

## **ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION**

**Vs.**

**BAVARIA S.A.**

### **LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C. Once (11) de octubre de 2010

Como se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el proceso arbitral (Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998), procede el Tribunal a decidir el conflicto planteado en el escrito de demanda y en la contestación a la misma, profiriendo para ello la correspondiente decisión de mérito con la cual culminará este proceso promovido por la sociedad ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN (en adelante “ARCA”) contra BAVARIA S.A. (en adelante “BAVARIA”).

### **CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES**

#### **1. El Pacto Arbitral**

La sociedad convocante invocó el pacto arbitral contenido en la cláusula decimo novena (19) del documento No. 9000-039 denominado “Oferta de Distribución” cuyo tenor es el siguiente:

*“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 surgido de la presente oferta, 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 que se designarán de común acuerdo por las partes, siguiendo en todo caso las disposiciones legales sobre la materia. El fallo pronunciado por los árbitros será dictado en derecho y los gastos que ocasionare el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida. El Tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.”.*

#### **2. Convocatoria del Tribunal y Trámite Preliminar**

A. El día 10 de Diciembre de 2008, ARCA por conducto de apoderado judicial, solicitó la convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento al Centro de Arbitraje y

Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de que por intermedio del mismo se decidieran las diferencias suscitadas entre ella y BAVARIA, derivadas de la “Oferta de Distribución” (Folios 1 a 10 del Cuaderno Principal No. 1).

B. La audiencia de nombramiento de árbitros se llevó a cabo el día 22 de Enero de 2009, donde las partes designaron de común acuerdo como árbitros, a los doctores Carlos Esteban Jaramillo, Jorge Suescún Melo y Jorge Hernán Gil, quienes aceptaron las designaciones (folios 39 y 40 del Cuaderno Principal No. 1).

C. En audiencia celebrada el 23 de Febrero de 2009 se llevó a cabo la instalación del Tribunal de Arbitramento, admitiendo la demanda, designando Secretaria, y reconociendo personería al apoderado de la parte convocante y se ordenó que se corriera traslado de la solicitud de convocatoria (demanda) a la parte convocada una vez posesionada la Secretaria (folios 57 y 58 del Cuaderno Principal No. 1).

D. El traslado de la demanda se corrió a partir del día 12 de Marzo de 2009 y BAVARIA contestó mediante escrito presentado el día 27 de Marzo de ese mismo año, negando algunos de los hechos, admitiendo otros, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, solicitando pruebas, y sin proponer excepciones de mérito (folios 73 a 77 del Cuaderno Principal No. 1).

E. El día 16 de Abril de 2009 tuvo lugar la audiencia de fijación de honorarios, y en ella se decretaron las sumas provisionales por concepto de honorarios y gastos (Folios 85 a 87 del Cuaderno Principal No. 1).

F. La audiencia de conciliación se realizó el 20 de Mayo de 2009, sin que las partes alcanzaran acuerdo alguno.

### **3. Trámite Arbitral**

A. Fracasada la audiencia de conciliación, en la misma fecha 20 de Mayo de 2009 se ordenó continuar el proceso y dar inicio a la Primera Audiencia de Trámite, declarándose competentes los árbitros para conocer y decidir el litigio planteado, y decretando las pruebas solicitadas tanto por la parte convocante como por la parte convocada (folios 93 a 104 del Cuaderno Principal No. 1).

En desarrollo de lo anterior, tuvieron lugar en el curso del proceso las siguientes diligencias de prueba:

- Se ordenó tener como pruebas los documentos enunciados en el acápite de pruebas documentales de la demanda, su contestación, y el memorial mediante el cual la parte convocada solicitó pruebas adicionales (Cuadernos de Pruebas No. 1, 2).
- Se practicó interrogatorio de parte al representante legal de ARCA, el señor Rodrigo Artunduaga (Fls. 98 a 102 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

- Se decretaron y fueron recibidos en audiencia los siguientes testimonios: Héctor Fabio Quesada (Fls. 75 a 86 del Cuaderno de Pruebas No. 2), Gustavo Adolfo Quesada (Fls. 87 a 97 del Cuaderno de Pruebas No. 2), Juan Pablo García (Fls. 96 a 101 del Cuaderno de Pruebas No. 6), Ricardo Otálora (Fls. 72 a 78 del Cuaderno de Pruebas No. 6), Reynel Ivan Moreno (Fls. 105 a 115 del Cuaderno de Pruebas No. 2), Alfonso Perdomo (Fls. 124 a 135 del Cuaderno de Pruebas No. 2), Luis Ernesto Salas (Fls. 116 a 123 del Cuaderno de Pruebas No. 2), Regulo Oviedo (Fls. 172 a 188ª del Cuaderno de Pruebas No. 2), Yuri Alexander Cobaleda (Fls. 148 a 171 del Cuaderno de Pruebas No. 2), Zenón Figueredo (Fls. 139 a 147 del Cuaderno de Pruebas No. 2), Patricia Mejia (Fls. 65 a 71 del Cuaderno de Pruebas No. 6), John Alejandro Hernández (Fls. 102 a 110 del Cuaderno de Pruebas No. 6), Ismael Perdomo (Fls. 28 a 41 del Cuaderno de Pruebas No. 6), Faber Falla (Fls. 42 a 68 del Cuaderno de Pruebas No. 6), Ciro Andres Leal (Fls. 69 a 78 del Cuaderno de Pruebas No. 6), William Yoniz Miranda (Fls. 79 a 90 del Cuaderno de Pruebas No. 6), Juan Ignacio Torres (Fls. 1 a 13 del Cuaderno de Pruebas No. 6) y Raul Acosta (Fls. 14 a 27 del Cuaderno de Pruebas No. 3).

- Se decretó la práctica de diligencias de inspección judicial con intervención de perito, a los libros de contabilidad, archivos y correspondencia de las Partes, así:

- (i) Por solicitud de la parte convocante, en las oficinas de BAVARIA en la ciudad de Bogotá (Cuadernos de Pruebas No. 3, 4, 5).
- (ii) Por solicitud de la parte convocada, sobre libros, documentos y archivo de la sociedad convocante, actuación que por petición conjunta de las Partes, tuvo lugar en las oficinas del apoderado judicial de dicha sociedad en la ciudad de Bogotá.

- Se decretó la práctica de un dictamen que tuvo a su cargo el perito economista, Dr. Manuel Ramírez. Dicho dictamen pericial además de aclarado y complementado, lo objetaron por error grave ambas partes (Folios 1 a 63 y 81 a 140 del Cuaderno de Pruebas No. 7), expresando en los respectivos escritos que la demostración de los errores aducidos emergen del propio contenido de la experticia impugnada y de documentos que obran en el expediente.

B. En audiencia llevada a cabo el 15 de junio del presente año, las partes por conducto de sus apoderados presentaron oralmente sus conclusiones finales acerca de los argumentos de convicción resultantes de la prueba recaudada, adjuntando al propio tiempo los alegatos escritos visibles a fls. 4 a 63 del Cuaderno Principal N. 2 del informativo.

#### **4. Término de Duración del Arbitramento**

A. La primera audiencia de trámite culminó el día 20 de Mayo de 2009, de tal forma que el término de seis meses vencía el 20 de Noviembre de ese mismo año.

B. No obstante lo anterior, el proceso estuvo suspendido desde la terminación de la primera audiencia de trámite, en los períodos comprendidos en las siguientes fechas:

<b>Acta</b>	<b>Suspensión</b>	<b>Días hábiles</b>
Acta No. 7	12 de Junio a 22 de Julio de 2009	25
Acta No. 10	12 de Agosto a 18 de Agosto de 2009	4
Acta No. 11	20 de Agosto a 25 de Agosto de 2009	4
Acta No. 12	3 de Septiembre a 8 de Septiembre de 2009	4
Acta No. 13	10 de Septiembre a 16 de Septiembre de 2009	5
Acta No. 14	18 de Noviembre a 24 de Noviembre de 2009	5
Acta No. 15	26 de Noviembre de 2009 hasta el 18 de Enero de 2010	34
Acta No. 19	25 de Marzo hasta el 13 de Abril de 2010	12
Acta No. 21	4 de Mayo hasta el día 11 de Junio de 2010	27
Acta No. 22	16 de Junio a 22 de Julio de 2010	25
<b>Total</b>		<b>145</b>

C. En consecuencia, al término inicial que vencía el 20 de Noviembre de 2009, deben adicionarse 145 días hábiles, de suerte que el término se extiende hasta el 25 de Junio de 2010.

D. Las partes de común acuerdo ampliaron el término de duración en cuatro (4) meses adicionales al término original (el 25 de Junio de 2010) según consta en auto obrante en Acta No. 15 del 25 de Noviembre de 2009 (Fl. 184 del Cuaderno Principal No. 1), esto es, hasta el día 25 de Octubre del año en curso.

E. No obstante lo anterior, mediante auto del 12 de Julio de 2010, el Tribunal de Arbitramento reanudó el proceso para aplazar la fecha de audiencia de laudo, descontando dicho día del término arbitral, de forma tal que el término vence el 24 de Octubre de 2010.

## **CAPITULO SEGUNDO LA CONTROVERSI**

### **1. La Demanda (Solicitud de Convocatoria)**

#### **A. Hechos**

Las afirmaciones de hecho sobre las cuales fundamenta la convocante las pretensiones que adelante se indican, son en síntesis las siguientes:

1. El 22 de julio de 1998 ARCA suscribió el documento redactado por BAVARIA y denominado “Oferta de Distribución No. 9000-039 de los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA S.A.”.

2. El negocio correspondió a un contrato de agencia comercial, teniendo como zona prefijada en el territorio nacional la ciudad de Florencia, en el Departamento del Caquetá: ARCA actuó como agente comercial de BAVARIA pagando de contado sus productos para luego distribuirlos en el territorio y al precio por ella fijados, siguiendo sus instrucciones, utilizando sus técnicas de mercadeo consistentes en el otorgamiento de obsequios y descuentos a los clientes, y en síntesis, ampliando, conquistando y reconquistando clientela.

3. La actividad de ARCA ASOCIADOS LTDA, se encaminó a “...promover o explotar negocios por cuenta de BAVARIA S.A...” en la ciudad de Florencia, y en desarrollo de tal actividad le era dado, no sólo relacionar a esta última empresa con clientes o consumidores sino actuar inclusive “...como su distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones –de la convocante- estaban inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios de (...) BAVARIA S.A...”.

4. Como agente de BAVARIA S.A, ARCA ASOCIADOS LTDA. gozaba de estabilidad en el desempeño de su labor, al punto que la relación comercial se desarrolló por casi diez años, razón por la cual, meses antes de finalizar dicha relación, la segunda hizo “...inversiones y negocios tendientes a mejorar los resultados de la agencia comercial...”; e igualmente se abstuvo de promocionar su nombre o producto alguno que no fuera de aquella empresa a quien agenciaba.

5. El día 3 de Septiembre de 2007, “...en claro ejercicio abusivo de su posición dominante...” BAVARIA S.A, intempestivamente y sin mediar justa causa, terminó unilateralmente el contrato que surgió de la “Oferta de Distribución”, lo cual ocasionó graves perjuicios a la convocante, quien actualmente se encuentra en estado de liquidación.

#### **B. Pretensiones**

Con apoyo en los hechos que se dejan reseñados, la solicitud de convocatoria –demanda- que al proceso le dio comienzo, da cuenta de las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

*“4.1.- DECLARAR que con ocasión de la aceptación de la oferta de distribución número 9000 – 039 de julio 22 de 1998, ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION y BAVARIA S.A., quedaron vinculados jurídicamente como partes de un contrato de agencia comercial, en una zona prefijada en el territorio nacional: Florencia, en el departamento del Caquetá.*

*4.2.- DECLARAR que la sociedad AGENCIADA, BAVARIA S.A., terminó unilateralmente y de manera intempestiva, sin justa causa comprobada, el contrato de agencia comercial, a partir del 3 de septiembre de 2007, en claro ejercicio abusivo de su posición dominante.*

*4.3.- DECLARAR que la sociedad AGENCIADA, BAVARIA S.A., debe pagar al AGENTE, ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION, una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, como lo previene el artículo 1324 del Código de Comercio.*

*4.4.- DECLARAR que la sociedad AGENCIADA, BAVARIA S.A., debe pagar al AGENTE, ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION, los intereses moratorios sobre la suma de que trata la pretensión 4.3. que antecede, desde el 3 de septiembre de 2007, hasta la fecha de pago efectivo de esa obligación, a la tasa del Interés Bancario Corriente más la mitad, certificada por la Superintendencia Financiera.*

*4.5.- DECLARAR que la sociedad AGENCIADA, BAVARIA S.A., debe pagar al AGENTE, ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION, una indemnización equitativa, fijada por peritos, teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato, así como la inversión que tuvo que realizar, según lo dispuesto por el artículo 1324 del Código de Comercio.*

*Esta indemnización se estima por la convocante en MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.187.902.000.00), o en la suma que resulte probada en el proceso.*

*4.6.- CONDENAR a la sociedad BAVARIA S.A., a pagar a ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION, a la ejecutoria del laudo arbitral, la suma de que trata la pretensión 4.3. de esta demanda.*

*4.7.- CONDENAR a la sociedad BAVARIA S.A., a pagar a ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION, a la ejecutoria del laudo arbitral, los intereses moratorios sobre la suma de que trata la pretensión 4.3. de esta demanda, conforme a lo peticionado en el numeral 4.4. de este libelo.*

*4.8.- CONDENAR a la sociedad BAVARIA S.A., a pagar a ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION, a la ejecutoria del laudo arbitral, la suma de que trata la pretensión 4.5. de esta demanda.*

*4.9.- CONDENAR a la sociedad BAVARIA S.A., a pagar a ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION, a la ejecutoria del laudo arbitral, las costas y gastos del presente proceso”.*

### **C. Fundamentos de Derecho**

ARCA invocó como fundamento de su demanda los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio colombiano y demás normas concordantes y complementarias por una parte, y por la otra el Decreto 1818 de 1998.

### **2. Contestación de la sociedad convocada**

Notificada legalmente la compañía convocada del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, oportunamente manifestó su oposición a las pretensiones aducidas por la convocante, solicitando la práctica de las diligencias de prueba que consideraron conducentes y sin formular excepciones de mérito.

La contestación a los hechos de la demanda se dio por parte de BAVARIA en los siguientes términos:

#### **A. Frente a los Hechos**

1. El contrato perfeccionado entre las Partes a raíz de la aceptación de la oferta mercantil es de Distribución, tanto en su clausulado como en su desarrollo práctico, y fue conscientemente ejecutado por la convocante. Dicho contrato fue modificado el 1º de Agosto de 2000 y el 27 de Agosto de 2003, lo cual omite señalar la convocante.
2. ARCA compraba a BAVARIA sus productos, los que revendía a a expendedores al detal. ARCA no conquistó, amplió o reconquistó clientela, pues la promoción de los productos fue siempre iniciativa y por cuenta de BAVARIA.
3. La remuneración de ARCA siempre fue aceptada por ésta en condición de distribuidor, sin haberse pretendido durante la ejecución del contrato, retribución bajo la figura de agencia mercantil.
4. La terminación, si bien unilateral, no fue intempestiva ni injusta, pues se produjo con base en las facultades otorgadas a BAVARIA.

## **B. Frente a las Pretensiones**

BAVARIA se opuso a la totalidad de cada una de las pretensiones formuladas por la convocante; adujo que durante el curso de la relación contractual, la agencia comercial nunca fue invocada ni propuesta por ARCA.

### **CAPITULO TERCERO PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO**

Por cuanto del recuento efectuado en los apartes precedentes se sigue que la relación procesal existente en el presente caso se configuró regularmente y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno trascendente que, por tener virtualidad para invalidar la actuación en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del c de P.C, corresponde decidir sobre el mérito de la controversia sometida por las entidades comprometidas a arbitraje y para tal fin son conducentes las siguientes

#### **CONSIDERACIONES:**

#### **I – LA RELACION CONTRACTUAL ORIGINARIA. NATURALEZA, CONTENIDO Y REGIMEN JURIDICO APLICABLE.**

1. De la lectura de las pretensiones formuladas por la sociedad convocante, así como también de las afirmaciones de hecho por ella efectuadas en orden a sustentar tales pretensiones, y confrontando unas y otras con la réplica que de las mismas hizo la compañía convocada en el escrito de respuesta a la demanda obrante a fls. 73 a 77 del cuaderno principal del expediente, se desprende sin lugar a dudas que en la actualidad no hay coincidencia entre las partes acerca de la naturaleza y los alcances de la relación comercial que las vinculó desde el 22 de julio de 1998 hasta su terminación el 3 de septiembre de 2007, relación que se formó y cobró vigencia tomando como pauta de referencia los términos contractuales consignados por escrito en el documento 9000 039 de fecha 22 de julio de 1998, modificado con posterioridad, en dos oportunidades, mediante sendos documentos fechados el 1º de agosto de 2000 y el 27 de agosto de 2003 [Cfr. fls. 5 a 16 y 31 a 33 del C.1 de Pruebas del expediente], configurándose en consecuencia –al decir de aquella sociedad– una agencia comercial cuya ruptura unilateral y sin mediar “...justa causa comprobada...”, determinada por la convocada “...en claro ejercicio abusivo de su posición dominante...”, le da derecho a reclamar las prestaciones económicas compensatorias e indemnizatorias establecidas en el Art. 1324 del c de Com, aserto que BAVARIA niega rotundamente por cuanto, primeramente, su falta de fundamento la ponen en evidencia, tanto el clausulado de los aludidos documentos como el desarrollo práctico que de hecho tuvo el contrato en cuestión, y en segundo lugar, la existencia de la agencia, durante el prolongado decurso que tuvo la relación, nunca la invocó la demandante del modo y para los efectos en que ahora viene a hacerlo.



Así, pues, ante esta radical divergencia de pareceres entre los comprometidos sobre la índole del supuesto contractual en discusión, y teniendo presente que conforme a su tenor literal, los citados documentos tan solo dan cuenta de las condiciones de la "...oferta de distribución..." de los productos fabricados o distribuidos por la compañía convocada, cursada dicha oferta por la convocante con fecha 22 de julio de 1998 y luego modificada en dos oportunidades como acaba de apuntarse, procede iniciar el análisis abordando este específico tema de controversia. Para el efecto y así lo han entendido ambas partes según aparece puesto de manifiesto en sus alegaciones finales efectuadas en audiencia [Cfr. Acta 22 de 15 de junio de 2010], se constituye en obligado marco conceptual de referencia la previa demarcación, mediante la fijación de los que son sus rasgos básicos, de los esquemas negociales a través de los cuales adquieren entidad y operan, en circunstancias que constantemente evolucionan al ritmo de las necesidades del tráfico comercial, los que en el lenguaje empresarial se conocen como "...canales de comercialización por terceros...", expresión esta de alcance genérico mediante la cual, es bien sabido, se alude a aquellos intermediarios de profesión, calificados e independientes, que utilizando distintas técnicas contractuales de suyo flexibles y que naturalmente deben guardar consonancia con la clase de actividad distributiva de que se trate, establecen y mantienen vínculos duraderos de colaboración bilateral con los empresarios, productores de los bienes o prestadores de los servicios destinados a ser colocados en el mercado con el concurso de dichos intermediarios.

Es entonces a este objetivo de comercialización de la producción al que apuntan, por distintos mecanismos contruados las más de las veces por la realidad al margen del derecho, los esquemas negociales a que se viene haciendo referencia, tal y como hoy en día lo reconoce un importante sector de doctrina al definir los que en sentido amplio, se denominan "Contratos de Distribución Comercial" bajo cuyos términos se lleva a cabo, por empresarios que -autónomamente y con ánimo de continuidad- comercializan bienes y servicios de un productor interesado en colocarlos en el mercado de modo eficiente y con los menores riesgos y costos posibles, la gestión descrita; esta empresa productora, fabricante o importadora –explica un estudio de reciente publicación sobre el tema [Perez y Potalivo. Derecho de la Empresa y del Mercado. Obra Colectiva, Dir. Araya y Bergia. Tomo II Cap. VI]- "...puede llegar al público consumidor por medio de canales propios o de canales integrados por terceros. En el primer caso el productor asume el riesgo de la venta directa; en el segundo caso, el canal ésta constituido por comerciantes que actúan en nombre propio, unidos por contratos uniformes a la empresa productora que de este modo se apoya en centros autónomos...", encontrándose en el medio de estos dos sistemas el agente comercial "...que es un comerciante autónomo que corre con los gastos y riesgos de su propia organización comercial, y en razón de actuar como intermediario entre el productor y el adquirente, no asume ni la calidad de parte ni los riesgos derivados del contrato celebrado en virtud de su mediación...", de suerte que en la actualidad, puntualizan los autores en cita, "...se alude a la distribución en sentido amplio para referirse a los distintos modos de comercialización a que recurre una empresa productora de bienes y servicios, encomendando a otra empresa que los coloque en el mercado, ya sea por medio de terceros o bien vendiendo directamente a los consumidores el producto o servicio de la empresa

productora, adoptando la forma de comercialización y, en su caso, utilizando tecnología, know how, patentes y marcas de esta. Ello implica un modo de colaboración interempresaria, y una forma de agrupamiento de empresas...” cuyo grado de integración, se entiende, no tiene por fuerza que ser siempre el mismo. Vista con esta perspectiva unitaria que en el terreno de la economía descriptiva no ofrece mayor controversia, claramente entonces la función mercantil de distribución, concebida en sustancia como un modo legítimo en el sistema capitalista de obtener beneficios mediante el continuo intercambio de cosas o servicios con intervención de intermediarios que en teoría [Cfr. Philip Kotler. Dirección de Mercadotecnia. Análisis Planeación y Control. Pag.453] se justifica por la superior eficiencia de estos últimos en atender tareas propias de su experiencia técnica, adquiere realce para fines normativos en la medida que los operadores económicos se valen de instrumentos jurídicos para poner la susodicha función en práctica, mecanismos estos que como lo ha señalado a manera de síntesis la doctrina arbitral en nuestro medio, “...bien pueden englobarse en la esfera del derecho societario o bien en la órbita de la contratación mercantil, y dentro de esta última, por un lado, tanto en el seno de la contratación típica como en el de la atípica y, por el otro, tanto en el ámbito de la actuación por cuenta ajena como en el de la actuación por cuenta propia...” [Laudo de 1º de Diciembre de 2006. Concelular S.A en Liquidación vs. Comcel S.A].

Síguese de lo anterior que por virtud de la función económica que están llamadas a desempeñar y guardadas por supuesto las inevitables diferencias, derivadas más que todo del tipo específico de producto o actividad a cuya comercialización pueden servir estas formas contractuales a las cuales se viene haciendo alusión, en todas ellas concurren características inherentes a la estirpe de contratos de colaboración de carácter no asociativo a la que pertenecen pero que, en la medida que les son comunes, por lo general nada definitivo pueden aportar cuando frente a una hipótesis litigiosa dada, se requiere singularizarlas en orden a establecer su contenido exacto y con base en ello, precisar desde el punto de vista jurídico la fuerza vinculante de ellas predicable respecto de los contratantes. Tales características generales son las siguientes:

A- Frente a frente en los contratos en mención, bilaterales por definición, se encuentran organizaciones empresariales jurídicamente independientes entre sí y que bajo la forma de un acuerdo contractual duradero en el tiempo, desarrollan técnicas de venta y comercialización de determinados productos o servicios en interés de la colocación de los mismos en el mercado, adquiriendo en tales acuerdos especial preponderancia, por lo tanto, el factor “intuitu personae” puesto que para cada una de las partes como empresarios que son y al poner en buena medida en manos de la otra el resultado exitoso de su gestión, no es indiferente en modo alguno la idoneidad, experiencia y reputación comercial de ella.

B- Predomina en esta familia de contratos una idea, por demás específica, de la relación de colaboración interempresaria coordinada que en ellos va ínsita, toda vez que dan lugar a una más o menos marcada verticalización funcional entre quienes los celebran, es decir, de relativa subordinación del distribuidor al empresario industrial –productor o fabricante- y cuya gradación varía según el tipo de gestión que al primero le es encomendada, situación que se manifiesta en lo técnico y económico, no así en lo jurídico, y resulta de la necesidad en que

se halla el segundo de imponer pautas uniformes de estructura y de actuación para el desarrollo en red de la actividad comercializadora de su interés.

Se trata, pues, de contratos que por lo común son concertados por adhesión a condiciones predispuestas por aquél empresario, pero al propio tiempo no debe perderse de vista que se busca por este medio de instrumentar "...relaciones entre comerciantes, profesionales que pueden contar con asesoramiento legal y deben conocer las implicaciones de lo que acuerdan, pudiendo en casos excepcionales, incluso, darse el supuesto de un distribuidor con más poder que el comitente. Por ello la interpretación propia de los contratos de adhesión debe hacerse en estos casos con cautela y adecuada a las circunstancias del caso..." [Eduardo Gregorini Clusellas. Contratos de Distribución Comercial-Agencia. Contratos Especiales del Siglo XXI Cap. II. Obra Colectiva. Dir. Roberto López Cabana].

C- En fin, el tercero de los rasgos comunes a estas modalidades contractuales es su vocación de estabilidad con miras a que, a ambas partes, les sea posible obtener el beneficio por ellas esperado y amortizar las inversiones realizadas. La relación que por efecto de la celebración de acuerdos comerciales de esta clase liga al productor y al intermediario, se caracteriza entonces por su duración, por la continuidad de la actividad de comercialización y su prolongación en el tiempo que, pudiendo ser determinada de antemano o indeterminada, siempre habrá de encontrarse presente, habida cuenta que, "...más que algo querido por las partes –enfatisa la doctrina [Eduardo Gregorini Clusellas. Op. Cit. Pag. 30]- la duración es requisito esencial de la relación, que tiene un contenido económico pues incidirá en el destino y aprovechamiento de la inversión...", por lo que este elemento, además de "...condicionar la forma de concluir la relación, determinará los resarcimientos a reconocer entre las partes en casos de interrupción intempestiva..."

En síntesis, la creación contractual de formas de colaboración estable, continuada y coordinada entre empresarios industriales e intermediarios independientes, establecidas con la finalidad de lograr mediante el concurso de estos últimos, la comercialización mayor y más eficiente en el mercado de los bienes y servicios que los primeros producen, es una circunstancia indicadora a lo sumo de que el correspondiente contrato lo es de "distribución", empleando este vocablo puesto entre comillas en el sentido amplio y de carácter genérico que queda indicado, pero no es de por sí elemento suficiente que conduzca a determinar las específicas particularidades que lo diferencien de otras modalidades negociales igualmente pertenecientes al referido género que comprende, como quedó dicho, una extensa gama de instrumentos aprovechables para el desarrollo de la actividad de distribución y cuya aplicación dependerá de las exigencias del tráfico, atendidas naturalmente las características de los bienes o servicios objeto de comercialización, actividad que se suele poner en práctica conforme a mecanismos técnicos distintos, bien sea con el concurso de colaboradores autónomos que obran como verdaderos gestores –intermediarios- por cuenta y al servicio de los intereses del empresario principal, categoría ésta a la que pertenecen los agentes comerciales, o bien indirectamente, valiéndose igualmente de organizaciones empresariales autónomas que, a diferencia de las anteriores, son puestas por su titular, quien obra en su nombre y por cuenta propia, al servicio de la reventa de tales productos que adquiere en firme del contratante proveedor con miras a secundar a este último en el

propósito de ponerlos a disposición de los consumidores finales en las llamadas “bocas de expendio”, cometido este que es característico en los contratos de distribución propiamente dichos.

Así, pues, no habiendo en el terreno de los conceptos confusión posible entre las dos formas de contratación descritas, es de verse sin embargo que, como consecuencia de la evolución que constantemente experimentan los procesos de comercialización al igual que las técnicas que su ejecución impone, los acuerdos contractuales de comercialización que en la realidad se celebran, no siempre se circunscriben en su contenido a dichos modelos exclusivamente. No es en manera alguna extraño que aglutinen elementos que les confieren perfiles de mayor complejidad, suscitando problemas de interpretación y calificación jurídicas cuya solución, prescindiendo por supuesto de inútiles cortapisas dogmáticas, no puede ser otra distinta a la que fluya de la regulación que los empresarios contratantes, haciendo uso lícito de la autonomía privada que como postulado de general aplicación reconocen a las personas los Arts. 15, 16 y 1602 del C. Civil, previeron al celebrar los susodichos acuerdos, apreciada tal regulación –resultado por definición de necesidades prácticas- integralmente en función de la finalidad que la inspira, y partiendo de la base de ver en ella, no la deliberada entronización del abuso y la mala fe por una de las partes – la principal- en perjuicio de la otra catalogable como auxiliar o en posición de dependencia vertical respecto de la primera, sino la creación constructiva de una relación negocial válida en la cual, lo que concertaron dichas partes haciendo uso legítimo de las libertades llamadas de “conclusión” y de “configuración interna” como vinculante para ellas, “...no es pura arbitrariedad sino algo que contemplado en su conjunto es razonable y justo...” [Karl Larenz. Derecho de Obligaciones. T.I, Primera Parte, Cap.1º].

En consecuencia, cuando se hace necesario calificar en términos de derecho una cierta actividad de comercialización y al intermediario que la ha llevado a cabo, los jueces o los árbitros que hicieren sus veces al emprender tal cometido, tienen por fuerza que centrarse en la detenida observación de la realidad que deparan esta clase de negocios mercantiles de cara al caso concreto en cuestión, método que como adelante se verá, es el que se sigue en la presente decisión y en cuyo mérito ha de verificarse primeramente, en tanto que al tenor de lo expuesto líneas atrás la comercialización de productos mediante la intervención de agentes representa sin duda un sistema posible de distribución conforme se sigue del Art. 1317 del c de Com. –precepto legal este en mérito del cual el agenciamiento comercial puede tener cabida siendo el intermediario distribuidor de uno o varios productos del empresario principal y, además, permite inferir que a la luz de su enunciado normativo muchas veces los agentes no son otra cosa que mediadores profesionales económica y técnicamente integrados en la red distributiva de ese mismo empresario-, si en efecto, como lo afirma en la especie de autos la sociedad convocante, a la relación contractual que la unió con la convocada desde el 22 de julio de 1998 hasta el 3 de septiembre de 2007 y surgida con ocasión de “...la aceptación de la Oferta de Distribución 9000 039...”, le son aplicables o no las disposiciones legales imperativas que conforman el estatuto tutelar del agente comercial, particularmente en lo que respecta a las prestaciones compensatorias y resarcitorias a que da origen la ruptura unilateral del nexo contractual, contenidas en el Cap. V, Título XIII, del Libro Cuarto del c de Com.

2. Puestas las cosas en este punto, antes de pasar en el siguiente capítulo de estas consideraciones a examinar el material fáctico obrante en el presente caso y así darle completa respuesta a la cuestión planteada, conviene hacer énfasis una vez más en la noción consagrada en la ley del contrato de agencia comercial, al igual que en los elementos específicos de mayor importancia que conforme a dicho concepto normativo permiten reconocer la existencia de esa figura negocial, teniendo en cuenta –no está por demás recalcarlo- que en la especie litigiosa de autos y en guarda de las reglas de congruencia civil, encontrándose las partes de acuerdo en que la relación que las vincula y que originó la controversia sometida por ellas a arbitraje, surgió de la aceptación por la compañía convocada de la “Oferta de Distribución” que bajo los términos y las condiciones previstas inicialmente en el documento de fecha 22 de julio de 1998, modificado con posterioridad el 1º de agosto de 2000 y el 27 de agosto de 2003, efectuó la sociedad convocante, la cuestión se circunscribe entonces a determinar si esta última, dentro de este marco contractual de inevitable referencia y durante el tiempo transcurrido hasta finalizar el mes de agosto de 2007, llevó a cabo la clase de intermediación comercial independiente, por cuenta y en beneficio de aquella compañía, que al tenor del Art. 1317 del c de Com. es típica en el contrato mercantil de agencia.

Atendida la descripción contenida en la disposición legal recién citada, y en ello hay coincidencia en todos los distribuidores como se señaló en el aparte precedente, los agentes comerciales son también empresarios, personas físicas o jurídicas, titulares de una organización propia que, a cambio de recibir una compensación económica que para ellos tiene siempre carácter remuneratorio, realizan actividades de comercialización con independencia del empresario principal al servicio de cuyo interés actúan y con quien, por lo tanto, mantienen una relación de fuente convencional estable y duradera en el tiempo. El factor específico que los distingue viene dado básicamente por el modo como desempeñan dicha gestión, habida cuenta que se centra –expresándolo con palabras de Mario Rotondi [Derecho del Trabajo. Contratos de Agencia y Corretaje, 1953]- en “...la producción de clientela y de negocios...”, poniendo a potenciales adquirentes en contacto con el empresario oferente y promoviendo la colocación en el mercado de los bienes producto de su actividad industrial, sin asumir, salvedad hecha de estipulaciones especiales que pongan de manifiesto cosa diferente, riesgos de ninguna índole asociados al cumplimiento de las operaciones o negocios de realización concertados por dicho empresario, mediante la participación del agente, con terceros; quiere ello significar que al final de cuentas el contrato que hoy en día y desde 1971 el legislador denomina “agencia comercial”, se desarrolló a partir de la función económica propia de los agentes o representantes de comercio, auxiliares autónomos de vieja existencia por cierto, y por supuesto el contenido de dicho contrato gravita alrededor de esta misma función que como acaba de decirse, consiste en la promoción de negocios para y por orden del agenciado, los que el agente desarrolla hasta en su última etapa aunque sin posibilidad de concluirlos a menos que se trate de una agencia representativa, eventualidad ésta en que por virtud de estipulación expresa, al agente se le faculta para hacerlo obrando por cuenta y en nombre de aquél.

Así entendida, constituye por lo tanto, la agencia comercial, una de las posibles alternativas de las que puede valerse el empresario oferente para comercializar los bienes y servicios cuya colocación en el mercado es de su interés, y desde sus orígenes que se remontan a la segunda mitad del siglo XIX, se la ha considerado como una forma mercantil de distribución particularmente adecuada para empresas de producción y de transformación que requieren "...ampliar el círculo de su clientela y cultivarla, pero no de manera ocasional, como es el caso de los viajantes, sino de modo permanente..." [Joaquín Garrigues. Tratado, Tomo III V.1º, N.1223], en la medida que supone designar a un empresario que, en forma independiente y continuada, recibe y asume el encargo de, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional, dedicarse profesionalmente a propiciar la captación y el mantenimiento de esa clientela en beneficio de tales empresas, ya sea como promotor de los negocios de estas últimas o bien concluyendo los respectivos contratos por cuenta, en nombre y en interés de ellas, por manera que "...un profundo conocimiento del mercado –apunta el tratadista recién citado- es el que va a permitir a los agentes cumplir con esta misión típicamente mercantil. Los agentes suelen poseer conocimientos técnicos en cada uno de los ramos del comercio y de la industria a que se dedican. A estos se une frecuentemente una gran experiencia en la vida de los negocios, y todo ello explica que las empresas inviten muchas veces a los agentes para discutir con ellos el desarrollo de su explotación, el ensayo de nuevos productos, la creación de modelos, las condiciones de la competencia, la mejor propaganda etc. De este modo, constituyen los agentes una importante fuente de información que utilizan los empresarios para formar juicio exacto acerca de la situación del mercado..."

En consecuencia, siguiendo los criterios orientadores que anteceden respecto de la fisonomía normativa de los agentes comerciales, la clase de prestaciones de gestión de intereses ajenos que asumen, la remuneración que devengan por el desarrollo para el "dominus negotii" de dicha gestión y la organización independiente que disponen al servicio de esa actividad intermediadora, cabe concluir en síntesis que son de la esencia de la relación de agencia comercial, tanto de la que tenga origen en declaraciones negociales expresas, realizadas a propósito por escrito o verbalmente por los contratantes, como de aquella emanada de situaciones de hecho que permitan inferir su existencia y que el Art. 1331 del c de Com. denomina "agencia de hecho", los siguientes elementos:

A- En primer lugar, quien se pretende agente comercial y aspira a hacer valer en su provecho el régimen tutelar consagrado por la ley mercantil para esa clase de intermediarios, debe haber asumido "...en forma independiente y de manera estable..." el cometido que describe el Art. 1317 del c de Com, asunción que puede acontecer por efecto del intercambio que al unísono con el empresario principal, hicieron de las conducentes manifestaciones de voluntad, hipótesis que por supuesto es la que suele presentarse con mayor frecuencia, o ser resultado por el contrario, ya no de bases contractuales explícitas de la índole apuntada sino de comportamientos concluyentes, desarrollados de hecho en el tiempo por ambas partes como si tales bases existieran, ello por cuanto, con arreglo a principios generales bien conocidos, "...los intercambios económicos –dicen los expositores [Rómulo Morales Hervías. Estudios., ¿ Existen Intercambios Económicos sin Acuerdo Contractual? Cap.II]- pueden ser realizados a través de declaraciones y de comportamientos. De allí que los acuerdos son

expresos cuando hay coincidencia de declaraciones de voluntad. Los acuerdos son tácitos cuando hay compatibilidad entre comportamientos concluyentes. Y además, un contrato se puede formar mediante una declaración o un comportamiento concluyente...". En otras palabras y cuando de la llamada "agencia de hecho" se trata, no consiste ella en la espontánea conquista de posiciones de mercado a favor de otros sin mediar encargo de carácter convencional o mandato de ninguna especie, como opina un respetable sector de la doctrina científica nacional [Cfr. Jaime Alberto Arrubla. Contratos Mercantiles T.I p.403, entre otros], sino en el desarrollo en común de la actividad continuada de promoción y explotación prevista en aquél precepto legal, susceptible de ser catalogada en consecuencia como una situación fáctica que de suyo, dadas sus características, ponga de manifiesto de modo inequívoco la voluntaria decisión, de los dos empresarios involucrados naturalmente, de participar en una relación de agenciamiento mercantil.

