejecución contractual, que no puede afirmarse que LA DISTRIBUIDORA tuviera ni de hecho hubiera desarrollado un encargo específico de promover nuevos negocios para BAVARIA.

En este punto, el Tribunal considera significativo destacar que en las contraprestaciones del contrato no se contempló ninguna retribución para LA DISTRIBUIDORA por el hecho de vincular nuevos clientes, y las contraprestaciones que se pactaron no incluían dentro de sus componentes una retribución por este concepto<sup>92</sup>. Lo anterior reitera que para las partes la actividad de promoción que de manera marginal pudiera presentarse, no constituía el objeto principal del contrato, sino apenas una consecuencia accidental del desarrollo de la labor de LA DISTRIBUIDORA, compatible con su propio interés en el resultado favorable de su labor, considerada desde la óptica de los beneficios que le reportaba aumentar el volumen de las ventas.

Igualmente, a lo largo del proceso se ha hecho énfasis en que LA DISTRIBUIDORA conservaba material publicitario y lo entregaba a los comerciantes que se lo solicitaban.

Sobre este aspecto, se observa que en el proceso está acreditado que cuando los camiones estaban acompañados de los funcionarios de BAVARIA la entrega de publicidad y el apoyo a los clientes lo realizaban los promotores<sup>93</sup>, pero cuando no existían promotores la entrega de publicidad la

---

<sup>92</sup> En su declaración (folios 101 a 111 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el señor Ciro Andrés Leal Barrera expresó:

“DR. MARTINEZ: Adicionalmente sería muy importante que usted ilustrara al Tribunal sobre los siguientes elementos del modelo: Uno, si el distribuidor hipotéticamente hablando, tiene un departamento de mercadeo y de distribución, los costos fijos de esos departamentos están involucrados en esa clase de modelos?

SR. LEAL: No están porque Bavaria tiene personal de Bavaria en las zonas, llámense supervisores, llámense gerentes de ventas que están pendientes de todo este desarrollo, los planes de mercadeo los genera un área aquí en Bogotá y lo extiende al resto del país, entonces todo afiche, toda nevera, todo eso lo proporciona y lo coloca Bavaria, entonces en la estructura de costos nunca se ha considerado este tipo de actividades.”

<sup>93</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. ARANGO: Cuénteme ahora quiénes eran los encargados de llevarle a los tenderos la publicidad de los productos de Bavaria, publicidad como afiches, almanaques, cosas de ese estilo?

SR. BAYONA: Bueno de transportarlos nosotros, los transportábamos en los camiones de La Distribuidora, eso sí no se puede negar, pero ya de pegarlos donde el cliente eso se

realizaban las tripulaciones de dichos camiones<sup>94</sup>. Es claro, de igual forma, que se conservaba material publicitario en la oficina de la

---

encargaba el promotor, era únicamente para eso y par hacer las promociones, nosotros no pegábamos un papel, nosotros los transportábamos sí en los camiones, las cajas de almanaques, de la Revista de Don Próspero de Bavaria, todo eso que ellos se encargaban de entregar la revista al cliente o de pegar el afiche.

DR. ARANGO: En cuanto a la exhibición de los productos, quién le daba instrucciones a los tenderos de cómo debían exhibirse los productor de acuerdo con el tipo de producto?

SR. BAYONA: Los promotores, ellos se dedicaban a eso y nos decían nosotros antes no manejábamos eso, antes d que los promotores llegaran nosotros no nos preocupábamos por poner las botellas, nosotros las poníamos ahí en el estante del cliente, los promotores entraron y empezaron a hacer todas esas actividades de poner las botellas ahí, la línea de productores de Bavaria.

DR. MARTINEZ: Ha dicho usted que a partir del año 2004 empezaron a trabajar los promotores, además de la exhibición de la mercancía del material publicitario ellos hacen labor de preventa?

SR. BAYONA: Los promotores no, los promotores solamente eran, para pegar publicidad, para hacer exhibición, para arreglar neveras, porque muchas veces estaban mal exhibidas las neveras, ese era el trabajo de ellos”.

En su declaración (folios 112 a 131 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), la señora Doris Villamizar expresó:

“DR. CARDENAS: O sea, que el que estaba encargado de entregar los elementos promocionales, los obsequios, los descuentos era La Distribuidora?

SRA. VILLAMIZAR: No, los elementos promocionales no los entregaba La Distribuidora, los obsequios de producto, cuando se le hacía un descuento a un cliente en producto, pero los elementos promocionales no, eso había gente, la gerencia de ventas tenía una fuerza de ventas, un grupo que se contrataba para que hiciera la ubicación del material POP.

DR. CARDENAS: El material POP lo entregaba entonces?

SRA. VILLAMIZAR: Personas contratadas por Bavaria.

DR. CARDENAS: No los entregaba nunca La Distribuidora?

SRA. VILLAMIZAR: No, no señor, personas contratadas por Bavaria.”

<sup>94</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Angel María Bayona expresó:

“DR. MARTINEZ: Hablemos un poco de su actividad en el día a día, podríamos afirmar que la actividad suya como vendedor de La Distribuidora cambió a partir del momento en que empezaron a trabajar los promotores?

SR. BAYONA: Sí señor.

DR. MARTINEZ: En qué sentido hubo cambio en su actividad, por qué no nos ilustra al respecto?

SR. BAYONA: Antes de los promotores nosotros éramos los que pegábamos los almanaques en las tiendas.

DR. MARTINEZ: Ustedes pegaban los almanaques?

SR. BAYONA: Sí, repartíamos las revistas nosotros, la de Don Próspero, es lo único porque lo que eran neveras y todas esas cosas, eso sí ya lo manejaban por otro lado, ya nosotros no nos metíamos en eso, pero lo que era publicidad papeles y todo lo que concierne, nosotros lo pegábamos antes de los promotores.

DR. MARTINEZ: Los afiches también los llevaban ustedes antes de que entraran los promotores?

SR. BAYONA: Sí señor.

DR. MARTINEZ: Ustedes los colocaban en las tiendas?

SR. BAYONA: Los colocábamos en las tiendas, muchas veces uno no tenía tiempo, por a veces demasiados clientes, uno le deba el almanaque al cliente, hay clientes que los pegaban y clientes que no los pegaban.

DR. MARTINEZ: También entregaban ustedes productos publicitarios de Bavaria, por ejemplo vasos, destapadores, cachuchas, qué tipo de elementos si eso es así?

SR. BAYONA: Nosotros entregamos únicamente destapadores, lo que más llegaba a Ocaña era eso, lo que eran vasos, cachuchas, no llegaban, eso ya lo manejaban por otro lado, nosotros no veíamos casi de eso.

DISTRIBUIDORA<sup>95</sup>, e incluso que funcionarios de la misma realizaban LA entrega del mismo<sup>96</sup>. Está también acreditado que LA DISTRIBUIDORA

---

DR. MARTINEZ: Esos destapadores se los entregaba a usted la familia Trillos, con algún inventario, alguna planilla?

SR. BAYONA: No, los Trillos no nos entregaban a nosotros los destapadores, el supervisor nos entregaba los destapadores, tome repartan al cliente.

DR. MARTINEZ: O sea, un funcionario de Bavaria le daba instrucciones un funcionario de La Distribuidora para distribuir esos productos?

SR. BAYONA: No, el supervisor llegaba, me decía mire tome esta caja de destapadores a mi directamente, no a los distribuidores, al vendedor que soy yo, tome esta caja de destapadores y usted mire a quién le hace falta destapadores y lléveles el destapador.”

En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. MARTINEZ: Esas labores cuando los distribuidores no tienen promotores quién las cumple, ... si no hay promotores quién cumple esa labor de atención del punto de venta?

SR. GUTIERREZ: En ese momento nosotros nos apoyamos del personal de los vehículos y se les dan unos afiches, les dicen miren colabóreme entregando estos afiches en los establecimientos, eso efectivamente sí se hace cuando no tenemos un personal nuestro para esas actividades.

En su declaración el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2) expresó: “DR. CARDENAS: También decía usted que se manejaba publicidad, cuál era el manejo de la publicidad en la zona y con relación a La Distribuidora?

SR. CASTRO: En la época en que yo trabajé el manejo de la publicidad llegaba, no se contaba con personal, o sea el supervisor que era yo tenía que estar pendiente de que la publicidad se colocara, inclusive yo era encargado de colocar la publicidad pero no podía estar al mismo tiempo en todas las zonas, entonces los mismos vendedores conductores y ayudantes tenían que ayudar a colocar el material publicitario, en los camiones se cargaba su martillo, su puntilla para efectos de ubicar publicidad.”