B- El segundo de los elementos en referencia, es el desempeño de la aludida gestión mediante una empresa independiente pero a la vez coordinada con la del principal, agenciado o comitente, cuyo interés representa. A diferencia de lo que ocurre con los auxiliares dependientes que trabajan en el negocio de este último, el agente trabaja para dicho negocio poniendo al servicio del mismo una empresa independiente a través de la cual, dada su estructura y organización que no tienen por fuerza que ser excepcionalmente complejas, pudiera desarrollarse en la práctica una pluralidad de relaciones mercantiles de análoga configuración, lo que no es impedimento, valga advertirlo, para que en el desempeño de esta actividad el agente en mención deba observar las instrucciones que aquél empresario principal le imparta.

El agente comercial, en tanto intermediario independiente que es, asume en consecuencia, con total autonomía, el riesgo propio del negocio que lleva a cabo y los costos asociados a su operación, lo que quiere decir que "...asume el riesgo empresarial correspondiente generado por los gastos e inversiones de la actividad de promoción, porque esa actividad la realiza en nombre e interés propios (...) En definitiva la autonomía organizativa de la actividad (...), la asunción del riesgo empresarial de su actividad de promoción, esto es la sumisión o no al poder directivo de la contraparte y la asunción o no de los costes de la actividad de promoción, así como el formal ejercicio de la actividad externa y no tanto la entidad y complejidad de la organización, constituyen los datos relevantes para la acotación de la agencia mercantil, deslindando la figura del agente de otras figuras afines...", de suerte que "...la independencia y autonomía del agente se erige en límite necesario al ámbito material o contenido de la facultad de instrucción del empresario principal, que subsiste en razón de la gestión por el agente de los intereses de aquél..." [Esperanza Gallego Sanchez. Contratación Mercantil. Vol.I Cap.III]. El agente, en síntesis, coordina su actividad a los fines del empresario principal de quien recibe el encargo y lo hace por fuera del ámbito laboral, es decir sin mediar respecto de este último vínculos jurídicos de subordinación o dependencia, configurándose una especie de "vinculación autónoma" que en el plano operativo, económico y técnico, puede ser más o menos significativa, dependiendo de las circunstancias relevantes en cada caso.

C- El objeto de la gestión que asume el agente constituye el tercero de los elementos en cuestión. Consiste, como ha quedado dicho líneas atrás, en promover y, llegado el caso, concluir todo tipo de contratos u operaciones mercantiles en una zona geográfica determinada, actuando siempre por cuenta ajena, unas veces limitándose a buscar clientes e inducirlos a adquirir los bienes o servicios que el productor agenciado ofrece, al paso que en otras ocasiones su actividad se extiende a contratar con dichos clientes, obrando en nombre del aludido productor, por supuesto contando en este último evento con el correspondiente poder de representación. En realidad –como lo hacer ver con precisión el profesor Garrigues [Op. Cit. T.III N. 1226]- ambos sectores o facetas de la actividad en referencia, “...tienen de común el elemento de la representación, ya que el nombre del mandante no permanece nunca oculto...”.

Significa lo anterior, expresándolo en otros términos, que el agente comercial siempre habrá de presentarse como gestor de intereses ajenos, así deberá ponerlo de manifiesto sin equívocos ante terceros y salvo estipulaciones específicas de garantía, no toma posición propia en los contratos realizados con su intervención. Por lo general –explica la doctrina [Enrique Guardiola Sacarrera. Contratos de Colaboración..., Cap. 2º N.2.3] haciendo alusión a este elemento distintivo de la agencia comercial- el agente “...se configura como un mero intermediario que negocia por cuenta de un empresario (...) sin que por tanto sea él quien realice por sí mismo tales operaciones mercantiles. No actúa, pues, por cuenta propia, sino ajena, a diferencia del distribuidor (...) interviniendo a estos efectos como mero negociador que pone en contacto a un vendedor con un comprador, sin asumir riesgo ni responsabilidad alguna del resultado de la operación que éstos concluyan. Pero puede también, mediante pacto expreso y poderes otorgados al efecto, asumir la función de concluir los contratos y operaciones por él promovidos firmando los correspondientes documentos contractuales, aunque siempre en nombre y por cuenta del empresario sin que ello suponga asumir, como se ha dicho, el riesgo y ventura de tales operaciones a las que, salvo estipulación en contrario, es ajeno, y por ello no pueden imputársele los resultados adversos de la operación concertada con terceros...”.

D- La labor del agente, y en esa circunstancia reside otro de los requisitos objetivos de existencia de la agencia comercial en la medida que se trata de un contrato oneroso concertado entre dos empresarios a quienes guía el propósito de lucro, es necesariamente retribuida y en la mayoría de los casos lo es mediante un estipendio que, a la manera de las comisiones o premios, se causa y es calculado su importe en función de los resultados de cada una de las operaciones promovidas y, en su caso, concluidas por iniciativa y con el concurso representativo del agente. El derecho de este último a devengar esa remuneración dependerá por principio, entonces, de los negocios concretados mediante su gestión y que tengan ejecución regular, toda vez que a diferencia de lo que sucede en los contratos de distribución propiamente tales, los beneficios y riesgos de dichos negocios le pertenecen al empresario principal; y al tenor del Art. 1322 del c de Com. esta que constituye regla general en la materia, deja de tener aplicación ante circunstancias anómalas que de lo contrario, a falta del señalado precepto, pondrían en entredicho la efectividad del derecho en mención, toda vez que por virtud del mismo, el agente tendrá derecho a la remuneración cuando el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al agenciado, cuando este último lo



efectúe directamente y su ejecución deba tener lugar en la zona asignada al agente y, en fin, cuando el agenciado y su contraparte de común acuerdo prescindan de realizar el negocio.

E- Por último, es elemento esencial en la agencia comercial la asignación dentro del territorio nacional, de una zona determinada en orden a circunscribir geográficamente la actividad del agente, asignación que puede ir acompañada o no de exclusividad en beneficio de dicho intermediario, del principal o de ambos, siendo indispensable, en el primer evento, estipulación expresa que elimine ese beneficio por cuanto, a falta de un pacto de tal estirpe y por mandato del Art. 1318 del c de Com, "...el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos...", mientras que en la segunda hipótesis y en defecto de una prohibición estipulada contractualmente que no lo permita, de conformidad con el Art. 1319 ib, ha de entenderse que el agente comercial se encuentra facultado "...para promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores...".

3. Así las cosas, siempre y cuando no se pierda de vista la significación preponderante que en el ordenamiento jurídico vigente en nuestro medio tiene la llamada "hermenéutica contractual originaria", fundamentada ésta en el postulado obvio según el cual, en una primera fase al menos y frente a un caso con las particularidades del presente, lo que reclama interpretación para su cabal inteligencia es la voluntad declarada por las partes al momento de perfeccionarse el contrato que las distancia y no lo que ellas quieren al momento de realizarse esa interpretación, la conclusión que del análisis efectuado en este primer capítulo se sigue es que, de estar como debe serlo al contenido de las estipulaciones de las cuales da cuenta la Oferta de Distribución 9000 039 de 22 de julio de 1998 suscrita por la convocante y aceptada por la compañía convocada, al igual que las modificaciones a ella introducidas el 1º de agosto de 2000 y el 27 de agosto de 2003, no tiene fundamento la afirmación de la primera de dichas entidades en el sentido de que, con ocasión de la ameritada aceptación, quedaron las dos "...vinculadas jurídicamente como partes de un contrato de agencia comercial..." a ser ejecutado en una zona territorial circunscrita a la ciudad de Florencia, departamento del Caquetá.

Convergen en apoyo de esta conclusión razones de peso de las que a continuación se hará un sumario recuento, todas ellas indicadoras a las claras de que desde un comienzo, en el mes de julio de 1998, y durante los cuatro años siguientes, hasta agosto de 2003 cuando menos, por escrito las partes exteriorizaron y reiteraron documentalmente la intención común que les asistió de concertar y poner en práctica, no la afirmada relación contractual de agencia cuya existencia por cierto fueron categóricas en descartar [Cfr. fls. 31 a 33 del C.1 de Pruebas], sino una modalidad legalmente atípica de contrato de distribución en sentido propio, vale decir un acuerdo marco sui generis en virtud del cual la sociedad convocante asumió, en contrapartida de la posibilidad de obtener beneficios económicos derivados de la comercialización de productos líquidos –cervezas y refrescos- fabricados o distribuidos por la compañía convocada, la obligación de llevar a cabo la reventa de dichos productos suministrados por esta última, obligación que comporta, primeramente la estipulación de contratos para la adquisición, en las condiciones de cantidad y precio predeterminadas, de los aludidos productos destinados a revenderlos a los expendedores minoristas y así

hacerlos llegar al consumidor final, y en segundo lugar, cubrir el circuito largo de distribución de tal modo conformado, utilizando sus propios medios de transporte, efectuando entre otras y en cumplimiento de este cometido de repartición comercial, las actividades materiales de cargar, manejar, almacenar y descargar bebidas, envases y cajas. En otras palabras, prestándole atención a aquello que en los referidos documentos viene a ser relevante para el propósito en ciernes, bien puede decirse que se trata de un contrato por medio del cual BAVARIA, en su condición de empresario industrial o fabricante, con fines de distribución convino el suministro de productos líquidos finales –cervezas y refrescos- a ARCA, quien como distribuidor mayorista se obligó a adquirir dichos productos para proceder a su colocación intensiva por medio de su propia organización, en la zona geográfica que le fue adjudicada y ajustándose a las condiciones de reventa fijadas por aquella, esquema de operación este consonante con un fenómeno económico de colaboración en las ventas que ni por arte de interpretaciones correctivas o constructivas, con frecuencia forjadas al compás de pródigas intuiciones poco respetuosas de la “legalidad” contractual, es equiparable con la función económica a la que típicamente responde la agencia comercial.

A- Sea lo primero hacer ver que no obstante ser cierto que, de conformidad con el texto de los documentos contractuales a cuyo contenido se viene haciendo referencia, la sociedad convocante asumió una actividad de comercialización en forma estable y de duración no determinada en el tiempo, también es un dato de hecho no desvirtuado que lo hizo con el específico objeto de comprar para revender con sus propios medios, en forma directa e independiente, productos –cervezas y bebidas alimenticias- fabricados por la compañía convocada, labor que ejecutaría con plena autonomía técnica y administrativa, declarando que en desarrollo de la misma, habría de realizar las actividades de cargar, manejar, almacenar y descargar productos, envases y cajas. Y en concordancia con tales manifestaciones, expresamente contrajo varias obligaciones negativas cuyo objeto a no dudarlo contribuye a determinar el alcance del cometido en cuestión, consistentes las que revisten mayor trascendencia: (i) En no obrar como agente o representante comercial de aquella compañía; (ii) En no obrar por cuenta y riesgo de esta última; y además, (iii) En no efectuar, salvo las “estrictamente” autorizadas, promoción, propaganda o publicidad de los productos fabricados o distribuidos por BAVARIA, así como tampoco hacer uso, sin la correspondiente autorización, de sus emblemas, logotipos o cualquiera otro medio de identificación o presentación de los mismos productos.

En estas condiciones, difícil es en verdad entender cómo es posible que quien por espacio de cinco años continuos manifestó sin ambages, según queda visto, no tener la calidad de agente comercial, ni siquiera entratándose de las actividades de “preventa” a las que hizo detallada referencia desde un principio la Oferta de Distribución formulada por la convocante, a partir de la terminación del contrato celebrado y para reclamar el derecho a recibir las compensaciones e indemnizaciones previstas en el Art. 1324 del c de Co, pretenda tener tal calidad y haber desempeñado, también desde ese entonces, la clase de función mercantil auxiliar por cuenta ajena descrita en el Art. 1317 ib.

B- Se desprende igualmente de los documentos aludidos que para efectos de su distribución, los productos le eran entregados a la convocante a título de suministro, asumiendo ella, y no

la convocada, los riesgos de pérdida de dichos productos puestos a su disposición, al igual que de rotura de envases y cajas retornables de propiedad de la convocada, quedando condicionado el cumplimiento de esa obligación de aprovisionamiento a la programación de la producción de BAVARIA, siéndole dado a esta última entidad restringir o suspender el suministro en mención por motivos de excepción tales como, limitaciones en la fabricación, aumentos imprevistos en la demanda, daños en las plantas de producción, huelga de trabajadores, decisiones gubernamentales y la terminación o suspensión de la fabricación o la distribución de los productos de cuya comercialización se trata.

C- En fin, los mismos documentos a todo lo largo de las cláusulas en ellos consignadas ponen en evidencia que la sociedad convocante, cual es característico en los contratos de distribución propiamente dichos, tomó a su cargo obligaciones específicas como son: (i) Pagar en las condiciones convenidas, el precio de los productos suministrados; (ii) Asegurar su comercialización mediante la reventa; (iii) Distribuirlos con exclusividad a favor de la convocada, salvedad hecha de las cervezas y las bebidas de malta; (iv) Cumplir con los cupos de compra en la forma y tiempo requeridos; (v) Respetar los precios fijados por la compañía convocante para el expendio de los productos al público consumidor; (vi) No exceder la zona de distribución adjudicada, a menos de contar con previa autorización de dicha compañía para hacerlo y siempre que la señalada zona se encuentre debidamente atendida; (vii) Permitirle a esta última entidad una razonable supervisión de la actividad desplegada, al igual que del cumplimiento de las instrucciones a aquella impartidas para el logro de los fines de la distribución propuesta; y por último, (viii) Especialmente en el caso de las labores de preventa y en cumplimiento del deber de permanente colaboración asumido, proporcionarle a BAVARIA cualquier información o noticia de mercado que sea útil para su explotación.

En suma, conjugando estos elementos se aprecia con suficiente nitidez el perfil de un distribuidor que a diferencia del agente, no es representante del empresario industrial a quien dirige la oferta sino que adquiere la propiedad de los productos que obtiene a título de suministro, por lo que dicho empresario queda desvinculado de las sucesivas reventas que el intermediario realice, recayendo sobre este último el riesgo asociado a la venta minorista o al menudeo y beneficiándose de la marca de los productos comercializados junto con el prestigio por ella ganado en el mercado, beneficio que en términos económicos podría incluso reportarle mayor significación si para la compra de los productos aquél empresario le otorga facilidades financieras contempladas como posibles en la oferta de marras.

## **II. INEXISTENCIA DE AGENCIA COMERCIAL DERIVADA DE LA FORMA EN QUE LAS PARTES EJECUTARON EL CONTRATO.**

1. La sociedad convocante, en sus alegaciones finales, antes de adentrarse en el análisis de los elementos esenciales del contrato de agencia y en los aspectos y pruebas que, en su opinión, demuestran la existencia de los mismos en el proceso, hizo puntualizaciones del siguiente tenor:

- Respecto de las reglas para la interpretación de contratos, la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia<sup>1</sup>, ha señalado que la calificación que los contratantes den al contrato, no fija su carácter jurídico. En cambio, la naturaleza jurídica de un contrato debe ser la que legalmente le corresponde, de acuerdo con sus elementos esenciales, efectos y finalidades, entre otros.

- En virtud de lo dispuesto en el artículo 1331 del c de Com, a la agencia de hecho, vale decir, aquella que no cumple con la formalidad de constar por escrito -artículo 1320 Ibídem-, se le deben aplicar la totalidad de las disposiciones que regulan al contrato de agencia comercial.

Después de las anteriores precisiones, la convocante cita el artículo 1317 del c de Com, el cual contiene la definición de la agencia comercial, y a partir de ella señala los que, en su entender, son los elementos esenciales del contrato de agencia, a saber:

- (i) La independencia del agente.
- (ii) Estabilidad del encargo.
- (iii) El encargo para promocionar y explotar negocios del agenciado.
- (iv) La actividad desarrollada por cuenta y en beneficio del agenciado.
- (v) La promoción de negocios por cuenta del agenciado.
- (vi) La explotación de un determinado ramo en una zona prefijada del territorio nacional.

Por otra parte, la compañía convocada, tomando igualmente como referencia el artículo 1317 del estatuto mercantil, plantea que la agencia comercial es una institución variable y cambiante, en virtud de las distintas interpretaciones de que ha sido objeto por parte de la jurisprudencia y la doctrina. Es así, como destaca tres aspectos que, en su opinión, no corresponden con la institución, ni con los elementos esenciales de la agencia comercial, ni con lo que internacionalmente se ha entendido respecto de ésta:

- En primer lugar, se ha dicho que existe agencia comercial en el evento de que el agente se encargue de la distribución o fabricación de productos del empresario, sin tomar en cuenta la propiedad de los mismos, pues lo esencial es que se conquiste un mercado.

- Asimismo, se ha dicho que en virtud de un mandato sin representación entre el agenciado y el agente, este último, aunque venda productos a terceros como propios, no es dueño de éstos.

- Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1317 del c de Com, la agencia y la distribución pueden coexistir, puesto que, en el supuesto en que exista un encargo para promover los negocios del empresario, la compra para la reventa no se constituye en un obstáculo para que exista una agencia comercial.

---

<sup>1</sup> El demandante hace mención a las siguientes sentencias: Casación Civil del 9 de septiembre de 1929, 28 de julio de 1940, 6 de marzo de 1976, 5 de julio de 1983, 11 de septiembre de 1984.

Habiendo sido reseñadas, de manera general, las argumentaciones de la parte demandante respecto de los elementos necesarios para la existencia del contrato de agencia comercial y otros aspectos relacionados con dicho negocio jurídico, así como los planteamientos de la demandada sobre las notas características del mismo, el Tribunal habrá de proseguir su análisis determinando si, a pesar de las terminantes declaraciones en sentido contrario contenidas en los documentos contractuales de cuyo examen se ocupó el capítulo anterior, en el caso concreto existió un encargo para promocionar por cuenta del agenciado, ello en el entendido que para precisar la fuerza obligatoria de un determinado contrato una vez que se le ha puesto fin, es presupuesto necesario definir su contenido que depende de la interpretación que del mismo se haga y la calificación que se le confiera, proceso intelectual de entendimiento éste que por principio, como lo observaba con acierto Emilio Betti [Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Cap.I], no se puede desligar del cuadro fáctico total que se muestre relevante, considerando al igual que las reglas corporizadas en los documentos elaborados a propósito, las conductas concluyentes que desarrollaron los intervinientes durante la vigencia de la relación que motiva su discrepancia.

2. Sobre el asunto en cuestión es preciso señalar que, como se dejó visto, si bien existen distintos elementos que deben ser tenidos en cuenta para la configuración de un contrato de agencia mercantil, no es menos cierto que la actividad de promocionar o explotar por cuenta del agenciado se erige como el objeto y elemento distintivo preponderante de dicho negocio jurídico, de manera que será éste el primer elemento en cuyo examen se detendrá el Tribunal.

Ahora bien, de encontrarse debidamente demostrado en el proceso que, durante la ejecución de la relación negocial, ARCA promocionó productos por cuenta de BAVARIA, habrá de analizarse en detalle la existencia de los otros elementos que, según la doctrina y la jurisprudencia, son necesarios para que se configure una agencia comercial.

A- La convocante admite que el encargo para promover negocios por cuenta del agenciado, constituye el elemento esencial del contrato de agencia, el cual está enderezado a conquistar, mantener o incrementar una clientela, esto es, una determinada participación en el mercado relevante. Por ello, las labores del agente comercial están dirigidas a estimular la demanda de clientes ciertos o potenciales, de manera que con la labor del agente se pretende generar o mantener un mercado.

Por su parte, la compañía convocada señala que, de acuerdo con la doctrina nacional [ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Editorial Dike, Medellín, 1997. p. 379], es posible que el encargo para promover negocios del agenciado, sea otorgado en forma implícita, puesto que no se requiere una cláusula expresa para tal efecto.

De acuerdo con la jurisprudencia arbitral [CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo arbitral de Prebel contra L'Oreal de mayo 23 de 1997.] y de la Corte Suprema de Justicia [CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 2 de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga], cuando el agente desarrolla su actividad por cuenta y

en beneficio del agenciado, debe entenderse que esa actividad afecta el patrimonio de éste, de manera que los riesgos y beneficios son asumidos por el agenciado.

Agrega que, en providencia del 2 de diciembre 1980 [CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 2 de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga], la Corte Suprema de Justicia puntualizó que cuando la promoción que desarrolla el agente redunde en su propio beneficio y no en el del agenciado, no existe contrato de agencia comercial, sino de suministro para distribución, por cuanto la compra de bienes para su reventa impone que el comprador –vendedor de esos bienes, asuma los riesgos de los cambios de precios que se presenten.

No obstante lo anterior, en aclaración de voto de la sentencia proferida el 31 de octubre de 1995 por la Corte Suprema de Justicia [CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Aclaración de voto de la Sentencia de diciembre 31 de 1995. M.P. Javier Tamayo Jaramillo], se planteó que el distribuidor que compra bienes para revenderlos, puede ser agente comercial del fabricante, si recibe el encargo de promocionar los negocios del agenciado, siendo dicha promoción por cuenta, riesgo y beneficio de éste<sup>2</sup>.

Determinar quién es el beneficiario de los resultados de la actividad de promoción, no es, en términos generales, un parámetro suficiente para distinguir la agencia comercial de la distribución, no obstante que en la agencia se entienda que el agente siempre actúa en beneficio del agenciado, mientras que en la distribución, el distribuidor actúa en interés propio.

Al respecto, la Jurisprudencia arbitral [CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo arbitral de Faro Publicidad contra El Colombiano de septiembre 1 de 1999] señala que la actividad promocional redunde en beneficio de ambas partes, del agente y del agenciado, solo que es más evidente y se aprecia mejor, en cabeza del agenciado. La promoción significa mayores ventas, lo cual beneficia tanto al agente como al agenciado, pues de esas ventas derivan sus ingresos y sus utilidades. Por ello, a ambas partes les interesa la apertura, la conservación y el incremento del mercado, así como la preservación y ensanche de la clientela, que son finalmente resultados de la promoción. Por esta razón, los agenciados imponen a los agentes obligaciones de cumplir metas de ventas. Es evidente que la clientela que se va consolidando con los esfuerzos del agente le pertenece principalmente al agenciado, dueño, como es, de la marca y de los signos distintivos objeto de la promoción, lo cual constituye un activo muy valioso, cuantificable económicamente, que seguirá en manos del agenciado (fabricante), aun después de terminado el contrato de agencia, lo que quiere decir que ese activo le permitirá proyectar hacia el futuro el usufructo de la clientela que le ayudó a conseguir el agente. De ahí que, al final del contrato, el agente debe ser

---

<sup>2</sup> Dicha posición ha sido reiterada en: CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo arbitral de Daniel J. Fernández & Cia. Ltda. contra FiberGlass Colombia S.A. de febrero 19 de 1997; CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo arbitral de Faro Publicidad contra El Colombiano de septiembre 1 de 1999; BONIVENTO JIMENEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición. p. 139.

recompensado por los esfuerzos que desplegó para conseguir y consolidar la clientela del agenciado.

Adicionalmente, la parte convocante señala que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como de la justicia arbitral, han señalado como indicios para determinar la existencia de agenciamiento: que las partes diseñen un conjunto de estrategias de promoción, mercadeo y publicidad, pues con esto se pone en evidencia que el negocio que es objeto de promoción sigue siendo del fabricante o agenciado; que sea el fabricante quien fije los precios de venta al público y que tenga la facultad de dar instrucciones y controlar su observancia, puesto que esa facultad de dar instrucciones es uno de los factores importantes que diferencia la agencia, de otros negocios, toda vez que es normal que un agente reciba del agenciado pautas, instrucciones y órdenes, pero no lo es que un adquirente las reciba del vendedor, sino es mediando entre ambos una relación jurídica adicional a la que se desprende del suministro [CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo arbitral de Faro Publicidad contra El Colombiano de septiembre 1 de 1999].

De otra parte, el demandado también reconoce que lo que caracteriza realmente a la agencia comercial es la promoción por cuenta y en beneficio del agenciado.

En el contrato de agencia, la labor del agente, en cuanto a beneficios y riesgos, debe repercutir sobre el patrimonio del agenciado. Por ende, si se parte de la base de que el distribuidor compra para revender, la mencionada traslación de efectos económicos no se presenta, toda vez que, bajo ese supuesto, ambas partes actúan no solo por cuenta sino en nombre y en beneficio propio.

Sin embargo, hay quienes afirman que los beneficios obtenidos por el empresario pueden ser directos o indirectos, en el entendido de que los beneficios que recibe el empresario son mayores que los del distribuidor revendedor, pues aquel se quedará con la clientela – beneficio indirecto- que éste ha consolidado con sus esfuerzos de promocionar el producto. Es por esto que la compra para la reventa queda en un segundo plano, y, en su lugar, se realza la labor de promoción ejecutada por el distribuidor.

Aunque en determinadas formas de distribución la clientela es y se mantiene en cabeza del empresario, no es menos cierto que lo importante es determinar si el mencionado hecho tiene la virtualidad de configurar una agencia comercial o no.

Quienes consideran que la compra para revender pasa a un segundo plano, en razón de la clientela que obtiene el empresario después de terminado el contrato con el distribuidor, se fundamentan en el hecho de que la compra para revender representa simplemente un indicio en orden a esclarecer a quien realmente termina beneficiando la promoción ejecutada por el distribuidor.

No obstante lo anterior, el tema de la compra para la reventa no puede ser tenido simplemente como un aspecto de carácter probatorio, sino que se trata de una cuestión sustancial. Primero, de aceptarse la mencionada posición, se admitiría que en Colombia la

agencia comercial asumiría dos modalidades, esto es, una en la que se actúa por cuenta ajena, y otra, en la cual se podría actuar por cuenta propia. Se estaría ante una nueva forma de agencia comercial, no apta para bienes consistentes en servicios.

Adicionalmente, la aceptación de dicho argumento, así visto, implicaría una petición de principio, puesto que se da por supuesto que el empresario recibe siempre un mayor beneficio que el agente, cuando no siempre es así; tal sería el caso de que el empresario remunerara al agente por la clientela que éste le deje a la terminación del contrato, con lo cual quedaría indemne el distribuidor. Otro ejemplo, podría ser, que la marca y el producto gocen de un prestigio tal, que el real y preponderantemente beneficiado con la compra para la reventa sea el distribuidor -en proporción, desde luego, a su propia capacidad económica y financiera en frente de la del empresario-, tal como, en opinión del demandado, ocurre en el presente caso.

Así las cosas, sólo es posible hablar de agencia mercantil cuando quien recibe el encargo de promover o explotar negocios de un empresario, lo cumple mediante un *facere*, consistente en poner en contacto a los clientes potenciales con el agenciado, o celebrando directamente los negocios materia de la promoción, si de este último el agente ha recibido la facultad para representarlo.

B- Una vez analizadas las posiciones tanto de ARCA como de BAVARIA, respecto de lo que, en términos generales, entienden por encargo para promover negocios por cuenta del agenciado, el Tribunal habrá de proceder a estudiar las alegaciones de las partes relativas a la forma como ejecutaron el contrato que las vincula, subrayando los aspectos fácticos que, según ellas, darían lugar, o no, a que se concluya que en su relación comercial existió el mencionado elemento esencial del contrato de agencia.

- Las alegaciones de las partes respecto de los aspectos fácticos relativos al encargo para promover por cuenta del agenciado, bien pueden resumirse como sigue:

La parte convocante entiende que a partir de las pruebas que obran en el expediente, en especial los testimonios rendidos por personas vinculadas laboralmente a BAVARIA, quedó debidamente demostrado el encargo para promocionar y explotar negocios del agenciado. Para fundar su posición, señala argumentos del siguiente tenor:

(i) - Que ARCA, al igual que las demás empresas que desarrollan la misma actividad, llevaba productos a los clientes de BAVARIA, bajo unos parámetros fijados por ésta -tales como las políticas de distribución- y para cumplir expectativas de la misma en relación con la atención de sus clientes, razón por la cual ARCA era promotora de BAVARIA.

(ii) - Que ARCA, al igual que las demás empresas que desarrollan la misma actividad, promovía y explotaba los negocios de BAVARIA, en interés de ésta, puesto que debía seguir sus instrucciones respecto del servicio al cliente.



(iii) - Que ARCA promovía los productos de BAVARIA, entrando en contacto con clientes ya conseguidos por el productor y con clientes nuevos que aquella conseguía y reportaba a BAVARIA.

(iv) - Que ARCA tenía un encargo para promocionar y explotar negocios de BAVARIA, lo cual se reflejaba en el control que esta última ejercía sobre aquella. Dicho control no tenía otro fin sino el de diseñar estrategias de ventas para mantener o aumentar el mercado.

De acuerdo con lo anterior, afirma la sociedad convocante que ella, con su propia fuerza laboral, económica y administrativa, promovió y explotó los negocios de BAVARIA. De este modo, con anuencia de esta última, existía un encargo para promover negocios en interés del agenciado, el cual consistía en mantener o aumentar su clientela, proteger sus marcas y su posición en el mercado, así como en cumplírla a su clientela.

ARCA compraba los productos fabricados y/o distribuidos por BAVARIA para revenderlos, según las instrucciones impartidas por ésta, al mismo precio de la compra, en un territorio establecido por la misma, con el encargo de promocionar los negocios de BAVARIA. Tal promoción, benefició directamente a BAVARIA, pues además de mantener la clientela existente, le consiguió nuevos clientes, los cuales continuaron perteneciéndole a BAVARIA después de terminada la relación de agenciamiento.

Aunque los productos de BAVARIA son reconocidos por el consumidor nacional, tal como lo afirman los testigos, éstos no se venden solos, por lo que es necesario desarrollar actividades de promoción y de activación, que estén encaminadas a aumentar la recordación de marca, lo cual aumenta el consumo, y, por ende, genera mayores utilidades para BAVARIA.

Para la convocante, los testimonios recaudados demuestran que empresas contratadas por BAVARIA, las cuales llevaban a cabo las mismas labores que ARCA, promocionaban productos de aquella –pintando sus carros con logos, colores y emblemas de Bavaria; uniformando a sus empleados de acuerdo con las instrucciones impartidas por ésta; llevando y colocando publicidad POP a los clientes que atendían; involucrándose en distintas promociones tales como “*destape y gane*”, “*page 2 y lleve 3*”; realizando activaciones a los clientes, entre otros-. Dichas promociones, eran por cuenta y en beneficio de BAVARIA, quien asumía la totalidad de los costos. Vale la pena destacar que dichas empresas recibían de BAVARIA el reembolso de lo que invertían en promociones y activaciones.

La consecución y el mantenimiento de la clientela, se demuestra, en opinión de la convocante, con el hecho de que ni ella, ni los productos de la misma, se posesionaron en el mercado, y, por el contrario, a la fecha, el posicionamiento de BAVARIA y de sus productos sigue indemne.

El que BAVARIA diseñara e implementara las estrategias de promoción, mercadeo y publicidad, que fijara los precios de compra y venta de sus productos y que continuamente controlara que se cumpliera cabalmente con esos precios e instrucciones, a través de sus

supervisores y de sistemas como el "Hand Held", prueban la existencia de una agencia comercial, toda vez que es normal que un agente reciba del agenciado pautas, instrucciones y órdenes, pero no lo es que un adquirente, ARCA en el presente caso, las reciba del vendedor -BAVARIA-, sino es mediando entre ambos una relación jurídica adicional a la que se desprende del suministro.

A su turno la compañía convocada considera que ARCA no actuó por cuenta de ella, pues desde el instante mismo en que le compraba a esta última, surgía un interés propio, no dependiente del de BAVARIA. Ese interés, de carácter económico, era lo que lo impulsaba a venderle a terceros, y ella, la sociedad demandante, era quien corría con los riesgos de vender o de dejar de vender, y si vendía a crédito, suyo también era el riesgo, al igual que el de la pérdida de las cosas compradas. Por ende, sus ingresos no dependían del mayor o menor número de clientes que contactara con BAVARIA, sino del mayor o menor volumen de sus ventas.

Por causa de la actividad ejecutada por ARCA, se puede inferir que dicha compañía no promovía los negocios de BAVARIA, sino que, en busca de su propia ganancia, promocionaba la venta de los productos de ésta.

De otra parte, en relación con los argumentos de la parte actora relativos a que la relación jurídica que vinculaba a BAVARIA con ARCA, no podía ser de distribución, puesto que la venta que realizaba ésta a los detallistas tenía que efectuarse, por exigencia de BAVARIA, al mismo precio de adquisición, el demandado manifiesta que una condición de ese tipo ni desvirtúa la naturaleza jurídica del negocio ni debilita su realidad, enfatizando en que una razón por la cual se explica la no existencia de diferencia alguna del precio en la cerveza, es porque BAVARIA tiene que pagar el impuesto al consumo por el mayor valor del precio a que venda en los puntos de venta, respecto del precio a que vende a sus distribuidores. En relación con los demás productos, no sería lógico establecer una forma de remuneración distinta, cuando existe la mencionada limitante respecto de la cerveza. Adicionalmente, el hecho de que la utilidad del distribuidor no se manifieste en el sobreprecio, obedece a que en productos de consumo masivo como son los ofrecidos por BAVARIA, podía - y puede- generarse desorden en la oferta y la demanda, en detrimento de los intereses de esta última.

En cualquier caso, lo importante, según el punto de vista de la demandada, es que para el distribuidor la retribución, cualquiera que fuera su forma de presentación, resultase remunerativa. A este respecto es preciso señalar que en el presente caso la parte demandante nunca formuló reclamo alguno relativo a una eventual insuficiencia en la retribución que recibía, ni, menos aún, adujo que el negocio estuviese siendo ruinoso para ella. Y la actora también ha señalado que existía una labor promocional en beneficio de BAVARIA y no de ARCA, por el hecho de que los empleados de esta última vestían uniformes con los distintivos propios de la identidad comercial de BAVARIA y de sus productos, y que los vehículos utilizados para transportar la mercancía, también llevaban esos distintivos y estaban pintados de tal manera, pero si bien es eso cierto, no lo es menos que el distribuidor, por su lado, recibía un beneficio propio y no dependiente del de BAVARIA,

pues con esa indumentaria de sus empleados y con esa presentación de sus vehículos, estaba, ante todo, impulsando las expectativas en relación con sus propias ventas.

También se ha dicho, sostiene la convocada, que la participación de ARCA en eventos y promociones de los productos de BAVARIA, es una forma de impulsar los negocios de esta última, frente a lo cual ha de verse que las labores que realizaba ARCA en relación con este aspecto –tales como distribuir y pegar publicidad en los locales de los clientes, llevar y traer productos hacia y desde los sitios de los eventos, entregarles obsequios a los clientes, situarles a estos neveras en sus locales, las cuales, por cierto, no eran muy frecuentes-, tendían a aumentar las ventas de ARCA y, de igual forma, eran actividades propias de un distribuidor; de no ser así, la convocante hubiera solicitado su pago, cosa que nunca hizo.

Finalmente, respecto de la clientela, en la demanda se afirma que ARCA la conquistó, conservó e incrementó para BAVARIA. A este respecto, considera la demandada que pese a dicha afirmación, el convocante no determina si cuando inició sus labores de distribución ya existía, o no, una clientela; tampoco informa en cuánto la incrementó, ni cuantos clientes existían al momento de finalizar la relación.

- Planteada la controversia en los términos vistos, viene al caso las siguientes consideraciones:

Primero. Examen de la prueba testimonial

El Tribunal, para formular las consideraciones que más adelante se precisan, ha evaluado la prueba recaudada en el proceso y, en particular, ha tomado en consideración las declaraciones testimoniales que en seguida se reseñan, clasificadas de acuerdo con los asuntos debatidos, así:

#### 1.1. Compra para Reventa y Remuneración.

En el testimonio de Luis E Salas M, supervisor de BAVARIA en Florencia durante los años 2003 y 2004, se manifiesta que “(...) ellos –la demandante– compraban y revendían el producto en la zona donde estaban asignados, de eso se trata exactamente la distribución, por esa parte tenían un servicio bueno, ...”. Que el distribuidor “...compra el producto donde Bavaria lo indique ahí mismo, Bavaria le paga un flete de transporte y un flete de distribución...”. Que en Florencia se hacía autoventa y “... que los vendedores del distribuidor ofertan el portafolio de productos de Bavaria y el cliente los compra, eso es todo”.

Agregó, en lo tocante con el flete de distribución, que lo paga BAVARIA “...entregarle una caja al distribuidor, por cada caja que se entregue hay un flete que dice pagado, que pagaba Bavaria”. No obstante, el testigo dice desconocer cómo se calcula ese flete. (fs. 116– 123, c. 2).

El testigo John A. Hernández G., quien se desempeñara como inspector de ventas de BAVARIA en poblaciones circundantes a la localidad de Florencia, Depto. de Caquetá,

refiriéndose a la demandante señaló que esta *“... hacía una compra directa de los productos en Bavaria Neiva, posteriormente llevaba el producto a sus bodegas y zonas, en caso de Arca Florencia le correspondía un sector que se había designado para que hiciera su distribución y en San Vicente hacía la distribución urbana de los negocios que estaban en San Vicente del Caguán y se atendían clientes rurales que hacían pedidos importantes, hacía la reventa en esos clientes, era el encargado de hacer esa entrega, esa distribución en todos esos sectores designados”*. Y dijo también sobre la retribución del distribuidor, que no tenía los valores exactos, pero que *“... había dos clases de retribución, uno era el flete directo que recibía el distribuidor por transportar el producto desde el centro de distribución en Neiva a la bodega del distribuidor ya sea en Florencia o ya sea en San Vicente del Caguán y había otro pago por reparto, por lo que Bavaria pagaba de repartir de la bodega a cada distribuidor a llevarle el cliente, eran dos tipos de pago”*. (fs. 102–106, c. 6).

Por su parte, el testigo Raúl Eduardo de Jesús Acosta M, director de servicios de ventas en BAVARIA, indicó que *“[h]ay varias formas de comercializar, la venta del producto nosotros lo que hacemos es que trabajamos con lo que llamamos precio único a nivel nacional, precio único es que de la misma forma como yo le vendo al distribuidor, el distribuidor le tiene que vender al punto de venta”*. *“Por qué le tiene vender al punto de venta al mismo precio? Hay muchas razones entre ellas hay una razón tributaria que es que Bavaria tiene que pagar el impuesto de consumo por el mayor valor de precio que venda en los puntos de ventas, esa es una razón, otra razón comercial muy puntual que nosotros utilizamos es que es mucho más fácil para Bavaria controlar precios sino sugerir el precio del común consumidor como lo debe adquirir en los puntos de venta”*. *“Si yo tengo muchos precios confundo muchas veces al consumidor, esa es la forma de comercializar, de vender el producto, repito Bavaria vende al distribuidor, el distribuidor almacena en sus bodegas, con base en unas indicaciones de Bavaria el distribuidor entrega, reparte, eso se llama reparto productos en los clientes que son de Bavaria y que fueron entregados al distribuidor”*. (fs. 14–27, c. 6).