<sup>95</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. ARANGO: Aquí se ha dicho en reiteradas oportunidades que esa publicidad y otros elementos publicitarios se conservaban o se guardaban en las bodegas de Bavaria, en las bodegas de Bavaira, de La Distribuidora, disculpe el lapsus?

SR. BAYONA: Sí, al principio póngale en el 2000 todo lo que era exclusivo de Bavaria llegaba a la casa de don Luis Trillos, todo llegaba allá, vasos, pero de una fecha para acá, ya cambiaron de dirección entonces todo llegaba allá a la empresa La Distribuidora, lo que era neveras, todo lo que era publicidad.

Adicionalmente a folio 91 del Cuaderno de Pruebas 1 existe un documento de control de entrega a título de préstamo a la Distribuidora de kioskos, tarimas y dumis”.

<sup>96</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

DR. ARANGO: “Usted se acaba de referir a las neveras, quién se encargaba de autorizar si a una tienda se le instalaba o no una nevera o un equipo de frío o un aviso luminoso o material de ese tipo?

SR. BAYONA: Bueno, ahí sí esa pregunta esta como regular, porque había muchas ordenes, le daban una orden el uno y otra orden el otro, porque en Trillos todos le daban ordenes a uno, le decían a uno lleve una nevera para tal parte, Sandra Trillos que es la hermana de Stella, también le decía a uno, cumplía ordenes de todos, del que le dijera allá de los jefes tenía que hacerlo porque qué más”.

En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. CARDENAS: Cómo se manejaban los eventos promocionales?

SR. CASTRO: En la época en que yo estuve lo que es el material de eventos como lo que son tarimas, carpas, dumis, los teníamos guardados en la bodega de La Distribuidora y Cía. Ltda., ya si era una actividad como carnavales o cosas más grandes Bavaria directamente mandaba las tarimas más grandes o el material más grande para cubrir el evento.

participaba en la entrega de las promociones<sup>97</sup>. También aparece demostrado que las personas interesadas en obtener apoyo publicitario se dirigían a BAVARIA<sup>98</sup> o a LA DISTRIBUIDORA<sup>99</sup>, y en tales casos a la doctora Stella

---

De resto La Distribuidora como tal si salía de pronto un evento de prestar dos carpas, una carpa, ellos mismos en los camiones la hacían llegar para poder lograr la venta y poder contrarrestar el evento.”

<sup>97</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. CARDENAS: En cuanto a elementos publicitarios, carpas y todo eso a usted le tocó participar en la colocación de esos elementos publicitarios, promociones, usted participaba en la distribución de promociones?

SR. BAYONA: Sí señor, lo de las carpas a nosotros no nos competía nada, nosotros únicamente estábamos a lo que era de bebida, lo de la carpa ya lo manejaba era Bavaria directamente.

DR. CARDENAS: En las promociones de bebida cómo funcionaba eso?

SR. BAYONA: Nosotros sí manejábamos las planillas y todo, nosotros manejábamos una planilla de promociones y nosotros manejábamos la promoción de la planilla esa y al final del día uno con eso cuadraba.

DR. CARDENAS: Usted entregaba la promoción y al final del día daba el informe?

SR. BAYONA: Claro, sí señor, qué había pasado, las planillas las diligenciaba uno”.

En este sentido, se observa que a folios 93 a 113 y 261 a 265 del Cuaderno de Pruebas No 1 obra copia de las actas de compromiso y entrega de especies y actas de entrega de obsequio a la DISTRIBUIDORA en las cuales se da cuenta de la entrega de productos para contrarrestar contrabando o para promoción de productos. Igualmente a folios 173 a 192 del Cuaderno de Pruebas No 1 aparecen las planillas de obsequios entregados por la Distribuidora y firmados por el Supervisor.

<sup>98</sup> Ver, por ejemplo, las comunicaciones que obran a folios 116 a 119, 121, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 134, 135, 140 y 142 del Cuaderno de Pruebas No 1.

<sup>99</sup> En su declaración (folios 1 a 29 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Camilo Cárdenas Aguilar expresó: “DR. MARTINEZ: Sabe usted en la región de Ocaña, cada vez que se pretendía desarrollar una actividad publicitaria con logo- símbolos de Bavaria y sus productos, si los clientes de la zona se dirigían a Bavaria directamente en Bucaramanga o en Cúcuta o lo hacían por conducto de La Distribuidora?

SR. CARDENAS: Bueno, en todas las regiones más o menos en los municipios alejados de las grandes ciudades siempre llegan es al distribuidor, las cartas que cuando necesitan un aviso, que necesitan un botellero, alguna cosa, un exhibidor, alguna cosa de esas, ellos algunas veces llegan a donde el distribuidor y dejan la carta ahí.

Ahorita por ejemplo como tenemos preventa como las niñas van 1, 2 veces a la semana donde el cliente, siempre la dejan es con ellos”.

En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. MARTINEZ: Ha dicho usted esta tarde y si no es correcta mi afirmación le ruego me corrija con absoluta libertad por favor, que para la atención de los eventos especiales, los usuarios, las verbenas supongo, los bazares qué sé yo, se comunicaban directamente con Bavaria a través del supervisor y no lo hacían a través de doña Stella de Trillos, es eso correcto?

SR. GUTIERREZ: No señor, no es la comunicación, digamos que la solicitud como tal se debe atender directamente de nuestro supervisor de ventas encargado de la zona, pero la comunicación y la gran mayoría de las cartas o llamadas llegan efectivamente al distribuidor, porque digamos que es al que más conocen de la zona, entonces le dicen tengo un evento, ese distribuidor se lo pasa al supervisor y le dice vea señor supervisor hay un evento este fin de semana en tal parte y están pidiendo nuestra colaboración apruebe y el supervisor digamos que es el que da el aval para atender o hacer algún aporte a ese evento.”

En su declaración (folios 212 a 225 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), la señora Sandra Milena Trillos Ballesteros expresó:

Trillos como “gerente” o “agente” de BAVARIA<sup>100</sup>, para obtener apoyo para eventos.

Sin embargo, tales circunstancias, en el sentir del Tribunal, no acreditan que realmente se haya desarrollado una actividad de promover los negocios de BAVARIA como consecuencia de un encargo a LA DISTRIBUIDORA. En efecto, en primer lugar debe destacarse que las estrategias de promoción de los productos eran elaboradas y dirigidas por BAVARIA<sup>101</sup>. Así mismo, los

---

“SRA. TRILLOS: Directamente es que en Ocaña Bavaria era La Distribuidora, porque es que yo con Bavaria absolutamente para nada me entendía, directamente yo iba, llevaba la carta, hablaba, me sentaba con ella tenemos este evento, son los cumpleaños de Ocaña, es el cumpleaños del Club, vamos a celebrar esto, el día del amor y la amistad, necesito la tarima, eventos especiales, me facilitaba la tarima para por ejemplo cuando va un grupo especial en las fiestas en la noche, grupos vallenatos, las carpas también, todo eso ella nos facilitaba y cuando hacíamos esa clase de eventos también me facilitaba cerveza en consignación y yo decía Stella no tengo la cantidad de plata suficiente, ella qué hacía? Canastas de cerveza limitadas, no 20, 15, ella me facilitaba esas canastas y según como yo vendiera le cancelaba a ella en efectivo, no me cobraban absolutamente nada, eso me lo llevaba a mi don Ciro en el camión, a veces los muchachos del Club me colaboraban en armar, montar la tarima, ellos eran los que se encargaban de todo eso.

.... La Distribuidora era la que nos facilitaba eso a nosotros, yo como digo con Bavaria nunca he tenido un contacto directo, el contacto directo que nosotros tuvimos fue con La Distribuidora, con Bavaria nada, es que allá no hay presencia, es un pueblo pequeño.”

<sup>100</sup> Ver por ejemplo las siguientes comunicaciones: 20 de noviembre de 1999 enviada a la doctora Estella Trillos Gerente Bavaria, folio 120 cuaderno de Pruebas No 1; 6 de agosto de 2004 remitida a la doctora Maria Stella Trillos, Gerente Bavaria; 15 de diciembre de 2004 dirigida a la doctora Estela Trillos Vergel Agente Cervecería Aguila, folio 131 Cuaderno de Pruebas No 1; la 1º de octubre 1 de 2004, dirigida a la doctora Estela Trillos, Gerente Bavaria, folio 133 Cuaderno de Pruebas No 1; la 27 de septiembre de 2004, dirigida a la doctora Sthella Trillos Gerente Bavaria, folio 136 Cuaderno de Pruebas No 1, comunicación 28 octubre 2004, folio 175, comunicación 17 julio 2006, folio 138, comunicación 17 de julio 2006, folio 139; la 26 de julio 2006, dirigida a BAVARIA S.A. Atn. Doctora Estella Trillos, folio 140 Cuaderno de Pruebas No 1.

<sup>101</sup> En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2), el testigo Pedro Vicente López Rey expresó:

“DR. JARAMILLO: Esas promociones eran organizadas por ustedes, la estrategia comercial?

SR. LOPEZ: La estrategia directamente por Bavaria y nosotros teníamos que solicitar autorización a Bavaria para que nos dejaran hacer eso.

DR. JARAMILLO: La Distribuidora no participaba en eso... el diseño e implementación de, políticas de mercadeo, activación, diseño estratégico?

SR. LOPEZ: No, nada, ellos nada, ellos lo único que en su labor era cumplir lo que nosotros les dijéramos que tenía que hacer, me explico si había un evento en un establecimiento nosotros solicitábamos a La Distribuidora que a ese establecimiento se le llevara el producto y que se le entregara el producto y a ellos por llevar ese producto se les pagaba un flete, nosotros nos encargábamos de hacer mismo o nosotros somos los encargados de hacer mismo las activaciones, siempre supervisado por un supervisor, por un promotor o por un vendedor”.

En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. ARANGO: .., la primera está orientada es a saber si los distribuidores tienen autonomía en la realización de promociones, en la realización de eventos, o si generalmente

eventos en que se realizaban promociones no eran organizados por LA DISTRIBUIDORA<sup>102</sup>, sino por terceros que buscaban el apoyo de BAVARIA, directamente o a través de LA DISTRIBUIDORA. El material publicitario que se empleaba era suministrado por BAVARIA<sup>103</sup> y así mismo el costo de las

---

invierten en aspectos que busquen incrementar el consumo y esa misma pregunta referida al caso de La Distribuidora.

SR. GUTIERREZ: En el tema de las promociones, siempre van alineadas por la compañía, digamos en cabeza del supervisor de ventas o en cabeza del jefe de ventas, siempre se asigna un presupuesto para hacer determinadas promociones, o sea que el distribuidor no tiene la autonomía para hacer las promociones que él crea conveniente realizar, tampoco para atención de eventos, que atienda los eventos es otra cosa, pero que él realice los eventos digamos que esto realmente no se presenta como para aumentar la venta, eso generalmente no sucede y la segunda parte, es que ellos no invierten dinero en descuento para un producto por vender más, realmente si se hace algún descuento en el producto es porque sale el presupuesto directamente de la compañía, de la gerencia de ventas, del supervisor de ventas.

DR. ARANGO: Aquí se ha afirmado que en algunos casos las personas que querían realizar eventos o se dirigían indistintamente en Ocaña a La Distribuidora o a Bavaria, a doña Stella Trillos Bavaria Ocaña, puntualmente lo que recuerdo, tenía doña Stella facultad para decidir si se hacía o no un evento determinado o si se patrocinaba una feria, una orquesta, o un descuento en particular?

SR. GUTIERREZ: No señor, absolutamente ninguna autonomía tenía y no tiene ningún distribuidor para esa clase de eventos.

DR. JARAMILLO: Esa publicidad que yo le preguntaba, hay algún diseño que viene desde la entidad en la cual no participa el distribuidor, ni asume ningún costo publicitario?

SR. GUTIERREZ: exactamente, sí señor, eso viene totalmente nacional, eso es centralizado y las mecánicas digamos, la mecánica y la publicidad como tal nos llega directamente de la compañía.

DR. JARAMILLO: El distribuidor no puede bajo ninguna circunstancias intervenir en el tema publicitario, no tiene ninguna ingerencia en la zona Ocaña por ejemplo, no tenía publicidad propia?

SR. GUTIERREZ: No señor, en absoluto.”

<sup>102</sup> En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2), el testigo Pedro Vicente López Rey expresó:

“SR. LOPEZ: Mire los eventos normalmente son solicitados por los consumidores o por nuestros clientes, me explico un bazar lo organiza una junta de acción comunal y la junta de acción comunal recurre a Bavaria, un establecimiento quiere hacer alguna actuación o algo, recurre directamente a Bavaria, o sea La Distribuidora no generaba eventos, nosotros sí como Bavaria podemos generar eventos, pero La Distribuidora o el distribuidor así como tal, ellos no generan eventos, o sea decir uno que genera un evento no, que ellos participan en la atención del evento.

Me explico a mi me llega por ejemplo una carta de una junta de acción comunal solicitándome hacer un bazar el domingo, nosotros como Bavaria somos los que programamos las carpas, las tarimas lo que tenga que hacerse, La Distribuidora o el distribuidor de alguna población o alguna ciudad lo que hace es cumplir en llevar el producto hasta el evento y una vez termine el evento recoger el producto sobrante y traerlo nuevamente a bodega, pero los eventos se generan por otro lado, no los genera directamente La Distribuidora.”

<sup>103</sup> El señor Camilo Cárdenas expresó:

“DR. ARANGO: Indíqueme al Tribunal a cargo de quién estaba el pago de elementos publicitarios como los que le voy a nombrar: camisetas cachuchas, afiches, calcomanías, promociones de 2 X 1 de cerveza o en otros productos de Bavaria, quién costaba el valor de esa publicidad?

SR. CARDENAS: Bavaria totalmente.

DR. ARANGO: Alguna vez durante el tiempo que usted conoció a La Distribuidora tuvo conocimiento de que ellos invirtieran, hicieran alguna inversión en publicidad de este tipo?

SR. CARDENAS: No señor”.

promociones las asumía BAVARIA<sup>104</sup>. Por lo demás, si bien LA DISTRIBUIDORA participaba en el desarrollo de las promociones de producto, la labor de entrega de las respectivas promociones (distribución de los beneficios respectivos), correspondía a la que podía hacer cualquier distribuidor, incluyendo el detallista. De esta manera, aun cuando había una participación de LA DISTRIBUIDORA en la promoción de los productos de BAVARIA, dicha participación era marginal, pues se limitaba a realizar un apoyo desde el punto de vista de la distribución de la promoción y de la publicidad, además, de nuevo, de no ser incompatible con su propio interés en el resultado de la labor de distribución, y de no constituir, en lo esencial, la causa ni la finalidad de su gestión.

La inexistencia de una actividad de promoción propia de LA DISTRIBUIDORA resulta consecuente con el hecho de que si bien en un

---

En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. ARANGO: Esa publicidad a la que usted se refiere en los carnavales cuando usted como supervisor iba, quién la pagaba Bavaria o los señores Trillos?

SR. CASTRO: No, toda la publicidad de carnavales la pagaba Bavaria.

En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2) el testigo Pedro Vicente López Rey expresó: “SR. LOPEZ: La publicidad únicamente Bavaria es la que la produce, o sea la publicidad nos llega a nosotros, o sea Bavaria es la que nos manda los afiches, los pendones, lo que ellos tengan nos lo envían a nosotros, nosotros en cada zona la instalamos de acuerdo al personal que tenemos, por ejemplo remitiéndome al caso de Ocaña mis promotores, o sea los que yo tenía ya contratados la función de ellos era acompañar el camión, hacer promociones y a la vez poner la publicidad, cuando estaban mis promotores, cuando estaba el supervisor pues es también una labor del supervisor que también la tenía que hacer él con el inspector si lo había en el territorio y de resto, pues, el distribuidor nos ayudaba o colaboraba colocando esa publicidad a través de las tripulaciones, pero eso ya era un manejo de esa publicidad, de colocar esa publicidad, pero no es que fuera algo obligatorio hacia ellos ni nada porque nosotros teníamos la gente que la colocaba, que de pronto uno hacía algo con las tripulaciones para que ellos colocaran eso”.

<sup>104</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. MARTINEZ: En el caso de las promociones, las promociones eran canceladas por Bavaria antes o después de que se realizaran?

SR. BAYONA: Después de que se realizaban.

DR. MARTINEZ: Eso quiere decir que La Distribuidora tenía que poner de su propio dinero en esas promociones al comienzo hasta que Bavaria le pagara?

SR. BAYONA: Le reembolsara sí señor, era así, claro sí señor, uno hacía las promociones, había un tope de planillas y de plata y en determinado tiempo ellos le reponían a ellos su plata”.

Lo anterior es concordante con la prueba documental que obra en el expediente así, por ejemplo, por comunicación del 22 de mayo de 2003 la Distribuidora solicita el reembolso de una sumas de dinero entregadas al Supervisor para promociones (folio 149 del Cuaderno de Pruebas no 1).



organigrama de dicha sociedad que aparece en el estudio realizado por Cabrera y Bedoya Banqueros de Inversión (folio 491 del Cuaderno de Pruebas No 1), se contempla la existencia de un departamento de mercadeo, lo que encuentra el Tribunal es que no solo no hay evidencia probatoria objetiva en el plenario al respecto, sino que se recibió referencia testimonial en sentido contrario<sup>105</sup>.