Ciro Andrés Leal B, Gerente de desarrollo de transporte y distribución de BAVARIA, se refirió a los modelos de distribución implantados por esa empresa y a la forma como se remunera a los distribuidores, así: *“... Bavaria ha determinado unos modelos de operación tanto urbana como rural que se basan en qué se necesita para hacer el reparto, me refiero por ejemplo a camiones, qué gastos de operación se necesita, cuál es la expectativa que tiene Bavaria con relación a la atención de los clientes, es decir por ejemplo, frecuencias, cada cuánto debemos estar con los clientes y todo ese conjunto de iniciativas o de parámetros más bien, no iniciativas, sino parámetros son los que determina cómo debe operar un distribuidor y a su vez determinan cómo debe pagársele a un distribuidor”*. *“En estas zonas rurales en particular hay funcionarios de Bavaria en ese momento eran principalmente supervisores de venta,... la persona con la que tenía el contacto directo el distribuidor y con ellos ese funcionario de Bavaria es el que guiaba cómo se debía hacer el reparto en las zonas, obviamente había un trabajo de interacción donde ellos reciben retroalimentación del distribuidor para poder ir mejorando, el fin de Bavaria con sus distribuidores entendiéndolo que es una parte fundamental en todo su proceso siempre ha sido que les vaya bien en el negocio, entonces por eso es abierta a recibir sugerencias”*. *“En el caso del pago, hay dos pagos que realizan a este tipo de casos rurales que es uno por llevar el producto que compró como dice el*

*doctor ahora desde Neiva hasta Florencia por ejemplo, eso lo llamamos nosotros transporte directo, es una primera actividad que se le paga al distribuidor que él la hace normalmente en sus camiones y otra actividad es la que llamamos el reparto como tal que ya es en Florencia hacer la actividad de ir a los clientes”.*

El mismo testigo, haciendo alusión a los factores que se toman en consideración para el cálculo de los denominados fletes, dijo: *“Primero la estructura de fletes tanto de transporte como de reparto ya lo había comentado antes, obedece a los insumos necesarios para que se pueda hacer la operación, me refiero a insumo si se necesita un camión hay que considerar que hay una inversión de un camión, si se necesita una bodega hay que considerar que se requiere una inversión de una bodega, ... hay gastos operativos asociados a la operación, combustibles, personal, distancias, ya para el caso particular de Neiva a Florencia para definir un flete de transporte hay que considerar la distancia que hay de Neiva a Florencia, el tipo de vía que hay de Neiva a Florencia, es decir, sube, baja, está en buenas condiciones o en malas condiciones, porque eso afecta al final los gastos de operación de hacer esa labor”. “Todo eso se analiza para cada ruta, para las diferentes operaciones para determinar un valor que le permita un negocio viable al distribuidor, ...”.* (fs. 69–78, c. 6).

Interrogado el testigo Juan Pablo García O sobre si ARCA le había manifestado a él estar desarrollando algún tipo de política o de gestión especial de mercadeo, tendiente a incrementar el consumo de productos de BAVARIA, respondió que ellos *“... lo hacían obviamente a su manera en el sentido de que ellos como distribuidores tenían un flete por reparto o por transporte, entonces el hecho de que vendieran cajas adicionales era algo que prácticamente los beneficiaba y lo hacían a su manera con algunas estrategias que realizaban para apoyar la misma labor del mismo supervisor también”,* entre las cuales, *“... ellos asumían préstamo de envase de cuenta de ellos, algunos clientes de volumen o por la temporada de diciembre...”*, consistiendo entonces el beneficio recibido en *“... el volumen adicional de ventas”,* lo que significaba *“Ingreso adicional por los fletes por caja movilizada o caja transportada”.* (fs. 96–101, c. 6).

Criterios similares, en torno a la remuneración de los distribuidores, expresaron los testigos Héctor Fabio Quesada P. (fs. 75–86, c. 2), Gustavo Adolfo Quesada P. (fs. 82–97, c. 6) y Alfonso Perdomo S. (fs. 124–135, c. 2).

## 1.2 Atención a los clientes del recorrido de los camiones de ARCA.

Luis E. Salas M, supervisor de Bavaria en Florencia durante los años 2003 y 2004, manifestó que iban *“...con el camión de reparto o muchas veces nos llamaban los clientes que aquí no está pasando el carro, entonces se hace esa verificación, uno se monta en el camión de reparto y el reparto se visita no todos los días y todos los clientes, pero muchas veces se hace esa verificación (...)”* y adelante prosigue, *“...Se manejaba un manual de supervisor les decíamos cómo se deben visitar los clientes, cómo se debe ofrecer el portafolio, todo ese tipo de cosas, de ventas, que infieren directamente con el servicio, entonces había que hablar con ellos y por eso se les daban unas normas para que se manejara el servicio así”.* (Fs.116-122, c.2).

Faber Falla M, igualmente empleado de BAVARIA, explicó que la demandante “...facturaba el producto en el centro de distribución de Neiva, facturaba, llevaba el producto de distribución a Florencia y de ahí en la bodega de Florencia él tenía unos carros de reparto que esos cargaban en la bodega y se iban a cumplir la ruta diaria, cuando se le entrega al distribuidor se le entregan unas rutas y unas frecuencias 3, frecuencia 2 es que un cliente se visita dos veces a la semana, o frecuencia 3 que se visita 3 veces a la semana(...)”, agregando mas adelante, “... sabía perfectamente qué rutas tenía que visitar el lunes, qué ruta tenía que visitar el martes, qué ruta tenía que visitar el miércoles y cuando hablo de rutas hablo de clientes y cuáles clientes tienen que hacer la segunda frecuencia que es el jueves y el lunes, si las que son el martes, miércoles y viernes, hay rutas del centro que anteriormente citaban (sic) 3, frecuencia 3 que eran lunes, jueves y sábado, pero esa es la forma como el distribuidor 3 teniendo la ruta, teniendo unos clientes de 3 salir de su bodega con todos los productos e irlos a distribuir, esas rutas de hecho son supervisadas por el supervisor de ventas donde periódicamente hacen visitas y van a saber si efectivamente se está cumpliendo con las frecuencias y con las visitas de reparto”.

El citado testigo también señaló que el supervisor de ventas “... va donde los clientes y le pregunta si efectivamente el cliente ha ido a atenderlo y cuántas veces llega, si ha llegado con todos los productos, con todas las marcas e inclusive uno llega hasta ir a la especificación si de pronto deja Poker, Costeña, Aguila o Pony Malta, a fin de poder efectivamente mirar uno y hacer el cubrimiento del servicio de distribución que tiene el distribuidor. Igualmente también se hace en esas visitas, se mira el precio que efectivamente esté cobrando al precio establecido por la compañía... también se verifica...que efectivamente la tripulación preste buen servicio, sean atentos, formales, amables con el cliente y que presten el mejor servicio posible”.

Interrogado acerca de si el administrador de la agencia conocía la clientela de la compañía en la cabecera municipal y adicionalmente en los demás municipios, respondió: “Si claro porque ahí se manejaban unas carpetas, cada supervisor tenía unas carpetas y en esas carpetas estaban todos los clientes de cada uno si eran de un pueblo pues estaban todos los clientes del pueblo y si eran de la ciudad, estas carpetas estaban por rutas, la del lunes, martes, miércoles, jueves, viernes, ahí estaban contemplados todos los clientes por eso era que el distribuidor de ventas hacía las visitas con base en las carpetas, cada vez que iba para la ruta del lunes que se llamaba La Libertad, iba y pedía la carpeta que estaba en un armario, con esa carpeta del martes se iba a hacer la visita, subía al camión de reparto y comenzaba a confrontar los servicios, todo lo que la carpeta contenía, la frecuencia de visitas, si era lunes, martes, tenía el nombre del cliente, la dirección, las visitas que el distribuidor le hacía, la fecha en que había consignado y estaban los productos que en ese momento se le vendían al cliente, para que quedara un historial de la visita que hacía el supervisor de ventas...” (fs. 42–68, c. 6).

Yuri Alexander Cobaleda E, Asesor de la administración de ARCA, manifestó que a él le tocaba “...supervisar que los vendedores, nuestro equipo cumpliera con esos repartos establecidos, por ejemplo la zona 1 era una zona que Arca Asociados institucionalizó un

*reparto de frecuencia diaria es decir de lunes a sábado la visitábamos todos los días, entonces teníamos que velar porque todos esos clientes de la zona uno, realmente todos los días de lunes a sábado se atendiera (...) Había otras zonas en las que se hacía una frecuencia 3 por ejemplo la zona 2 lo que es el Rainero, porque había que visitar los lunes, miércoles y viernes, había que supervisar y verificar que nuestros equipos de trabajo, el equipo de Arca visitara lunes, miércoles, viernes, esa era una de las cosas que más nos caracterizaba porque queríamos cumplir estrictamente esos repartos y esa era la función de Arca Asociados, era todo este juego de la distribución, el éxito dependía del cumplimiento de estos repartos, ... se verificaba que estuvieran cobrando los precios autorizados, se verificaba también lo que tenía que ver con la atención por parte de los muchachos, Bavaria inclusive decía que debíamos dejar la canasta en donde el cliente dijera, si el cliente dice que se lo dejemos al pie del enfriador, al pie del enfriador había que dejárselo (...) De manera general era que ellos insistían mucho en el cumplimiento de los repartos, eso era básicamente y déle con las metas, con los pronósticos, básicamente era servicio y pronóstico de ventas que hay que cumplir, que hay que vender tal cosa, que mire que la exhibición de tantas cajas de jugos, todo eso eran las instrucciones que recibíamos del supervisor de Bavaria, era básicamente cumplimiento de metas y servicio al cliente”.*

El mismo deponente dice, “...Yo que puedo decir de Arca Asociados. Me puedo enfocar dentro de las funciones que yo desempeñaba que eran netamente de mercadeo, entre esas estaba por ejemplo la visita periódica a toda la clientela que teníamos, con esa visita lográbamos actualizar permanentemente los censos de nuestros clientes, inclusive cuando yo arranqué como asesor el listado de clientes iba como en unos 450, casi 470 clientes y al momento de nosotros entregar ya la distribución el último censo lo actualizamos creo que fue en agosto/07... nosotros permanentemente manteníamos el censo actualizado porque era uno de los requisitos que nos exigía Bavaria...”. “Una de las funciones básicas era visita esa clientela, decepcionar (sic) las inquietudes de ellos en cuanto a que yo necesito que me colaboren con una nevera, un exhibidor, con un aviso, toda esa clase de materiales que Bavaria suministra (...) funciones que me tocaba a mi supervisar... otra parte supervisar que los vendedores, nuestro equipo cumpliera con esos repartos establecidos, por ejemplo en la zona 1 que era una zona que Arca Asociados institucionalizó un reparto de frecuencia diaria es decir de lunes a sábado...”. “Había otras zonas en las que se hacía una frecuencia 3 por ejemplo la zona 2 lo que es el Rainero porque había que visitar los lunes, miércoles y viernes... queríamos cumplir estrictamente esos repartos y esa era la función de Arca Asociados, era todo ese juego de la distribución, el éxito dependía del cumplimiento de estos repartos, esa era otra de las funciones, se verificaba también lo que tenía que ver con la atención por parte de los muchachos...” (fs. 148–171, c. 2).

### 1.3 Venta a nuevos clientes.

En lo atinente a esta materia, Yuri Alexander Cobaleda E, asesor de la administración de ARCA, precisó: “... son el censo de clientes, porque ya el camión del centro, la zona 1 eran todos los días 240 clientes, entonces era todos los días arrancar por el cliente 1 y terminar en el cliente 140 porque esos repartos ya estaban establecidos, avalados por Bavaria porque inclusive cuando hacíamos ajustes a nosotros nos tocaba pedir consentimiento porque ese

*era uno de los requisitos de ellos que cuando se hiciera algún reajuste en el derrotero teníamos que previamente informarles a ellos”.*

*En cuanto a la consecución de clientes nuevos, el testigo manifestó que cuando hizo un censo la clientela “... estaba más o menos como en 400 algo de clientes, y al finalizar estábamos hablando de 600 y pico, porque resulta que nuestra zona tenía una característica y era que la ciudad se extendía hacia ese lado, hubo un tiempo en que se extendió muchísimo hacia la parte oriental por los desplazamientos, por toda esa parte, por eso hubo un incremento en el número de clientes”.*

*Y sobre este mismo punto agregó: “Los clientes como tal una cosa así había muy clara y era que los clientes no eran de Arca Asociados, los clientes los atendía Arca Asociados pero eran exclusividad de Bavaria, digo exclusividad de Bavaria porque los productos eran de Bavaria, la misión de nosotros era simplemente extender el servicio hasta donde más pudiéramos darle mayor cobertura al servicio y por eso esos 200 clientes de más prácticamente surgieron en nuestra zona y dentro de las políticas nuestras era la de prestar el servicio a los que más pudiéramos porque a mayor número de clientes que atendiéramos mayores serían nuestras ventas” (Fs.148-171, c.2).*

*John A. Hernández G. respondiendo a una pregunta sobre atención a clientes preestablecidos y la inclusión de clientes nuevos, informó que aquellos se encontraban en bases de datos que “... ya estaban recolectadas y se hacían en establecimientos que ya eran establecidos en cada sector, obviamente la labor de ellos era si había un cliente nuevo también atenderlo”.*

*Preguntado si al distribuidor se le hacía algún reconocimiento por clientes nuevos, dijo no tener conocimiento “... porque —aclaró— entraba a la base datos y ya el reconocimiento era que él iba a vender más porque era un cliente nuevo, iba a ganar más sobre el volumen de venta que tuviera, pero que por ese cliente hubiera un reconocimiento no necesariamente”.*  
*En cuanto a la modificación de la base de datos de la clientela expuso que “...como se abrían, cerraban también establecimientos, entonces cuando se cerraba un establecimiento el tripulante o el personal que tenía asignado el distribuidor también estaba en la obligación de colocar que ese cliente había cerrado para que en la base de datos apareciera inhabilitado o cerrado temporalmente o definitivamente...” (fs. 102–110, c. 6).*

*El testigo Faber Falla M, en relación con la clientela existente en Florencia, cuando él llegó allí, sostuvo: “... estaba como distribuidor Gutiérrez y Mora Ltda., después salió, se retiró y entró Distriser y de Distriser terminó la sociedad y se dividieron en Arca y Surtiser, puedo decir que en la estructura de los clientes es igual porque es la misma estructura, pero obviamente en la actualización de la base de los clientes cada distribuidor cuando entra actualiza la información de los clientes que van apareciendo, pero la estructura de clientes que salen, de los que entran pues se mantienen, no hay mucha diferencia entre los que entran nuevos y los que salen, ahí sí por la experiencia siempre se mantiene igual...”.*



Interrogado sobre el incremento del número de clientes de que habló el testigo Yuri A. Cobaleda, contestó: “... *Del tiempo que ellos estuvieron exactamente no recuerdo esa diferencia pero lo que sí le puedo decir es que él hace clientes y el distribuidor los incluye en su base de datos porque los debe atender y además porque le representa unas cajas adicionales, ... representa ingresos entonces todo cliente que aparezca nuevo pero el crecimiento que dice de 200 me parece un poco grande, pero lo que sirve es que los clientes que van apareciendo nuevos el distribuidor debe incluirlos porque en primera instancia debe atender todos los clientes que están en la ruta y los clientes nuevos debe incluirlos en su recorrido y en su base de datos.*”

Al referirse al acompañamiento al distribuidor precisó: “... *[e]n la medida en que el distribuidor va avanzando y nace un barrio, nace un cliente, el distribuidor como es el que más está en contacto con la distribución de los clientes, es el más inmediato a atenderlo porque le representa la venta de una caja adicional, porque le representa un ingreso, de hecho no se puede dejar ese cliente sin atender y lo segundo es que igual si aparece una urbanización aledaña a un barrio, igual el distribuidor debe desplazarse a ese sector, siempre y cuando quede en la ruta que es, él no se puede desplazar a un barrio diferente a los linderos que se le han dado porque debe tener primero el visto bueno del supervisor de ventas o el distribuidor ya sabe que el cliente le corresponde a otro distribuidor y en este caso si le corresponde a él automáticamente el vendedor que hace, ... se desplaza a esos clientes y los atiende y le informa al supervisor de ventas y la idea es que el supervisor los atienda, vaya allá y verifique y efectivamente le haga las activaciones que correspondan a que haya lugar*”. (fs. 42–68, c. 6).

#### 1.4 Estímulo a las ventas de los productos BAVARIA.

En la declaración del señor Juan Ignacio Torres Ramírez, Director de Inteligencia de Mercados de BAVARIA, se precisa: “ *muchos de los cambios que hemos venido realizando en los últimos años de alguna manera afectaron un poco nuestro tradicionalismo de marca... dice el testigo, con relación a la frase que dice que la cerveza es un producto que se vende solo: ...en parte se vende solo, porqué me refiero en parte, porque es que necesariamente si uno no deja de recordar algunas cosas en la mente del consumidor pues tienden a olvidarse... algunas de nuestras marcas son nuevas en el mercado, necesitamos que las conozcan, las consideren y las prueben... hay dos campos en los cuales trabajamos, uno que se llama ATL ... y otro que llamamos BTL que son ya acciones más puntuales en el canal, las hacemos a través de activaciones, para ello hay operadores logísticos que se acercan a los diferentes canales en los cuales nosotros operamos para desarrollar acciones de promoción que permitan no solo estar en la mente, no solo que nuestros productos estén en la mente del consumidor sino que ya entran en contacto directo con los productos porque es claro que yo puedo tener en mente muchas cosas, pero el hecho de tenerlas en mente puede que no me lleve a la acción, muchísimas veces incentivamos la acción...*”.

El testigo Juan Pablo García Osorio, Supervisor de ventas de BAVARIA, quien en tal carácter conoció de primera mano a ARCA en Florencia, declaró, para contestar la pregunta de si la cerveza es un producto que se vende solo, lo siguiente: “ *La afirmación la he*

*escuchado muchas veces y eso depende del punto de vista de donde se observe que la cerveza es un producto que se vende solo, pero obviamente en el caso nuestro como funcionarios de Bavaria tenemos unos comparativos, unos pronósticos o unas cuotas que si dejáramos que el producto se venda solo, no podrían ser cuotas alcanzables y obviamente aunque lo he escuchado muchas veces no considero que sea realmente cierto, es un producto que rota mucho, se consume mucho, pero de todos modos no es que se venda solo...”.*

#### 1.5 Uso de logos y marcas de BAVARIA en uniformes, camiones y bodegas de ARCA.

El señor Yuri Alexander Cobaleda indicó: *“Nosotros éramos como ese enlace porque la gente inclusive nos decían era Bavaria a pesar de que se hacían trabajos que era Arca Asociados, la gente era Bavaria para allá, Bavaria esto y lo otro, siempre indicaban Bavaria porque como los uniformes de los muchachos Bavaria, los camiones pintados Bavaria, entonces una de las otras funciones era ayudar a gestionar a los clientes esa clase de material...”*

Igualmente declaró: *“Básicamente esa función vigilar por ejemplo el uso de los uniformes Bavaria exigía mucho lo que era el porte del uniforme como tal nos exigía que por ejemplo el vehículo tenía que salir en buenas condiciones de aseo...”*.(Fs.148-171,c.2).

Luis E. Salas M, Supervisor de BAVARIA en Florencia en 2003 y 2004, manifestó que las funciones del supervisor son las de *“...verificar inventarios, que los repartos establecidos se hagan correctamente, que se citen a los clientes, que tengan todas las condiciones que le exige la empresa... que el personal esté uniformado, que estén manejando las promociones que la empresa le solicita...”*(Fs. 116 – 122, c.2).

John A Hernández G, Interrogado sobre la forma material de cumplir con la comercialización de los productos dijo que *“[d]e los distribuidores Arca era de los que tenía los vehículos más adecuados para la labor de distribución, Bavaria le otorgó unas carrocerías en comodato, unas carrocerías metálicas en las cuales quedaba el producto exhibido de una manera más cómoda para poder que los tripulantes pudieran hacer la entrega de una manera más fácil...”*

En el mismo sentido manifestó que *“... Bavaria siempre ha otorgado en comodato unas carrocerías, las que tenía Arca eran unas de Poker y en San Vicente también tenía dos tubos también con dos carrocerías para hacer el reparto más ágil, esas carrocerías eran muy simples, una estructura metálica con unos logos adelante y atrás y el dueño del carro es el distribuidor, el distribuidor también lo que hacía era adecuar la cabina del color de la carrocería”*. Que los logos solo aludían a ARCA en una parte muy pequeña, pero que eran de la cerveza Poker. Más adelante informó que el carro en sí estaba pintado con los colores amarillo y rojo, alusivos a la marca Poker.

En cuanto a los uniformes puntualizó: *“... eran como Bavaria maneja una imagen institucional, eran unos uniformes genéricos grises con rojo donde decía Poker o una cerveza, esos uniformes eran comprados, se le hacía una carta de solicitud al distribuidor donde le decía, esos los vendía el auxiliar administrativo donde decía vea yo necesito tantos uniformes de tantas tallas, la señora entregaba sus uniformes y con esa carta había una*

*autorización para hacer un descuento por nota débito de la cuenta corriente*".(Fs. 102-110,c.6)

En el testimonio rendido por Raul Eduardo de Jesus Acosta M, vinculado laboralmente a BAVARIA S.A., este declaró: *"...en general cuando uno va a una población cualquiera uno ve que los distribuidores normalmente manejan en sus camiones algunos logos de Bavaria, en los uniformes tengo duda si manejan la marca o manejan el de Bavaria, pienso yo, no sé si ustedes vieron el comercial del orejón de Bavaria que llegaba a una población de Boyacá, ponía el oído en la tierra, llegaba el camión a la zona rural y llegaba el carro de Bavaria con el distintivo de Bavaria, es muy parecido en todas las poblaciones rurales"*. (Fs. 14-27, c.6).

En la declaración rendida por Héctor Fabio Quesada Paredes, textualmente expuso: *"...Había un cuadro en que se manejaba en un seguimiento de los vendedores, nuestra bodega está todavía pintada con los diferentes logos de las diferentes marcas Poker, Costeña, Agua Brisa, de Pony Malta, está dentro de nuestras bodegas y la fachada de nuestra bodega, es de los colores distintivos de la empresa rojo y amarillo, por los lados también tiene logos de la empresa Bavaria, es mas en cualquier ciudad en el caso de Cartago, de Neiva, de Garzón, de Cartagena usted le dice a cualquier persona lléveme a la bodega de Bavaria y allá lo llevan, ese es un referente, se convirtió en un referente para toda la población, por favor lléveme a Bavaria y la gente sabe dónde está la bodega"*.

Gustavo Adolfo Quesada Paredes, quien trabajó en la empresa Cervecería Ltda., en Cartago (Valle), sociedad esta que hacía lo mismo que ARCA , explicó: *" ...Todos los colores en nuestro caso como distribuidor tenían que tener los colores amarillo y rojo, con los logos de Bavaria que son los distintivos de Bavaria S.A., como les expliqué anteriormente cuando el cliente hace alusión a los camiones con los que se efectúa la distribución nunca decía ahí va el camión de Cervecería, sino que dicen ahí va el camión de Bavaria tanto los posteriores del camión como los logos que se encuentran en cada una de las puertas son logos de Bavaria S.A"*.

#### 1.6 Participación de ARCA en promociones y descuentos.

Al respecto, Yuri Alexander Cobaleda expresó: *"Lo otro que yo quería comentarles por ejemplo era cuando había esos sobre stock, Bavaria sacaba unas estrategias, unas promociones, había que velar porque se cumplieran esas promociones que los supervisores y el representante de Bavaria para nosotros que siempre ha sido e supervisor, el supervisor nos decía vamos a hacer tales y tales promociones, tales descuentos, entonces a mí me tocaba darle las instrucciones al equipo de ventas y hacer obviamente el seguimiento que se estuviera cumpliendo esas promociones que el que compre por decir algo 100 canastas de cerveza se le obsequia tal cosa, (...) Otra de las funciones importantes era eso, el cumplimiento de las promociones que diseñaba Bavaria, a veces para esos sobre stock nos tocaba también de parte de Arca Asociados, también había unos descuentos de Arca Asociados, incurría en unos descuentos para poder sacar esos inventarios porque Bavaria decía hasta tal fecha vamos a hacer tal promoción para sacar lo que más podamos, resulta que a veces en ese lapso de tiempo no lográbamos sacar o no había las expectativas y*

entonces también Arca Asociados también de parte de ellos tenían que hacer esos descuentos, tocaba supervisar eso, que se estuvieran transmitiendo, ofreciendo esos descuentos (...) Otra de las funciones tiene que ver con el apoyo a los clientes en sus eventos, se realizaba lo que comúnmente se conoce como bazares, muchas comunidades, muchos clientes hacían bazares, muchos clientes hacían eventos por decir algo en el estadio, toda esa clase de eventos los coordinaban con nosotros y el supervisor de Bavaria también nos daba las instrucciones de cómo debíamos atender esos eventos...”. Y con respecto a este punto el mencionado testigo explicó que si por ejemplo se realizaba un evento “... en el estadio Alberto Buitrago Hoyos..., era nuestra zona, entonces toda clase de eventos que se realizaran dentro de nuestra zona nosotros como distribuidores autorizados, ... teníamos que apoyarlos en cuanto decepcionarles (sic) la inquietud y ayudarle a conseguir lo que es la logística llámese carpas, llámese sonido, entonces nosotros la función era la de decepcionar (sic) la inquietud, suministrar el producto y transmitirle a Bavaria porque ellos nos apoyaban con todo lo de la logística, con carpas, con sonido, apoyaban a veces suministrando algún cantante, entonces la misión de nosotros como Arca Asociados era la de estar pendientes de esos eventos, suministrarle las bebidas y cumplir con unos parámetros que el supervisor nos había dicho”.

En relación con los productos que se consumían en esos eventos precisó que “... nosotros suministrábamos esos productos, por lo general productos que se entregaban en consignación y entonces una vez finalizado el evento nosotros tenemos que hacer doble trabajo, primera parte ir a dejarle lo que era el producto y en segundo lugar ir a recoger el producto, lo que se había vendido, los productos que habían sobrado y entonces liquidarles, ... inclusive en varios de esos eventos Arca Asociados perdió dinero porque muchas veces los clientes que se les vendió con billetes falsos, que el señor se fue con la plata, nosotros tuvimos varios inconvenientes con eso...”.(Fs.148-171,c2).

En la declaración de John A Hernández G, este anotó que “... a nivel nacional las políticas de mercadeo y descuentos son dictadas a nivel central, lo único que uno hace es ejecutarlas, había iniciativa por parte de los administradores que tenía don Rodrigo en las bodegas de sugerencias, se daban cuenta por ejemplo que Postobón estaba dando por ejemplo unos descuentos muy altos, ellos a manera de sugerencia nos decían vea es mejor que solicite recursos porque nos están compitiendo con descuentos o nos están quitando colegios o nos están quitando mayoristas, lo que uno hacía era informar al gerente de ventas y si el gerente de ventas autorizaba el descuento uno lo otorgaba”, agregando que, en cuanto al hecho de tener que hacer entrega de obsequios, descuentos y promociones, ni don Rodrigo ni su hija manifestaron alguna vez inconformidad, sino que “... lo que siempre se argumentaba era que la legalización se hiciera dentro del mes que se había dado de descuento, era digamos la exigencia que siempre hacía el distribuidor porque eso necesitaba retornar rápido esos descuentos porque inicialmente son dados por el distribuidor mismo, entonces lo que uno hacía era agilizar esa legalización para que a su cuenta corriente se le abonara rápido el dinero otorgado o los descuentos dados”. Igualmente manifestó que don Rodrigo, su hija o la persona encargada de Arca “...eran activos, ellos proponían vea esto, se han bajado las ventas en agua, en malta, tenían un conocimiento amplio del comportamiento que había en

*el sector, entonces ya sea don Rodrigo o Adriana hacían sugerencias para uno reactivar otra vez, sugerir descuentos o proponer cosas para uno incrementar la venta”.*

*Interrogado sobre los eventos que se hacían en San Vicente del Caguán, el señalado testigo informó que había “... variedad de eventos, inauguraciones, ferias, cuando eran ferias siempre el alcalde remitía una carta a Bavaria solicitando apoyo directo que una orquesta, que diera un apoyo económico para pagar alguna infraestructura que se necesitara en la feria, pero en contraprestación nosotros exigíamos tener puntos de venta dentro de esas ferias para poder digamos tener una contraprestación y hacer presencia de marca en los eventos. Bavaria es un negocio y ellos no van a regalar un dinero por regalarlo...”.*

*En relación con la inauguración de nuevos expendios, dijo: “Ya negocios que inauguraban hacían una carta, eran exigencias menores donde decían que ese día dieran una degustación de cerveza o colaboraran para dar algún obsequio en la inauguración, normalmente se hacían promociones de cerveza para que la gente conociera el sitio y se estimulara para el consumo (...) digamos en una inauguración de un establecimiento cumplir con el pedido del cliente dejarlo, esa era una, en las ferias si de pronto hacía un esfuerzo adicional porque el mismo colocaba una especie de punto de venta del distribuidor dentro de la feria para que quedara más fácil la comercialización...”. (fs. 102–110, c. 6)*

*El señor Faber Falla M contesto, al preguntársele si ARCA alguna vez se dirigió a BAVARIA para informarle que estaba adelantando labores de mercadeo, de publicidad o comerciales encaminadas a la consecución de un sector o de unos clientes, lo siguiente: “No, básicamente en la parte de Florencia no recuerdo ninguna de esas situaciones, pero sí él era como la persona que más se dedicaba por ejemplo a atender nuestro sector y aparte de eso a buscar clientes en poblaciones o veredas donde nosotros de pronto no teníamos una distribución directa, entonces de hecho él hacía esa clase de busca esos clientes mayoristas que había allá y que de una forma ya tenían el producto primero que todo, sino que se lo compraban de pronto a otros mayoristas o a otros distribuidores y que por conseguirlo iba hasta allá y le ofrecía de pronto un servicio especial y ya ese producto podía llegar a esa vereda a esa población o esa persona venía a su bodega y compraba el producto y se lo vendía de pronto buscaba ese cliente para vender los productos de su bodega y esa persona generalmente es mayorista, tenían de carro de reparto venían hasta la bodega compraban el producto y se lo llevaban allá a esa vereda, a esa población, eso se hacía”, puntualizando más adelante que “... [é]l buscaba esas personas que compraban esos productos en algunas partes y le ofrecía sus servicios, sus servicios podían ser de crédito, cartera con plazos, cartera es lo más que han utilizado y el servicio que le prestaba en bodega inclusive hasta el mismo préstamo del envase y cartera, crédito que se le daba”, y en torno de las promociones de los productos de BAVARIA, señaló: “... si en el plan promocional del mes le indicaban al supervisor que había que hacer activaciones de Poker, él las hacía pero esas activaciones iban más dirigidas a evacuar inventarios de los clientes, iban encaminadas en dos direcciones, una a evacuar inventarios de los clientes y como consecuencia a bajar los inventarios del distribuidor, entonces una cosa pegaba a la otra, entonces en la medida en que se hacían esas activaciones en esos clientes de hecho que le pegaban a bajar el stock que tenía ese distribuidor, porque en ese momento de pronto las ventas estaban llamamos*

*complicadas o difíciles, había como una especie de bajos consumos y eso hacía que la gente tenía que moverse para poder vender”.* Seguidamente describe, en los párrafos siguientes, el procedimiento de la promoción. (fs. 42–68, c. 6)

El testigo Luis E. Salas M., también se refirió en el mismo sentido a las promociones y a las diferencias existentes entre unos y otras. (fs. 116–123, c. 2)

Raúl Eduardo de Jesús Acosta M, Director de Servicios de Ventas de BAVARIA, precisó en relación con el asunto que nos ocupa: *“...Bavaria también tiene que activar como lo hacen todas las empresas del país... es que nosotros autorizamos descuentos y también autorizamos activaciones... al distribuidor para que sea por intermedio de él casi siempre con recurso de Bavaria para que nos hagan activaciones bien sea en las zonas rurales o en las cabeceras de los municipios...Una activación es llevar yo una orquesta a la plaza principal de un pueblo y pagar la orquesta de tal forma de sacar a los consumidores a que consuman cerveza, esa es como una activación, un descuento es cuando yo autorizo, tengo problemas con la competencia, me están sacando en las maltas más producto, están dando un 2 x 1, entonces yo autorizo para que un distribuidor...autorizamos para dar un descuento... nosotros autorizamos al distribuidor y el distribuidor tiene unas planillas de control donde ellos van entregando los descuentos y el punto de venta si es el detallista tiene que ir firmando lo que va recogiendo de tal manera que nos devuelva a nosotros esas planillas, nosotros aleatoriamente verificamos que realmente hacemos algunas llamadas o decimos si el supervisor que vaya para ver si realmente es muy fregada la promoción o el descuento y le abonamos el dinero a la cuenta corriente del distribuidor...La política general es que Bavaria coloca y tiene los procedimientos, gasta de su presupuesto para que el distribuidor haga sus promociones, haga sus activaciones y haga sus descuento... Es que todas las promociones y descuentos que hace el distribuidor siguiendo los lineamientos de Bavaria, ellos nos pasan las cuentas de cobro y nosotros se la abonamos a las cuentas corrientes...”* (fs. 14–27, c. 6).

1.7 Llevar carteles de promoción y colocarlos en los lugares de expendio.

Respecto a este tema en su testimonio Yuri Alexander Cobaleda expresó: *“Lo de los avisos en fin todo eso era otra de las funciones que me tocaba a mi supervisar...”*.

En cuanto a las instrucciones que, emanadas de la gerencia de ARCA, debía obedecer, anotó: *“... fijar publicidad. Inclusive Bavaria nos hacía llegar la publicidad y nosotros teníamos que fijarla en los negocios porque tenía que haber cubrimiento en publicidad, lo que llaman material POP y tenía que haber cubrimiento en exhibición de productos, todo eso con tal de cumplirle al contrato de distribución y por otra parte como nosotros teníamos permanentemente el representante de Bavaria él nos decía que era lo que teníamos que hacer y la orden la de la gerencia era que teníamos que cumplir con las instrucciones que nos diera el representante de Bavaria, algo así como por diplomacia”*.

Interrogado acerca del material publicitario, contestó: *“... el material POP Bavaria se caracterizó mucho por los dichosos afiches, los calendarios y toda esa clase de material, mire que la gente era más bien apática a eso, o sea yo digo que un 90% de los clientes no*

*me pegue eso, que me empuerca la pared, ya ve que no, eso era algo que nos tocaba a nosotros porque Bavaria nos calificaba material publicitario, entonces nosotros teníamos que en cada negocio nosotros tenerle así sea un afiche o algo porque Bavaria nos exigía que tenía que haber exhibición, esa publicidad era gratis". (fs. 148–171, c. 2)*

En la declaración de Juan Ignacio Torres Ramírez, empleado de BAVARIA, se lee lo siguiente sobre el papel que desempeña el distribuidor en las políticas de mercadeo y venta que diseña BAVARIA: “ *...Desde mi punto de vista no debe jugar sino un rol de entrega, recoger a un lado y llevarlo al otro lado y muchísimas veces de pronto recoger material y entregarlo también, si eso no es así yo voy en detrimento del valor de la marca, yo necesito completa alineación y para mi el distribuidor es importante en el sentido de que hace entrega oportuna...haga la entrega de las cantidades solicitadas y haga entrega de los implementos que Bavaria muchísimas veces ofrece por el canal...*”.

De otra parte, Luis E Salas M, también vinculado laboralmente a BAVARIA, como Supervisor de Ventas, manifestó, acerca de la participación de los distribuidores en las promociones“*...normalmente todos participan en las promociones... las propagandas llegaban a los clientes a través del distribuidor... todos los gastos de los eventos, las promociones, la publicidad, corrían a cargo de BAVARIA...*” (fs. 116–122, c. 2).

#### 1.8 Utilización del “hand held” para registrar los clientes en las bases de datos de BAVARIA.

John A Hernández G, respondiendo a una pregunta sobre atención a clientes preestablecidos y a la inclusión de clientes nuevos, explicó que se registraban en bases de datos que “*... ya estaban recolectadas y se hacían en establecimientos que ya eran establecidos en cada sector, obviamente la labor de ellos era si había un cliente nuevo también atenderlo*”, y en lo atinente al cliente nuevo puntualizó que: “[*l*]o primero era asignarle un código de esfera que es un código que Bavaria maneja donde está la base de datos, eso lo hacía el tripulante por medio de un registro en la Rangel, después de esa asignación de ese código que se hacía un día después de haberlo registrado en la Rangel ya quedaba en la base de datos y el señor procedía a hacer los pedidos que necesitara hacer o las compras que necesitara hacer, para poderle llevar el récord de venta”. “*Nosotros no podíamos asignarle neveras, ni sillas ni mesas a un cliente que no tuviera ese código...*”. (fs. 102–110, c.6)

Faber Falla M, preguntado sobre los controles establecidos en la autoventa, dijo que había distintos controles, “*... uno era un equipo una “hand held” (sic) que él tenía... y en ese “hand held” (sic) están todos los clientes que visitan las rutas con las frecuencias que se establecían y en ese “hand held” (sic) diariamente ellos tenían que sincronizar la venta para saber que efectivamente hayan visitado la totalidad de clientes y la compra que ellos realizaron y el supervisor de ventas hacía las verificaciones aleatorias que correspondieran para mirar que efectivamente por ejemplo si en una visita de un día en el Rangel él aparecía por decir algo con un número de clientes era de 80 y solamente habían comprado por decir algo 60, 50, 70 o menos... con esa transmisión de esa información se podía hacer el seguimiento para verificar efectivamente qué ha pasado con esas 20, 30 personal (...)* Así

*como se le entregaban los clientes, las rutas, las rutas se le entregaban con 80 clientes, igual el cliente no era todo el tiempo, había clientes que cerraban y otros clientes que abrían, entonces la “hand held” (sic) le permitía tener la oportunidad de informarnos que tal cliente cerró o también él mismo hacía la inclusión del cliente que aparecía, el vendedor obviamente hacía la labor de meter en la “hand held” (sic) el nuevo cliente que nacía, porque obvio ellos estaban por la ruta...” (fs. 42–68, c. 6).*

#### 1.9 Organización empresarial de ARCA.

Preguntado el testigo Cobaleda Espinosa sobre si en Neiva funcionaba una oficina de ARCA, dijo que si, agregando luego que en Neiva “...estaba la oficina como tal de Arca Asociados, la tesorera general, la asistente de gerencia, estaba el jefe de despachos, el que iba a Bavaria y hacia los pedidos, llevaba los cheques, las consignaciones, estaba allí estaba el señor gerente, todo lo que es la parte de la gerencia, ellos eran los que permanecían ahí en Neiva y en Florencia era mi persona como administrador, mi secretaria tesorera y todo el equipo de ventas”. Y manifestó a continuación que la persona que ordenaba cuánto se compraba cada día estaba en Neiva<sup>3</sup>. (fs. 148–171, c. 2).