De otra parte, es importante señalar que también se ha hecho referencia a que LA DISTRIBUIDORA colaboró con BAVARIA en la lucha contra el

---

<sup>105</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. ARANGO: Existía algún departamento de mercadeo y ventas como esta, como aparece en ese cuadro?”

SR. BAYONA: No, o sea en Ocaña se manejaba la venta así, uno cargaba su producto en la bodega La Distribuidora y uno se encargaba de distribuirlo tienda a tienda, nada más no había un mercadeo de ventas.”

En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. ARANGO: Había allí un departamento de publicidad o un departamento de mercadeo o un departamento de promociones o eso no existía?”

SR. CASTRO: No, eso no existía.

DR. ARANGO: De acuerdo con lo que usted me esta diciendo es válido afirmar que todo el diseño de promociones y actividades de mercadeo estaba coordinado por Bavaria a través de usted?”

SR. CASTRO: Sí señor, lo que es promoción y mercadeo el supervisor tenía el conocimiento de eso.”

En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2), el testigo Pedro Vicente López Rey expresó:

“DR. ARANGO: Retomando lo que venía diciendo usted sobre las actividades de mercadeo ante la pregunta del doctor Jaramillo, le voy a poner de presente al testigo el folio 527 del Cuaderno de Pruebas No. 1, en donde aparece el organigrama de la firma La Distribuidora y Cía. Ltda. aportado por el señor apoderado de la demandante como prueba en este proceso. En este organigrama, don Pedro Vicente, aparece un departamento de mercadeo y ventas, yo quiero que usted le indique al Tribunal si usted tuvo alguna vez contacto con la persona encargada de ese departamento de mercadeo y ventas o si conoció de la existencia de ese departamento de mercadeo y ventas?”

SR. LOPEZ: A ver, eso fue más o menos en el año 97, cuando nosotros estábamos tratando de montar lo que era una preventa indirecta alla que ellos nombraron un muchacho, un señor, no recuerdo el nombre del señor, pero eso fue algo montado por ellos, pero nunca se puede decir aprobado por nosotros, o sea ellos lo montaron como una especie de querer hacerlo pero nosotros teníamos nuestros supervisores y todo que eran los que manejaban esa parte.

Eso fue como una especie de piloto que se trató de hacer pero que nunca nos dio resultado.

DR. ARANGO: Cuánto tiempo funcionó ese departamento?”

SR. LOPEZ. Eso pongo yo, si no estoy equivocado por ahí unos 6, 7 meses, eso no alcanzó a durar mucho tiempo.”

El dicho de este testigo se confirma por la comunicación del 20 de julio de 1999 (folio 377 del Cuaderno de Pruebas No 1) en la que se comunica por la Distribuidora a Bavaria que la preventa se inició el primero de febrero de 1998 y se suspendió el 17 de julio de 1999.

contrabando, asumiendo parte del costo<sup>106</sup>. Así consta en la comunicación del 18 de noviembre de 2003 (folio 251 del Cuaderno de Pruebas No 7), en la cual LA DISTRIBUIDORA señala que ha decidido rebajar el precio de la canasta en \$211 para ser competitivos, pero como ello no es suficiente, solicita a BAVARIA un aporte de \$300. A dichos descuentos igualmente se refiere el perito<sup>107</sup>. Sin embargo, tal actividad no significa que el distribuidor haya realizado una actividad de promoción, pues esta es una medida que cualquier comerciante puede realizar para defender su posición en el mercado, además de lo que significa desde la óptica de la actuación de LA DISTRIBUIDORA por cuenta propia, no por cuenta de BAVARIA –en el sentido jurídico que a juicio del Tribunal se debe aplicar, según se indicó-, exigencia adicional para la estructuración de la agencia comercial.

De todo lo anterior concluye el Tribunal que el objeto principal de la actividad encomendada a LA DISTRIBUIDORA, visto lo convenido al expresar el consentimiento inicial y sus modificaciones formales, y lo que muestra la ejecución contractual, no era promover los negocios de BAVARIA. En este punto debe reiterar el Tribunal que el encargo del agente, cuando realmente

---

<sup>106</sup> En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. MARTINEZ: En aquella época qué hizo Bavaria o que hizo La Distribuidora para combatir el contrabando de Polar y de la Costeñita?

SR. CASTRO: En esa época Bavaria daba promociones, daba descuento para tratar de nivelar el precio a como llegaba de contrabando, a su vez La Distribuidora también en común acuerdo tenía que poner de su dinero para dar otro excedente y poder nivelar los precios.

DR. MARTINEZ: Cuéntenos cómo es eso que La Distribuidora tenía que poner de su dinero para nivelar los precios, que es algo que puede ilustrar mucho al Tribunal.

SR. CASTRO: En esa época que yo estuve la Costeñita no recuerdo los precios que estaban, pero se pasaba de pronto la propuesta, La Distribuidora me pasaba una carta a mi diciendo mire Alexis nos están atacando mucho con el contrabando, están entrando tantas cajas, estamos perdiendo venta, pase la propuesta a Bavaria para que nos colabore tratar de nivelar el precio, entonces sencillamente yo pasaba la propuesta a mi jefe de ventas y él decía bueno le autorizamos tanto dinero, de pronto ese dinero no alcanzaba a nivelar el precio en que estaba, entonces La Distribuidora decía nosotros colocamos que se yo en ese entonces, eran por caja no recuerdo exactamente \$1.000 algo así, ellos asumían otra parte y Bavaria por decir algo \$3.000, como esa comparación, pero ellos también obviamente asumían para no perder el mercado.”

<sup>107</sup> En el dictamen expresó (página 18):

“Además del uso de los créditos, utilizados de manera excepcional cuando se requerían incrementos en el valor de los pedidos, descrito antes en este informe, previo acuerdo con Bavaria, La Distribuidora concedía descuentos especiales a los detallistas, que Bavaria reembolsaba posteriormente, en forma total o parcial, según lo convenido. Estos mecanismos fueron utilizados principalmente, según las explicaciones de la representante legal de La Distribuidora, para reducir los precios de venta al público y enfrentar de esta manera el contrabando abierto de productos similares a los de Bavaria desde Venezuela y el contrabando técnico realizado mediante subfacturación de los productos importados”.

se ostenta tal condición, se caracteriza porque el mismo consiste en promover los negocios del empresario, no a título marginal, sino en forma principal.

#### **7.4 Actuación por cuenta ajena**

Finalmente, como ya se dijo, los textos contractuales contemplaban que LA DISTRIBUIDORA no obraría por cuenta y riesgo ni en representación de BAVARIA, y que actuaría en forma directa e independiente, por su cuenta y riesgo, al comprar para revender los productos fabricados y/o distribuidos por BAVARIA.<sup>108</sup> Igualmente, en dichos textos LA DISTRIBUIDORA asumió el riesgo de los productos, incluyendo los de las operaciones de cargue y descargue, y los de pérdida de las mercancías o de la rotura de envases y empaques retornables<sup>109</sup>.

Encuentra el Tribunal que, en lo esencial, las reglas contractuales que se han señalado correspondieron a la ejecución práctica del contrato.

En efecto, en el proceso está acreditado que LA DISTRIBUIDORA adquiría de BAVARIA el producto que luego vendía a los comerciantes de la zona que le había sido asignada. De una parte, como se señala en el Dictamen Pericial (páginas 16 y 17), en la contabilidad de BAVARIA se registraba el producto entregado a LA DISTRIBUIDORA como una venta. Esta última, según se expresa en el Dictamen, tenía como soporte para su registro la factura de venta de BAVARIA<sup>110</sup>. Además, señala el perito que LA DISTRIBUIDORA “registraba los productos recibidos de BAVARIA como cargos a la cuenta de inventarios, a través de la cual se controlaban las existencias, con crédito a las cuentas de efectivo, en la medida que las operaciones eran de contado. Estos ingresos de productos no pasaban por la cuenta de compras o de

---

<sup>108</sup> Cláusula primera de la oferta del 13 de junio de 1995 y de la modificación de 1997, así como cláusulas décima sexta y décima novena de la modificación del 2007.

<sup>109</sup> Cláusulas tercera y sexta de la oferta de 1995; cláusula tercera de la modificación de 1997 y cláusula cuarta de la modificación de 2007.

<sup>110</sup> Las facturas de Bavaria a la Distribuidora obran a folios 266 a 285 cuaderno de Pruebas No 1.

costo de ventas de la Distribuidora, ello ocurría por cuanto no tenían efecto alguno sobre los resultados, dado que el precio de compra y de venta era iguales”.