#### Segundo. Evaluación jurídica y fáctica del Tribunal.

Como se indicó en el primer capítulo de estas consideraciones y es pertinente reiterarlo ahora, para la determinación de la naturaleza jurídica de la relación negocial de la cual se desprenden las diferencias planteadas en este proceso, y, por tanto, para su apropiada calificación, es menester que se precisen y demuestren los elementos estructurales del contrato del que dicha relación trae su causa, teniendo en cuenta para tal propósito que el ordenamiento otorga un amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad privada para el diseño y puesta en marcha de muy diversos negocios jurídicos para la fase de comercialización o distribución de bienes y servicios, siendo usual que para ello se combinen contratos típicos y/o atípicos o elementos de unos y otros para satisfacer las más variadas necesidades de productores, proveedores, usuarios y consumidores, dando lugar frecuentemente a contratos mixtos o complejos, al igual que como también ocurre con frecuencia, un mismo elemento o prestación puede presentarse en diversos negocios jurídicos. Ejemplo palpable de esta situación se encuentra en el caso de la obligación de promover las ventas para ensanchar la clientela e incrementar la participación en el mercado de los productos y servicios de que se trate, siendo así que ese deber de promover puede hallarse tanto en los contratos de distribución propiamente dichos, como en los de concesión, o suministro y agencia. Por ello se ha dicho que si bien la promoción es un elemento esencial de la agencia, no es exclusiva de esta [Laudo Arbitral del 19 de julio de 2005. Tribunal de

---

<sup>3</sup> Al respecto Bavaria dice en sus alegatos: Salta a la vista, entonces, cómo la labor más importante desde el punto de vista de la agencia mercantil, a saber, la consecución, mantenimiento e incremento de la clientela, se hallaba en manos del personal subalterno de la empresa, lo que el testigo llama “el equipo de ventas”, que no es otro que el chofer del camión y los ayudantes encargados del cargue y descargue de los productos. Tal cosa, mientras que el personal directivo permanecía en Neiva, comprándole a Bavaria y ordenando los despachos a la bodega en Florencia.



Arbitramento de 5H Internacional S.A vs. Comcel S.A.], lo que significa que la obligación de promover no lleva por si sola a concluir que el contrato en cuestión es de agenciamiento, toda vez que deben estar presentes otros elementos y, en especial, el de que la promoción se haga por cuenta del principal.

Por ende, deberá analizarse con particular cuidado y sentido crítico, la forma y oportunidad como se ejecutan las actividades propias de la promoción y precisar a quién favorecen preponderadamente, o de manera directa, pues es claro que las ventas siempre traen ventajas para el productor y para el intermediario, pues de los ingresos percibidos de la clientela obtienen ambos provecho.

Ahora bien, para definir la calificación jurídica que corresponde al contrato bajo examen, ha quedado visto que debe llevarse a cabo una labor de verificación de la presencia de sus elementos esenciales en dos niveles. El primero en el plano de las estipulaciones que convinieron las partes originariamente y el segundo en la órbita de ejecución del negocio, es decir, observando la manera como las partes entendieron el alcance y contenido de sus obligaciones y derechos a través de la manera como las cumplieron y los exigieron.

A este respecto cabe señalar que el primer análisis, esto es, el de las estipulaciones contenidas en los documentos, ya se llevó a cabo precedentemente, concluyéndose del mismo que, en tales estipulaciones, no se incluyó ninguna que consistiera en el otorgamiento a ARCA de un encargo para promocionar los negocios de BAVARIA, ni se estableció ninguna remuneración para esa labor. Es más, de acuerdo con la voluntad declarada por los contratantes, se desprende que estos no querían que se conformara un contrato de agencia entre ellos, de manera que anticipaban que la convocante no habría de adelantar gestiones de promoción por cuenta y orden de BAVARIA, para beneficio de esta última entidad.

En cuanto al segundo análisis, atinente a la ejecución del negocio, es del caso señalar - con respaldo en la prueba allegada al proceso – que el cumplimiento de las prestaciones asumidas por las partes siempre se realizó de igual manera, vale decir, en forma idéntica u homogénea, sin que se presentaran actuaciones que se apartaran del patrón de comportamiento mostrado a lo largo de la vida del negocio jurídico en cuestión.

De las pruebas examinadas se deduce que esa forma uniforme de ejecución, a grandes rasgos, consistía en lo siguiente:

Desde el comienzo de la relación negocial, BAVARIA le entregó a ARCA la lista de clientes a ser atendidos en la zona territorial asignada y sus direcciones, con la indicación del recorrido que debía hacer, diaria o periódicamente, con la frecuencia exigida por aquella.

Para satisfacer los requerimientos de esos clientes, ARCA debía adquirir el producto y pagárselo a BAVARIA. Luego la convocante debía cargarlo en sus camiones y llevarlo a sus bodegas. Desde allí salían los camiones para repartir los productos a lo largo del recorrido que correspondiera cada día.

El personal de ARCA visitaba los locales de los expendedores y atendía sus pedidos, cobrando los productos al mismo precio que había pagado por ellos a BAVARIA. Por tanto, la utilidad de la convocante no provenía del precio de reventa, si no de la recepción de dos fletes por la movilización física de las bebidas correspondientes a los trayectos componentes del circuito de distribución. El primero desde las instalaciones de BAVARIA en el sitio donde ARCA recibía los productos, hasta la bodega de esta última; y el segundo, desde dicha bodega hasta las bocas de expendio.

En el caso de que aparecieran nuevos clientes en el recorrido de ARCA, esta los atendía por solicitud del interesado, o por visita de los ayudantes de los camiones, incluyéndolos en adelante en la lista de clientes mediante la información transmitida a BAVARIA a través del mecanismo del “Hand Held”, en el cual se iban registrando, de manera inmediata, todos los pedidos que efectuaran los expendedores del recorrido, cumpliendo por lo demás exigencias contractuales establecidas desde un principio como a modo de ejemplo puede verse en la cláusula 18ª de la Oferta de Distribución de 22 de julio de 1998.

Hecha la descripción general de las tareas fundamentales efectuadas por ARCA, debe precisarse si dichas tareas u otras que desarrollaba en forma ocasional, comportaban el cumplimiento de un encargo para promocionar los negocios de BAVARIA.

Ese encargo, como se hizo ver en su momento, es un elemento esencial o connatural de la agencia comercial, toda vez que el legislador define dicho contrato en el Art. 1317 del c de Com. como aquel en que un comerciante asume “*el encargo de promover o explotar negocios*” del empresario agenciado. La misma norma puntualiza que el contenido de ese encargo consiste en promover negocios ajenos, lo que significa que el agente debe estimular las ventas de bienes o servicios producidos o suministrados por otros comerciantes, para establecer, consolidar e incrementar la presencia de aquellos frente a sus consumidores y usuarios. La labor de promover requiere, entonces, adelantar todas las tareas necesarias para conseguir clientes y fomentar negocios, por lo que, el aludido encargo supone una actividad permanente de intermediación frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ensancharlo, considerándose en consecuencia que el agente es ante todo un buscador de negocios [Sentencia de Casación Civil del 2 de Diciembre de 1980 (G.J. N° 2407, págs. 250 y s.s. y páginas 270 y s.s.).]

Debe subrayarse, complementariamente, que las gestiones de promoción que adelanta el agente han de repercutir necesariamente – y de manera directa o preponderante – en la esfera patrimonial del agenciado, pues esas gestiones se han de realizar por cuenta de este último y no por cuenta del propio agente. Como reiteradamente se ha señalado, este elemento “por cuenta” no aparece de manera explícita en la descripción legal del objeto del contrato de agencia comercial, pero la jurisprudencia tiene definido que se deduce del texto de varias normas que lo regulan [Laudo del 26 de Noviembre de 2002. Proceso arbitral de Ideas celular Colombia S.A. vs Bellsouth Colombia S.A.] y ha hecho carrera en la doctrina y en las decisiones judiciales la tesis de que dada la naturaleza, efectos y propósitos de ese contrato, el mencionado elemento es de la esencia de ese negocio jurídico.

Nótese, en efecto, que según el citado precepto en concordancia con el Art. 1319 ib, el agente actúa como representante o agente de su agenciado. Y en cuanto al representante se refiere, es claro que este celebra negocios jurídicos a nombre del empresario por quien actúa, el que recibirá los beneficios o desventajas de esa gestión. Y respecto de la actuación como agente, diversas decisiones arbitrales han señalado: *“el diccionario 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”. De esta manera, del sentido mismo de la palabra agente, tal y como lo emplea el propio legislador, resulta que es una persona que actúa para otro, y más específicamente, por cuenta ajena...”* [Laudo del 31 de Marzo de 1998. Proceso Arbitral de Supercar Ltda vs Sofasa S.A.; Laudo del 26 de Noviembre de 2002].

La doctrina nacional precisa el alcance de la expresión “por cuenta del otro” señalando que, cuando se ha actuado en tal carácter, *“al final es la órbita patrimonial del interesado (mandante o agenciado), y no la del intermediario (mandatario y agente), en la que se radican o deben radicarse los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados...”* [José Armando Bonivento. Contratos Mercantiles de Intermediación. Librería de profesional. 1996], de suerte que para determinar si hay o no actuación “por cuenta de otro”, se procede a establecer sobre quien repercuten las secuelas patrimoniales de esa actuación. Dicha regla también ha sido utilizada en decisiones arbitrales, al puntualizar que *“obrar por cuenta de otro significa que quien actúa en la gestión de un interés ajeno no afecta su propio patrimonio si no el patrimonio del interesado en la gestión”* [Laudo del 23 de Mayo de 1997. Proceso Arbitral de Prebel S.A. vs Lóreal de Paris], de donde se ha deducido que los resultados prácticos finales del negocio están destinados a la persona por cuenta de la cual se obró, de lo que se desprende que *“la utilidad o perdida de los negocios que el agente promueve corresponden al empresario”* [Laudo del 26 de Noviembre de 2002. Proceso Arbitral de ideas Celular Colombia S.A. vs Bellsouth Colombia S.A.].

El criterio más utilizado en la jurisprudencia nacional para definir si un intermediario actúa por cuenta propia o ajena ha sido el de la propiedad de los bienes distribuidos, es decir, si estos han sido comprados por el distribuidos para ser revendidos, o si el derecho de dominio permanece en cabeza del empresario mientras aquel adelanta las labores de promoción para su venta a terceros. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia por conducto de su Sala de Casación Civil, ha sentado la tesis, consolidada mediante numerosas sentencias [Sentencias de Casación Civil del 2 de Diciembre de 1980; 18 de Marzo de 1982; 31 de Octubre de 1995 y 15 de Diciembre de 2006], que quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad para luego enajenarlos, asumiendo los riesgos inherentes a esa actividad comercial, actúa por cuenta y para utilidad propia y no por cuenta ajena, en tanto que el agente mercantil que distribuye coloca en el mercado bienes ajenos y no de su propiedad.

Con el anterior marco conceptual, ha de verificarse – con apoyo en la prueba recaudada – la existencia o no en el presente caso de los elementos configurativos de la agencia comercial, comenzando, de manera conjunta, por determinar si están presentes “el encargo para promover” los negocios de BAVARIA y si dicha promoción ha de entenderse “por cuenta” de esta última.

Para este efecto el Tribunal considera que la actividad de promocionar un producto o servicio – cuyo propósito es la consecución, el aumento, o el mantenimiento de una clientela, logrando así una cuota de participación del mercado relevante para los bienes objeto de la promoción – supone necesariamente llevar a cabo una tarea de convencimiento o persuasión, dirigida a los potenciales consumidores y usuarios, con el fin de que estos no solo se decidan a adquirir el producto o servicio, sino que prefieran la marca que el promotor les ofrece, en lugar de comprar las de los competidores. La mencionada actividad de promoción conlleva, entonces, una labor de clarificación y explicación de las características, elementos, usos, beneficios y precios del bien promovido, y un ejercicio comparativo enderezado a demostrar, o al menos a hacer creer, que éste supera en ventajas para el adquirente a los demás productos o servicios ofrecidos por los competidores.

A este respecto cabe resaltar que, según el Diccionario de la Lengua Española, “Promocionar” significa “*elevantar o hacer valer artículos comerciales, cualidades, personas, etc...*”. Por su parte, “promoción”, en su cuarta acepción, quiere decir “*conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas*”; en tanto que el vocablo “promover” se refiere a “*iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro*”, así como a “*tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo*”. Y en cuanto al diccionario Larousse, este precisa que “promoción de ventas” es la “*técnica adecuada para aumentar el volumen de negocios de una empresa mediante una red de distribución*”.

A este respecto, la doctrina ilustra el tipo de actividades que deben adelantarse para llevar a cabo las tareas de promoción, así: “*...el carácter de promotor de negocios, origina prestaciones coligadas para el agente manifestadas en la búsqueda de clientes potenciales, iniciación de contactos, tratos o conversaciones preliminares, solicitud de propuestas, invitación a ofrecer con candidatos a parte, estímulo de la demanda de productos o servicios despertando la curiosidad o necesidad de éstos, realización de campañas de publicidad, visitas e inspecciones, estudio de las condiciones de mercado y, en general, propender a la celebración continua, constante, progresiva y masiva de negocios sin circunscribirse a una intermediación singular sino a actividades plurales, yuxtapuestas, homogéneas y paralelas a la obtención de un resultado concreto manifestado en la conquista o consolidación del mercado ...*” [William Namen Vargas. Contrato de Agencia Comercial. Derecho de la Distribución Comercial. El Navegante Editores.1995.pág 210].

Así las cosas, para llevar a cabo la actividad de promoción es menester desarrollar una estrategia de incremento de ventas, con apoyo en técnicas adecuadas para dar a conocer, o para hacer recordar, las virtudes o atributos de los productos o servicios en cuestión, a fin de elevar o de resaltar sus bondades a los ojos de los clientes actuales o potenciales, para que sean escogidos de preferencia frente a los demás que se ofrecen en el mercado.

Hechas las anteriores puntualizaciones sobre el alcance y objetivos de la labor de promoción, el Tribunal considera – después de evaluar la prueba allegada al proceso, en particular la testimonial referida precedentemente – que en el presente caso la demandante en ningún momento recibió el encargo, y menos aún lo asumió con el asentimiento de la compañía

convocada, de promocionar los productos líquidos que esta última fabrica y/o distribuye, en el sentido de desplegar esfuerzos encaminados a convencer o a persuadir a dueños de locales o a consumidores finales para que adquirieran dichos productos, ni para que los prefirieran a los de otras empresas competidoras. En efecto, esas tareas de convencimiento y persuasión fueron marginales y ocasionales, toda vez que las actividades de ARCA eran esencialísimamente, y así lo fueron desde un comienzo teniendo en cuenta los términos de la Oferta de Distribución por ella cursada, las de un repartidor puesto que consistían en la movilización física de las bebidas dentro de una zona específica y con recorridos predeterminados para ser revendidas a los distintos establecimientos en los que se expendían esos productos.

Esa labor de reparto o de desplazamiento material de las bebidas estaba desprovista de todo esfuerzo de convencimiento dirigido a incrementar el consumo de los productos, pues dada la fuerte implantación de las marcas de la convocada en todo el país, desde hace muchas décadas, su cuota de participación en el mercado nacional es muy alta, siendo reconocidas tales marcas en todos los ámbitos y en todos los estratos sociales, a tal punto que no es exagerado decir que se consumen en todo el territorio nacional y que no hay tienda, cafetería, bar o restaurante que no las ofrezca. La demanda, entonces, de esos productos tiene una dinámica propia, consecuencia directa de su larga y consolidada posición en el mercado, cuyo mantenimiento e incremento se hace a través de las campañas de recordación al público, mediante las estrategias publicitarias que diseña y paga la convocada de manera integral, sólido posicionamiento en el país éste que explicaría el porqué BAVARIA tomó la decisión de no contratar agentes en las distintas regiones, sino movilizados de sus productos, pues estos no requieren promocionarse puerta a puerta, sino mantenerse en la mente y apetencias de sus consumidores a través de planes de publicidad que determina y financia esa misma compañía productora. Bien puede decirse, entonces, que en el presente caso y cual ocurre por lo general en los contratos de distribución propiamente dichos, la relación se estructuró y desarrolló partiendo del supuesto de que, en esencia, la clientela le pertenece al producto, asociado por supuesto a las marcas, siglas y enseñas que identifican al fabricante, y no a quien a través de la reventa comercializa dicho producto.

Desde luego, no está por demás advertir que lo anterior no quiere decir que un distribuidor como ARCA no contribuya al logro de ese posicionamiento y consolidación de las marcas de BAVARIA en el mercado, pues, obviamente, un reparto oportuno y eficiente incide en la obtención de tales metas, pero eso no significa que el cumplimiento de las obligaciones de movilización de los productos constituya una actividad de promoción, en la forma antes explicada, aseveración esta predicable incluso respecto de los nuevos negocios o locales que se abrían en la zona asignada a ARCA, a los que esta les vendía por primera vez, razón por la cual los considera como clientes conseguidos por ella, en desarrollo de su alegada actividad de promoción por cuenta de BAVARIA. Es que aún en este supuesto, la promoción, si es que la había, era mínima, de manera que siendo además la aparición de negocios nuevos un evento de ocurrencia esporádica y no frecuente, esa actividad no puede constituir un elemento esencial o rasgo característico del negocio bajo examen, por lo que no es dable acogerla como factor estructural de su naturaleza jurídica.

Y se dice que en relación con los negocios nuevos el contenido de la tarea de promoción era mínimo, pues era usual que los dueños se acercaran directamente al camión para solicitar la venta, o cuando el personal de reparto entraba al nuevo lugar de expendio, se limitaba a preguntar si el interesado iba a comprar productos BAVARIA, sin más; esto es, sin intentar una tarea de convencimiento, dado que, como se indicó, los productos son ampliamente reconocidos y demandados, y negocios como estos a que nos referimos no pueden prescindir de ellos, situación de la que se infiere que no era la gestión promocional del personal de ARCA un factor que influyera para que los dueños y encargados de los negocios de expendio de las bebidas de BAVARIA decidieran adquirirlas.

Por lo demás, no sobra señalar que todo el personal administrativo de ARCA se encontraba en la bodega ubicada en la ciudad de Florencia, mientras que los encargados del reparto, y de la supuesta promoción, eran los tripulantes de los camiones, esto es, el conductor y dos ayudantes, quienes no tenían la capacitación para adelantar una tarea de estímulo a las ventas, pues, entre otras cosas, como se ha explicado, esta no se requería, en razón del posicionamiento de las marcas en el mercado nacional y porque la necesaria recordación de las mismas se lograba mediante las amplias y permanentes campañas publicitarias adelantadas por BAVARIA.

Se arguyó en el proceso que el posicionamiento privilegiado de los productos de BAVARIA atañe a las cervezas, pero no a otras bebidas, como las aguas, por ejemplo, en las cuales tienen una mayor competencia y una menor cuota de mercado. A este respecto ha de subrayarse que para definir la naturaleza jurídica del negocio bajo examen, deben analizarse sus elementos esenciales, tomando en consideración las labores que ejecutaba ARCA de manera principal y permanente, siendo claro para el Tribunal que la tarea primordial y constante de la convocante era la de movilizar y repartir cervezas. Adicionalmente, no se demostró que las prestaciones a cargo de ARCA se cumplieran en forma distinta para las otras bebidas que distribuía, ni que para estas tuviera una estrategia específica para estimular el incremento de sus ventas, ni que aplicara técnicas enderezadas a convencer a los dueños de expendios para que las adquirieran en lugar de las de las compañías competidoras.

En el proceso también se probó que ARCA, además de hacer el reparto de los productos de BAVARIA, adelantó otras actividades que, en su entender, constituían igualmente tareas de promoción para incentivar las ventas de dichos productos. Tales actividades consistían, básicamente, en el acarreo y colocación de obsequios, elementos para los expendios y carteles de propaganda; en el empleo de logos y marcas de la convocada en los camiones del distribuidor, en los uniformes de sus empleados y en la bodega donde almacenaba las bebidas y tenía sus oficinas. En el mismo sentido se señala la participación de ARCA en promociones y eventos llevados a cabo en la zona de reparto y a los cuales BAVARIA contribuía económicamente para estimular el consumo de sus productos. Se resalta, de otra parte, la colaboración que ARCA le prestaba a BAVARIA, en el sentido de mantener al día la información relativa a los clientes de su ruta, así como a sus ventas, los pedidos de cada uno de los expendios, etc., información que suministraba a través del sistema "Hand Held", con el

cual se hacían más expeditos los despachos, se actualizaba el banco de datos comerciales de la convocada y se ofrecía un mejor servicio a los expendedores de las bebidas.

A juicio del Tribunal, todas estas labores, sin duda útiles para BAVARIA, también lo eran para el distribuidor, pues este se lucraba de manera directa con las mayores ventas, pues sus ingresos aumentaban por cada caja adicional que vendiera, lo que explicaría porque esas labores no se remuneraban en forma adicional. Pero debe subrayarse que a través de las mencionadas labores, ARCA brindaba un apoyo logístico a BAVARIA, eminentemente material e instrumental, sin iniciativa propia y sin desplegar ningún esfuerzo de convencimiento dirigido a persuadir a los eventuales compradores. Simplemente el distribuidor se limitaba a seguir las instrucciones de la convocada y a realizar las tareas puntuales que se le solicitaban, de las cuales, como se dijo también obtenía ventajas económicas. Así las cosas, para el Tribunal estas actividades tampoco constituían labores de promoción. Nótese, por ejemplo, que transportar un cartel, una carpa u otro elemento con propaganda y colocarlos en los sitios que los encargados de los negocios indicaban, podrían verse como labores de acarreo y eventualmente de suministro de mano de obra, situación igual a la que se presentaría si para esas actividades se contratara una empresa de entrega de encomiendas, la cual no podría argüir que tales tareas equivalen a labores de promoción en favor de quien le encargó la movilización y colocación de esos bienes.

De otro lado y con arreglo a la prueba recaudada, BAVARIA definía autónomamente las campañas publicitarias y los medios utilizados para adelantarlas; cubría de manera integral los costos de las mismas; decidía a que expendios se les podían suministrar equipos, muebles, y otros elementos y al distribuidor, que estaba por completo al margen de tales determinaciones, lo instruía para que hiciera el acarreo y entregara o colocara las cosas que contenían el mensaje publicitario. Y lo propio puede decirse de los descuentos y los eventos. En estos casos el supervisor de BAVARIA en la zona instruía al distribuidor para que concediera a los expendios ciertas ventajas económicas, determinando de manera específica los beneficiarios de las mismas y las condiciones en que debían otorgarse.

Estas actividades eran, igualmente, diseñadas y definidas por BAVARIA exclusivamente, la que cubría la totalidad de sus costos, si bien el distribuidor, en el caso de los descuentos, debía pagar el valor completo del producto y luego BAVARIA le reintegraba el monto íntegro de las rebajas otorgadas. Los descuentos, como su nombre lo indica, consistían en una reducción del precio de las bebidas, o en entregar gratis algunos productos, si el expendedor compraba una determinada cantidad. ARCA transportaba los bienes objeto del descuento o del obsequio y recibía el pago por la movilización de la totalidad de las cajas, de manera que esas campañas la favorecían al incrementar la cantidad de producto movilizado. De nuevo puede verse que la convocante actuaba esencialmente en este caso como un acarreador y no como un promotor de ventas.

En los llamados eventos, como bazares y fiestas populares, el distribuidor le ayudaba a las comunidades a conseguir con BAVARIA ciertos elementos como carpas o equipos de sonido, o la presentación de una orquesta. BAVARIA decidía si suministraba dichos elementos, o enviaba artistas, asumiendo la integridad de los costos. ARCA manifiesta que además de

hacer de intermediaria para obtener de la convocada ese apoyo u obsequios para las comunidades, o para las inauguraciones de nuevos expendios, debía estar pendiente del desarrollo de tales eventos. Para el tribunal esto es absolutamente natural, pues con ello el distribuidor atendía su propio negocio, dado que el propósito de BAVARIA al proveer dichas ayudas era estimular las ventas, lo que redundaba en beneficio del distribuidor que percibía un mayor ingreso por la movilización de más cajas de productos. El Tribunal ha de reiterar que la ayuda de ARCA era absolutamente instrumental, pues todas las campañas de publicidad y promoción eran diseñadas y definidas por Bavaria, quien instruía puntualmente al distribuidor sobre cómo debía apoyar dichas campañas, asumiendo todos los costos la convocada.

Cabe señalar que la participación en esta clase de actividades no es incompatible con los contratos de distribución, ni constituye característica diferenciadora de los de agencia. Además, no puede decirse que estas labores de respaldo fueran las prestaciones esenciales y permanentes de ARCA, que puedan por tanto considerarse como elemento específico o rasgo característico del contrato examinado, ni como factores estructurales y definitorios de su naturaleza jurídica.

Otro aspecto planteado por la actora, como reflejo de la ejecución de actividades de promoción, es el relacionado con el uso de logos y signos distintivos de BAVARIA y de sus productos en los camiones repartidores, en los uniformes del conductor y de los ayudantes y en la bodega donde operaba ARCA. Es evidente que estos factores ayudan a reconocer y a recordar las marcas de los bienes objeto del reparto. Pero el uso de esos elementos de identificación, por sí solo, no puede decirse que constituya el desarrollo de una verdadera labor de promoción, en el sentido indicado previamente, esto es, en el de llevar a cabo tareas de convencimiento y persuasión de los potenciales consumidores para obtener el incremento de sus compras. No es procedente deducir, por lo demás, que el uso de logos en vehículos y uniformes convierta al contrato en uno de agencia, pues no es inusual que las empresas fabricantes de productos o proveedoras de servicios impongan a todos los intermediarios que conforman su red de distribución - en particular si tienen la exclusividad de un territorio - que tengan una presentación única e inequívoca sus locales y de su personal para la identificación y posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado. De ahí que se haya dicho que *“el hecho de que se utilicen las marcas del producto tampoco altera la naturaleza del contrato. En efecto, es bien conocido que uno de los elementos para asegurar que una distribución sea exitosa es asegurar una unidad de imagen de la marca, al punto que en ciertos contratos, como en los de concesión, se impone al concesionario ajustar sus locales y su funcionamiento a ciertos parámetros que aseguren una imagen de marca. Otro tanto puede predicarse de la circunstancia de que el personal del distribuidor porte uniformes dispuestos por el proveedor, pues ello bien puede obedecer al propósito de asegurar la imagen de marca...”* [Laudo Arbitral del 6 de Junio de 2007. Proceso Arbitral de Compañía Comercial Nuevo Milenium S.A. – Comilsa vs Cervecería Polar Colombia S.A.].

Por lo demás el uso de los logos y signos distintivos, facilita las labores del distribuidor, sobre todo si las marcas con que trabaja son ampliamente conocidas por los usuarios o consumidores. Lo mismo ocurre con las empresas repartidoras contratadas para hacer



entregas a domicilio de productos vendidos por grandes almacenes, dado que sus vehículos y uniformes llevan la marca y logo de tales almacenes.

En el caso bajo análisis es evidente que ARCA se beneficiaba con el uso de los logos y signos distintivos de BAVARIA, pues ello le facilitaba su labor, al ser identificados de inmediato sus vehículos y sus empleados. No cabe duda de que habría sido más difícil su tarea, si los camiones y su personal no hubieran llevado ningún elemento que los distinguiera.

Tampoco considera el Tribunal que, por el hecho de que BAVARIA fijara el precio de reventa que ARCA debía cobrar a los sitios de expendio de las bebidas, el negocio celebrado se convirtiera en uno de agencia. BAVARIA puntualizó al respecto, en sus alegatos de conclusión, que esa práctica, en lo atinente a las cervezas, tenía una explicación tributaria.

Con todo, ha de subrayarse que en ocasiones las empresas productoras de bienes o suministradoras de servicios, definen los precios a los cuales deben revender sus distribuidores, por diversas razones, por ejemplo, cuando quieren que sus marcas se ubiquen en un determinado nivel o nicho de mercado, o cuando desean impedir que quienes hacen parte de su red de distribución compitan entre ellos deprimiendo los precios, sin que por esta exigencia del principal el negocio de distribución se convierta en agenciamiento. En tales casos se puede establecer la remuneración del distribuidor mediante una diferencia precisa entre los precios de compra y reventa; o mediante el reconocimiento de un porcentaje específico o de suma determinada, pues es claro que para estas determinaciones la autonomía de la voluntad de los contratantes tiene pleno reconocimiento por parte del ordenamiento, toda vez que la ley no establece límites para estipular el mecanismo, la forma o el concepto de la remuneración, ni su cuantía. Por tanto, la reventa al mismo precio, impuesta por el productor, no cambia la naturaleza del negocio celebrado por este con su distribuidor.

En cuanto a la información suministrada por el personal de ARCA a BAVARIA, mediante la utilización del llamado "hand held", el Tribunal ha de señalar que esta labor de entrega de información suele ser requerida de todos los distribuidores, quienes tienen que preparar informes periódicos para sus principales, señalándoles el volumen de ventas, los nombres o perfiles de los clientes actuales y potenciales; la participación en el mercado, los logros y proyectos de la competencia, las perspectivas del negocio a corto y medio plazo, etc., con lo cual el principal podrá evaluar el comportamiento del distribuidor y diseñar planes y estrategias para consolidar o ampliar su posición en el mercado y para hacer frente a los competidores. Se trata, entonces, de una prestación inherente al trabajo que debe desarrollar el distribuidor frente a su principal, que no es exclusiva del agente comercial y que además no puede verse como una labor directa de promoción para ensanchar las ventas, pues se trata de un apoyo o colaboración prestada en desarrollo de las relaciones internas entre principal y distribuidor.

Con arreglo a las consideraciones que anteceden, el Tribunal habrá de concluir que no se demostró en el proceso que la sociedad convocante hubiera recibido o ejecutado un encargo para promocionar los productos de BAVARIA. Tampoco actuó aquella por cuenta de esta

última, pues aquella le compraba y pagaba a esta los productos que luego revendía en el recorrido de sus camiones, asumiendo todos los riesgos de esa actividad, esto es, los riesgos derivados de la propiedad, tales como la pérdida o rotura de las botellas, los riesgos del transporte y los de la reventa, en particular los de revender o no en las cantidades y oportunidades esperadas y los del cobro y recaudo de cartera.

ARCA señala que ella concedía créditos a los expendedores para facilitar la venta de productos, pero esta práctica, así como la eventual propaganda y la promoción marginal y ocasional que pudo haber hecho a través del uso de marcas y logos de BAVARIA, o mediante la entrega de afiches y la intervención en eventos, buscaban incentivar su propio negocio, lo que no convierte el contrato en uno de agencia, pues como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia, *“el hecho de que el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos (los adquiridos previamente por él), como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter de propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario”*. Y agrega que *“a pesar de que esta actividad (la reventa) 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 sí sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial..”* [Sentencia de Casación Civil del 2 de Diciembre de 1980]. La mencionada actividad es entonces desarrollada *“por cuenta y para utilidad de quien la ejerce”*, toda vez 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”* [Sentencia de Casación Civil del 31 de Octubre de 1995].

ARCA reiteradamente manifestó en el proceso que BAVARIA le daba frecuentemente instrucciones que ella debía observar, relativas a la forma y oportunidad como debía cumplir sus servicios de reparto, así como relacionadas con la entrega de elementos a los expendedores y la participación en eventos, de lo cual infiere que el contrato devino en uno de agencia, toda vez que no es compatible esa práctica dentro de una relación de compra para revender, de manera que, a su juicio, para que una parte tenga el derecho de impartir instrucciones y la otra la obligación de observarlas han de actuar en un marco distinto al de la compraventa.

El Tribunal considera, sobre este planteamiento, que usualmente en todas las variedades de contratos que contienen la obligación de distribuir se incluyen cláusulas que obligan al distribuidor a seguir las guías, pautas o instrucciones impartidas por el productor o proveedor de bienes o servicios, lo cual tiene una clara justificación, sobre todo si el distribuidor goza de exclusividad, toda vez que aquel tiene un evidente interés en que el intermediario ejecute cabalmente sus prestaciones, pues de ello depende en buena medida la consolidación e incremento de su cuota de mercado; la preservación de la buena imagen de sus marcas y la reputación de sus servicios, todo ello dirigido a superar a sus competidores. No debe olvidarse que, en últimas, el empresario también vive de los ingresos de las ventas a los expendedores y consumidores finales.

De acuerdo con las explicaciones precedentes, se impone concluir que no están presentes en el caso bajo examen los elementos “encargo para promover”, ni su cumplimiento “por cuenta” de la convocada, de manera que faltando estos dos requisitos esenciales para el surgimiento del contrato de agencia comercial, habrá de declarar que dicho contrato no fue el celebrado ni el ejecutado por las partes, y en consecuencia, dado que todas parten de la afirmación contraria, corresponde desestimar por falta de fundamento la totalidad de las pretensiones declarativas y de condena incoadas por la sociedad convocante, identificadas en orden consecutivo con los números 4.1 a 4.8 del capítulo petitorio de la solicitud de convocatoria –demanda- que le dio origen al presente proceso arbitral.

### **III. INEFICACIA DEL DICTAMEN PERICIAL PRACTICADO.**

1. Mediante solicitud de ambas partes y con el objeto indicado por ellas, tanto en la solicitud de convocatoria (demanda) como en el escrito de contestación a la misma, por auto proferido durante el transcurso de la primera audiencia de trámite [Cfr. Acta 05 de 20 de mayo de 2009] se ordenó la práctica de un dictamen de carácter económico y contable, designándose para el efecto al perito Manuel Ramírez quien, previo el cumplimiento de las formalidades de ley, tomó posesión del cargo en el curso de la diligencia de inspección judicial sobre documentos llevada a cabo en las dependencias de la compañía convocada, el día 11 de junio de ese mismo año [Cfr. Acta obrante a fls.111 a 114 del C. Principal del expediente].

Por fuera del término inicialmente fijado, con fecha 30 de octubre de 2009 [Cfr. C.7 de Pruebas], el perito presentó un primer trabajo incompleto y con defectos de fundamentación a todas luces visibles, y luego, varios meses después, con fecha 24 de marzo del año en curso y en desarrollo del correspondiente trámite de contradicción de la experticia surtido con arreglo al Art. 238 del c de P.C, hizo entrega del mismo trabajo, revisado y complementado según aquél auxiliar manifestó, y frente al cual las dos partes formularon objeciones por errores graves, alegaciones estas de las cuales dan cuenta los escritos obrantes a fls. 197 a 200, 221 a 226 y 227 a 233 del C. Principal.

2. Aun cuando es bien sabido que la inclusión de la experiencia técnica en el ámbito del proceso jurisdiccional –judicial o arbitral- por conducto de la prueba pericial, es de suyo flexible y versátil, toda vez que la necesidad, por parte del juez o de los árbitros que hicieren sus veces, de contar con conocimientos complementarios de carácter científico, técnico, artístico o práctico para el examen de cuestiones litigiosas sometidas a su decisión, puede surgir de una amplia variedad de situaciones que no siempre son idénticas, a pesar de ello preciso es tener presentes algunas reglas generales de común aplicación en todos los casos, particularmente las que hacen referencia a la razón de ser y al contenido de la peritación al tenor de los Arts. 237, Num. 6º, y 241 del c de P.C.

En efecto, de acuerdo con estas disposiciones legales y siguiendo conocidas directrices de jurisprudencia sobre el particular [G.J, T. CCXXV p.454, entre muchas otras], como primer presupuesto de idoneidad probatoria el dictamen pericial requiere el análisis completo de los

puntos sometidos a consideración del experto, seguido de una respuesta detallada, firme, precisa y clara respecto de todos y cada uno de dichos puntos, poniendo así de manifiesto que se halla sustentado efectivamente en la ciencia, el saber y la experiencia del perito. En otras palabras, la opinión de este último debe guardar plena concordancia con las reglas de la sana crítica en orden a la determinación de las conclusiones que deben descansar sobre la información disponible en el respectivo proceso, ponderada por ese mismo experto con criterios propios de su especialidad, habida consideración que esta exigente labor de apreciación calificada y profesional las más de las veces, lejos de poderse dar por sobrentendida ha de ser, muy por el contrario, cuidadosamente expuesta; si así no ocurre, si el perito se limita a emitir meros juicios personales sin proporcionar los elementos conducentes a sustentarlos, o se reduce a recopilar datos que le suministran las partes o terceros sin responder lo que se le ha preguntado, o haciéndolo en forma deficiente, el dictamen de ese modo rendido es inaceptable y, de resultar viable su práctica por requerirlo la decisión jurisdiccional a ser proferida, habrá de ordenarse la repetición de la prueba con la intervención de otro perito naturalmente.

3. En este orden de ideas, visto el contenido del documento presentado a manera de dictamen por el perito Manuel Ramírez, tanto en su primera versión obrante con anexos a fls. 3 a 63 del C. 7 de Pruebas, como en la segunda que corre a folios 83 a 139 ib., y estudiados los reparos al mismo formulados por las partes, debido a las notorias deficiencias que presenta el trabajo del cual el aludido documento da cuenta, con independencia de que haya lugar o no a declararlo incurso en los errores denunciados, lo cierto es que no es posible aceptarlo como prueba pericial practicada con arreglo a la ley, y como consecuencia de ello no procede el señalamiento de honorarios ni tampoco ordenar el reintegro de gastos.

#### **CAPITULO CUARTO LAS COSTAS Y SU LIQUIDACION**

Por cuanto se desestiman en su totalidad las pretensiones declarativas y de condena formuladas en el escrito de convocatoria -demanda- que le dio origen al proceso, de conformidad con el artículo 392 del C. de P. C., es del caso condenar a la convocante al pago de costas de conformidad con la siguiente liquidación, en la cual se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma de treinta y seis millones de pesos M/Cte. (\$36.000.000.00):

Concepto	Valor
Honorarios de los Árbitros sin IVA	\$108.000.000.00
Honorarios de la Secretaria sin IVA	\$18.000.000.00
Gastos de funcionamiento y admón. del Centro de Arbitraje sin IVA	\$18.000.000.00
Protocolización y Registro sin IVA	\$18.000.000.00
Otros gastos	\$18.000.000.00

Total \$180.000.000.oo

Cincuenta por ciento (50%) a cargo de BAVARIA:

Noventa Millones de Pesos M/Cte. (\$90.000.000).

Agencias en Derecho:

Treinta y Seis Millones de Pesos M/Cte (\$36.000.000)

Total Costas a cargo de ARCA:

\$126.000.000

### DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las diferencias entre ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACION y BAVARIA S.A., mediante el voto mayoritario de sus miembros, por autoridad de la ley y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes,

### RESUELVE

**PRIMERO:** Declarar que con ocasión de la aceptación de la Oferta de Distribución No. 9000-039 de 22 de Julio de 1998, al igual que por efecto de la ejecución de la relación así creada y hasta la terminación de la misma el 3 de Septiembre de 2007, las partes en el presente proceso arbitral no quedaron jurídicamente vinculadas como partes de un contrato de agencia comercial.

**SEGUNDO:** Desestimar como consecuencia de la declaración precedente, las pretensiones declarativas y de condena formuladas por la sociedad convocante e identificadas en su orden consecutivo bajo los numerales 4.2. a 4.8. del capítulo petitorio del escrito de convocatoria – demanda- que le dio comienzo al presente proceso.

**TERCERO:** Desechar por considerarlos inaceptables con arreglo a la ley, los documentos que a modo de dictamen pericial elaboró y presentó el perito Manuel Ramírez, absteniéndose en consecuencia de señalarle a éste último, honorarios e igualmente de ordenar el reintegro de eventuales gastos a su favor.

**CUARTO:** Condenar a la sociedad convocante ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN a pagarle a la sociedad convocada BAVARIA S.A., la suma de Ciento Veintiséis Millones de Pesos M/Cte. (\$126.000.000,oo) por concepto de costas, de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva del presente laudo.

**QUINTO:** Una vez adquiera firmeza este laudo y en cuanto corresponda con arreglo a la ley, procédase a la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo Notarial de Bogotá, y ríndase por el Presidente del Tribunal, cuenta, a las partes, de los fondos puestos

a su disposición para gastos de arbitraje, y llegado el caso, háganse las devoluciones de remanentes a que haya lugar.

**SEXTO:** Por Secretaría, expídanse copias auténticas del laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE.

La presente providencia queda notificada a las partes, por conducto de sus apoderados, presentes en la audiencia.

El Presidente,

**CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS**

Los Árbitros,

**JORGE SUESCÚN MELO**

**JORGE HERNAN GIL ECHEVERRI**  
(Salvamento de Voto)

La Secretaria,

**MONICA DURAN SANTAMARIA**

## **SALVAMENTO DE VOTO DEL Dr. JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY**

**BOGOTÁ D.C., OCTUBRE 11 DE 2010**

Con el acostumbrado respeto procedo a salvar el voto respecto del laudo de fecha de hoy mediante el cual se dirimieron las diferencias surgidas entre ARCA ASOCIADOS LTDA EN LIQUIDACIÓN contra BAVARIA S.A. y procedo a exponer las razones de mi disidencia por considerar que entre las partes sí se presentó un contrato de agencia mercantil, bajo la modalidad de hecho, pese a considerar que la sentencia de la cual me separo contiene un juicioso y exhaustivo análisis de los hechos del proceso y un importante apoyo en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en materia de agencia mercantil.

### **I. LA RELACION PRECONTRACTUAL**

El contrato objeto de la litis consta en el escrito del 22 de Julio de 1998 que las partes denominaron "OFERTA DE DISTRIBUCION". Sea lo primero advertir que de acuerdo con el tráfico normal de los contratos, la oferta la prepara y diseña el oferente, de manera unilateral, y, luego es puesta en conocimiento del destinatario. Quiere ello decir que quien redacta las condiciones de la misma y quien primero la conoce es el oferente (art. 845 y 846 C. Co.). En el caso de autos no ocurrió así: mediante un escrito proforma y con los espacios en blanco para llenar la fecha y el lugar de celebración, así como el nombre del distribuidor y de su representante legal, Bavaria envió el formato, ya lleno, a Arca Asociados, para que dicha empresa lo suscribiera y se lo devolviera, razón por la que Arca terminó haciendo el papel de oferente, con lo cual se cambió el procedimiento precontractual diseñado por el legislador.

Otra cosa sucede en las denominadas licitaciones públicas en donde el futuro destinatario prepara un pliego de condiciones para que de conformidad con los términos de referencia, los interesados presenten sus ofertas o propuestas (Artículo 860 C.Co.), modalidad contractual que no ocurrió en el caso de autos.

Para el derecho no resulta indiferente que sea el oferente quien de manera libre y espontánea prepare y formule su oferta, destinada a ser aceptada de forma pura y simple por el destinatario, pues, entre otras cosas, por sabido se tiene que en los contratos de adhesión, las cláusulas oscuras y ambiguas deben interpretarse en contra del predisponente (Artículo 1624 C.C.).

De manera que, no se puede pasar por alto que la oferta de contrato de distribución, si bien fue formulada por ARCA a BAVARIA, la realidad contractual, debidamente acreditada en el proceso, es que dicha oferta corresponde a una proforma que elaboraba unilateralmente y de manera uniforme BAVARIA, para ser utilizada con todos sus distribuidores. La empresa

cervecera la prepara y la envía al futuro distribuidor para que éste la firme y la remita a dicha compañía, como condición previa para que la convocada lo ingrese en su red de distribución. En este sentido fueron concluyentes los testimonios de HECTOR FABIO QUESADA, GUSTAVO ADOLFO QUESADA, REYNEL IVÁN MORENO, ALFONSO PERDOMO, RÉGULO OVIEDO, YURI ALEXANDER COBALEDA E ISMAEL PERDOMO, la mayoría de ellos, ex – distribuidores de BAVARIA:

*“SR. MORENO: No encuentro ninguna diferencia sustancial con respecto al que firmé, ninguna que sea notoria, pero en principio diría que es la misma”.*

*“SR. PERDOMO: Me parece que es el mismo, no le veo cambios, es el mismo formato, el mismo estilo de la oferta de distribución que yo tenía”.*

Lo dicho por estos testigos también fue reiterado por el señor FABER FALLA quien se desempeña como asesor de distribuidores en la zona asignada a ARCA y alto funcionario de BAVARIA, así como por otros funcionarios de dicha empresa:

*“DR. GIL: Usted mirando estas ofertas, esta oferta es parecida o similar a la que se utilizaba por los otros distribuidores, por el conocimiento que tiene usted de acuerdo con su cargo?”*

*SR. FALLA: Sí.*

*DR. GIL: Podía explicarle al Tribunal cuál era el trámite de estas ofertas, quién preparaba la oferta y cómo era que se suscribía y se aceptaba si usted tiene conocimiento de eso?*

*SR. FALLA: Todo se hace en el departamento jurídico...”*

En resumidas, la realidad contractual terminó desfigurando el tránsito normal de las tratativas negociales y la conclusión final del contrato, buscando el favorecimiento de BAVARIA, lo que a todas luces constituye quebrando al principio de la lealtad y buena fe contractual con que las partes deben comportarse en la etapa precontractual (Artículo 863 C.Co.). Tal fenómeno que se ha venido conociendo como la insinceridad o infidelidad contractual, debe tener un efecto procesal y probatorio, a no dudarlo.

Está forma anormal de llevar los tratos preliminares hasta la confirmación del contrato propuesto (pues se supone que la oferta la establece libremente el oferente, aun tratándose de licitaciones públicas o invitaciones a formular ofertas bajo ciertas condiciones predeterminadas), no impide al juzgador que se aplique el principio de hermenéutica contractual consagrado en el Art 1624 C.C. en el sentido de que las cláusulas ambiguas dictadas o establecidas por una de las partes, se interpretarán en su contra lo que resulta de importancia en el proceso, puesto que por PROBADO SE TIENE QUE LAS CLAUSULAS DEL CONTRATO OFRECIDO FUERON PREPARADAS Y EXTENDIDAS POR BAVARIA, AL IMPONERLE EL CONTENIDO DE LA OFERTA, AL OFERENTE.



En presencia de contratos con profesionales, como se sabe, el principio de lo buena fe adquiere una expresión mucho más amplia, como lo manifestó la Corte Suprema, Sala Civil, en Sentencia mayo 19 de 1999; tampoco debe olvidarse que LA BUENA FE CONSTITUYE UN PRINCIPIO BÁSICO QUE OBLIGATORIAMENTE DEBE SOPESAR EL JUZGADOR, DE MANERA OFICIOSA, como lo recuerda la Corte Constitucional en su Sentencia T- 537 de agosto 6 de 2009. Aquí es necesario tomar en cuenta que de conformidad a lo expresado por los testigos y por ser un hecho notorio, la firma BAVARIA ocupa un lugar de privilegio en la comercialización de productos cerveceros en Colombia y que dicha entidad fue la encargada de direccionar el contrato, por lo que resulta pertinente y aplicable la siguiente jurisprudencia:

*“Un ejemplo sin duda persuasivo de esta clase de comportamientos irregulares lo suministra EL EJERCICIO DEL LLAMADO PODER DE NEGOCIACIÓN POR PARTE DE QUIEN ENCONTRÁNDOSE DE HECHO O POR DERECHO EN POSICIÓN DOMINANTE EN EL TRAFICO DE CAPITALES, BIEN Y SERVICIO, NO SOLAMENTE HA SEÑALADO DESDE UN PRINCIPIO LAS CONDICIONES EN QUE SE CELEBRA DETERMINADO CONTRATO, SINO QUE EN LA FASE DE EJECUCIÓN O CUMPLIMIENTO DE ÉSTE ÚLTIMO LE COMPETE EL CONTROL DE DICHAS CONDICIONES, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada por acción o por omisión con detrimento del equilibrio económico de la contratación...”(C.S.J. Sala Civil, Sentencia de Octubre 19 de 1994).*

Todo lo expresado anteriormente, unido al hecho debidamente probado de que el contrato suscrito entre las partes se convino en un documento proforma elaborado unilateralmente por BAVARIA y utilizado uniformemente con las empresas de su cadena de distribución, permite concluir que en la relación objeto de estudio la convocada es la parte fuerte y predisponente y ARCA la parte débil.

## **II. LA RELACIÓN CONTRACTUAL**

De otra parte, la buena fe no se queda en el ámbito precontractual en razón a que el artículo 871 C. Co también EXIGE ACTUAR CON BUENA FE DESDE EL MOMENTO MISMO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ASÍ COMO DURANTE SU EJECUCIÓN Y DESARROLLO, y tal presupuesto se analizará de manera especial, en el caso de autos. Este principio cartular trae implícitos unos comportamientos que tienden a mantener el razonable equilibrio contractual y que exigen una solidaridad y colaboración permanente entre los contratantes, según lo recordó la Corte Constitucional en su sentencia T- 537 del 2009.

Analizadas las pruebas, fácilmente se infiere que entre las partes se desarrolló una relación contractual paralela, en el sentido de que una cosa fue lo consignado en el escrito del 22 de julio de 1998 y que se denominó OFERTA DE DISTRIBUCIÓN, y otra, la ejecución y desarrollo efectivo del contrato, según el direccionamiento y control contractual ejercido por BAVARIA; circunstancia que no ocurrió paulatinamente, sino que se presentó desde el inicio del contrato.

En relación a la hermenéutica contractual, la regla general indica que los principios relativos a la interpretación de los contratos sólo tienen aplicación cuando el contrato contenga cláusulas ambiguas u oscuras (C.S.J. Sala Civil, Exp. 10253, Sentencia de Septiembre 1º de 2004). En resumidas, se afirma que, la voluntad declarada mediante cláusulas válidamente convenidas, que sean claras y precisas, debe aplicarse en su integridad. Visto lo anterior, bien podría concluirse que reunidas las características anotadas, al juez del proceso sólo le queda, de manera inexorable, aplicar el contrato, tal cual fue redactado, como mayoritariamente lo entendió el Tribunal. Sin embargo, de tiempo atrás tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia que cuando un contrato se nomina con la etiqueta equivocada, el juez debe restablecer la realidad jurídica y dar al contrato la calificación que efectivamente le corresponda. También se ha manifestado:

*“Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute judicialmente la naturaleza jurídica del contrato, y, por ende, las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, CORRESPONDE AL JUZGADOR, A FIN DE DETERMINAR EL ALCANCE DE LAS PRESTACIONES DEBIDAS, INTERPRETAR EL CONTRATO, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico...”* (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de julio 5 de 1983)

*“...COMO QUE MUY A PESAR DE LA CLARIDAD DEL TEXTO CONTRACTUAL, SI LA VOLUNTAD COMÚN DE LAS PARTES ES DIFERENTES Y SE CONOCE A ELLA HAY QUE PLEGARSE más que al tenor literal...”*(C.S.J. Sala Civil, Exp. 6907, sentencia de Agosto 1º de 2002”.

*“De otro lado, la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas imprecisas, insuficientes (...) SINO TAMBIÉN EN PRESENCIA DE ESTIPULACIONES CLARAS O DIÁFANAS (...) CUANDO LAS PARTES, UNA O AMBOS, LE ATRIBUYEN UN SIGNIFICADO DIVERGENTE...”* (C.S.J. Sentencia de Agosto 1º de 2002, reiterada en sentencia de Julio 1º de 2009 En parecidos términos se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencias C-250 de 1996).

*“Ahora bien, el criterio basilar en esta materia –más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, <conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras>, en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO SE INTERPRETARÁN <POR LA APLICACIÓN PRACTICA QUE HAYAN HECHO AMBAS PARTES, O UNA DE LAS PARTES CON APROBACIÓN DE LA OTRA.>”*

*“Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la común, por lo demás, NO DEBE SER ERRADICADA POR EL HECHO DE QUE LAS PALABRAS USADAS POR LOS CONTRATANTES REFLEJEN, PRIMA FACIE, CLARIDAD Y PRECISIÓN, PUES NO HAY QUE OLVIDAR QUE SI LA VOLUNTAD COMÚN DE LAS PARTES ES DIFERENTE Y SE CONOCE, A ELLA HAY QUE PLEGARSE MÁS QUE AL TENOR LITERAL, el que, in radice,*

*en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, <la letra mata, y el espíritu vivifica>". (C.S.J. Sala Civil, Expediente 7504, Sentencia de Febrero 28 de 2005)*

*"(...) No puede perderse de vista, así mismo, por las repercusiones que tiene en este litigio, QUE EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES, ES SIGNIFICATIVA LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE ELLA HUBIEREN HECHO AMBAS PARTES, O UNA DE ESTAS CON APROBACIÓN DE LA OTRA, pues es palmario que su proceder contribuye vigorosamente a esclarecer su sentido, como atinadamente lo ponen de presente las prescripciones del artículo 1622 ibídem." (C.S.J. Sala Civil. Sentencia del 30 de Noviembre de 2005. Expediente 3219)*

En fin, ante la presencia de una parte fuerte y con posición dominante que predispone el documento escrito, bajo unos términos precisos y con una nominación determinada y sin embargo, para la efectiva ejecución de lo pactado, como direccionador y controlador del convenio, también establece unas reglas completamente diferentes que impone a la parte débil y que además, son directrices y reglas uniformes que aplica a los demás contratantes que tienden a cumplir el mismo objeto que el encomendado en el contrato motivo de definición judicial, el juez debe aplicar, de manera rectora, los principios de la buena fe y el no abuso de derecho, para de esta forma, develar el verdadero contrato querido y ejecutado por los litigantes y lograr restablecer el equilibrio del negocio jurídico, a sus cauces naturales:

*"...POSTULADO DE LA BUENA FE, QUE ES EL ÚNICO QUE AL FIN Y ACABO PERMITE NO SÓLO MANTENER EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL, QUE CLÁUSULAS COMO LA COMENTADA TIENDE A DESVIRTUAR, SINO A CONTROLAR EL PODER EFECTIVO DE UNA DE LAS PARTES..." (C.S.J. Sala Civil, Sentencia del 27 de Marzo del 98).*

Para desentrañar la naturaleza jurídica del contrato objeto de revisión, puesto que las partes difieren en relación a la misma, se parte del supuesto de que el bautizo común fue el siguiente: "OFERTA DE DISTRIBUCIÓN". Acorde con lo anterior, en el texto del documento de fecha 22 de julio del 98 se consignaron cláusulas como las siguientes:

*"PRIMERA: ME COMPROMETO A NO OBRAR POR CUENTA Y RIESGO o representación de Bavaria s.a., NI UTILIZAR EMBLEMAS, LOGOTIPOS O CUALQUIER OTRO MEDIO DE IDENTIFICACIÓN O DE PRESENTACIÓN (nombres, 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 productos de que trata la presenta oferta".*

*"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*

*reventas de productos. También asumo el riesgo de la pérdida de las mercancías o de la rotura de envases y empaques retornables”.*

*“NOVENA: ME OBLIGO A NO EFECTUAR PROMOCIÓN, PROPAGANDA O PUBLICIDAD DE LOS PRODUCTOS FABRICADOS O DISTRIBUIDOS POR BAVARIA S.A., salvo la estrictamente autorizada por ustedes”.*

Consta igualmente en el expediente que el contrato formalizado con la aceptación de la oferta de 22 de julio de 1998, fue modificado mediante propuesta de fecha Agosto 1º de 2000 y finalmente, mediante propuesta de 27 de Agosto de 2003. En primer término, se quiere destacar que no se trata de tres contratos diferentes sino de uno mismo, modificado en dos oportunidades; por tal razón, al inicio de los documentos de fechas Agosto 1º de 2000 y Agosto 27 de 2003 se expresa: *“Propuesta de modificación a los términos de la oferta que presenté el día 22 de Julio de 1998”*. En segundo término y según fotocopia de los contratos suscritos con las firmas Distribuciones el Samán Ltda y Codisur, que obran en el expediente, se pudo comprobar que la oferta inicial y la propuesta de modificaciones presentada por las tres compañías, incluyendo a Arca, es idéntico y solo se diferencia en la fecha de suscripción, fecha del contrato que se modifica y el nombre del oferente que solicita la modificación.

Aquí es bueno reiterar que según lo expresado por algunos funcionarios de Bavaria, los documentos contractuales que suscribían los distribuidores, (hay que entender que se refiere tanto a las ofertas como a sus modificaciones), se preparaban en la oficina jurídica de dicha empresa, razón por la cual coinciden las propuestas de modificación de Arca, Codisur, y el Samán, como consecuencia de la política de distribución y comercialización de productos de BAVARIA, la cual fue diseñada para su aplicación uniforme, en todo el territorio Colombiano como igualmente lo reseña el Tribunal. De igual manera, buscando coherencia con la forma en que se inició la relación contractual, el proponente de la modificación es Arca Asociados y la destinataria es Bavaria. En todo caso, YA QUEDÓ DEMOSTRADO QUE EL VERDADERO PROGRAMADOR DEL CONTRATO, CON CONDICIONES UNIFORMES, ES BAVARIA Y NO LOS DISTRIBUIDORES y en ese sentido se abordará el estudio jurídico de la relación comercial, partiendo del hecho de que el PREDISPONENTE, TANTO DEL CONTRATO INICIAL COMO DE SUS MODIFICACIONES LO FUE BAVARIA, por lo que se trata de relaciones contractuales a las cuáles adhirió Arca. En efecto, las propuestas u ofertas mercantiles, a la luz de la legislación colombiana, implican una relación de adhesión por parte del destinatario, en la medida que éste debe aceptar la oferta, de manera pura y simple (Art. 855 C. Co.). Sin embargo, cuando los hechos demuestren todo lo contrario, esto es, que el verdadero adherente es el oferente, el juzgador no puede permanecer inerte a dicha probanza.

De cualquier forma, el camino que se tome resultará sustancial en la definición de la litis, pues no es lo mismo reconocer el alcance y eficacia de una cláusula en relación al predisponente y con poder de dominio, que con respecto al adherente. El primero (predisponente), no podrá alegar que lo que expresamente incorporó al contrato, de manera clara y sin ambigüedades, no fue lo que quiso decir, al paso que al segundo (adherente), se

le faculta para discutir su contenido hasta el punto de obtener el reconocimiento judicial de la carencia de efectos, cuando acredite que las cláusulas resultaron abusivas o que en la práctica, resultaron inaplicables por virtud de posteriores órdenes y disposiciones de la parte fuerte.

Dicho lo anterior, se tiene que, un análisis, enfrentando el clausulado contenido en la oferta de julio 22 del 98 con respecto a la propuesta de modificaciones de fecha 1º de Agosto de 2000, deja entrever que en el documento modificadorio se reiteran la mayoría de las cláusulas del contrato inicial, las cuales son exactamente las mismas, salvo los siguientes cambios:

En la cláusula Decima Sexta se agrega un literal F que permite a Bavaria dar por terminado el contrato, unilateralmente, con un preaviso no inferior a 30 días.

Se añade la cláusula Vigésima que regula las garantías suscritas con relación a la oferta.

De otra parte, comparando el documento modificadorio de Agosto 1º de 2000 frente a la segunda propuesta de modificaciones de Agosto 27 de 2003, en general, las cláusulas siguen siendo bastante iguales a las consignadas en el contrato inicial, pero se introducen los siguientes cambios, que resultan muy importantes para el proceso:

En las cláusulas Primera, Decima y Decimonovena del documento de Agosto 27 de 2003, se consagran las siguientes modificaciones sustanciales:

***“PRIMERA:...Me comprometo a no obrar por cuenta y riesgo o en representación de BAVARIA S.A., NI COMO REPRESENTANTE, NI AGENTE de dicha sociedad...”***

En la cláusula Décima, al hablar de la reventa de los productos de Bavaria, se introduce la siguiente frase: *“...los cuales recibo de ésta a título de suministro...”*.

***“DECIMANOVENA: Dejo expresa constancia de que la relación que se llegare a derivar de la presente oferta, NO CONSTITUYE NI CONSTITUIRÁ AGENCIA COMERCIAL, según las normas que rigen esta materia”.***

El cambio de denominación de simple distribución o compraventa en firme para la reventa, a contrato de suministro, y la clara alusión a que de ninguna manera se formará un contrato de agencia mercantil, deja entrever el temor de Bavaria de que la ejecución efectiva del convenio pudiera derivarse en un contrato de agencia mercantil de hecho, pues no hay otra explicación razonable a la imposición de dichas cláusulas, después de varios años de ejecución contractual y si se tiene en cuenta que el contrato siempre se ejecutó de la misma manera como se reconoce expresamente en el laudo, pese a las pretendidas modificaciones, asunto que también fue puesto de presente en otros procesos arbitrales instaurados contra la convocante y con respecto a unos distribuidores que cumplían las mismas labores de ARCA. (Laudo arbitral de fecha septiembre 20 de 2007. Árbitros, Camila de la Torre B, Carlos Camargo de la Hoz y Rafael Nieto N.; Tribunal de Arbitramento de Transportes M y M

Limitada contra Bavaria S.A; Laudo arbitral de fecha 19 de junio de 2008. Árbitros, José Fernando Escobar, Fernando Pabón y Edgar Garzón Saboya; Tribunal de Arbitramento de Distribuciones Caro Limitada contra Bavaria S.A.; Tribunal de Arbitramento de Distribuidora Bernal Méndez y Compañía Limitada, Árbitros Andrew Abela Maldonado, Camila de la Torre B y Antonio Barrera Carbonell, Laudo de noviembre 9 de 2009). Aquí es importante resaltar que en las sentencias mencionadas se hace referencia y análisis a las mismas cláusulas tipo que fueron incorporadas en el contrato objeto de estudio y sus modificaciones, según transcripciones que aparecen en los mencionados laudos.

De todo lo expresado anteriormente surge una primera conclusión: No cabe ninguna duda de que la coherencia y claridad de los textos contractuales suscritos, conducen al desarrollo y ejecución de un contrato atípico de Distribución, el cual se caracteriza precisamente por la compra para la reventa, actividad que se realiza con plena independencia y autonomía del distribuidor y bajo su exclusivo riesgo Y AL RESPECTO NO HABRÍA NINGUN REPARAO, DE NO SER POR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL CONTRATO QUE SE EJECUTÓ DIFIERE DEL CONTENIDO EN LOS ESCRITOS MENCIONADOS.

### **III.EJECUCIÓN DIFERENTE A LO PACTADO**

Del documento inicial de julio 22 del 98 y sus modificaciones, se desprende con meridiana claridad el común acuerdo de las partes en el sentido de convenir un contrato de distribución mediante el cual Arca se comprometía con Bavaria a comprar para revender los productos de la convocada, en el territorio acordado, obrando con absoluta autonomía, libertad e independencia, según lo expresado en la cláusula sexta; igualmente se deduce la imposibilidad de ejercer labores de promoción e intermediación obrando por cuenta de Bavaria, según cláusulas primera y novena; también se convino que de ninguna forma la relación convencional podría entenderse configurativa de un contrato de agencia mercantil. La claridad de las cláusulas conduciría a considerar que entre las partes existió un contrato atípico de distribución como concluyó la mayoría del Tribunal, pero los hechos prueban todo lo contrario a lo consignado contractualmente y por escrito.

En la reventa, ARCA ASOCIADOS NO CONTÓ CON LA INDEPENDENCIA, LIBERTAD Y AUTONOMÍA PARA DISPONER DEL PRODUCTO PREVIAMENTE ADQUIRIDO, COMO TAMPOCO ASUMIÓ LOS COSTOS DE TRANSPORTE, CARGUE Y DESCARGUE, DEBIDO A QUE REVENDÍA AL MISMO PRECIO QUE COMPRABA; LO HACIA EN EL TERRITORIO ASIGNADO POR LA CONVOCADA; CON LA FRECUENCIA Y EN LOS TÉRMINOS PREDETERMINADOS POR BAVARIA Y ALGUNAS VECES, CONFORME AL VOLUMEN Y CANTIDAD DE PRODUCTOS ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS POR LA CERVECERA. A lo anterior se agrega el hecho de que sin existir un contrato de transporte a cargo de ARCA se estipuló un “flete” en su favor. En todo caso, repugna al buen sentido comercial el hecho de que el distribuidor se obligue a comprar para revender los productos Bavaria, exactamente al mismo precio que los adquirió, como que las relaciones mercantiles son, por esencia, lucrativas.

El desplazamiento de la mercancía de un lugar a otro para ser entregada a un tercero (la clientela), forma parte natural de la cadena de distribución y en todo caso, en el denominado contrato de distribución, tal como lo concibe la Corte Suprema, SE TRANSPORTA LA PROPIA MERCANCÍA, POR LO QUE NO PUEDE PRESENTARSE UN CONTRATO DE TRANSPORTE ENTRE EL EMPRESARIO Y EL DISTRIBUIDOR. La reventa al mismo precio adquirido, y el supuesto contrato de transporte por razón de transportar su propia mercancía, no se ajustan a lo que tradicionalmente se conoce como contrato de distribución. Al efecto, la cláusula sexta del contrato dispone:

*“...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., PERO NO CONSTITUYEN BASES PARA DETERMINAR SUMAS A MI FAVOR”.*

Resulta claramente inadmisibles que el propietario de la mercancía, (distribuidor), realmente no pueda disponer de ella como señor y dueño y que en su labor de reventa, ni siquiera pueda obtener ganancias para sí, si se supone que es propietario de la misma. Con respecto al denominado derecho de propiedad o dominio, resulta conveniente recordar lo establecido en el artículo 669 del C.C. precepto que es del siguiente tenor:

*“Artículo 669 C.C. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.*

Esta facultad de gozar y disponer arbitrariamente del bien, hace que el propietario detente los atributos del goce, aprovechamiento y disposición libre de la cosa, poderes que casualmente no podía ejercer ARCA, por virtud del direccionamiento del contrato por parte de BAVARIA. (Alfonso M. Barragán. Derechos Reales, Temis, 1979, pág. 72). Con razón se afirma:

*“La doctrina jurídica ha considerado que el derecho de propiedad comprende tres elementos, QUE SON EL USO (USUS), EL GOCE O DISFRUTE (FRUCTUS) Y LA DISPOSICIÓN. Esta corporación señaló a través de la Sentencia C-189 de 2006, las características del derecho de propiedad privada de la siguiente manera:*

*“En cuanto a sus atribuciones, las mismas persisten desde el derecho romano y se resumen en los actos materiales y jurídicos que PERMITEN A SU TITULAR EL APROVECHAMIENTO DE SU DERECHO, EN CONCRETO, A TRAVÉS DE LOS BENEFICIOS DEL USO, EL FRUTO Y LA DISPOSICIÓN. En cuanto al primero, reconocido como el **ius utendi**, se limita a consagrar la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir. Por su parte, el segundo, que recibe el nombre de **ius fruendi o fructus**, se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación. Finalmente, el tercero, que se denomina **ius abutendi**, CONSISTE EN EL RECONOCIMIENTO DE TODAS AQUELLAS FACULTADES JURÍDICAS QUE SE PUEDEN REALIZAR POR EL PROPIETARIO Y QUE SE TRADUCEN*

*EN ACTOS DE DISPOSICIÓN O ENAJENACIÓN SOBRE LA TITULARIDAD DEL BIEN” (negrilla expresa)”. (C-133 de febrero 25 de 2009).*

Lo que ocurrió es que se diseñó un disfraz contractual para que Arca apareciera como dueña de la mercancía, pero se le impusieron tales restricciones y limitaciones que éstas condujeron a que no pudiera obrar como propietario de lo previamente adquirido. Tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que en la práctica, por orden e instrucción de Bavaria, como se verá en detalle, Arca haya terminado realizando labores de intermediación y promoción de los productos de la convocada, desconociendo así la clara prohibición contenida en las cláusulas primera y sexta ya transcritas y la expresa mención establecida en la modificación de fecha 27 de agosto de 2003 de que en ninguna forma, las partes habían convenido ni querido un contrato de agencia mercantil. Por lo pronto, bien puede afirmarse que en todo caso, las partes firmaron un documento contractual bajo el entendido de desarrollar una simple distribución, pero desde el mismo momento de la presentación de la oferta la convocada ya tenía claro que el contrato se ejecutaría de una manera bien diferente a lo allí consignado.

La manifiesta desarmonía entre lo consignado en el escrito contractual y la real ejecución del contrato, constituye un grave indicio de que en el fondo, el predisponente lo que pretendía era ocultar el contrato realmente querido y ejecutado. En efecto, una vez analizadas las pruebas, se descubre que EL FIN PRIMORDIAL DEL CONTRATO ERA QUE ARCA REALIZARA ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN Y PROMOCIÓN ENCAMINADAS A CAUTIVAR, MANTENER E INCREMENTAR LA CLIENTELA DE BAVARIA Y QUE EN CUMPLIMIENTO DEL MENCIONADO ENCARGO, LA CLIENTELA RECIBIERA DEBIDA ATENCIÓN; no se desprende, de ninguna forma, que lo querido hubiera sido el desarrollo de un contrato de suministro para la distribución de productos por el sistema de reventas, como se pretendió realizar en la modificación del año 2003. Sí hubo una relación atípica de distribución, pero esta se presentó como instrumental o complementaria a la ejecución de otro contrato principal, como se verá más adelante.

Como la “infidelidad” o “insinceridad” contractual no puede quedar indiferente al juzgador, debe, el juez del proceso, honrar el contrato escrito cuyo clausulado resulta claro y sin ambigüedades o por el contrario, hará prevalecer la realidad de los hechos? Para resolver semejante dilema, sea lo primero recordar que la fidelidad contractual empezó a distorsionarse desde los tratos preliminares, como ya se dejó anotado.

**NO PUEDE PERMANECER INDIFERENTE EL JUZGADOR A LA REITERADA UTILIZACIÓN DE FORMAS CONTRACTUALES ESCRITAS QUE SIRVEN COMO MEROS INSTRUMENTOS PARA SOSLAYAR LA APLICACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS QUE SÍ RIGEN EL CONTRATO EFECTIVAMENTE EJECUTADO, como que tales conductas implican una clara transgresión al postulado de la buena fe:**

”... los contratos no pueden ser utilizados como instrumentos para que, refugiándose en ellos la astucia ilícita de uno de los contratantes , la ingenuidad del otro quede atrapada y



convertida en medio para satisfacer aviesamente los intereses del primero...". (C.S.J. Civil, sala civil. Sentencia de Diciembre 16 de 1964)

Cuando se conviene una relación comercial entre una parte con poder de dominio y otra que podría considerarse la parte débil en la relación contractual, el juez debe examinar con mayor rigor la naturaleza del contrato suscrito, con el fin de determinar si efectivamente se acomoda al bautizo y a las reglas consignadas, o si por el contrario, la forma contractual escogida se utilizó como una mera instrumentalidad para evitar la aplicación de normas que se imponen a la forma contractual que efectivamente debería regir el contrato y que en realidad se ejecutó; en estos casos, EL JUZGADOR DEBE LEVANTAR EL VELO DEL CONTRATO SUSCRITO Y DESVELAR CUAL FUE LA RELACIÓN JURÍDICA EFECTIVAMENTE QUERIDA Y EJECUTADA POR LAS PARTES, PARA APLICAR LA NORMATIVIDAD CORRESPONDIENTE A ESTA ÚLTIMA y no la que se pretendía que regulara el negocio jurídico escrito, de acuerdo al tenor literal consignado en el documento presentado por las partes. Así lo entendió la Corte Suprema en un caso muy ilustrativo y semejante al que se estudia, cuando declaró simulado un contrato de compraventa con pacto de retroventa, por entender que lo efectivamente querido y buscado por la parte débil, era obtener un crédito, entregando en garantía un inmueble. Al efecto, la Corte declara como simulado el contrato de compraventa con pacto de retroventa mediante el cual el acreedor (parte fuerte), buscaba evadir el Juicio hipotecario para quedarse, de una vez, con el inmueble, en caso de que no se le pagara lo adeudado, bajo el disfraz de una recompra. La Corte concluyó al respecto:

*"El concierto simultáneo, el engaño a terceros y LA DELIBERADA DISCREPANCIA ENTRE LO DECLARADO Y LO QUERIDO, confluyen a tener por establecida la simulación relativa, en el negocio que pone de presente este proceso".*

*"No obstante debe resaltarse que REVELADO EL ACUERDO REAL, el contrato de mutuo con una garantía, es preciso analizar si esa garantía...puede por sí misma subsistir..." (C.S.J Exp 6238, Sent de julio 27 del 2000).*

Pese a que la Corte declaró la simulación contractual porque así se pidió en la demanda, se resalta la necesidad del Juzgador, de "Revelar" la verdadera relación contractual y paso seguido, determinar si se presentan los presupuestos legales para la efectividad del verdadero contrato querido por las partes. De suerte que si en la demanda se solicita que se declare la existencia de un contrato de agencia, pese a que expresamente se convino fue uno de distribución, lo primero que hay que averiguar es si efectivamente se dan los requisitos esenciales del mencionado contrato, bajo la forma de hecho y como presupuesto necesario para acceder al reconocimiento de las prestaciones establecidas en el art 1324 C.Co., si fuere el caso.

Recapitulando, se tiene que el mecanismo utilizado por la demandada para distraer la posible aplicación de las reglas propias del contrato de agencia mercantil fue la elaboración del documento proforma correspondiente a una Oferta de Distribución que remitía a sus futuros "distribuidores" para que estos lo firmaran. Bajo esta fórmula contractual, el distribuidor se

obligaba a comprar los productos Bavaria, con el fin de revenderlos por su cuenta y riesgo, con absoluta libertad y autonomía. Paralelamente, se establecieron unas reglas que obligaban al distribuidor a cumplir el encargo pero, DE ACUERDO CON LAS INSTRUCCIONES DE LA CONVOCADA y, como contraprestación, se pactó el pago de un flete en favor de Arca. De conformidad con los documentos aportados, los testimonios recibidos y lo que se infiere de los laudos arbitrales que antecedieron el presente proceso arbitral, resulta patente que el día 22 de julio del 98, Bavaria ya tenía diseñado y venía implementando un modelo uniforme de comercialización de sus productos en el territorio nacional a través de la denominada cadena de distribución. Dicha cadena implicaba la vinculación del distribuidor con la firma de la proforma de la oferta, y la ejecución del contrato, siguiendo las instrucciones de la convocada, que le impedían actuar como verdadero dueño de la mercancía objeto de distribución.