Por otra parte, LA DISTRIBUIDORA expedía facturas a los detallistas y “registraba los pagos que recibía de los detallistas, quienes adquirían los productos, como ingresos de caja y la mercancía entregada la registraba como créditos a la cuenta de inventarios”. Agrega el perito que “En este caso no se afectaba la cuenta de ventas, ni otra cuenta de resultados, sobre la base de que esta operación no generaba utilidades o pérdidas, por cuanto los precios de compra y de venta eran iguales”.

Como se puede apreciar, los ingresos se registraban como propios, no como el reflejo de una actuación por cuenta de BAVARIA.

Otro elemento que confirma la actuación por cuenta propia por parte de LA DISTRIBUIDORA es el hecho que, como lo señaló el perito<sup>111</sup>, LA DISTRIBUIDORA debía pagar de contado el producto a BAVARIA el mismo día del retiro del pedido “porque era condición para retirar la mercancía”, y sólo excepcionalmente recibía créditos que eran respaldados por hipotecas o prendas sobre vehículos.

Por lo demás, la actuación por cuenta propia se ve reflejada en el hecho que le correspondía a LA DISTRIBUIDORA asumir las pérdidas que se produjeran<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Página 16 del Dictamen pericial.

<sup>112</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“SR. BAYONA: A mi me atracaron una vez recién entrado, yo entré el 4 de febrero y el 4 de junio me atracaron a mi, me tocó pagar la mitad de la plata del atraco, porque si no me iba y yo necesitaba el trabajo.

DR. MARTINEZ: Y la otra mitad quién la asumió?

SR. BAYONA: Según los Trillos La Distribuidora perdió eso, no se”.

Igualmente, la señora Doris Villamizar en su testimonio (folios 112 a 131 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) declaró:

“DR. CARDENAS: Quién sufría las pérdidas de producto?

SRA. VILLAMIZAR: Las pérdidas de producto?

DR. CARDENAS: Por ejemplo, Si se accidentaba un camión?

SRA. VILLAMIZAR: La sociedad Distribuidora, porque es que el producto ellos son dueños del producto después de que el producto se haya facturado, la sociedad Distribuidora es dueña del producto.”

También está acreditado que LA DISTRIBUIDORA era quien asumía todas las consecuencias de los contratos celebrados con los comerciantes a los que les vendía el producto, a quienes se lo facturaba<sup>113</sup>, y a quienes en la operación normal se los podía entregar en consignación<sup>114</sup>. Además, era LA

---

En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2) el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. CARDENAS: Veamos un poco más en detalle esa situación, Bavaria le entrega un producto al distribuidor, de ese producto se pierde una caja, quién pierde esa caja el distribuidor o se lo repone Bavaria, cómo funcionaba la situación?”

SR. CASTRO: Si el producto se perdía lo asumía La Distribuidora porque producto, obviamente el envase es retornable y tendrían como tal la labor de vendedores y conductores era recaudar el envase.

Bavaria asumía el envase cuando se hacían promociones de préstamo de envase para llenar clientes o si salía una promoción, por ejemplo cuando salió la Costeñita en ese entonces que yo estuve que fue cambio de envase, entonces Bavaria daba autorización para préstamos de envase, ese sí se lo recaudaba Bavaria mediante notas crédito o mediante recaudo, pero si se perdía X envase lo asumía La Distribuidora, un ejemplo, si en un evento lo hacían con envase y se partía lo asumía La Distribuidora.”

En su declaración (folios 64 a 100 del Cuaderno de pruebas No 5.2), el testigo Pedro Vicente López Rey expresó:

“DR. CARDENAS: Qué pasaba si se perdían productos?”

SR. LOPEZ: Si se perdía producto eso era responsabilidad ya del distribuidor porque ellos eran ya los dueños del producto, tan pronto nosotros le vendíamos el producto en Bucaramanga ellos ya saliendo de la puerta de la cervecería, el producto ya era de ellos, ellos lo llevaban a una bodega, lo tenían allá y lo distribuían, ya era producto que era de ellos.”

<sup>113</sup> En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. BONIVENTO: La Distribuidora facturaba el producto que entregaba a los detallistas?”

SR. CASTRO: Sí señor.

DR. BONIVENTO: Siempre se hacía?

SR. CASTRO: Siempre.”

En su declaración (folios 212 a 225 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), la señora Sandra Milena Trillos Ballesteros expresó:

“DR. CARDENAS: Cuando le vendía La Distribuidora quién le facturaba?”

SRA. TRILLOS: La Distribuidora.”

<sup>114</sup> En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“DR. CARDENAS: Pero quién le dejaba el producto en consignación, La Distribuidora o Bavaria?”

SR. CASTRO: La Distribuidora.

“... ”

SR. CASTRO: La Distribuidora o Stella Trillos en su momento la gerente, si daba consignación y perdía el dinero, ella tenía que asumir, entonces lo podía hacer perfectamente.

DR. MARTINEZ: Quiere decir lo anterior que cuando se entregaba en consignación, la pérdida del producto era exclusivamente por cuenta de La Distribuidora?

SR. CASTRO: Sí señor.

DR. BONIVENTO: Para precisión o entendimiento, la decisión de entregar el producto en consignación en el caso de eventos era de Bavaria o de La Distribuidora?

SR. CASTRO: Eventos grandes eran de común acuerdo Bavaria con La Distribuidora.

DR. MARTINEZ: En eventos pequeños?

DISTRIBUIDORA quien les concedía crédito a dichos comerciantes, y asumía el riesgo crediticio consiguiente<sup>115</sup>. De igual forma se advierte, más allá del sentido específico de la expresión, que los subdistribuidores del producto que atendían ciertas localidades, actuaban por cuenta de LA DISTRIBUIDORA, no de BAVARIA<sup>116</sup>.

---

SR. CASTRO: No lo llamemos eventos pequeños en clientes o tenderos ya La Distribuidora si quería dar en consignación era La Distribuidora.”

<sup>115</sup> En su declaración (folios 30 a 63 del Cuaderno de Pruebas 5.2), el testigo Alexis Antonio Castro Chinchilla expresó:

“SR. CASTRO: Si el crédito lo daba La Distribuidora lo asumía La Distribuidora.

DR. JARAMILLO: Siempre, por lo que a usted le consta?

SR. CASTRO: Sí señor”.

En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. CARDENAS: Esos clientes en esa cartera eran clientes de quién de Bavaria o de La Distribuidora, a quién le quedaban debiendo?

SR. BAYONA: De La Distribuidora.

DR. MARTINEZ: Nos interesa que nos ilustre cómo era lo de la financiación, en algunos casos ha dicho usted La Distribuidora entregaba producto y no se pagaba de contado por parte del cliente, en qué casos específicamente recuerda usted?

SR. BAYONA: Por ejemplo en el Batallón se financiaba a un mes, ellos acumulaban las facturas y pagaban con cheque \$8, \$10 millones, en centros comerciales también se financiaba, o sea todos los créditos que se dieron fueron ordenados por La Distribuidora, eso era lo que ellos concedían.

DR. MARTINEZ: Para claridad del Tribunal ese crédito lo daba La Distribuidora o lo daba Bavaria?

SR. BAYONA: La Distribuidora.”

Igualmente, la señora Doris Villamizar en su testimonio (folios 112 a 131 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) declaró:

“DR. CARDENAS: La cartera con los clientes de quién era, era de Bavaria o era de La Distribuidora?

SRA. VILLAMIZAR: La cartera...De la sociedad Distribuidora.”

En su declaración (folios 212 a 225 del Cuaderno de Pruebas No 5.2) la señora Sandra Milena Trillos Ballesteros expresó:

“DR. CARDENAS: El producto se pagaba de contado o a usted le daban algún tipo de crédito?

SRA. TRILLOS: Según los eventos, cuando no hay eventos especiales nosotros pagábamos el producto, pero cuando teníamos eventos grandes que nuestra capacidad económica no podía cumplir o comprar la cantidad de cerveza, yo hablaba directamente con Stella y ella nos facilitaba a nosotros las cajas que necesitáramos, el producto que necesitáramos, las cajas de cerveza y lo hacía en ciertos momentos porque teníamos la plata para el líquido, en otras oportunidades vacía más el líquido, nos daba en consignación, cuando terminaba la actividad nosotros le cancelábamos a ella lo que vendíamos y le regresábamos las canastas que nos sobraban.”

En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. MARTINEZ: Ese riesgo de crédito derivado de la contingencia de que haya pago o no pago, quién lo corre, lo corre el distribuidor o lo corre Bavaria?

SR. GUTIERREZ: El distribuidor.”