Visto que el contrato de distribución, en la forma pactada, no se desarrolló, en el caso de autos, surge la duda de si por los hechos, se pudo ejecutar un contrato de agencia mercantil como lo pretende la convocante, concurrente o no con una distribución. Sea lo primero indicar que LA DISTRIBUCIÓN, AÚN COMPRANDO EL PRODUCTO DEL EMPRESARIO PARA LA REVENTA, NO EXCLUYE EL CONTRATO DE AGENCIA, como lo sostiene parte de la doctrina. (Jaime Alberto Arrubla P. contratos Mercantiles. Tomo II. Dike 1992. Pág. 317). También es bueno advertir que cuando se presenta la denominada enajenación en firme de la mercancía, a favor del agente, esta circunstancia no necesariamente contradice el contrato de agencia, como que el artículo 1330 C.Co., remite al contrato de suministro, modelo, precisamente, de dicha forma de comercialización. (Ver laudo arbitral de Marzo 27 2009. Proceso de Global Com Ltda Vs Bell South, Árbitros: Florencia Lozano, Delio Gómez Leiva y Fabio Silva T.). Es que, como bien se ha afirmado, tal modelo de distribución bien puede concurrir con el contrato de agencia (Javier Tamayo Jaramillo, salvamento de voto a la sentencia de la sala civil de la Corte de 31 de octubre de 1995; Laudo arbitral de febrero 19 de 1999, proceso de Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. Vs Fiberglas Colombia S.A.; Laudo de de septiembre 1° de 1999, proceso de Faro publicida d Vs El Colombiano)

La realidad probada de que Arca efectivamente se ocupó de la distribución de los productos Bavaria en el territorio asignado, lo cual puede o no excluir el contrato de agencia mercantil, amerita un primer asunto a dilucidar: determinar el alcance del vocablo “distribuidor”, utilizado por el artículo 1317 C.Co. El mencionado artículo 1317 C.Co., cuando expresa que el agente puede obrar como “distribuidor”, no se refiere al “contrato de distribución”, como aquella actividad intermediaria mediante la cual el distribuidor revende su propio producto (compra para revender); se refiere, exclusivamente, a la actividad (como genéricamente se la conocía y se la conoce en el comercio), CONSISTENTE EN FACILITAR Y PERMITIR LA ADQUISICIÓN DEL PRODUCTO POR PARTE DEL CONSUMIDOR FINAL, utilizando un intermediario. Entonces, obrar como distribuidor, en los términos del art. 1317 C.Co., es sinónimo de obrar como intermediario, por lo que no es extraño que a la agencia se la considere como un típico contrato de intermediación.

El artículo 1317 C.Co., al disponer que el agente, igualmente, puede actuar como fabricante o como distribuidor, en realidad, ESTÁ DEJANDO EN CLARO QUE LA DISTRIBUCIÓN

CORRESPONDE A UNA ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA QUE EN NADA DESDIBUJA LA RELACIÓN MERCANTIL DE AGENCIA. También podría pensarse que el legislador está regulando una figura muy conocida como la de unión de contratos, contratos mixtos y hoy, mayormente denominada contratos coligados. En efecto, allí se previó, efectivamente, la coexistencia de otros contratos, junto con la agencia mercantil, desarrollados en interés del empresario y vinculados a un mismo fin empresarial: LA PROMOCIÓN CON MIRAS A CAUTIVAR Y MANTENER UNA CLIENTELA Y LA PUESTA DEL PRODUCTO O SERVICIO EN MANOS DEL CONSUMIDOR FINAL. Por tal virtud puede concurrir el contrato de agencia con el de obra, de producción, fabricación, distribución, maquila o con cualquier otro contrato que implique la distribución efectiva del producto. Sin embargo, el alcance que mejor cuadra con lo expresado en la norma al manifestar que el agente también podrá ser fabricante o distribuidor del agenciado, parece ser que SE TRATA DE SIMPLES ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS Y LIGADAS SUSTANCIALMENTE A LA AGENCIA MERCANTIL. Otra conclusión razonable que determina la conexidad sustancial entre la labor primordial de promoción de un bien o servicio como ejecución de la agencia mercantil y las complementarias de distribución o fabricación, para entenderlas integradas a un contrato principal o marco de agencia mercantil, es que, ESTAS OTRAS LABORES CONFORMAN EL UNIVERSO DE LO QUE SE ENDIENTE POR “EXPLOTAR” NEGOCIOS DEL EMPRESARIO, VOCABLO QUE TAMBIÉN UTILIZA EL ARTÍCULO 1317 C.Co.

Casualmente, la Ley 12 de 1992 de España, de conformidad con lo previsto en la Directiva 86-653 CEE de Diciembre 18/86, contempla, dentro del género de los contratos de agencia mercantil, a la concesión o distribución, criterio reiterado en la Sentencia del Tribunal Supremo de Noviembre 8 de 1995. De aquí que, se conozca a LA DISTRIBUCIÓN COMO UN TÉRMINO GENÉRICO QUE ENGLOBA LAS DIFERENTES ACTIVIDADES DE MARCADEO ENCAMINADAS A COLOCAR LOS PRODUCTOS EN MANOS DEL CONSUMIDOR. En términos similares, los italianos consideran a la agencia mercantil como una especie de contrato marco.

En materia de comercialización de bienes o servicios, la distribución corresponde a la cadena de operaciones realizadas por el empresario en forma directa o con el auxilio de otros comerciantes, tendiente a obtener la adquisición del bien o servicio, por el consumidor final. Así lo ha entendido tradicionalmente la doctrina, razón por la cual generalmente se conoce a la agencia mercantil como un típico sistema de distribución, lo mismo que los contratos de concesión y de franquicia.

Esta tradición del derecho comparado no fue ajena a quienes proyectaron el Código de Comercio vigente, por lo que la terminología del artículo 1317 C.Co., cuando se refiere a la actuación del agente como fabricante o “distribuidor” de bienes o servicios del empresario, HA DE ENTENDERSE BAJO EL CONTEXTO DEL SISTEMA ENCAMINADO A FACILITAR EL ACCESO DEL BIEN O SERVICIO Y NO A LA RELACIÓN CONTRACTUAL QUE NUESTRA CORTE SUPREMA, REITERADAMENTE, HA VENIDO LLAMANDO CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN, por la potísima razón de que dicha relación comercial no fue regulada por el Código de Comercio. En palabras sencillas: cuando el artículo 1317 C.Co, se refiere a la intervención del agente como fabricante o “distribuidor” de los productos del empresario

(agenciado), no puede entenderse alusiva al contrato de distribución que nuestra jurisprudencia y doctrina califican como aquél que se caracteriza por el hecho de que el distribuidor compra para revender, teniendo en cuenta que dicho contrato no constituye una relación típica en el Código de Comercio. Por lo tanto, la palabra “distribuidor” cobija, genéricamente, cualquier forma o sistema que facilite la adquisición final del bien o servicio del empresario, por parte del consumidor, independientemente de la fórmula contractual - típica o atípica- que convengan el agente y el empresario para cumplir tal fin. Es que, la compra para la reventa, no tiene la virtud de desnaturalizar el contrato de agencia, pues como ya se dijo, puede resultar una actividad complementaria, pero íntimamente ligada a las labores promocionales encomendadas por el empresario.

Entonces, cuando el artículo 1317 expresa que el agente también puede obrar como fabricante o distribuidor; no significa que los denominados contratos de fabricación o de distribución no existan jurídicamente y de manera independiente a la agencia, simplemente quiere expresarse QUE EL AGENTE PUEDE ASUMIR, ADEMÁS DE LAS TAREAS PROPIAS DEL CONTRATO DE AGENCIA, OTRAS ADICIONALES Y COMPLEMENTARIAS Y CON MIRAS A DESARROLLAR EN MEJOR FORMA SU AGENCIAMIENTO Y QUE SON PROPIAS DE LA FABRICACIÓN O DE LA DISTRIBUCIÓN. La producción, distribución y transporte de bienes, pueden constituir relaciones jurídicas auxiliares para cumplir el encargo principal del agente y cuando dichas actividades se unen a la agencia simple, estamos en presencia de un contrato complejo, o por lo menos, de contratos coligados sustancialmente, siendo la relación principal y atrayente, la de agencia mercantil. (Ver C.S.J., sala civil, sentencias de agosto 9 y septiembre 25 de 2007). En efecto, se ha dicho, con razón, que, lo sustancial, en el contrato de agencia mercantil, son las labores de promoción encaminadas a mantener, cautivar o conquistar una clientela:

*“Sin embargo, ya se ha puesto de presente que dentro de las características distintivas de la agencia comercial descuella la relativa a que la actividad del agente está encaminada a crear, consolidar o recuperar un mercado, es decir, un flujo de clientela a favor de la marca o los productos del agenciado, peculiaridad esta que, precisamente, explica de manera preponderante, las prestaciones previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio, entre ellas, obviamente, la que se discute en este cargo...” ( C.S.J. sala civil, sentencias de octubre 22 de 2001 y, Febrero de 2005, Exp. 750).*

Pero la distribución, igualmente, se puede entender como actividad propia de la “explotación” del negocio, o actividad encomendada por el mismo agenciado, de forma complementaria a la promoción.

En realidad, EL ARTÍCULO 1317 C.Co., ESTABLECE UNA DENOMINACIÓN GENÉRICA DE AGENTE, puesto que al tenor normativo, el agente puede cumplir diferentes roles a saber: El de simple promoción de un bien o servicio, (agencia simple); el agente promotor y explotador del bien o servicio, papel que cumple a nombre propio o como representante del agenciado; el agente fabricante y el agente distribuidor. NO SE ESTABLECEN DIFERENTES MODALIDADES DEL CONTRATO DE AGENCIA, EN REALIDAD LO QUE SE DISPONE SON DIFERENTES ROLES, PAPELES O ENCARGOS QUE SE LE HACEN AL

AGENTE .De manera que, no es casual que el citado precepto remate manifestando que la persona que recibe el encargo para realizar cualquiera de las actividades anteriormente descritas se denomina, genéricamente, el agente. En sustancia, el roll o papel que desempeña el agente depende de lo simple o complejo del encargo que se le haya hecho, siendo indispensable que en cualquier evento, como mínimo, se le haya encomendada la promoción de un bien o servicio, en un territorio determinado.

Se reitera, el discutido alcance del artículo 1317 C.Co., permite muchas interpretaciones, pero no hay duda que el núcleo central es el agente, al cual se le pueden asignar múltiples y diversas actividades que la ley considera complementarias o íntimamente conexas a su principal función de intermediación y promoción. Bien puede afirmarse que allí se regula la institución conocida como contratos mixtos, unión de contratos o, contratos coligados. De cualquier forma, resulta indiscutible que se describe al denominado contrato de agencia mercantil y que por añadidura, se permite encomendar al agente actividades extras y propias de otras formas contractuales, como el contrato de obra, confección, maquila, fabricación, transporte, distribución, suministro, etc. Lo importante a resaltar es que el legislador le dio preponderancia a esta forma contractual, como una especie de contrato marco, en el sentido de prever que las actuaciones extras y que bien se podrían enmarcan bajo las reglas de otro contrato, (por ejemplo obra, confección, maquila, fabricación, distribución, suministro, etc), de ninguna forma eliminan o dejan sin efecto la agencia mercantil, pues su desarrollo se tiene a simple complemento de tal negocio jurídico y por lo tanto no adquieren independencia y autonomía. La consideración anterior resulta sustancial en la medida que cualquier remuneración que reciba el agente por parte del agenciado como consecuencia del cumplimiento de su encargo consistente en la intermediación y promoción del bien o servicio y de sus labores complementarias tales como fabricación, suministro o distribución, se tendrán en cuenta para liquidar las denominadas cesantía e indemnización comercial, según lo dispone el artículo 1324 del C.Co.

Si se parte del supuesto de que cualquiera que sea el roll encomendado a quien se hace el encargo, con la simplicidad o extensión que permite el artículo 1317, dicho encargado se denomina genéricamente agente, es de concluir que de cualquier forma, para el legislador, estamos en presencia de un integrado contrato principal o preponderante que se denomina agencia mercantil. Si se permite la expresión, es como si el legislador hubiera previsto, de una vez, la moderna figura denominada contratos coligados, que con mayor fuerza y más dinamismo se impone en la agencia mercantil, en la medida que en ésta especial forma contractual, las otras relaciones negociales quedan sustancialmente unidas, pegadas o coligadas a la agencia mercantil. Se suman como si fueran elementos accidentales al mismo, por virtud de la extensión del encargo. No de otra manera puede entenderse que el mismo legislador haya previsto que el artículo 1317 regula diferentes formas o modalidades de actuaciones del agente y por lo tanto, cualquiera de los contratantes que recibe el encargo, en los términos legales, se denomina, genéricamente, agente.

En últimas, sea que se considere que el artículo 1317 contempla la figura de la concurrencia de contratos, los contratos coligados o mixtos, aparece patente la intención del legislador en el sentido de que si al agente se lo asignan tareas extras y complementarias a las

sustanciales y necesarias consistentes en la promoción de bienes o servicios, de ninguna forma, estas labores adicionales dejan sin efecto la agencia mercantil, pues cualquiera que sea el diseño contractual, prevalece siempre la relación de agencia y las otras se suman como complementarias.

Sin embargo, trátase de un contrato complejo o de contratos coligados, en casos de concurrencia del contrato de agencia, con el que suele denominarse de distribución, con respecto a los bienes a distribuir, EL AGENTE NO LOS PUEDE UTILIZAR DE MANERA LIBRE Y AUTONOMA, A SU PROPIO ANTOJO, PARA SU PROPIO CONSUMO, PARA SU PROPIO MERCADO, PUES EL ENCARGO ES REVENDERLOS A LA CLIENTELA DEL EMPRESARIO Y EN LAS CONDICIONES QUE EL AGENCIADO PREVIAMENTE DETERMINE, DESARROLLANDO LABORES DE PROMOCIÓN E INTERMEDIACIÓN. Cuando se revende por cuenta de otra persona, lo que acontece es que se da el mandato sin representación. Yo revendo por encargo suyo, por cuenta e interés suyo y para cumplir mi obligación de revender en el territorio asignado, lo hago en las condiciones indicadas por usted, para lo cual previamente me vende; es la única forma de vender “como propio”, los bienes o servicios objeto del encargo, pero por cuenta e interés suyo.

Como se probará más adelante, Arca revendía lo comprado al mismo precio adquirido, (lo que diluye el atributo del goce); compraba de acuerdo con el presupuesto diseñado por Bavaria; revendía a los clientes de esta empresa; siguiendo las rutas y frecuencias predeterminadas por la compañía cervecera y con sujeción a sus reglas y controles diseñados por la convocada, (aquí se elimina el atributo del uso y el de libre disposición). Si a lo anterior se agrega la circunstancia comprobada de que Arca suministraba a Bavaria, reiteradamente, la información individualizada de la clientela que manejaba en el territorio asignado por dicha empresa y, con tal información Bavaria elaborada el presupuesto de ventas al cual debía ajustarse, en el futuro, el distribuidor y además, predeterminaba los puntos y frecuencias con que Arca debía visitar y surtir a la clientela, dentro del territorio convenido, SURGE DE MANIFIESTO QUE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN NO TENÍA COMO FINALIDAD LA COMPRA PARA LA REVENTA sino servir de instrumento para lograr, en mejor forma, el cumplimiento de las gestiones encaminadas a mantener e incrementar la clientela de Bavaria, y QUE DICHAS GESTIONES ERAN ENCOMENDADAS POR BAVARIA AL DISTRIBUIDOR PARA QUE SE COMPORTARA CON LAS CARGAS Y OBLIGACIONES PROPIAS DE UN AGENTE. En palabras sencillas: la distribución no se encomendó como un contrato autónomo e independiente, sino como una simple labor complementaria a una agencia mercantil de hecho.

Se insiste, pese a que el documento escrito otorgaba plena libertad y autonomía a Arca para la reventa, en realidad no existía tal libertad en la comercialización del producto “revendido”, puesto que la comercialización se efectuaba de conformidad con las instrucciones de Bavaria, en las rutas y frecuencias predeterminadas por esta empresa y a la clientela que se reservaba dicha compañía; es más, CON FRECUENCIA BAVARIA ASUMÍA LA SUERTE DEL PRODUCTO ENTREGADO POR ARCA, en cumplimiento de su encargo distributivo, lo que demuestra que la compraventa para reventa era un simple disfraz o instrumento para evadir la posible aplicación de normas de la agencia mercantil. Con respecto al producto

entregado por Arca en cumplimiento de las denominadas activaciones y promociones, la suerte del mismo estaba a cargo del agenciado, según se desprende de los testimonios de varios funcionarios de Bavaria que se consignan más adelante. Por su importancia en la apreciación de la prueba, debido a la idoneidad y espontaneidad de los testimonios y el cargo desempeñado, a continuación se hace una relación de los empleados de la convocada que declararon en el proceso, destacando sus cargos:

a) Ricardo Otálora, supervisor de ventas de Bavaria, en la zona asignada a ARCA; b) Raúl Eduardo Acosta, Director de servicio de ventas de Bavaria; c) Faber Falla M., asesor de distribuidores de Bavaria; d) Patricia Mejía, gerente administrativa de la regional de ventas de occidente; e) Juan Ignacio Torres, director de inteligencia de mercados; f) Luis Ernesto Salas, supervisor de ventas en la zona asignada al convocante, y g) William Yoniz Miranda, gerente de análisis económico.

*“SR. OTALORA: En el caso de los eventos previo acuerdo y previa información era colocarle un producto algunas veces vendido directamente, OTRAS DEJADO EN CONSIGNACIÓN PARA ATENDER EL EVENTO COMO TAL, eventos qué son? Algunos conciertos, algunas actividades de colegios, algunas peticiones del ente oficial, militar que iban a hacer X actividad, entonces se apoyaban y se aportaba así, esa es la parte de eventos, que es como se maneja y la parte de promociones como decíamos, le íbamos a dar, necesitábamos impulsar la Pony ENTONCES LE DÁBAMOS UN DESCUENTO A LA PONY, se manejaba un presupuesto y se le informaba la Pony hoy va a salir CON 5 Ó 10% DE DESCUENTO PARA QUE SE LO ENTREGUEN A TALES CLIENTES, más o menos es eso”.*

*SR. OTALORA: No, los eventos el producto es vendido cuando hacíamos activaciones por ejemplo que ese es otro tipo de promoción entonces decía hoy vamos a hacer una actividad que se llama 3 X 2, el cliente pide 3 cervezas para tomar y paga 2, ESA TERCERA CERVEZA QUE NO LA PAGABA EL CLIENTE, ENTONCES BAVARIA SE LA DEVOLVÍA A LA FIRMA DISTRIBUIDORA A TRAVÉS DE UN BONO Y DESPUÉS SE LA CANCELA”.*

Del testimonio anterior se destaca cómo el descuento con respecto a los productos distribuidos lo disponía Bavaria y dicha firma, además, establecía a que clientes se le otorgaban; los productos motivo de activaciones no salían del bolsillo del distribuidor sino de Bavaria. De cualquier forma, el riesgo lo asumía la sociedad cervecera, pero el producto lo entregaba Arca, del inventario adquirido para la reventa.

*“SR. ACOSTA: Qué es una activación? Es llevar yo una orquesta a la plaza principal de un pueblo y pagar la orquesta de tal forma de sacar a los consumidores a que consuman cerveza, esa es como una activación, un descuento es cuando yo autorizo, tengo problemas con la competencia, me está sacando en las maltas más producto, están dando un 2 X 1, ENTONCES YO AUTORIZO PARA QUE UN DISTRIBUIDOR O UN... QUE ES YA EN LAS ZONAS URBANAS MÁS GRANDES DEL PAÍS, AUTORIZAMOS PARA DAR UN DESCUENTO”.*

*“Cuando hablamos de esas tres hablamos de activaciones es cuando por ejemplo en una vereda cualquiera del país me dicen voy a hacer una fiesta en la vereda, entonces lo que hacemos nosotros muchas veces es que damos recursos para llevar una papayero, un trío, llevar una tarima Y PRESTAR PRODUCTOS PARA QUE ESA ACTIVACIÓN FUNCIONE CORRECTAMENTE, ESO ES ACTIVACIÓN.*

*Promoción es en el caso que nosotros queramos activar una marca nueva, por ejemplo la marca Red o Club Colombia llegó a la población y vamos a dar un 2 X 1 Y VAMOS REPARTIENDO CON RECURSOS DE BAVARIA y la tercera son DESCUENTOS CUANDO NOSOTROS TENEMOS UNOS CLIENTES MUY IMPORTANTES y decimos le doy a usted el 5% de descuento, esas son las palancas que nosotros utilizamos, fuera de eso utilizamos otras palancas que es hacer que un punto de venta se vea muy agradable para el consumidor”*

*“SR. ACOSTA: LA RESPUESTA CLARA ES QUE TODAS LAS PROMOCIONES Y DESCUENTOS QUE HACE EL DISTRIBUIDOR SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS DE BAVARIA, ellos nos pasan las cuentas de cobro y nosotros se la abonamos a las cuentas corrientes, hasta donde yo conozco”.*

*“SR. ACOSTA CÓMO UN DISTRIBUIDOR NOS COBRA? NOSOTROS AUTORIZAMOS AL DISTRIBUIDOR y el distribuidor tiene unas planillas de control donde ellos van entregando los descuentos y el punto de venta si es el detallista tiene que ir firmando lo que va recogiendo de tal manera que nos devuelva a nosotros esas planillas, nosotros aleatoriamente verificamos que realmente hacemos algunas llamadas o decimos al supervisor que vaya para ver si realmente es muy fregada la promoción o el descuento y le abonamos el dinero a la cuenta corriente del distribuidor.”*

El testimonio anterior reitera que las activaciones y descuentos que realizaba la convocante los determina Bavaria y que dicha empresa señalaba los clientes a beneficiarse.

*“SR. FALLA: BAVARIA ASUME ESE GASTO DEL PRODUCTO, ES EL QUE PAGA EL PRODUCTO, ese producto inicialmente en su momento el distribuidor lo entrega al cliente y Bavaria le abona ese valor al cliente, al distribuidor en su cuenta corriente.*

*“SRA. MEJIA: En la cuenta corriente, lo que se hace para los descuentos es que YO ASIGNO UNOS RECURSOS PARA DESARROLLAR UN PROGRAMA y bien se si vamos a hablar de Arca en esa época, lo que se hace es que CON ESE PROGRAMA LE LLEGA Y EL DISTRIBUIDOR ES EL ENCARGADO DE ENTREGAR ESE DESCUENTO A DETERMINADOS CLIENTES.*

*Posteriormente el distribuidor nos devuelve la relación en donde nos dice a quién le entregó esos descuentos y esas promociones y NOSOTROS LE REEMBOLSAMOS EL DINERO DE ESAS PROMOCIONES EN SU CUENTA CORRIENTE”.*



La pregunta obvia es la siguiente: si se supone que Arca compraba los productos de la convocada para revender y tenía plena libertad para disponer de dichos productos como quisiera y, si daba descuentos y efectuaba promociones, se afectaría su propio patrimonio. La realidad contractual demuestra todo lo contrario. A lo anterior se suma el hecho de que el presupuesto de ventas, es decir, de compra por parte de los distribuidores, era previamente diseñado por Bavaria, empresa que incluso, en oportunidades, disponía la cantidad y clase de productos que debía comprarse para revender, por parte del distribuidor, según exposición de Gustavo Adolfo Quesada, distribuidor:

*“DR. SUESCUN: Quizás usted ya contestó esto pero desearía una precisión, cuando el distribuidor llegaba a la planta, el distribuidor hacía un pedido a Bavaria o por el contrario Bavaria le decía tengo esta lista de pedidos, lleve estas cantidades?”*

*SR. QUESADA: Cuando se refería directamente, hay unos casos muy puntuales y en eso sí quiero ser muy específico, obviamente el distribuidor tenía preferencia efectivamente de acuerdo a la rotación del producto por unas marcas especiales, PERO CUANDO SE ESTABLECÍAN CAMPAÑAS DE LANZAMIENTO DEL PRODUCTO O CUANDO SE RECIBÍAN INSTRUCCIONES ACERCA DE COBERTURAS Y ACERCA DE LABORES DE MERCADEO POR ALGUNAS MARCAS ESPECÍFICAS, ERA LA EMPRESA QUIEN ASIGNABA LAS CARGAS”.*

De otra parte, la entrega del producto al detallista se realizaba con la frecuencia, por las rutas y lugares de entrega previamente definidos por Bavaria. De manera que bien puede afirmarse que el distribuidor actuaba en interés de otro y por “cuenta” o por encargo del agenciado. Al efecto, es reiterada la declaración de los testigos tanto de distribuidores como de funcionarios de Bavaria:

*“DR. GIL: Esa es la ruta que tiene que cumplir el distribuidor o el distribuidor es libre de establecer una ruta diferente?”*

*SRA. MEJIA: No, LA RUTA PREVIAMENTE SE ESTABLECE ENTRE LOS DOS, porque lo que se busca es que en el menor tiempo posible y de acuerdo a las áreas se maximice el tipo de atención y todos los recursos tanto del distribuidor como de Bavaria.”*

*“DR. ARANGO: Quién define esas rutas en cuanto al territorio, y en cuanto a intensidad?”*

*SR. ACOSTA: ESAS RUTAS DEFINITIVAMENTE SON DEFINIDAS POR EL SUPERVISOR y con seguridad que tiene que estar al lado el distribuidor que sus vendedores llevan el vehículo o los vendedores de los distribuidores porque el distribuidor es uno solo para varios municipios”.*

*“SR. FALLA: Arca Asociados facturaba el producto en el centro de distribución de Neiva, facturaba, llevaba el producto de distribución a Florencia y de ahí en la bodega de Florencia él tenía unos carros de reparto que esos cargaban en la bodega y se iban a cumplir la ruta diaria, CUANDO SE LE ENTREGA AL DISTRIBUIDOR SE LE ENTREGAN UNAS RUTAS Y*

*UNAS FRECUENCIAS DE VISITAS A SUS CLIENTES nosotros teníamos frecuencia 2 y frecuencia 3, frecuencia 2 es que un cliente se visita dos veces a la semana, o frecuencia 3 que se visita 3 veces a la semana”.*

*“...esas rutas de hecho son supervisadas por el supervisor de ventas donde periódicamente hacen visitas y VAN A SABER SI EFECTIVAMENTE SE ESTA CUMPLIENDO CON LAS FRECUENCIAS Y CON LAS VISITAS DE REPARTO.*

*EN ESAS VISITAS QUE HACE EL SUPERVISOR DE VENTAS, VA DONDE LOS CLIENTES Y LE PREGUNTA SI EFECTIVAMENTE EL CLIENTE HA IDO A ATENDERLO Y CUÁNTAS VECES LLEGA, SI HA LLEGADO CON TODOS LOS PRODUCTOS, CON TODAS LAS MARCAS e inclusive uno llega hasta ir a la especificación si de pronto deja Poker, Costeña, Aguila, con Pony Malta, a fin de poder efectivamente mirar uno y hacer el cubrimiento del servicio de distribución que tiene el distribuidor”.*

La compra para la reventa, que fue impuesta por Bavaria, constituye un simple elemento en la cadena de distribución, pues corrido el velo de la supuesta distribución, se observa que dicha imposición se EFECTUÓ COMO INSTRUMENTO CONTRACTUAL PARA EVADIR LA APLICACIÓN DE LAS PRESTACIONES PROPIAS DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL. Tal actuación rompe el principio de la buena fe y la obligación de no abusar del derecho, por lo que habrá de aplicarse “mutatis mutandi”, la teoría del levantamiento del velo corporativo aplicable en materia societaria, institución que enseña que cuando se presenta abuso de derecho y se utiliza el contrato social, con fines distorsionantes, se atenderá a lo que surge de la realidad contractual y de esta forma, descornado el velo corporativo, responderán directamente los socios o administradores abusivos. (C- 865 de 2004). Es que como lo precisa el profesor Marzorati:

*“...ES NECESARIO DAR UN PANORAMA DE LAS DISCREPANCIAS TERMINOLÓGICAS QUE SE UTILIZAN, CUANDO SE DISCUTE SOBRE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS. En España se los conoce como contratos de concesión. Igual terminología se aplica en Francia y Bélgica, único país europeo que ha legislado sobre el tema. Italia, que no ha legislado sobre el tema, lo denomina contrato de distribución”*

*“En efecto, se habla también de contrato de distribución, franquicia o también concesión comercial englobados en una misma disposición legal. En algún caso, como lo regula Colombia, la agencia comercial abarca también lo que a lo largo de este y sucesivo trabajo, tipificaremos como concesión, franchising, términos que no creemos análogos”.*

*“ES INTERESANTE DESTACAR QUE EL DISTRIBUIDOR ES LIBRE DE FIJAR EL PRECIO DE REVENTA DE LOS PRODUCTOS y que el contrato modelo contempla contratos de distribución con plazos fijos o indeterminados con preavisos de seis meses...” (Osvaldo J. Marzorati. Derecho de los negocios internaciones. Astrea, 1997. Pág. 543 y 561).*

Como se observa, lo natural es que la ganancia del distribuidor siempre está en la diferencia de precio entre la compra y la reventa. A lo anterior se une la imposibilidad de que una de las

partes, de modo unilateral y sin consideración a la otra, fije libremente el precio del contrato, pero de forma tal que ninguna utilidad le quede a su cocontratante. (arts. 1537 y 1865 C.C.) .En conclusión, en el presente caso no se desarrolló ni ejecutó aquel contrato que la Corte Suprema y la doctrina colombiana denominan como de Distribución y con el cual fue etiquetado el contrato objeto de la litis, razón por la cual se debió recurrir a una forma de remuneración extraordinaria y ajena al mencionado contrato de distribución, que las partes denominaron como “flete”. Desde luego, si la remuneración convenida no estaba encaminada a satisfacer el contrato de distribución, como que resulta bastante ajena a éste, fácil resulta inferir que en realidad se está compensando otra actividad contractual vinculada con la distribución y que constituye la relación negocial efectivamente querida y que se encomendó de hecho.

Como bien lo determinó la Corte Suprema, Sala Civil, en su Sentencia de fecha febrero 28 de 2005, LO ESENCIAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL ES QUE EL AGENTE ASUMA Y DESARROLLE EL ENCARGO DE PROMOCIONAR LOS BIENES O SERVICIOS DEL EMPRESARIO. Por lo tanto, si se presenta dicho elemento, unido a la designación del territorio, la independencia del agente y la estabilidad en su ejercicio, la remuneración o pago, ASÍ SE DISPONGA OTRA COSA EN EL CONTRATO, YA EXISTE AGENCIA DE HECHO.

#### **IV.DE LA AGENCIA MERCANTIL DE HECHO**

Para determinar si en el caso de autos se presentó una agencia mercantil de hecho, hay que verificar el cumplimiento de cada uno de los elementos esenciales del contrato de agencia, lo que conduciría a descorrer el velo de lo que las partes denominaron “OFERTA DE DISTRIBUCION”, para concluir si fue éste, efectivamente, el contrato querido y ejecutado por las partes.

Aquí vale la pena anotar que en innumerables laudos arbitrales, la discordancia entre lo consignado en el convenio escrito que supone la existencia de un contrato específico que no corresponde al reglado en el artículo 1317 del C.Co. y que lo excluye expresamente mediante el establecimiento de cláusulas contractuales, y lo ocurrido en los hechos, permite inferir la formación de un verdadero contrato de agencia mercantil; pero tal asunto, se ha solucionado acudiendo a la aplicación de la teoría de los actos propios, como igualmente lo ha hecho la Corte Suprema, en casos similares. (C.S.J. Sala civil, Sentencia de agosto 09 de 2007). SIN EMBARGO, LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS RESULTA DE CARÁCTER SIMPLEMENTE AUXILIAR PUESTO QUE EN VERDAD, EL FUNDAMENTO LEGAL PARA RESOLVER ESTE ASUNTO, EN MATERIA DE AGENCIA MERCANTIL, VIENE DADO POR LA FIGURA DE LA AGENCIA MERCANTIL DE HECHO, ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1331 C.Co.

Dada la lejanía existente entre la realidad contractual o ejecución efectiva de lo convenido, frente a lo consignado en el contrato surgido a raíz de la aceptación de la oferta de contrato de distribución de fecha de Julio 12 de 1998, objeto de esta litis, uno se pregunta cuál debe

ser el papel del Juzgador, cuando es manifiesta y grosera la desnaturalización de lo expresado en las cláusulas contractuales y el tipo contractual seleccionado para etiquetar el convenio. Pues habrá de buscarse el contrato efectivamente ejecutado y los términos del mismo, según el direccionamiento dispuesto por Bavaria.

Teniendo en cuenta la ejecución efectiva del contrato (pese a lo consignado en el escrito), se hace necesario realizar un análisis profundo sobre la institución conocida como la agencia mercantil de hecho, consagrada en el artículo 1331 C.Co. De encontrarse tipificada la agencia de hecho, si se prueban las condiciones esenciales del artículo 1317 C.Co., no existe problema alguno en la aplicación íntegra de la legislación correspondiente, en la medida que A ESTA INSTITUCIÓN SE APLICAN LOS MISMOS EFECTOS DE LA AGENCIA REGULAR y en consideración a que la agencia de hecho puede presentarse en concurrencia con otros contratos, y su prueba resulta libre.

Si bien es cierto que los proyectistas del vigente Código de Comercio se basaron, en mucho, para la consagración del contrato de agencia mercantil, en la regulación establecida en el Código Civil Italiano de 1942, también lo es que la mencionada disposición sobre agencia mercantil de hecho no fue contemplada en la normatividad Italiana y tampoco tiene su paralelo en las legislaciones Europeas vigentes a dicha época. El origen normativo de la agencia mercantil de hecho es bastante misterioso, como que no se consignó en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio del año 1958. La jurisprudencia de la Corte Suprema no ha abordado el tema y la doctrina nacional, apenas hace exiguas referencias. En tal sentido el profesor Gaviria G. Expresa:

*“A mi juicio, está se presenta cuando las partes han acordado el contrato en forma consensual y también cuando el convenio no surja directamente de expresas manifestaciones de voluntad, verbales o escritas, SINO DE LOS MISMOS HECHOS, ES DECIR, DE UNA CONDUCTA CONCLUYENTE DE LOS CONTRATANTES, la cual demuestre, en forma tácita pero inequívoca, la existencia del consenso recíproco” (Enrique Gaviria Gutiérrez. Derecho Comercial. Editorial Bedout. Pág. 87)*

*“Pues bien, nos hemos tomado el tiempo de indagar un poco sobre la historia de la concepción del contrato para darle un sentido al art. 1331 del Código de Comercio, el cual señala, en nuestra opinión, UN RECONOCIMIENTO LEGAL A UNA SITUACIÓN QUE SE TOMA DE LA REALIDAD, DEL ACONTECER FÁCTICO. Con el art. 1331 se está dando el alcance y la transparencia como fuente de obligaciones a situaciones de hecho, a las cuales llegan los sujetos sin haberse propuesto tal empaño de común acuerdo y en virtud de las cuales se ha presentado por parte de un empresario mercantil la conquista de un mercado para un producto, lo cual beneficia a otro empresario, que es a su vez el productor o distribuidor de ese producto. CUALQUIER RESTRICCIÓN A ESTE ENTENDIMIENTO NO SERIA OTRA COSA QUE INVALIDAR EL IMPORTANTE AVANCE DE NUESTRO LEGISLADOR AL CONCEBIR LA AGENCIA MERCANTIL. “(Jaime Alberto Arrubla P. Contratos Mercantiles. Tomo I. Dike 1987. Pag. 391).*

*“Y es que al legislador mercantil le interesa que los efectos jurídicos del contrato de agencia SE PRODUZCAN POR ENCIMA DE MERAS CONSIDERACIONES NOMINATIVAS DETERMINADAS POR LAS PARTES, o de formalismos que pudieran eficacia”. (José Armando Bonivento J. Contratos mercantiles de intermediación. El profesional, 1996, pág. 182).*

La regulación de la Agencia mercantil de hecho, incluso, podría solucionar conflictos frecuentes en los cuales se inició una relación de carácter meramente consensual y posteriormente se firma un contrato, por escrito, de agencia o bajo cualquier otra denominación, con cláusulas de estilo tales como que ese documento constituye un acuerdo único y total entre las partes y sustituye y deja sin efecto cualquier otro contrato escrito o verbal convenio entre las mismas partes contrayentes con anterioridad. Probado que la ejecución del convenio escrito constituye una simple continuidad del mismo contrato que se venía ejecutando, pues sustancialmente no cambiaron las condiciones, bien se podría DERIVAR EN UN ÚNICO CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL, si el primero (consensual), efectivamente lo fue y se continúa desarrollando en la misma forma, pero bajo el amparo del contrato escrito (el segundo). En esta hipótesis, a la agencia regular, se suma el tiempo de la agencia de hecho

No es un secreto que a partir de la vigencia del nuevo Código de Comercio, los empresarios preocupados por los posibles efectos de las prestaciones contenidas en el artículo 1324, han venido ensayando diferentes estrategias para desvirtuar la figura contractual de la agencia mercantil, llegando al colmo de establecer las famosas cláusulas “espejo”. Si bien, la normatividad relativa a la agencia mercantil se estructuró de tal manera que el agente no pudiera ser considerado trabajador del empresario, de ahí la exigencia de ser comerciante independiente, en todo caso, SU REGULACIÓN QUEDÓ IRROGADA DE NORMAS PROTECCIONISTAS A FAVOR DEL AGENTE, de manera similar a la forma en que las leyes laborales protegen al trabajador, lo que ha conducido a gran parte de la doctrina y a la jurisprudencia a considerar que las prestaciones establecidas en el artículo 1324 C.Co., son de orden público (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de Mayo 2 de 1980; en parecidos términos puede consultarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la comunidad Europea expedida en el año 2000 asunto C- 381/98, caso Ingmar GBL Ltda y la sentencia de Abril 3 de 2007 del Tribunal permanente de Mercosur.)

La consagración de las denominadas cesantía e indemnización comercial (art. 1324 C.Co.), que fueron concebidas como una especie de paralelo a las prestaciones sociales de los trabajadores, razón por la cual la jurisprudencia las considera como prestaciones de orden público y por lo tanto, irrenunciables, no puede pasarse por alto, sin tener presente el artículo 1331 C.Co., que trata sobre la agencia mercantil de hecho, pues tal figura también guarda una gran similitud con lo expresado en el artículo 23 del C.S.T., y que ha dado lugar a doctrina y jurisprudencia laboral conocida como “El Contrato Realidad”.