<sup>116</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Angel María Bayona expresó:

“DR. MARTINEZ: Cuéntenos qué hacía don Helio Téllez, cuál era su actividad?

SR. BAYONA: Helio Téllez él lleva cerveza para un municipio que se llama el Carmen, él es contratista en El Carmen, es quien reparte la cerveza en El Carmen y Guamalito.

Todo lo anterior muestra e implica, entonces, que LA DISTRIBUIDORA, en el desarrollo de su labor de compra y venta, actuaba por cuenta propia.

El Tribunal estima pertinente señalar que la convocante ha indicado, en su línea de argumentación, que las facturas de LA DISTRIBUIDORA eran emitidas indicando que dicha sociedad era representante de BAVARIA. En efecto, obran en el expediente copias de facturas expedidas por LA DISTRIBUIDORA en las cuales se indica su NIT, y se señala “Representantes BAVARIA S.A.” (folios 49, 53 y 56 del Cuaderno de Pruebas No 1, y 307 a 335 del Cuaderno de Pruebas No 3). Igualmente, una referencia semejante aparece en diversos documentos de relación de obsequios (folios 157 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 1). Es pertinente destacar que incluso algunas de las facturas de LA DISTRIBUIDORA, con la leyenda que se ha señalado, se expidieron a cargo de BAVARIA por concepto de fletes o productos (Folios 286 a 294 y 344 a 374 del Cuaderno de Pruebas no 1). Además, en el proceso está acreditado que a pesar de que existía la Circular 001 de 22 de agosto de 2006 (folio 37 del Cuaderno de Pruebas No 3), en la que BAVARIA le solicita las firmas distribuidoras abstenerse de utilizar el logo de BAVARIA en su correspondencia, facturas formatos y documentos propios de sus firmas, los funcionarios de BAVARIA no formularon reparos al hecho de que LA DISTRIBUIDORA utilizara dichas expresiones en su facturación<sup>117</sup>.

Desde este punto de vista, observa el Tribunal que la expresión “Representantes BAVARIA S.A.” no era utilizada en un sentido jurídico, en la

---

DR. MARTINEZ: Cuénteme y él repartía esa cerveza en esas zonas como por cuenta de Bavaria o por cuenta de La Distribuidora?

SR. BAYONA: Por cuenta de La Distribuidora”.

<sup>117</sup> En su declaración (folios 132 a 160 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el testigo Oscar Fernando Gutiérrez Rueda expresó:

“DR. MARTINEZ: Le consultaba con relación a estas facturas si en algún momento usted llamó la atención verbalmente o por escrito a La Distribuidora por utilizar esas expresiones que allí aparecen?

SR. GUTIERREZ: No señor, nunca lo hice.

DR. MARTINEZ: Como usted puede verlo en esas propias facturas, esas están dirigidas a Bavaria S.A. Bucaramanga, tiene usted conocimiento de si Bavaria en algún momento se opuso a que en la papelería de La Distribuidora se utilizara la expresión de que esta empresa era representante de Bavaria?

SR. GUTIERREZ: No, no tengo conocimiento de que en algún momento se haya hecho alguna aclaración o reclamación sobre eso no, no tengo conocimiento.”

medida en que, por ejemplo, si ello fuera así, la facturación debía ser expedida a nombre de BAVARIA, con su NIT y no a nombre de LA DISTRIBUIDORA. Por consiguiente, la expresión “representante” no se usa en dichos documentos en un sentido jurídico sino comercial, esto es, en el sentido de canal de comercialización de un determinado producto. La ausencia de verdadera representación, en su genuino sentido jurídico, se aprecia también en otros aspectos, como los relativos a los registros contables de las operaciones en una y otra sociedad –ya reseñados y comentados en aparte anterior de la providencia-, y la ausencia misma de poder o facultad de representación, evidente en el proceso. Por lo anterior, dicho elemento no permite sustentar, por esta vía, la tesis de que LA DISTRIBUIDORA actuaba por cuenta de BAVARIA.

Por otro lado, de igual modo está demostrado que los empleados de LA DISTRIBUIDORA utilizaban uniformes que los identificaban con la empresa BAVARIA<sup>118</sup>. Dichos uniformes eran vendidos por BAVARIA<sup>119</sup>. Igualmente los camiones tenían los signos de identificación de BAVARIA<sup>120</sup>. Esta circunstancia, sin embargo, no significa que LA DISTRIBUIDORA actuara por cuenta de BAVARIA, conforme al sentido estricto y aplicable de la expresión, que se ha mencionado reiteradamente. En efecto, en las relaciones de distribución, en general, es usual que los distribuidores utilicen, con

---

<sup>118</sup> En su declaración (folios 161 a 200 del Cuaderno de Pruebas No 5.2), el señor Angel Maria Bayona expresó:

“DR. CARDENAS: Ustedes utilizaban uniformes?

SR. BAYONA: Uniformes empezamos a utilizar como desde el 2004 para acá.

DR. CARDENAS: Eran uniformes que identificaban a quién?

SR. BAYONA: A Bavaria, no a La Distribuidora, a Bavaria.

DR. CARDENAS: Eran uniformes que decía Bavaria?

SR. BAYONA: Bavaria S.A.”

Así mismo, el señor Camilo Cárdenas en su declaración expresó:

“DR. ARANGO: En esta demanda se afirma y así fue reconocido en la contestación de la demanda que los empleados de La Distribuidora portaban uniformes con logos de Bavaria y los camiones estaban pintados con pintura de Bavaria, eso es correcto?

SR. CARDENAS: Sí señor.

DR. JARAMILLO: Ese uniforme tenía una identificación en particular?

SR. CARDENAS: No, eran uniformes de publicidad de Bavaria.”

<sup>119</sup> En tal sentido correo electrónico folios 88 y 89 del Cuaderno de Pruebas No 1.

<sup>120</sup> En su declaración, el señor Ángel María Bayona expresó:

“DR. MARTINEZ: Al utilizar ustedes ese uniforme que era de Bavaria, la gente a la que usted atendía lo identificaba como trabajador de Bavaria o como trabajador de La Distribuidora o como trabajador de quién, cómo lo identificaba a usted la gente?

SR. BAYONA: La gente lo identificaba a uno como trabajador de Bavaria porque aquí en la camisa decía Bavaria, no La Distribuidora.

DR. MARTINEZ: En los camiones qué decía?

SR. BAYONA: Bavaria, todos los letreros de los camiones eran de Bavaria.”



autorización del productor, los signos distintivos del producto que distribuyen con el fin de que los consumidores puedan conocer el origen del producto, y que el mismo se comercializa con autorización del productor. En ciertas modalidades del género contratos de distribución, como el contrato de concesión, se llega al extremo de procurar la mayor uniformidad posible entre los diferentes concesionarios para lograr establecer y conservar una imagen de marca. Por consiguiente, el empleo de instrumentos para mantener y preservar la imagen de marca e indicar que el distribuidor cuenta con la autorización del empresario no permite concluir, por sí mismo, que hay una actuación por cuenta ajena, sobre todo si por otra parte es claro que la persona que entrega el producto lo factura y enajena en su propio nombre. Eso es lo que ocurría en el presente caso, en el cual si bien los empleados de LA DISTRIBUIDORA utilizaban uniformes que indicaban BAVARIA, al propio tiempo era claro que los mismos actuaban por cuenta de LA DISTRIBUIDORA.

En adición a lo dicho, conviene anotar que al proceso se arrimaron certificados de retenciones en la fuente realizadas por BAVARIA a LA DISTRIBUIDORA por concepto de “Servicio de Transporte” o “Transporte de Carga” (folios 319 a 336 del Cuaderno de Pruebas No 1). Advierte el Tribunal que el hecho de que BAVARIA registrara en su contabilidad los pagos a LA DISTRIBUIDORA con los conceptos mencionados tampoco acredita que LA DISTRIBUIDORA actuara por cuenta de BAVARIA porque, como ya se vio, el producto pertenecía a LA DISTRIBUIDORA, que lo adquiría a título de compra, y era quien asumía, desde el momento de la entrega en las instalaciones del fabricante, los riesgos del mismo. En este contexto, es claro que no podía entenderse que la remuneración constituía la contraprestación a un servicio de transporte, en la medida en que el mismo no existía, pues los productos pertenecían a quien los desplazaba de un lugar a otro. Y sin desconocer lo equívoco de las expresiones que se utilizaban, seguramente por asociación a los factores y parámetros que se consideraban para estructurar el monto de la remuneración –“fletes”, según se indicó-, ellas sirven para denotar, en la vía que con insistencia ha puesto de presente el Tribunal, que la naturaleza de la labor de LA DISTRIBUIDORA tenía que ver, preponderantemente, con la distribución o reparto de los productos BAVARIA

para atender las necesidades de la clientela, no propiamente para promover los negocios del empresario fabricante.