Realmente es impresionante el símil del art 1324 C.Co, con las normas proteccionistas laborales, tanto que, las prestaciones del mencionado artículo 1324 se las suele llamar como cesantía e indemnización comercial. Acorde con lo anterior y en relación a la terminación del

contrato laboral, llama la atención que el artículo 62 del C.S.T., dispone: “*Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo*”, y el artículo 1325 C.Co., también dispone: “*Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia mercantil*”. A lo anterior hay que añadir que el artículo 62 C.S.T., divide la norma que regula la terminación de la relación laboral, en causas, “*por parte del patrono*” y “*por parte del trabajador*” y el artículo 1325 C.Co. también divide las causales de terminación del contrato de agencia mercantil “*por parte del empresario*” y “*por parte del agente*”. Tal similitud viene a ser rematada por lo previsto en el artículo 1327 C.Co., que regula la terminación contractual por decisión unilateral del agente, pero por causas originadas en conductas del empresario y determina sus efectos, en igual forma a como se regula para el contrato laboral, en el artículo 64 C.S.T., figura que se conoce como el despido indirecto.

Con estos antecedentes, fácil es concluir que la denominada agencia de hecho tiene la misma finalidad proteccionista que la figura del “contrato realidad” establecida en el artículo 23 C.S.T en los siguientes términos:

*“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo Y NO DEJA DE SERLO POR RAZÓN DEL NOMBRE QUE SE LE DÉ, NI DE OTRAS CONDICIONES O MODALIDADES QUE SE LE AGREGUEN”.*

En relación a esta interesante doctrina sobre el contrato laboral realidad, que dimana del expuesto artículo 23 reseñado, tiene dicho la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema:

*“Según el principio de la primacía de la realidad, uno de los fundamentales en el derecho del trabajo, <EN CASO DE DISCORDANCIA ENTRE LO QUE OCURRE EN LA PRACTICA Y LO QUE SURGE DE DOCUMENTOS O ACUERDOS, DEBE DARSE PREFERENCIA A LO PRIMERO, ES DECIR, A LO QUE SUCEDE EN EL TERRENO DE LOS HECHOS>”. (C.S.J., Sala Laboral, Sección Primera, Sentencia de Dic. 01/81).*

*“Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que NO SE DEBE ESTAR A LAS DENOMINACIONES DADAS POR LAS PARTES O POR UNA DE ELLAS A LA RELACIÓN JURÍDICA, SINO OBSERVAR LA NATURALEZA DE LA MISMA respecto de las presentaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter, para definir lo esencial del contrato”.( C.S.J, sala. Laboral, Sentencia de noviembre. 27 de1957, G.J.XCI, 1147).*

*“Esta apreciación no es errónea, porque precisamente la relación de trabajo puede existir AÚN CUANDO LAS PARTES HAYAN DADO UNA DENOMINACIÓN DIFERENTE AL VINCULO QUE LOS UNE, por lo cual ha de atenderse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas” ( C.S.J, Sala Laboral, Sentencia de abril 24 de 1975).*

Si bien, el artículo 1331 C.Co., no define en qué consiste la agencia mercantil de hecho, pues se limita a estatuir que a dicha modalidad contractual se le aplicarán las normas correspondientes a lo que se podría denominar como la agencia regular, tal institución tiene su paralelo con lo consagrado por el mismo legislador del 71 y que se conoce como la sociedad mercantil de hecho. En efecto, el artículo 498 C.Co., determina que la sociedad de hecho es aquella que no se constituye por escritura pública, pero contiene los elementos esenciales del contrato social disponiéndose, a continuación, LA LIBERTAD PROBATORIA PARA ACREDITAR SU EXISTENCIA. Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

*“Según lo tiene repetido la Jurisprudencia y lo recuerda el Tribunal sentenciador, Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así:*

*Primera.- Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanza la categoría de tales.*

*Segunda – Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y DE LAS CUALES SE INDUCE UN RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO”.*

*“Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase – Que los expositores llaman SOCIEDADES CREADAS DE HECHO O POR LOS HECHOS – no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones reciprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en estas, tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción... “(C.S.J sala civil, Sent marzo 17 de 1952).*

*“No obstante, las sociedades de hecho, conforme lo tiene precisado la jurisprudencia, pueden surgir, no solo por la expresión de un consentimiento manifiesto de los interesados pero que, por falta de cualquiera de los requisitos formales exigidos por la ley para la formación del contrato social, no alcanzan a ser sociedades regulares o de derecho, sino que, también, ellas pueden surgir a partir de la mera colaboración de dos o más personas que suman sus esfuerzos en la realización de determinadas operaciones económicas, a efecto de obtener beneficios comunes, Y DE LAS QUE, EN LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE REALIZAN ES POSIBLE COLEGIR SU CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO”. (C.S.J. sala civil, Sentencia 2002-00079 de marzo 25 de 2009).*

Como se observa, el legislador estatuyó la figura de la sociedad de hecho cuando se omite la formalidad de la escritura pública, MÁS SIN EMBARGO, POR LOS HECHOS, RESULTE EVIDENTE QUE SE HAN PRESENTADO TODOS LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD, en los términos del artículo 98 C.Co., en forma coincidente a la teoría del “contrato realidad” que pregona la doctrina y jurisprudencia laboral ya referenciada.

En todo caso, el consentimiento para asociarse debe aparecer, al menos, de manera implícita.

Nótese que el contrato de agencia, bajo la modalidad de agencia regular, también está sometido a una doble formalidad tal como acontece con el contrato de sociedad regular: Por una parte, su instrumentación documentaria y por otra, el registro mercantil. (Artículo 1320 C.Co.). Es que, como lo consagra el Artículo 40 C.Co. y la Ley 233 de 1995, Artículo 226, **AL REGISTRO MERCANTIL SÓLO INGRESAN ACTOS O CONTRATOS QUE SE ENCUENTREN CONSIGNADOS DOCUMENTALMENTE Y QUE HAYAN SIDO PREVIAMENTE RECONOCIDOS.** (En este mismo sentido se pronuncia la Superintendencia de Industria y Comercio en concepto 06076353 de Agosto 26/ 06, concepto del 8 de Febrero de 2010, radicado 1000 8994, y Supersociedades, concepto 220-022017 de Febrero 12/08)

Por lo tanto, habrá agencia mercantil de hecho cuando por los “hechos” de ejecución y desarrollo del contrato, realizados con el consentimiento mutuo y de ambos contratantes, se presenten los presupuestos esenciales consignados en el Art. 1317 C.Co, pese a que el contrato no cumpla las formalidades de constar por escrito y se omita su registro mercantil, o simplemente exprese que dicho acuerdo no constituye ni puede constituir un contrato de agencia mercantil. En otras palabras: **EXISTIRÁ AGENCIA MERCANTIL DE HECHO CUANDO POR LOS “HECHOS” EJECUTADOS Y CUMPLIDOS POR EL INTERMEDIARIO PARA FACILITAR O COLOCAR LOS BIENES O SERVICIOS DE UN EMPRESARIO ANTE EL CONSUMIDOR FINAL, SE DAN LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO MERCANTIL DE AGENCIA,** en los términos del Art. 1317 C.Co, no obstante que las partes, por escrito, hayan establecido un contrato diferente, **SI DE LA ACTUACIÓN CONTRACTUAL PUEDE INFERIRSE EL CONSENTIMIENTO MUTUO RELATIVO AL ENCARGO,** al menos de manera implícita, como sucede con la sociedad de hecho. En estos casos, acogiendo la copiosa Jurisprudencia laboral sobre el contrato realidad y el criterio jurisprudencial sobre la sociedad de hecho, bien puede concluirse que cuando se firma una convención bajo un bautizo, etiqueta o determinado ropaje con que se quiso disfrazar el contrato de agencia, con el fin de evadir las prestaciones previstas en el Art. 1324 C.Co, **DEBEN PRIMAR LOS HECHOS DE EJECUCIÓN CONTRACTUALES SOBRE LO LITERAL CONSIGNADO EN EL DOCUMENTO SUSCRITO POR LAS PARTES,** situación que tampoco es ajena a la jurisprudencia de la sala civil de la Corte.

De manera similar al denominado contrato laboral realidad, el cual surge de los hechos, independientemente a lo consignado en el convenio escrito, la agencia de hecho también surge de los hechos, es decir, del comportamiento de las partes, así se pretenda disfrazar la relación jurídica indicando, en el formato documental, un contrato sustancialmente diferente. Comparte también, la libertad probatoria, para acreditar su existencia. Naturalmente, **EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL DE HECHO TAMBIÉN PUEDE RESULTAR COLIGADO A OTROS CONTRATOS COMO EL CONTRATO DE FABRICACIÓN O DE DISTRIBUCIÓN.** En éste último caso, el agente asume el encargo adicional de “producir” el bien del agenciado, y/o de distribuirlo directamente.



## **V. EL CONTRATO EFECTIVAMENTE EJECUTADO.**

En sustancia y acorde con el recto alcance que debe dársele al Artículo 1331 C.Co., fuerza concluir que no obstante el bautizo con que las partes denominen el contrato, así como la inclusión expresa de cláusulas que tiendan a desvirtuar la presencia de los elementos tipificantes del contrato de agencia mercantil, si por los hechos resulta evidente que durante la ejecución del contrato se presentan éstos, y efectivamente existió un encargo expreso o tácito por parte del empresario, el juzgador debe entender que se formalizó un verdadero contrato de agencia mercantil de hecho.

Hechas las anotaciones anteriores, se procede a realizar un cotejo entre la forma en que se pactó el contrato según documento de fecha Julio 22 del 98 y sus dos modificaciones, el contenido de sus cláusulas y, la realidad contractual, con el fin de escudriñar si se presentó una agencia mercantil de hecho en concurrencia con una distribución. Por lo tanto, se procede a examinar lo que la doctrina y jurisprudencia tradicional han considerado como los elementos esenciales de la agencia mercantil.

### **A. LA ACTUACION POR CUENTA DE OTRO**

Un primer elemento a determinar será verificar si ARCA actuó por cuenta de Bavaria, teniendo en cuenta que en la modificación al contrato realizada en agosto 23 del 2003 expresamente se le prohibió dicha facultad, y el Tribunal considera que tal requisito esencial no se presentó, puesto que la convocante revendía sus propios productos. Por lo tanto, el tema merece un estudio a fondo, máxime cuando la jurisprudencia y doctrina nacional han concluido que por virtud de ser la agencia mercantil una especie de mandato, debe acreditarse plenamente que el agente actuaba por cuenta del agenciado. Con razón se ha dicho que cumplido lo anterior, basta la independencia y estabilidad del agente, la designación de un territorio, la obligación de promocionar un producto o servicio del empresario, en el territorio asignado y el pacto de una remuneración a favor del agente, para que se configure la relación contractual de agencia. Los anteriores elementos, se afirma, dan nacimiento a un contrato de agencia mercantil.

Efectivamente, la doctrina mayoritaria concluye que SIENDO LA AGENCIA UNA ESPECIE DE MANDATO, EL AGENTE DEBE OBRAR POR CUENTA DEL EMPRESARIO por lo que si se compra para revender, no se obraría por cuenta del empresario sino por cuenta exclusiva del distribuidor y por supuesto, no podría hablarse de contrato de agencia, tal como lo determinó el Tribunal. Sin embargo, éste obrar por “cuenta” de otro, tiene un alcance diferente al que tradicionalmente se infiere en el mandato, precisamente, por los rasgos especiales de la agencia.

En sentencia de Octubre 31 de 1995, (C.S.J., Sala Civil), la Corte manifestó que lo que caracteriza la agencia mercantil no es tanto la actividad publicitaria o la de promoción, sino la actuación por cuenta de otro. En todo caso, el agente no asume o no cumple tal calidad de mandatario, CUANDO SE DEDICA A LABORES DE SIMPLE PROMOCIÓN DEL BIEN O SERVICIO DEL AGENCIADO, PORQUE A ESTO SE REDUJO SU ENCARGO, (lo que se ha

denominado actividad puramente material), sin que tenga que salir a firmar, suscribir o celebrar contratos con terceros. Basta, pues, la simple promoción de negocios con respecto a los bienes o productos del empresario tal como actuó Arca Asociados, cumpliendo instrucciones de Bavaria, para que pueda presentarse una agencia de hecho.

Por lo tanto, para dejar totalmente abierta la puerta al contrato de agencia de hecho, se debe determinar si Arca actuaba por cuenta de Bavaria, es decir, de manera importante se trasladaban los riesgos a la convocada, pero en la forma especial atribuible a dicho contrato, con respecto a las labores de distribución e intermediación realizadas, o si por el contrario, Arca funcionaba de manera libre y espontánea, tal como lo hacen los simples distribuidores. Un primer elemento a tener en cuenta es que por imposición de Bavaria, Arca compraba los productos para revender al mismo precio. Aquí se desnaturaliza lo que en el mundo comercial se conoce como el contrato de distribución, en el cual, LA GANANCIA DEL DISTRIBUIDOR PRECISAMENTE CONSISTE EN LA DIFERENCIA DE PRECIOS ENTRE LA COMPRA Y LA REVENTA: por lo tanto, también se puede afirmar que en ésta operación neutra para el distribuidor, el riesgo era exclusivamente de Bavaria, si vendía barato, perdía Bavaria: si vendía caro, ganaba Bavaria.

La actuación por cuenta de Bavaria aparece todavía mucho más clara en las denominadas activaciones. En estas se hacían promociones a favor del consumidor conocidas como el 2X1 o 3 X2. Es decir, pague un producto y reciba dos, pague dos y reciba tres. Si bien, el producto se entregaba de la mercancía que el distribuidor tenía en su bodega y previamente había comprado a Bavaria, FINALMENTE LA CERVECERA ERA LA QUE CORRÍA CON EL GASTO, PUESTO QUE LE RECONOCÍA, EN DINERO A ARCA, EL VALOR CORRESPONDIENTE A LOS PRODUCTOS ENTREGADOS GRATUITAMENTE, según manejo que se hacía por intermedio de la cuenta corriente que existía entre ambos contratantes. Todo lo anterior se hizo con el fin de seguir las instrucciones dadas por Bavaria, según lo estipula el artículo 1321 C.Co. Otro tanto ocurría con los premios otorgados a los consumidores por el consumo de productos Bavaria, los cuales eran entregados por el distribuidor, pero previamente eran adquiridos por la convocada y remitidos a los distribuidores.

De manera que, cuando al agente simple, (entendido por tal al que debe promocionar negocios relativos al producto, de manera independiente y estable), se le agregan obligaciones adicionales como las de actuar como productor o distribuidor, en cualquiera de sus modalidades, incluso asignándole labores de atender la postventa y de cobrar cartera, ESTAS OBLIGACIONES QUE SE AGREGAN A LA AGENCIA SIMPLE, POR MEDIO DE CLÁUSULAS ACCIDENTALES, NO PUEDEN TENER LA VIRTUD DE ELIMINAR LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA. Otra cosa es que al constituirse en relaciones jurídicas coligadas de manera sustancial, a la agencia, porque así lo permite el art. 1317 C.Co., corran la misma suerte del contrato de agencia. No puede perderse de vista que estas relaciones jurídicas adicionales pero coligadas, (el contrato de obra, maquila, suministro o distribución, servicios postventa, servicio de recaudo de cartera), sirven como medios para prestar un mejor servicio o desarrollar más adecuadamente la agencia mercantil y corren la misma suerte de éste contrato.

Se dice que la actuación por cuenta de otro, se traduce en el riesgo de la operación encomendada. Ahora bien, tampoco es cierto que en el contrato de agencia el agente no asuma riesgo con respecto al contrato celebrado con el tercero, en ejecución de su encargo. Por el contrario, si el agente no tiene facultades de representación, frente al tercero, obrará a nombre propio, por lo que responderá en calidad de vendedor, de cualquier incumplimiento contractual y podrá ser condenado, en proceso declarativo, a indemnizar los perjuicios. En teoría, por tales perjuicios podrá repetir contra el agenciado, pero bien puede suceder que cuando inicie la acción de repetición, el agenciado ya se haya liquidado o se encuentre en estado de insolvencia que le impida pagar dicha deuda, de suerte que, el patrimonio del agenciado, sí terminó afectado.

El parecidos términos, cuando el agente ocupa el doble papel de fabricante y agente, todas las vicisitudes que sucedan en cumplimiento de sus labores de fabricación, las asume el agente, aun frente a terceros, por su condición de fabricante y en tal caso, no podrá repetir lo pagado contra el agenciado. (Por ejemplo, responsabilidad por productos defectuosos).

También se ha dicho que las labores de promoción deben ser activas, de tal suerte que el agente siempre debe obtener ofertas de contrato a favor del empresario, lo que reconfirma la obligación de actuar por cuenta del agenciado. A todo lo anterior habrá de manifestarse que ni la promoción activa, en el sentido de que efectivamente se concreten contratos en interés del agenciado, ni la actuación por cuenta del agenciado, constituyen un requisito esencial del contrato de agencia. Por el contrario, FORMAN PARTE DE SUS OBLIGACIONES NATURALES, las cuales surgen a raíz del nacimiento y eficacia del contrato de agencia, PERO LAS PARTES PUEDEN DISPONER EN CONTRARIO. En este orden de ideas, si el agente no despliega promoción alguna tendiente a concretar negocios o si la realiza muy someramente y de manera tan poco profesional que no logra incrementar la clientela del agenciado, de tal manera que éste no recibe ninguna oferta adicional, mal podría concluirse que no hay contrato de agencia; SI LO HAY, LO QUE PASA ES QUE EL AGENTE LO INCUMPLIÓ Y DEBERÁ RESPONDER POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS. En últimas, la actuación por cuenta del agenciado se presenta en la esfera del cumplimiento del contrato y no en el ámbito de su nacimiento, e incluso puede no ocurrir debido a que el encargo al agente consiste en promover negocios del empresario, pero no en celebrarlos o ejecutarlos. Por lo tanto, sólo en el evento en que el contrato le asigne al agente la función adicional de celebrar o ejecutar los negocios previamente promovidos, deberá cumplir con la carga de obrar por cuenta del empresario.

Todas estas reflexiones llevan a la conclusión de QUE LA ACTUACIÓN POR CUENTA DEL EMPRESARIO NO CONSTITUYE UN ELEMENTO DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA SINO QUE CORRESPONDE A UN ELEMENTO DE SU NATURALEZA, modificable o derogable por el común acuerdo de los contratantes. En todo caso, en la agencia simple, cuando al agente se le encomiendan labores de promoción de negocios, sin que sea necesario que adicionalmente gestione o contrate directamente o como representante del agenciado, con los terceros, no se presenta, estrictamente, la actuación por cuenta del empresario, y sin embargo, si se trata de un verdadero contrato de agencia.

De igual forma, puede suceder, como ya se manifestó, que el agente sí haya sido muy profesional en sus labores de promoción, pero por más esfuerzos hechos no logró concretar ningún negocio a favor del agenciado, caso en el cual no desarrolló o ejecutó ningún acto o contrato con un tercero para concretar su actuación por cuenta del agenciado, pero no puede inferirse el incumplimiento del contrato, como tampoco puede concluirse que el agente actuó por cuenta del agenciado y sin embargo, entre estos dos, si existe un contrato de agencia mercantil.

Que LA ACTUACIÓN POR CUENTA DEL MANDANTE SÓLO SE PRESENTA CUANDO SE CUMPLE EL ENCARGO DE EJECUTAR O CELEBRAR ACTOS CON TERCEROS, lo confirma el artículo 1287 C.Co., que específicamente califica a la comisión como una especie de mandato en el cual, EL ENCARGO CONSISTE EN LA EJECUCIÓN DE UNO O MÁS NEGOCIOS, COMO IGUALMENTE SE EXPRESA EN EL MANDATO. Habrá de diferenciarse, entonces, el encargo de actuar por cuenta y en interés de un tercero, del cumplimiento efectivo de la anterior misión, lo que se acredita sólo cuando se celebran actos y contratos con terceros. En el primer evento, estamos en presencia de la formación del contrato y el nacimiento de una obligación, y en el segundo, se trata del cumplimiento efectivo de la obligación ya surgida.

Aún, en el mandato, LO SUSTANCIAL ES QUE EXISTA UN ENCARGO para que el mandatario ejecute uno o más actos o contratos obrando por cuenta del mandante. Sin embargo, si al mandatario se le torna imposible ejecutar el encargo, (por ejemplo, por destrucción del bien objeto del encargo o por imposibilidad de concretar ofertas), nunca podrá afirmarse que no existió mandato. Por supuesto, LO ESENCIAL PARA EL NACIMIENTO DEL CONTRATO ES EL ENCARGO. Así, si en un mandato sin representación, el mandatario abusivo vende por cuenta y en interés propio, a nombre propio; el contrato de mandato si existió y lo que se presenta es un incumplimiento contractual, que es algo diferente. Luego, lo sustancial es el encargo de actuar por cuenta y en interés del mandante, sin importar si efectivamente se cumple dicho cometido, como lo confirman los artículos 1264, 1266, 1267, 1272, 1275 y 1286 C.Co.

Por lo tanto, muy a pesar de la doctrina reiterada, LA ACTUACIÓN POR CUENTA DEL MANDANTE NO ES UN REQUISITO ESENCIAL O PARA EL NACIMIENTO DEL CONTRATO, ES LA PRINCIPAL OBLIGACIÓN DEL MANDATARIO; para que exista obligaciones, previamente debe existir el contrato.

De aquí que, el obrar por cuenta de otro no necesariamente implica que el contrato sólo sea útil "al otro". Para abundar en razones, sea lo primero anotar que la delimitación de lo que ha de entenderse por obrar por "cuenta" de otro, constituye una precisión dogmática de la jurisprudencia y doctrina, puesto que el legislador no la definió. Pero en materia propia del contrato de mandato, bien fácil resulta concluir que el mandatario obra por cuenta del mandante, debido a que los riesgos del acto o contrato encomendado y celebrado, corren en cabeza del mandante, pese a que el mandatario obre en nombre propio, puesto que así lo expresa el artículo 1285 C.Co.

Frente a la agencia mercantil, por el contrario, el riesgo suele ser compartido. Es más, incluso puede asumirlo, en forma exclusiva, el agente, tal como lo dispone el artículo 1323 C.Co. Así por ejemplo, si el agente dispone toda su estructura comercial, abre establecimiento de comercio, contrata un equipo de ventas e inicia de manera efectiva la promoción del producto o servicios con miras a que se celebren negocios con respecto a éstos, y pasado algunos meses quiebra y liquida su empresa porque no pudo obtener la conclusión de ningún negocio por razón del producto tan especializado y costoso objeto de su encargo, el agente fue el único que asumió todos los riesgos en desarrollo del contrato. Se hizo la promoción, conforme a lo encargado, pero nunca se celebró o ejecutó contratos con terceros y sin embargo, si existió contrato de agencia. En parecidos términos, cuando el agente asume la condición adicional de ser fabricante del bien objeto de promoción, si se quema su fábrica, la pérdida de la factoría, de la materia prima, los productos terminados y de la maquinaria y equipos, solamente lo empobrecen a éste, no el empresario o agenciado. Aquí hay que tener en cuenta que el requisito esencial de ser comerciante independiente, implica, obligatoriamente, ser el dueño y responsable de su propia empresa, por lo que los riesgos de lo que ocurra al interior de la misma, también los asume, exclusivamente, el agente. Desde luego, es posible que el agente finalmente no gane ninguna remuneración, por no lograrse la concreción de contratos con terceros, lo cual no significa que no haya habido contrato de agencia.

En conclusión, en ejecución y desarrollo del contrato de agencia mercantil no se puede afirmar que el agente actúa, en todo, por cuenta y riesgo del agenciado derivando los riesgos de sus actividades, en cabeza del empresario. Se podría argumentar que LA ACTUACIÓN POR "CUENTA" DEL PRINCIPAL NO SE PRESENTA EN EL CONJUNTO DEL CONTRATO, SINO EN EL DESARROLLO DE CADA UNA DE LAS PRESTACIONES Y CONVENIOS CELEBRADOS CON LOS TERCEROS, lo cual tampoco resulta exacto, si se considera que la agencia mercantil, a diferencia del corretaje, no regula operaciones o contratos sueltos. En todo caso, cuando el agente se ocupa, exclusivamente, de promocionar los bienes o servicios del empresario con miras a buscar negocios a favor del agenciado, debido a que los contratos finales los decide y suscribe directamente el empresario, para nada puede afirmarse que el agente que cumplió rectamente con su encargo, obró por cuenta del empresario, y sin embargo, hay contrato de agencia, en su forma más primitiva y simple. No pudo "obrar por cuenta", pues no convino ningún negocio con terceros, pero si cumplió su gestión para que resultaran negocios a favor del agenciado.

De otra parte, no existe ninguna norma en el Código de Comercio que determine que en las actividades de agenciamiento, el agente, como comerciante independiente, no puede obtener provecho para sí, y por el contrario que sus actuaciones deben resultar en provecho exclusivo del empresario. Esta conclusión riñe con la realidad comercial del contrato de agencia en la medida que cuando el agente, en cumplimiento de su encargo, logra el cometido de mantener, incrementar y expandir la clientela, no solamente está favoreciendo y beneficiando al empresario, sino que correlativamente está beneficiando a su propia organización. Entre más clientela atiende, mayor será su remuneración o beneficio por la ejecución del encargo. No es casual que los artículos 1322 y 1323 C.Co, hablen de la remuneración a favor del agente y que el 1324 C.Co., se refiera, específicamente, a la

“UTILIDAD” recibida por el agente, en desarrollo del contrato. Luego, la agencia mercantil es un contrato útil tanto para el empresario como para el agente.

De conformidad con lo ya expuesto, se podría considerar que la intermediación y promoción se desarrolla por cuenta del agenciado, pero con un alcance muy diferente al que se tiene en el mandato, cuando se hace referencia al obrar por cuenta del mandante. Se debe considerar, en primer término, que LA FINALIDAD ESENCIAL DEL MANDATO ES LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN ACTOS Y CONTRATOS ENTRE EL MANDANTE Y LOS TERCEROS, pues en desarrollar dichos actos consiste el encargo; al paso que EN LA AGENCIA MERCANTIL LO CONSTITUYE LA PROMOCIÓN DE BIENES O SERVICIOS DEL EMPRESARIO CON MIRAS A MANTENER Y CAUTIVAR UNA CLIENTELA. Entonces, cuando el mandatario efectivamente celebra actos o contratos con los terceros, obra por cuenta del mandante, lo que fácilmente permite concluir que el riesgo del negocio, así suscrito, gira en interés y en cabeza del agenciado. Si el encargo al agente es de simple promoción de negocios, también resulta que los riesgos de los actos o de los contratos celebrados en el territorio del agente con respecto a los bienes o servicios promovidos, corren en cabeza exclusiva del agenciado, pero no por que el agente haya celebrado o ejecutado con los terceros determinados un acto o contrato obrando por cuenta del empresario, sino en consideración a que el agenciado obra directamente. Aquí, el OBRAR POR CUENTA DEL EMPRESARIO SOLAMENTE SE EFECTÚA EN LA ESFERA DE LA PROMOCIÓN, de suerte que, si el agente incurre en prácticas de propaganda engañosa porque esa información errada le fue suministrada por el agenciado, con el encargo de utilizarla en las labores de promoción de negocios; por las multas y sanciones impuestas al agente, finalmente, responderá el empresario, así como por los perjuicios causados. Pero se repite, en los negocios celebrados y ejecutados con terceros, en el territorio asignado, siempre se afectará es el patrimonio del agenciado, pese a que el agente no haya obrado por cuenta de éste. Nótese que EN EL MANDATO EL ENCARGO NECESARIAMENTE INVOLUCRA, COMO FINALIDAD ESENCIAL, LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DE CONTRATOS CON UN TERCERO, POR CUENTA DEL MANDANTE. Es decir, el obrar por cuenta del mandate se concreta cuando el mandatario celebra y ejecuta el contrato encomendado, con el tercero. EN LA AGENCIA MERCANTIL, POR EL CONTRARIO, NO ES DE LA ESENCIA QUE EL AGENTE CELEBRE O EJECUTE ACTOS O CONTRATOS CON UN TERCERO, PUESTO QUE LO SUSTANCIAL ES QUE PROMUEVA UN BIEN O SERVICIO DEL EMPRESARIO, para inducir su consumo en el territorio asignado. Dicho en otras palabras: la labor de promoción no envuelve, necesariamente, la celebración de contratos con terceros respecto al bien objeto de promoción, en razón a que sólo se busca mantener e incrementar la clientela. PROMOVER NEGOCIOS NO ES LO MISMO QUE CELEBRARLOS, de hecho, la inducción a celebrar contratos por parte del consumidor, es la consecuencia de las labores promocionales del bien o servicio. Si ello es así, resulta evidente que el concepto de obrar por “cuenta de otro”, no tiene el mismo alcance en el contrato de agencia, que el que tradicionalmente se le asigna en el mandato.

Si se parte del supuesto de que en el contrato de agencia, en su forma más primaria, ES SUFICIENTE CON QUE EL AGENTE DESARROLLE LABORES DE SIMPLE PROMOCIÓN ENCAMINADAS A MANTENER Y CAUTIVAR LA CLIENTELA A FAVOR DEL

EMPRESARIO, CON RESPECTO A UN DETERMINADO BIEN O SERVICIO, aparece patente que no es de la esencia de la agencia que el agente celebre o ejecute actos o contratos con terceros, por cuenta del empresario. Con razón se afirma que la actividad del agente puede ser puramente material (de simple promoción) o también jurídica (cuando celebra con los terceros actos o contratos relativos al bien o servicio agenciado). Esta primera opción constituye la modalidad más sencilla de agencia QUE SUELE DENOMINARSE AGENCIA SIMPLE; forma que tiene en común con el mandato, que las labores que desempeñan tanto el mandatario como el agente, tienen como finalidad cumplir con el encargo encomendado por el principal (mandante, empresario). Si ello es así, EL AGENTE DE SIMPLE PROMOCIÓN NO TIENE EL ENCARGO ADICIONAL DE CELEBRAR O EJECUTAR ACTOS O CONTRATOS CON LOS TERCEROS, POR LO QUE NO SE PUEDE ENTENDER QUE OBRA POR CUENTA DEL AGENCIADO. Por lo tanto, el obrar por cuenta del empresario no constituye un elemento esencial del contrato de agencia mercantil sino que se instituye en un elemento de su naturaleza, que está presente cuando el encargo al agente, (labores de promoción), se complementa con otras actividades adicionales a la promoción, encaminadas a que el bien o servicio sea efectivamente adquirido por el consumidor y procede a suscribir el contrato respectivo directamente, o como representante del agenciado.

En el contrato de agencia mercantil, de igual forma, el agente bien puede actuar por cuenta del empresario, no necesariamente en representación de éste, lo cual, naturalmente implica que frente al tercero, el agente se presente en su nombre y por su cuenta; AL FINAL, LO QUE IMPORTA ES QUE LOS RIESGOS, RESPECTO AL PRODUCTO O SERVICIO OFRECIDO, ES DECIR LOS RIESGOS DEL MERCADEO, LOS ASUMA EL EMPRESARIO, circunstancia que está plenamente demostrada en el proceso, por las siguientes razones: el precio de compra de los productos a distribuir era el mismo de la reventa, de tal forma que si se vende muy barato la menor utilidad es de Bavaria y si vende caro, la ganancia es de la empresa cervecera. Al respecto, los testigos son coincidentes en el sentido de señalar que Bavaria manejaba un precio único a nivel nacional, como lo reiteraron los señores Acosta, Salas, Moreno y Perdomo.

## **B.LA INDEPENDENCIA DEL AGENTE.**

Con respecto a la independencia del agente, al proceso se aportó el certificado de constitución y gerencia de Arca Asociados, en el cual figura dicha empresa como comerciante colectivo. De otra parte, se anota que, el seguir las instrucciones del empresario, es propio de todo mandato, sin que por ello se entienda perder su propia independencia, en el manejo interno de la empresa del agente, por lo que la independencia se mira más al interior de su organización; al exterior, en la forma y desarrollo del negocio de agencia, está sujeto al seguimiento de las instrucciones del empresario, según lo dispone el artículo 1321 C.Co. No puede perderse de vista que el elemento de la independencia se estableció, básicamente, para desligar al agente de toda relación laboral y en este sentido debe mirarse dicho elemento.

No debe perderse de vista que el requisito legal de la “independencia”, se estableció como condición sustancial para diferenciar al agente de un simple trabajador, siendo claro que las sociedades mercantiles no pueden asumir la calidad de empleados.

Es de resaltar que el cumplimiento de las instrucciones y órdenes de Bavaria, que comportan el universo principal de las labores encomendadas a Arca fue tan notorio, que, en sus alegatos, el apoderado de la convocada, afirmando que no se presenta el elemento de la independencia del agente, requisito esencial en la agencia mercantil, manifestó:

*“Por delante, con la exigencia de que los empleados encargados del reparto (el llamado “equipo de ventas”, según el testigo (Cobaleda) tenían que vestir un uniforme de ciertas características, y que los vehículos utilizados para el transporte de la mercancía tenían que estar pintados de determinada manera.*

*Luego, con que ese personal y los vehículos no solo tenían que lucir decorosamente sino que a los detallistas le debía prestar una colaboración oportuna y adecuada para la colocación y mejor presentación de los productos.*

*También, con que ese personal, de manera sistemática, tenía que cumplir con un horario y seguir un itinerario previamente trazado, del cual, además, no se podía desviar.*

*Asimismo, con que tenía que actuar coordinadamente con el supervisor de ventas de Bavaria, con quien, por consiguiente, debía mantener un contacto continuado.*

**TODO LO CUAL, EN SUMA, SE TRADUCÍA EN QUE ARCA ASOCIADOS, O TENÍA QUE OBEDECER LAS ÓRDENES CONSTANTES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA DEMANDADA, O NO PODÍA DESARROLLAR MOTU PROPRIO SUS INICIATIVAS —SI LAS TENÍA—, PUES DEBÍA SOMETERLAS SIEMPRE A LA APROBACIÓN DE ESOS FUNCIONARIOS”.**

En todo caso, como ya se había manifestado, la independencia del agente se debe mirar, mayormente, al interior de su empresa y no en relación a la ejecución y cumplimiento del contrato, pues por sabido se tiene que el agente debe cumplir con las instrucciones del agenciado (Art. 1321 C.Co.). Si el agente funge como representante del agenciado, resulta notorio que los contratos celebrados en su nombre, se deben ceñir a las expresas instrucciones del empresario y si actúa a nombre propio pero por cuenta de aquél, también debe hacerlo, lo que indica que la independencia se mide con respecto al manejo de la propia empresa del agente y no con relación a la ejecución del contrato de agencia.

De todas formas la independencia de Arca, en su aspecto jurídico, fue debidamente acreditada, como que se adjuntó su certificada de constitución y gerencia como sociedad Limitada; la independencia patrimonial también se probó en la medida que los costos y gastos relacionados con la sociedad Arca Ltda (laborales, fiscales, de mantenimiento) corrieron por su cuenta, y la denominada autonomía administrativa también quedó patente, puesto que Bavaria no se entrometía en el nombramiento de empleados o funcionarios y en disponer asuntos relativos a la organización interna de la sociedad convocante.



### **C. LA ESTABILIDAD DEL CONTRATO**

Con respecto a la estabilidad contractual, también quedó plenamente demostrado que para la ejecución y cumplimiento del contrato el “distribuidor” montó su propia empresa, con establecimiento y local comercial y con personal propio. En cuanto a la estabilidad, también se acreditó que el contrato se inició el 22 de Junio de 1998 y terminó en el año 2007, habiéndose desarrollado, de manera ininterrumpida.

### **D. LAS LABORES DE PROMOCION**

Faltaría por determinar si Bavaria le encomendó a Arca la intermediación y promoción de sus productos con miras a la obtención de negocios, en el territorio asignado, pese a que en la CLAUSULA NOVENA del contrato, Arca se obligó a no efectuar promoción, propaganda o publicidad de los productos fabricados o distribuidos por Bavaria, restricción reiterada en las dos modificaciones, contractuales y pese a que, de igual forma, en la CLÁUSULA PRIMERA del denominada CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN, se le prohibió a Arca la utilización de emblemas, marcas, logotipos o cualquier otra forma de identificación utilizada por Bavaria, salvo la que resulte estrictamente necesaria para la reventa del producto. Todo lo anterior, sin olvidar que en la modificación contractual de agosto 27 de 2003 expresamente se convino en que de ninguna forma, la convocante podría actuar como agente de la convocada.

Tal como lo acepta el apoderado de la convocada, Arca desarrolló el contrato siguiendo las instrucciones y directrices impartidas por Bavaria, de tal forma que en su concepto obraba sin independencia y autonomía. Siendo cierto que Arca se atuvo al direccionamiento contractual que la demandada se reservó, resulta notorio que las labores realizadas por la convocante lo fueron por encargo de Bavaria, por lo que si se acredita que dicha empresa realizó intermediación y promoción de los productos tendiente a la obtención de negocios, se confirmaría, simplemente, la ejecución y cumplimiento del encargo.

Llama la atención que desde la celebración del contrato, éste se desarrolló en la misma forma en que se venía ejecutando al momento de su terminación y que las modificaciones contractuales y por escrito, en nada influyeron con relación a la ejecución, salvo la invocación de la clausula de terminación unilateral, con un preaviso de 30 días. Se reitera, la promoción de los productos de Bavaria, no se dio paulatinamente y en el transcurrir del tiempo, sino desde el inicio mismo de su ejecución, por lo que en este punto, las modificaciones contractuales no tuvieron ninguna injerencia. Baste recalcar que en el momento en que se firmó la oferta mercantil en estudio, la convocada ya tenía dispuesto todo un programa uniforme de comercialización de sus productos por intermedio de su red de distribuidores, razón por la cual las ofertas fueron predispuestas por dicha compañía y los distribuidores, según los diversos testimonios, asumieron las mismas labores de intermediación y promoción que contractualmente les estaban prohibidas, pero por imposición de Bavaria.