Por otra parte, también está establecido que BAVARIA otorgaba incentivos a los tripulantes de los camiones por razón del volumen de ventas<sup>121</sup>, lo que tampoco significa que exista una actuación por cuenta ajena, pues dichos incentivos simplemente buscan estimular las ventas y por ello pueden existir independientemente de que se actúe por cuenta ajena. Es por esta razón que los incentivos pueden beneficiar a cualquiera de las personas que comercializan un producto e incluso a los consumidores.

### **7.5 Territorio**

En relación con el territorio observa el Tribunal que en la oferta presentada en junio de 1995 LA DISTRIBUIDORA se comprometía revender los productos en la zona fijada. Además, en el hecho 1.9 de la demanda la demandante señaló que inicialmente el territorio asignado a LA DISTRIBUIDORA era el siguiente:

- Municipios de OCAÑA, ABREGO, RIO DE ORO (C), GONZALEZ, ACARI, ASPASICA y EL CARMEN (NS).
- Corregimiento de Guamalito
- Carretera Aguachica-Ocaña, desde Platanal a Ocaña

Agregó, así mismo (hecho 1.10), que posteriormente BAVARIA le asignó todo el territorio conocido como la provincia de Ocaña y el pueblo Río de Oro (Cesar). Igualmente expresó (hecho 1.11) que “antes del año 2006, LA DISTRIBUIDORA no podía vender los productos de BAVARIA en el pueblo

---

<sup>121</sup> En su declaración, el señor Camilo Cárdenas expresó:  
“DR. BONIVENTO: En la medida en que a usted le consta había incentivos por volúmenes de ventas de Bavaria?  
SR. CARDENAS: Sí, a los vendedores muchas veces se les entregaron bonos de incentivos.”

Convención. Ello sólo fue posible cuando BAVARIA autorizó a LA DISTRIBUIDORA para hacerlo”.

La demandada aceptó dichos hechos en su contestación. Adicionalmente en el expediente obran pruebas documentales del territorio asignado<sup>122</sup>. De esta manera, se encuentra acreditado el territorio en que debía operar el distribuidor.

De igual forma, de la oferta formulada y sus modificaciones queda claro que su objeto son los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA.

En consecuencia, dejando de lado las consideraciones efectuadas en aparte anterior sobre el alcance y los efectos de eventuales omisiones de las partes en la indicación de este tópico de la relación, lo cierto es que en el vínculo de LA DISTRIBUIDORA con BAVARIA, el referido elemento tuvo cabal verificación.

En síntesis, concluye inequívocamente el Tribunal que en el caso *sub-examine*, considerado en su contenido negocial tal como fue expresado el consentimiento inicial de los contratantes, y en la caracterización de los hechos y circunstancias acaecidos durante su ejecución, el contrato celebrado entre LA DISTRIBUIDORA y BAVARIA no puede ser calificado de agencia comercial, en la medida en que el objeto principal de dicho contrato no era, ni fue en la práctica, promover los negocios del empresario, ni LA DISTRIBUIDORA actuaba por cuenta de BAVARIA, requisitos indispensables, en los términos que se dejaron expuestos, para la estructuración de la referida especie contractual.

Puesto en otros términos, siguiendo el juicio de adecuación típica propuesto en párrafos precedentes, encuentra el Tribunal que el acuerdo *sub-examine* no se adecúa a los elementos estructurales de la agencia comercial o la agencia de hecho, según el caso, toda vez que, si bien desde la tipicidad de

---

<sup>122</sup> Por ejemplo, en comunicación del 11 de junio de 1996 (folio 57 del Cuaderno de Pruebas No 1) BAVARIA le manifiesta a la Distribuidora que le ratifica que el territorio asignado donde efectuarán la reventa de los productos Bavaria son los municipios de Ocaña, Abrego, Rio De Oro (C), González, Acari, Aspasica y El Carmen (Ns); el corregimiento de Guamalito, y la carretera Aguachica-Ocaña, desde Platanal a Ocaña.

primer orden sí es constatable que se trata de un contrato, en lo que se refiere a la tipicidad de segundo orden, el referido acuerdo, en estrictez, no cumple a plenitud con varios de los indicadores especiales de la agencia, particularmente con la promoción de negocios y el obrar por cuenta del empresario. Así, al faltar tales indicadores, elementos esenciales o genéticos del contrato, no es posible concluir la existencia del mismo, por lo que ineluctable, a la par que inequívoco resultado del juicio de tipicidad, será que entre BAVARIA y LA DISTRIBUIDORA no se configuró agencia alguna, un negocio jurídico que, por su tipicidad, no se puede colegir, o intuir, sino demostrar fehacientemente, hasta el punto que no quede las más mínima duda o hesitación, en lo esencial. De otro modo, estaría empleándose una estructura o morada ajena, construida para una hipótesis particular y, de contera, específica, no siendo posible entonces la cercanía o mera proximidad, en gracia de discusión, sino la plena e irrefragable adecuación tipológica, lo que supone que, sin quiebre y excepción, converjan no unos, sino todos los requisitos cardinales, so pena de que no pueda configurarse el tipo reclamado. En este campo, huelga mencionarlo, no son de recibo las aproximaciones, las cercanías, las meras proximidades, dado que por esta senda se desdibujaría el rol capital asignado al tipo, esto es a la individualidad, rectamente entendida. En otros términos, de suyo coloquiales, los 'casis' se tornan vanos e insuficientes. Lo nuclear entonces no es sumar algunos rasgos, algunas notas o elementos; es reunir, sin ambages, a los que son estructurales o basilares. De allí que la elasticidad del tipo, en sí misma considerada, no es sinónimo de amplitud extrema o irrestricta, en razón de que se eclipsarían las fronteras que separan a los contratos que, no obstante comulgar con un género común, acusan individualidad. Al fin y al cabo, tienen nombre, y en particular apellido, esto es, como lo ha puesto de presente una doctrinante italiana, una "etiqueta".<sup>123</sup>

Por lo anterior, se negará la pretensión principal de la demanda, y las pretensiones consecuenciales (primera y segunda) de la misma.

---

<sup>123</sup>- Maria Constanza. Il contratto atipico, op.cit, p. 3.

## 8 La simulación

En su pretensión subsidiaria, la demandante expresa que “En caso que no prospere la pretensión Principal, solicito se declare la simulación de los contratos de compraventa para la reventa celebrados entre BAVARIA y la DISTRIBUIDORA Y CIA LTDA durante el tiempo que estuvo vigente la relación comercial desarrollada entre estas dos empresas desde diciembre de 1994 al 3 de mayo de 2008, ó durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral”.

En su alegato de conclusión, la parte actora señala que “en el caso bajo estudio se efectuaron ‘compras’ y ‘ventas’ sucesivas que resultan ajenas a toda realidad, por cuanto mi mandante si bien pagaba un precio, que luego recuperaba en su integridad al colocar el producto al mismo valor, lo cierto es que el referido ‘precio’ no reflejaba la verdadera voluntad comercial de las partes, ya que LA DISTRIBUIDORA se allanó a ese mecanismo por los dictados de BAVARIA, pero en realidad de verdad ella, como agente, no compraba el producido a BAVARIA, mucho menos para revenderlo al mismo precio. La realidad es que promovía y comercializaba el producto cervecero de BAVARIA, llevándolo desde la planta a la zona asignada, pero la remuneración de la DISTRIBUIDORA surgía de las comisiones o fletes”.

Como se puede apreciar, para la demandante la simulación en el presente caso radica en que realmente no se celebraron verdaderos contratos de compra para la reventa, y por ello la relación contractual es distinta.

Desde este punto de vista debe recordarse que, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (entre muchas, sentencia del 28 de febrero de 1979), en la simulación “...se trata de un acto único y verdadero, que por razones de distinta índole se quiere mantener oculto en frente de quienes no han sido partes en él, a cuyo efecto por lo general se procura su disfraz mediante la preconstitución de pruebas de otra diferente que en realidad no existe”.

Ahora bien, para que proceda la declaratoria de simulación es necesario acreditar claramente cuál es el verdadero acuerdo de las partes, que es

distinto al aparente, resultado del querer recíproco de los contratantes en mostrar una situación jurídica que no corresponde a la realidad. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de junio de 1991 (Gaceta Judicial CCVIII, página 421, reiterada 30 de julio de 2008. Ref.: expediente No. 41001-3103-004-1998-00363-01), expresó lo siguiente sobre la prueba de la simulación:

*"La única regla que de cara a tan complejo análisis probatorio saldría indemne de toda crítica, es la de que los indicios y las conjeturas tengan el suficiente mérito para fundar en el Juez la firme convicción de que el negocio es ficticio; lo cual sólo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes. Vale decir, la prueba debe ser completa, segura, plena y convincente; de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se presume en los negocios (In dubio benigna interpretatio ad hibenda est ut magis negotium valeat quam pereat)". (se subraya)*

En el presente caso, ciertamente no encuentra el Tribunal elementos de convicción que le permitan concluir que existió una simulación de las compraventas realizadas por BAVARIA a LA DISTRIBUIDORA.

En efecto, el hecho de que LA DISTRIBUIDORA vendiera la mercancía por el mismo precio en que la había adquirido de BAVARIA no significa, ni acredita, que no existiera venta, y mucho menos denota, *per se*, la existencia de un acuerdo de los contratantes para mostrar una situación jurídica diversa de la real. No existe ninguna regla que impida que una persona venda un bien por el mismo precio que lo adquirió, y ello se puede presentar en la realidad por diversas razones. El hecho de que la utilidad de LA DISTRIBUIDORA resultara de unas sumas que le pagaba BAVARIA, y que las partes denominaron "flete", no desvirtúa tampoco la existencia de una venta, como que simplemente significa que por razones de distinta naturaleza, que no le corresponde a este Tribunal examinar<sup>124</sup>, las partes convinieron que en lugar de la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta, la utilidad del

---

<sup>124</sup> En la medida en que no constituye un aspecto con virtualidad para alterar el sentido de la decisión.

distribuidor tendría origen en una remuneración estructurada de manera diferente, concretada en los denominados “fletes” que se le pagaban a LA DISTRIBUIDORA como contraprestación por su labor.

Por otro lado, y en sentido opuesto a la ausencia de demostración de la simulación alegada, la existencia de una venta real resulta, como se desprende de la prueba aportada al proceso, de que LA DISTRIBUIDORA corría con los riesgos de la mercancía que le había sido entregada, y que igualmente cuando enajenaba dicha mercancía a terceros asumía todas las consecuencias de los contratos con los terceros y los riesgos consiguientes.

Por lo demás, el perito designado en este proceso, al contestar la pregunta del Tribunal acerca de la forma como las partes registraban las diversas prestaciones del contrato ejecutado, expresó (página 16):

*“Bavaria S.A. De acuerdo con los términos del contrato, Bavaria debía recibir y en efecto recibía sumas de dinero de La Distribuidora, por concepto de ventas de productos. Estas ventas eran registradas como tales en la contabilidad de Bavaria S.A. Los soportes contables utilizados por La Distribuidora eran las facturas de venta expedidas por Bavaria*

*“Como regla general los pagos efectuados por La Distribuidora a Bavaria eran de contado y se consignaban el mismo día de retiro del pedido, porque era condición para retirar la mercancía.*

*“Excepcionalmente, Bavaria otorgaba un cupo de crédito para el pago en casos especiales, por ejemplo para las fiestas regionales, por restricciones de tránsito en las carreteras o por causas similares. En estos casos permitía entregar cantidades adicionales de sus productos, con el objeto de que La Distribuidora tuviera un mayor inventario, pero debían ser canceladas en términos que podían ser de 8 o 15 días. Estos cupos se otorgaban respaldados por garantías reales (hipotecas o prendas sobre los vehículos), que fueron constituidas desde los inicios del contrato. Según las informaciones de*

los funcionarios de La Distribuidora, en 2007 Bavaria exigió el incremento de las garantías.

**“La Distribuidora y Cía. Ltda.** Según los términos del contrato, esta sociedad debía recibir de Bavaria S.A. las sumas de dinero correspondientes a los fletes de transporte de los productos. Estos valores eran abonados por Bavaria en la cuenta bancaria de La Distribuidora, el día siguiente al retiro de los pedidos, y están registrados en la contabilidad de la empresa receptora como ingresos, por concepto de fletes. El comprobante de contabilidad utilizado por La Distribuidora era la factura expedida en forma mensual a Bavaria, aunque, como queda dicho, los fletes eran abonados con base en cada pedido.

**“b) Entrega de la Mercancía.**

Bavaria S.A. registraba las entregas de bebidas materia del contrato a La Distribuidora y Cía. Ltda. como ventas y como créditos a la cuenta de inventarios.

La Distribuidora y Cía. Ltda. registraba los productos recibidos de Bavaria como cargos a la cuenta de inventarios, a través de la cual se controlaban las existencias, con crédito a las cuentas de efectivo, en la medida que las operaciones eran de contado. Estos ingresos de productos no pasaban por la cuenta de compras o de costo de ventas, en vista de que no tenían efecto alguno sobre los resultados. Los comprobantes de contabilidad utilizados eran las facturas expedidas por Bavaria.

**“c) Ingresos de La distribuidora y Cía. Ltda.**

“Esta sociedad registraba los pagos que recibía de los detallistas, quienes adquirían los productos, como ingresos de caja y la mercancía entregada la registraba como créditos a la cuenta de inventarios. Los comprobantes de contabilidad eran las facturas expedidas a los detallistas. En este caso no se afectaba la cuenta de ventas, ni otra cuenta de resultados, sobre la base de que esta



*operación no generaba utilidades o pérdidas, por cuanto los precios de compra y de venta eran iguales". (Se subraya)*

Como se puede apreciar, de los registros contables no se desprende que las ventas realizadas por BAVARIA a LA DISTRIBUIDORA no correspondieran a la realidad. En efecto, BAVARIA registraba las operaciones como una venta, documentada en facturas que por tal concepto emitía, y LA DISTRIBUIDORA tomaba como soporte contable, la factura de venta de BAVARIA. LA DISTRIBUIDORA registraba los productos recibidos de BAVARIA en la cuenta de inventarios. Cuando LA DISTRIBUIDORA enajenaba los productos los facturaba a los comerciantes, y si bien estos ingresos de productos no pasaban por la cuenta de compras o de costo de ventas, ello ocurría por ser igual el precio de compra y venta. Así mismo, LA DISTRIBUIDORA debía pagar los productos para obtener el retiro de la mercancía, y sólo excepcionalmente se le otorgaban cupos de crédito que debían estar respaldados por garantías.

Así las cosas, los hechos que invoca el demandante no acreditan que no existiera una compra para la reventa, ni que existiera un acuerdo de las partes para mostrar tal situación jurídica como una mera apariencia desprovista de realidad, por lo cual la pretensión subsidiaria, al igual que su consecuencial, no pueden prosperar.

Por supuesto que la no prosperidad de las pretensiones principales y subsidiarias incoadas, conduce automáticamente a la desestimación de las pretensiones complementarias comunes a ellas, relacionadas con la aspiración a condenas en materia de indexación, intereses y costas del proceso.

### **C. COSTAS**

Como ha quedado expuesto, no prosperarán las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil se impone la condena en costas a la

parte demandante. En consecuencia, ésta deberá pagar a la demandada las agencias en derecho, que el Tribunal, teniendo como base los honorarios de un árbitro, fija en la suma de \$53.000.000; reembolsarle las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del Tribunal asumidos por ella, que ascendieron a \$113.500.000; y reembolsarle las sumas por gastos y honorarios que le fueron reconocidos al perito, las cuales ascendieron a \$5.000.000 y a \$7.500.000.

En conclusión, la parte demandante deberá pagar a la demandada por concepto de costas, incluida la partida de agencias en derecho, la suma de \$179.000.000.

Finalmente, los excedentes no utilizados de la partida "*protocolización y otros gastos*", si los hubiera, una vez protocolizado el expediente y cancelados los demás gastos, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a las partes en igual proporción.

#### **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre LA DISTRIBUIDORA Y CÍA LTDA., como demandante, y BAVARIA S.A., como demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley, y por habilitación de las partes,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.** Negar la pretensión principal y la pretensión subsidiaria de la demanda, así como todas las pretensiones consecuenciales de las mismas, e igualmente las formuladas como complementarias comunes a ellas.

**SEGUNDO.** Condenar a la sociedad LA DISTRIBUIDORA Y CÍA LTDA a pagar a la sociedad BAVARIA S.A. la cantidad de ciento setenta y nueve millones de pesos m/cte (\$179.000.000), por concepto de costas de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva del presente laudo.

**TERCERO.** Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**CUARTO.** Disponer que se entreguen a los árbitros y al secretario el saldo de sus honorarios.

**QUINTO.** Ordenar que se protocolice el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá y se rinda por el Presidente cuentas a las partes sobre lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización.

Esta providencia queda notificada en esta audiencia a los apoderados de las partes.

Notifíquese.

**JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA**

Presidente

**CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**

Arbitro

**JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ**

Árbitro

**ROBERTO AGUILAR DIAZ**

Secretario