En el caso de autos, sin embargo, el encargo realizado a Arca incluyó actividades tanto en la esfera jurídica como en la material y por la coligación contractual resultante de dicho encargo, la convocante celebró con terceros actos y contratos a nombre propio, pero

obrando por cuenta y en interés de Bavaria. Para el cumplimiento de su encargo, Arca Ltda., en el territorio asignado, efectuó las siguientes gestiones, que indudablemente denotan actividades promocionales, tanto de los productos como de los negocios de la convocada:

a) Hacer visitas periódicas a la clientela, según cronograma, algunas veces impuesto por la convocada y otras, manejado en coordinación con el supervisor de ventas de Bavaria, quien igualmente establecía el presupuesto de ventas en el territorio asignado.

b) Buscar y contactar nueva clientela en su territorio y la cual reporta a Bavaria, para su codificación individual.

c) Colaborar con la entrega de la mercancía, entrega de premios, productos promocionales, afiches, propaganda, productos de obsequio y cambio de mercancía, por cuenta de Bavaria.

d) Igualmente, colocar los afiches y controlar que los bienes y materiales de Bavaria, entregados a los detallistas, se encuentren en buen estado y sean utilizados en debida forma.

e) Rendir informes a Bavaria sobre las condiciones del mercado y de cada cliente en particular, lo cual se hacía utilizando el equipo denominado "Hand Held" (minicomputador), cuya información pasaba directamente a la central de Bavaria.

f) Promocionaba la marca Bavaria y sus productos por intermedio de los logotipos y colores estampados en los uniformes de la tripulación; de los vehículos repartidores que se diseñaron con los colores y logotipos de Bavaria, y por razón de los colores y emblemas con que fueron pintadas sus bodegas. Esta propaganda visual, diaria y constante, por supuesto que constituye una forma de promoción de productos.

g) Hacía labores de intermediación entre Bavaria y los detallistas, con el fin de mantener un excelente servicio.

h) Inducía a la compra de los productos del portafolio de Bavaria, frente a los de la competencia, cumpliendo con la obligación de ofrecer toda la canasta, en su contacto diario con los detallistas.

i) Proponía y llevaba a cabo los denominados eventos, en ferias, fiestas y bazares, para estimular el consumo de los productos Bavaria.

j) Realizaba las tareas conducentes para concretar las activaciones, promociones, ferias y bazares en los cuales se comercializaban los productos de la convocada.

k) En fin, cumplió con lo previsto en la cláusula DECIMA OCTAVA del contrato, a cargo de los preventistas, sin serlo, todo por encargo y exigencia de Bavaria.

Si bien muchas de las tareas señaladas anteriormente son comunes o afines a los denominados contratos de distribución o de comercialización, es lo cierto que ANALIZADAS EN SU CONJUNTO Y POR SU LABOR REITERATIVA, DENOTAN UNA VERDADERA PROMOCIÓN DE LOS PRODUCTOS DEL EMPRESARIO, CON MIRAS A CAUTIVAR LA CLIENTELA, EN LA FORMA REQUERIDA PARA LOS CONTRATOS DE AGENCIA; EN ESE CONTACTO DIARIO CON EL DETALLISTA, SE DEBÍA INSISTIR EN LA ADQUISICIÓN DE LOS PRODUCTOS DE LA CONVOCADA, CON EL FIN DE CUMPLIR LA CUOTA ASIGNADA, lo que indudablemente implicaba el convencimiento y persuasión del detallista; todo lo anterior sin olvidar que la promoción de negocios, en la forma detallada anteriormente, la efectuó por imposición de la convocada. En efecto, de manera abundante se acreditó que los camiones en que se hacía la “distribución”, aunque pertenecían a Arca, por imposición de Bavaria, estaban pintados con los colores y logotipos de la empresa cervecera. Igualmente se probó que los uniformes de los empleados del distribuidor que acompañaban el recorrido de los camiones, utilizaban los colores y logotipos de la convocada y que los uniformes, aunque de propiedad de Arca, debían, obligatoriamente, ser comprados a Bavaria. La promoción visual que surgía de esta labor no se quedaba al interior de las instalaciones de Arca sino que trascendía a lo largo del territorio encomendado y como consecuencia de los recorridos diarios de los vehículos repartidores.

También, se comprobó, por medio de las fotos que obran en el expediente, que las bodegas de Arca, tanto en el aviso de fachada como en su interior, estaban pintadas con los colores y logotipos de Bavaria. ESTAS ACTIVIDADES, POR SÍ SOLAS, DENOTAN UNA VERDADERA PROMOCIÓN DE LOS PRODUCTOS DEL EMPRESARIO que facilitan el consumo de los productos de la convocada y por lo tanto se traducían en negocios efectivos y que tienen un costo en el mercado, pues juegan un papel similar al de las vallas publicitarias. Resulta notoriamente conocido que en vehículos de servicios públicos y otros transportes especializados, se hace propaganda de bienes y servicios y que dicha propaganda también cuenta con una tarifa comercial. IGUALMENTE SE CONOCE LA UTILIZACIÓN DE VALLAS Y PAREDES PINTADAS PARA PROMOCIONAR BIENES Y SERVICIOS Y QUE TALES PRESENTACIONES VISUALES TIENEN UN COSTO EN EL MERCADO, PUESTO QUE PRODUCEN UN EFECTO PRÁCTICO EN EL MISMO. La efectividad de tales labores promocionales era tan importante, que varios de los distribuidores anotaron cómo a sus camiones y empresas se las identificaba en el territorio asignado como los carros de Bavaria y la agencia de Bavaria, sin que la gente del común supiera cuál era el nombre de la sociedad distribuidora.

Es necesario resaltar que en los carros distribuidores de Arca se transportaban afiches y propagandas de Bavaria, los cuales eran entregados y/o pegados en las instalaciones de los clientes, (detallistas), que se visitaban, por el personal de Arca; esto también tiene un costo en el mercado y se constituye en otra labor facilitadora de la promoción de negocios. Esta actividad, por ejemplo, implicaba más tiempo en el recorrido del camión, lo cual incrementa el costo en el pago de horas extras al personal y en el desgaste del vehículo. Tampoco puede pasarse por alto que los costos y gastos relativos al mantenimiento de los vehículos y de la bodega pintada con los colores y logotipos de Bavaria, corrían por cuenta exclusiva de Arca,

así como el pago de los salarios de los empleados que obligatoriamente debían lucir uniformes de Bavaria y cumplir con las labores descritas.

Se itera que la promoción de negocios es el resultado natural que se obtiene de las labores de promoción de un bien o servicio, de manera que probando lo segundo y el hecho de haber mantenido e incrementado la clientela en el territorio asignado, denota la expansión del negocio del agenciado. Acorde con lo anterior, en la página 49 del dictamen pericial rendido por MANUEL RAMIREZ figura que Arca pagó por publicidad y promoción en los años 2004 a 2007, las siguientes sumas de dineros:

2004 - \$ 228.000<sup>00</sup>  
2005 - \$ 365.000<sup>00</sup>  
2006 - \$ 385.000<sup>00</sup>  
2007 - \$ 269.300<sup>00</sup>

Como está probado que Arca trabajó con exclusividad para desarrollar el contrato suscrito con Bavaria, fácilmente puede inferirse que tales gastos se realizaron en relación a dicho contrato y como parte de sus labores de promoción. (Es de anotar que esta parte del dictamen no fue objetada).

Por otra parte, en las denominadas “promociones”, las cuales se coordinaban con la convocada, si bien Bavaria facilitaba carpas, equipos de sonidos, presentadores, era el personal del distribuidor el que debía atender la fiesta o feria, con respecto a la comercialización de los productos de Bavaria.

Las tareas de activación, también usuales, se cumplían por intermedio de los carros repartidores y de los empleados de Arca y tales labores también implican actividades promocionales encaminadas a mantener y cautivar la clientela.

De igual forma, cuando en el territorio asignado a Arca aparecía un nuevo establecimiento de comercio, los funcionarios de Arca visitaban el lugar y le ofrecían los productos de Bavaria. Posteriormente reportaban o ponían en contacto al posible cliente, con Bavaria; aquí también existe un costo operacional para el distribuidor, por sus labores promocionales:

*“SR. OTALORA: En el caso del sistema de autoventa, está la tripulación, hay un vendedor y unos auxiliares ELLOS COMO PARTE DE LA LABOR DE VENDEDOR DE PRODUCTOS TAMBIÉN TRABAJABAN EN LA PARTE DE... PUBLICIDAD, EN EL CASO DE LA PUBLICIDAD BAVARIA LE HACÍA LLEGAR LOS DIFERENTES AFICHES TERMOFORMADOS... LA CANTIDAD DE DISPLAY Y COSAS QUE MANEJAMOS PARA LA PARTE PUBLICITARIA, SE LES ENTREGABA Y SE LE SOLICITABA A LOS VENEDORES QUE NOS COLABORARAN CON ESA PARTE COLOCANDO EN CADA NEGOCIO DEPENDIENDO DEL TIPO DE NEGOCIO... ESO EN LA PARTE DE LA PUBLICIDAD”.*

*“SRA. MEJIA: Bavaria les facilita los signos distintivos para el material publicitario y para la imagen de sus uniformes de los tripulantes de los distribuidores.*

*DR. JARAMILLO: En esos uniformes qué aparece, aparece alguna identificación comercial de los comercializadores distribuidores y sólo Bavaria?*

*SRA. MEJIA: Aparece el símbolo de Bavaria, nosotros les vendemos los uniformes a los distribuidores para que ellos así mismo se los entreguen a sus funcionarios”*

*“SR. FALLA: Los carros de los distribuidores tienen los emblemas de la compañía”*

*“SR. ACOSTA: Sí señor, los camiones definitivamente rurales que yo conozco llevan el distintivo de Bavaria, el logo de Bavaria, no he visto todavía a excepción de las zonas urbanas que llevan las carpas o las latas...*

*“SR. PERDOMO: No, porque Bavaria exigía que llevaran era la publicidad de Bavaria pero no la del distribuidor””*

*“DR. GIL: En las propagandas que manejaba Bavaria, un testigo manifestó que existía una revista mensual Don Próspero o existe, cómo llegan esas revistas a los clientes?*

*SR. SALAS: A través del distribuidor”*

*“SR. SALAS: La empresa formula una promoción cualquiera, esta promoción la instauran a través de televisión, radio si es NACIONAL Y SACAN UNOS AFICHES, VOLANTES Y TODO ESO, NOSOTROS LES DECIMOS A LOS TRIPULANTES QUE NOS AYUDEN CON LA DISTRIBUCIÓN DE ESTA PUBLICIDAD, solamente la distribución, la entrega al cliente de un volante, de un afiche, eso sí lo hacemos frente a ellos, el resto de las promociones las hace Bavaria directamente con toda su...”*

*“DR. ARANGO: En la época en que usted estuvo en Florencia, en la zona de Arca, FUE CONSTANTE POR PARTE DE BAVARIA LA REALIZACIÓN DE EVENTOS, ACTIVACIONES Y EL SUMINISTRO DE ESA PUBLICIDAD, AFICHES, PROMOCIONES A LAS QUE USTED SE HA REFERIDO?*

*SR. SALAS: Sí señor”.*

*“SR. PERDOMO: El tema de la publicidad, la publicidad se le entregaban a uno de Neiva, uno no mandaba sacar eso, el caso por lo menos la Revista Don Próspero, que en esa época, no se ahora, SALÍA MENSUALMENTE EN LOS CAMIONES DE PROPIEDAD DE UNO MANDABAN UNAS CAJAS ASÍ PARA REPARTIR EN 2.000, 3.000 CLIENTES MENSUALMENTE LLEVE UNO LA REVISTA, uno la recibía en Neiva, la echaba al camión, llegaba a la bodega y uno tenía que poner al empleado de uno mensualmente vaya lleve la Revista Don Próspero, LA PUBLICIDAD QUE LE DABA BRISA, PONY MALTA UNO TENÍA QUE PONER ESO EN LOS ESTABLECIMIENTOS, coger su martillo en el caso de Agua*

*Brisa compre la caja de puntillas, un martillo busque un empleado fulanito y vaya pegue publicidad por cuenta de uno...”*

Como es lo usual, para cumplir con la promoción de negocios, es decir con la labor de mantener e incrementar la clientela, el mecanismo principal y más idóneo es el de la propaganda de los bienes o servicios, por intermedio de la publicidad, pues como se verá más adelante, dicha labor tiende a inducir el consumo. Pero las labores de publicidad efectuadas por arca, no se contrajeron a repartir y pegar afiches y material POP, entrega de productos promocionales y premios, sino que se extendió al uso de emblemas y marcas de Bavaria, según exigencias de la convocada:

*“DR. JARAMILLO: Pero hay un punto que creo que es al cual hace referencia la pregunta, LA UTILIZACIÓN DE SIGNOS DISTINTIVOS, EMBLEMAS, SÍMBOLOS, NOMBRES COMERCIALES, EN FIN, TODO ESE TIPO DE COSAS DESDE EL PUNTO DE VISTA COMERCIAL TIENE UN SIGNIFICADO DE ATRACCIÓN DE CLIENTELA, ES DECIR NO ES LO MISMO UN CAMIÓN CUALQUIERA QUE UN CAMIÓN CON LOS SIGNOS DISTINTIVOS DE BAVARIA”.*

*SR. SALAS: Sí señor, es cierto.*

*DR. JARAMILLO: La pregunta que formula el apoderado de la parte convocante, que por supuesto el Tribunal encuentra también interés en que la misma sea respondida, es esa actividad que desarrollaban mediante la utilización de esos signos distintivos era consentida, aceptada por Bavaria?*

*SR. SALAS: Sí señor”.*

*DR. JARAMILLO: En cuanto a otro tipo de actividades más o menos similares, por ejemplo la utilización de carteles de Bavaria, propaganda de nuevos productos de Bavaria, en fin todo ese tipo de cosas era lo mismo?*

*SR. SALAS: Igual, Bavaria lo suministra, nosotros mismos los colocábamos en las carrocías de los carros y no se pagaba nada por eso.*

*DR. JARAMILLO: O sea, todo era dentro del marco de consentimiento y aceptación de Bavaria?*

*SR. SALAS: Sí señor, sí”*

Siendo evidente que los productos Bavaria resultan notoriamente conocidos en el territorio nacional, dicha circunstancia no implica que por lo tanto, sea imposible la configuración de un contrato de agencia mercantil; lo que si resulta cierto, es que tal generalizado conocimiento y posicionamiento de los productos de la convocada, facilitan en mucho las labores de promoción de negocios. En todo caso, el auxilio de los distribuidores en las labores de promocionar productos nuevos o refrescar en la memoria del consumidor un

producto específico para estimular su consumo frente al de la competencia (especialmente aguas y jugos o una marca de cerveza nueva), la promoción realizada por los distribuidores era bastante importante, según los testigos William Yoniz Miranda, Gerente de análisis Económico de Bavaria y Juan Ignacio Torres, director de inteligencia de mercados de Bavaria:

*SR. MIRANDA :”...sea que diría yo que la cerveza como producto es ampliamente conocido, no solamente por ser el de Bavaria, simplemente por ser el producto cerveza y el producto Bavaria como tal lo que muestra el estudio es que es muy conocido por todo el resto de actividades que hace, ENTRE ELLAS LA PUBLICIDAD QUE EN BUENA PARTE SE HACE ES PARA MANTENER EL PRODUCTO EN LA MENTE DEL CONSUMIDOR y que sea la primera opción por encima de las cervezas importadas o de cualquiera otra cosa”.*

*“SR. TORRES: Básicamente para que el consumidor entre en contacto con nuestros productos y extienda sus tiempos de consumo, qué significa? A mi me interesa más que consuma una persona 10 cervezas a que consuma 5 aguardientes,*

*Digamos que la compañía también ha venido en esa óptica, antes estábamos en primaria y nuestras únicas posibilidades eran los productos cerveceros, pero cuando yo soy el 90% del mercado cervecero como que no cobra sentido, necesitamos algo que nos rete, entonces nos fuimos a un campo más amplio y es de bebidas alcohólicas, entonces yo participo en términos de volumen sigo siendo el 90% del mercado, pero en términos de alcohol proveniente de diferentes, yo termino siendo más o menos el 65% del mercado”.*

La promoción de los productos Bavaria, se itera, se cumplió ,en parte, en la forma más simple y sencilla de hacer propaganda de bienes y servicios como lo era la utilización de colores y logotipos de dicha empresa en los vehículos de distribución, en los uniformes de la tripulación, en las bodegas de Arca, todo complementado con las labores de repartición y fijación del material POP, así como con la entrega de productos promocionales, tales como la revista Don Próspero, según lo reiterado por los siguientes distribuidores:

*“SR. ADOLFO QUESADA: La fuerza de ventas de cada distribuidor llevaba las ofertas, las promociones, los descuentos, la publicidad que la empresa le entregaba estrictamente DE ACUERDO A LAS CAMPAÑAS QUE SE VENÍAN EFECTUANDO POR CADA UNA DE LAS MARCAS”.*

*“SR. ADOLFO QUESADA: La publicidad era entregada directamente por el supervisor y era pegada en los puntos de venta por el personal del distribuidor”*

*“SR. FABIO QUESADA: Esa un modelo mixto o porque nosotros entregábamos todo lo que era el llamado POP que es el material publicitario, entregábamos algunos exhibidores de Pony Malta, entregábamos cosas pequeñas, pero ya lo que tenía que ver con cuartos fríos, lo que tenía que ver con avisos luminosos la empresa tenía en Pereira una cooperativa a través de la cual iba y directamente colocaba el activo....”*

*“LA ACTIVIDAD DE PROPAGANDA, DE PUBLICIDAD EN EL CASO DE NUESTRO TERRITORIO LA HACÍAMOS NOSOTROS DIRECTAMENTE POR MANDATO DE LA EMPRESA, la empresa nos pedía que hiciéramos la actividad de pegar el material POP de llevar las diferentes promociones que se generaran, nosotros hacíamos directamente ese tipo de actividades, es más volviendo a hablar en términos de este contrato en general, yo tuve algunas diferencias ustedes dicen una cosa y en los textos dice totalmente otra, me dijeron no, ese es nuestro problema, usted simplemente firme el documento y cumpla con las actividades comerciales las cuales se les están encomendando”.*

*“SR. FABIO QUESADA: No, NOS VIMOS FUE ENFOCADOS A PRODUCTOS NUEVOS QUE AYUDAMOS A POSICIONAR COMO LA CERVEZA AGUILA LIGHT, COMO LA CERVEZA BAHÍA QUE ERAN PRODUCTOS QUE NO SE CONOCÍAN, LO MISMO QUE LA PONY MALTA 1.5, esos sí fueron productos que nosotros ayudamos a posicionar a través de las diferentes actividades, a través de los destapes, a través de ese tipo de actividades sí se logró establecer y dar a conocer ese tipo de productos, pero decir que nosotros dimos a conocer el producto Póker o Costeña no lo dimos a conocer, simplemente lo que mejoramos fue el servicio para que hubiera mayor demanda y en los productos que le mencioné sí ayudamos a que la gente conociera el producto y se fuera posicionando”.*

*“SR. ARTUNDUAGA: NOSOTROS BÁSICAMENTE COLOCÁBAMOS EL TRABAJO, Bavaria entregaba por decir algo afiches como elementos publicitarios que los funcionarios nuestros de Arca Asociados repartían, fijaban, entregaban, eran los funcionarios nuestros los que lo hacían”*

*“...Y FIJACIÓN DE AFICHES ERA PERMANENTE porque como es entendido ellos se deterioran y Bavaria volvía y le entregaba permanentemente para que estuvieran actualizados y eso lo hacía el personal nuestro, el personal de Arca Asociados”.*

*“SR. ARTUNDUAGA: ESO ERA COMPARTIDO PORQUE SI BIEN ES CIERTO QUE BAVARIA COLOCABA POR EJEMPLO UNOS ELEMENTOS COMO YA LO ANUNCIÉ, BAVARIA COLOCABA LOS ELEMENTOS EN MANOS DE NUESTROS EMPLEADOS PARA QUE ELLOS LOS FIJARAN, LOS ENTREGARAN, ENTONCES TODA LA LABOR DE ENTREGA ERA ASUMIDA POR NOSOTROS, ESO OBIAMENTE QUE TENÍA UN COSTO PORQUE ESO RETRASABA LOS REPARTOS, RETRASABA LA LABOR NUESTRA E INCURRÍAMOS EN PAGO DE HORAS EXTRAS para nuestros funcionarios porque no era igual cuando no había que hacer nada, entonces el vehículo llegaba mucho más temprano, cuando había que hacer labor de este tipo tenían que demorarse más porque tenían que consultar con el cliente, no se podía arbitrariamente ir a colocar un afiche, ni un pendón, ni nada, sino que había que consultarlo con el cliente, esa demora a nosotros nos causaba un costo además de que teníamos que pagarle horas extras a los empleados, no sólo a los que andaban haciendo la labor sino a los que esperaban para recibir cuentas y toda esta cosa.*

*EN LOS EVENTOS IGUAL, BAVARIA COLOCABA DE PRONTO LAS CARPAS Y TODO ESTE TIPO DE LOGÍSTICA, PERO NOSOTROS ÉRAMOS LOS QUE LOS TRANSPORTÁBAMOS Y LOS LLEVÁBAMOS con excepción de un año antes que ellos*



*contrataron con una empresa, una cooperativa y entonces lo hacían por intermedio de ellos en la mayoría de los casos...*"

Sin perder de vista que las labores de intermediación y promoción realizadas por Arca no se limitaron a la mera publicidad, es de anotar que la promoción de bienes o servicios por intermedio de afiches, pancartas, vallas, paredes pintadas, vehículos, etc resulta tan usual que el legislador se tomó la molestia de regularla en el denominado Estatuto de Defensa del Consumidor o Decreto 3466 de 1982:

*"D) PROPAGANDA COMERCIAL: Todo anuncio que se haga al público PARA PROMOVER O INDUCIR A LA ADQUISICIÓN, UTILIZACIÓN O DISFRUTE DE UN BIEN O SERVICIO, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad".(Artículo 1º )*

*"ARTÍCULO 16. PROPAGANDA COMERCIAL CON INCENTIVOS: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77 del Código de Comercio, los productores serán responsables ante los consumidores, en los términos de los artículos 31o. y 32 de este decreto, por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como el ofrecimiento de rifas, sorteos, cupones, vales, fotos, figuras, afiches, imágenes o cualquier otro tipo de representación de personas, animales o cosas y el ofrecimiento de dinero o de cualquier retribución en especie, en los siguientes casos..."*

En todo caso la promoción que se exige para configurar una relación de agencia mercantil, no tiene establecido un parámetro especial, pudiendo ser simple o extremadamente tecnicada, pues lo sustancial es que redunde en el incremento y conservación de la clientela del agenciado. Al respecto tiene dicho la jurisprudencia de las altas cortes que la actividad conocida como promoción, implica:

*"Para la Sala, de las normas trascritas se desprende claramente que no solamente el productor puede ser sancionado por incurrir en las conductas allí descritas, sino también el distribuidor o expendedor, máxime CUANDO POR PROPAGANDA COMERCIAL SE ENTIENDE <TODO ANUNCIO QUE SE HAGA AL PÚBLICO PARA PROMOVER O INDUCIR A LA ADQUISICIÓN, UTILIZACIÓN O DISFRUTE DE UN BIEN O SERVICIO, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad>, anuncio que no solamente puede provenir del productor sino, como ocurrió en el asunto que se examina, del expendedor".(Consejo de Estado, sección primera, sentencia de noviembre 19 de 2009).*

*"...COMPRENDE VARIAS ETAPAS QUE VAN DESDE LA INFORMACIÓN QUE OFRECE A TERCEROS 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 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 crecientes; 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 arquetipo contrato de duración...”(C.S.J., sala civil, sentencia de febrero 28 de 2005).*

Es indudable que las labores de promoción, en su forma más sencilla, se realizaban mediante propaganda visual, y con el fin de mantener fresca en la memoria del consumidor, los productos Bavaria, cuya importancia la confirman los siguientes testimonios:

*“SR. TORRES: Yo trabajo para la vicepresidencia de mercadeo, dentro de la vicepresidencia de mercadeo hay un grupo de personas especializadas en desarrollar acciones tanto estratégicas como tácticas para dar a conocer nuestros productos PARA MANTENERLOS EN LA MENTE DEL CONSUMIDOR DE MANERA VIGENTE, tenemos unos rubros yo creo que bastante onerosos para trabajar, yo tengo cifras muy globales en la mente porque manejo básicamente la dirección de inteligencia de mercados que esta orientada a entender el comportamiento del consumidor y la relación que establece Bavaria con ese consumidor, la relación que establece Bavaria con la competencia, la relación que establece Bavaria con el canal donde distribuimos nuestros productos.*

*Digamos que tengo cifras muy globales, tengo cifras específicas de mi área, pero más o menos conozco Y SE QUE APROXIMADAMENTE SE INVIERTEN, EL AÑO PASADO SE INVIRTIERON \$345.000 MILLONES EN TODA ESTA ACCIÓN PUBLICITARIA Y DE TRABAJO PARA ACERCARNOS AL CONSUMIDOR, ESTE AÑO SE ESTÁN INVIRTIENDO TAMBIÉN ALREDEDOR DE \$300.000 MILLONES, yo obviamente al ser un área de servicio para la compañía para que entendamos la relación con el consumidor simplemente ofrezco información acerca del consumidor del canal y el mercado en general para que la compañía pueda tomar acciones y decisiones de qué tipo de ejercicios debe desarrollar en el mercado para realmente atraer y retener consumidores para tenerlos satisfechos con nuestros productos, para tenerlos satisfechos con los posicionamientos de nuestras marcas, posicionamientos me refiero a que hay dentro del mercado nuestro CADA MARCA TRATA DE UBICAR UN ESPACIO MENTAL EN LA MENTE DEL CONSUMIDOR y por denominar algo sencillo, Club Colombia esta destinada a consumidores conocedores, a consumidores que de alguna manera quieran de vez en cuando darse un gusto diferente en relación con el producto en general”.*

*“SR. TORRES: La verdad tengo un conocimiento general que me permite a mi hacer acercamientos a determinadas partes que se involucran con Bavaria para evaluar diferentes áreas de desempeño de la organización, mi conocimiento general va de entender que dentro de la ruta del mercado nosotros nos encargamos, el área de mercadeo se encarga de desarrollar para el mercado en general trabajos que tienen que ver cómo vamos a llegarle al consumidor, términos comunicacionales, QUÉ QUEREMOS QUE EL CONSUMIDOR SEPA DE NOSOTROS, CÓMO QUEREMOS QUE NUESTRAS MARCAS ESTÉN INFORMADAS EN LA MENTE DEL CONSUMIDOR, DETERMINAMOS EL TIPO DE PRODUCTOS QUE EL*

**CONSUMIDOR QUIERE O NECESITA, DETERMINAMOS LOS PRECIOS Y POR ÚLTIMO DETERMINAMOS QUÉ COSAS”**

*“SR. TORRES: Hay dos campos en los cuales trabajamos, uno que se llama ATL que básicamente es comunicación masiva y otro que llamamos BTL que es más acción puntual, la comunicación masiva esta dada a través de las acciones que ejercemos en televisión, en radio, en prensa, vallas, paraderos, toda la información que llega a conocer el consumidor acerca de nuestros productos, eso lo denominamos ATL Y BTL SON YA ACCIONES MÁS PUNTUALES EN EL CANAL, LAS HACEMOS A TRAVÉS DE ACTIVACIONES, para ello hay operadores logísticos que se acercan a los diferentes canales en los cuales NOSOTROS OPERAMOS PARA DESARROLLAR ACCIONES DE PROMOCIÓN QUE PERMITAN NO SÓLO ESTAR EN LA MENTE, NO SÓLO QUE NUESTROS PRODUCTOS ESTÉN EN LA MENTE DEL CONSUMIDOR SINO QUE YA ENTRAN EN CONTACTO DIRECTO CON LOS PRODUCTOS porque es claro que yo puedo tener en mente muchas cosas, pero el hecho de tenerlas en mente puede que no me lleve a la acción, muchísimas veces incentivamos la acción”.*

*“...ALGUNAS DE NUESTRAS MARCAS SON NUEVAS EN EL MERCADO, NECESITAMOS QUE LAS CONOZCAN, las consideren y las prueben y para eso la comunicación masiva es el medio más fácil de acercarnos a que el consumidor tenga contacto con eso...”*

*“...él puede simplemente tener contacto en cualquier momento, pero nosotros lo impulsamos a través de promociones como la que en este momento esta en el mercado, la de balones para que por la entrega de N número de tapas reclame balones, camisetas, cosas de la selección Colombia en este caso para Aguila y con base en eso lo único que estamos es persuadiendo su comportamiento de consumo, pero también hacemos acciones en el canal donde determinamos que podemos desarrollar nuestros productos, entonces llevamos grupos musicales, llevamos personal que desarrolla acciones específicas en el canal para motivar la compra de nuestros productos”.*

Es que la propaganda visual mediante los colores y emblemas que distinguían las bodegas de Arca, los uniformes utilizados por la tripulación y los colores y emblemas que identificaban a los camiones de distribución, todo acorde con las instrucciones impartidas por Bavaria, a no dudarlo, constituyen auténticas labores promocionales encaminadas a mantener fresca, en la mente del consumidor, la marca Bavaria y todos los productos asociados a dicha empresa, con el fin de inducir el consumo o la celebración de negocios. En este sentido no puede pasarse por alto la importancia de estas labores, y la cuantiosa suma de dinero que anualmente invierte la cervecera con éste mismo fin, (para este año aproximadamente la suma de \$.300.000.000.000oo), tal como lo manifestó el señor Torres. En relación al distribuidor Arca, su tarea no sólo se reducía a la propaganda visual sino que se potencializaba con el contacto diario con los detallistas, (intermediación directa), actividades en las que debía ajustarse a lo consignado en los manuales de Bavaria, y a las metas asignadas, en su trato habitual con la clientela:

*“SR. TORRES: Vuelvo a repetir, YO NECESITO BÁSICAMENTE UNA ALINEACIÓN QUE TODO LO QUE CAE QUEDA EN CASCADA Y CAIGA DE MANERA ADECUADA, ENTONCES PARA ESO SE DISEÑAN LOS FAMOSOS MANUALES PARA QUE LA GENTE SEPA QUÉ DEBE HACER Y CÓMO LO DEBE HACER, CÓMO QUIERO QUE EXHIBAN MIS PRODUCTOS EN EL MERCADO, cómo obviamente a partir de la investigación porque yo lo que les decía, nosotros investigamos mucho, este año estoy invirtiendo \$20.000 millones en investigación, creo que es la compañía que más invierte porque necesitamos entender al consumidor, a partir de ese entendimiento al consumidor empiezan a generarse todas esas ACCIONES HASTA LLEGAR Y DECIRLE DÓNDE QUIERO UBICADOS LOS PARASOLES, DÓNDE QUIERO UBICADAS LAS MESAS, DÓNDE QUIERO UBICADO EL REFRIGERADOR, DENTRO DEL REFRIGERADOR CÓMO QUIERO QUE SE UBIQUEN MIS MARCAS PORQUE ESO ES LO QUE ME GARANTIZA QUE PUEDA TENER UN PORTAFOLIO EN EL MERCADO Y QUE EL PORTAFOLIO SE VENDA EN EL MERCADO porque si yo en un refrigerador o nevera sólo coloco producto Águila eso va en detrimento de unas marcas que yo también tengo que fortalecer como Club Colombia como Reds, como Peroni que son marcas premium de la compañía y juegan un roll importante, porque el consumidor en general se va por marcas... pero en el momento en que él quiera darse gusto o tenga un poco más de plata o porque tenga una ocasión especial, quiere salir con la novia yo necesito que él siga tomando cerveza, quiero que siga tomando cerveza y para eso le tengo una alternativa que es Club Colombia y si no la ve en el refrigerador estoy perdiendo una oportunidad de acceso a los productos”.*

Aquí es importante anotar que LAS MENCIONADAS LABORES DE PROMOCIÓN Y PROPAGANDA ENCOMENDADAS POR BAVARIA A ARCA ASOCIADOS, NO RESULTABAN NECESARIAS O INDISPENSABLES PARA ACTUAR COMO SIMPLE DISTRIBUIDOR O REPARTIDOR DE LOS PRODUCTOS BAVARIA, a título de reventa. Las actividades promocionales, en la forma diseñada por Bavaria en sus manuales, eran tan efectivas que a los distribuidores no se los conocía por sus propios nombres (Arca asociados, por ejemplo), como lo expresaron algunos testigos, sino que en la mente del común se entendía que se trataba de la agencia o sucursal de Bavaria y de los funcionarios de dicha empresa:

*“SR. COBALEDA: ...Nosotros éramos como ese enlace porque la gente inclusive nos decían era Bavaria a pesar de que se hacían trabajos que era Arca Asociados, LA GENTE ERA BAVARIA PARA ALLÁ, BAVARIA ESTO Y LO OTRO, SIEMPRE INDICABAN BAVARIA PORQUE COMO LOS UNIFORMES DE LOS MUCHACHOS BAVARIA, los camiones pintados Bavaria, entonces una de las otras funciones era ayudar a gestionar a los clientes esa clase de material, una vez asignado el equipo de frío tenía otra función mía que era la de supervisar el debido uso de esos equipos de frío, Bavaria NOS EXIGÍA DEMASIADO QUE ESOS EQUIPOS DE FRÍO TENÍAN QUE ESTAR CON PRODUCTOS EXCLUSIVOS DE BAVARIA, QUE DETERMINADAS CANTIDADES DE LO QUE ELLOS LLAMAN ... (SIC) ELLOS TENÍAN UNOS PARÁMETROS QUE NOS ENSEÑABAN POR DECIR ALGO LA CERVEZA LÍDER, TENÍAN QUE TENER TANTAS CAJAS DE FRENTE, TODA ESA CUESTIÓN NOS LA ENSEÑABAN Y BAJO ESOS PARÁMETROS NOSOTROS TENÍAMOS QUE EXIGIRLE A LOS CLIENTES EL DEBIDO USO DE ESOS EQUIPOS”.*

*“SR. MORENO: NO, NOSOTROS PARA LA GENTE NO COMO EMPRESA NO EXISTÍAMOS, NOSOTROS ÉRAMOS BAVARIA, no existíamos con el nombre de Inversiones Ismar, no nos conocían sino en el banco y eso cuando consignamos a nombre nuestro porque cuando ya Bavaria nos puso a consignar directamente a la cuenta de Bavaria ahí sí desaparecimos del todo”.*

*“FABIO QUESADA:... es más en cualquier ciudad en el caso de Cartago, de Neiva, de Garzón, de CARTAGENA USTED LE DICE A CUALQUIER PERSONA LLÉVEME A LA BODEGA DE BAVARIA Y ALLÁ LO LLEVAN, ESE ES UN REFERENTE, se convirtió en un referente para toda la población, por favor lléveme a Bavaria y la gente sabe dónde es la bodega”*

*“SR. OTALORA: Los uniformes Bavaria se los vendía al distribuidor PARA QUE LOS VENEDORES FUERAN IDENTIFICADOS COMO VENEDORES DE BAVARIA”.*

En el caso de autos, las labores de promoción con la clientela por parte de ARCA, no se redujeron a la simple propaganda visual de los productos y marcas Bavaria, puesto que la labor de dicho agente SE REALIZÓ CON PERMANENTE MEDIACIÓN, EN EL CONTACTO DÍA A DÍA CON LA CLIENTELA DE LA COMPAÑÍA CERVECERA, realizando labores de negociación y estimulación de compras de todo tipo de productos de la marca Bavaria. En éste sentido, bien puede afirmarse que se cumplió a cabalidad con la jurisprudencia vigente, según la cual, las tareas del agente se enfilan a desempeñar funciones facilitadoras para la celebración de contratos, actividades encaminadas a mantener, crear e incrementar la clientela:

*“Por el contrario, no hay duda de que entre las finalidades que constituyen la causa típica del contrato de agencia comercial y, por ende, que lo define y delimita, SE ENCUENTRA LA DE <CONQUISTAR, CONSERVAR, AMPLIAR O RECUPERAR> EN FAVOR DEL AGENCIADO, UNA CLIENTELA, a la par que apareja los esfuerzos del agente por acreditar los productos y servicios objeto del contrato, todo lo cual acrecienta el “good will” de aquél, permitiéndole “vender más y a mejor precio, lo que necesariamente apareja que sus utilidades sean mayores en proporción al capital invertido...” (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de 22 de octubre de 2001).*

*“...TODAS LAS DEMÁS GESTIONES APTAS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL ENCARGO ASUMIDO, ESTO ES CONQUISTAR UN MERCADO PARA LOS PRODUCTOS O SERVICIOS DEL AGENCIADO, CUESTIÓN QUE SÓLO SE LOGRA MEDIANTE UNA CONSTANTE LABOR DE PROMOCIÓN...”. (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de Diciembre 15 de 2006).*

En verdad, la labor constante de promoción y mediación encaminada al mantenimiento e incremento de la clientela, y la conquista de un mercado, fueron cumplidas a cabalidad por Arca, empresa que de lunes a sábado, en una actividad día a día, realizaba los recorridos, rutas y frecuencias predeterminadas por Bavaria. De aquí que, la intermediación y contacto

con la clientela se desarrollaba a través de los funcionarios de Arca, con quienes se convenían las compras con los detallistas o sub distribuidores. Pero en éste contacto diario, los empleados de Arca debían inducir a la adquisición de los diferentes productos amparados bajo la marca Bavaria, (persuasión y convencimiento del cliente), ofreciendo todo el portafolio, para lo cual recibían todo el apoyo del agenciado:

*SALAS: “Que se manejaba un manual de supervisión LES DECÍAMOS COMO SE DEBEN VISITAR LOS CLIENTES, CÓMO SE DEBE OFRECER EL PORTAFOLIO, todo es tipo de cosas, de ventas, que infieren directamente con el servicio, entonces había que hablar con ellos y por eso SE LES DABAN UNAS NORMAS PARA QUE SE MANEJARA EL SERVICIO ASÍ”*

*“En esas visitas que hace el supervisor de ventas, VA DONDE LOS CLIENTES Y LE PREGUNTA SI EFECTIVAMENTE EL CLIENTE HA IDO A ATENDERLO Y CUANTAS VECES LLEGA, SI HA LLEGADO CON TODOS LOS PRODUCTOS, CON TODAS LAS MARCAS E INCLUSIVE UNO LLEGA HASTA IR A LA ESPECIFICACIÓN SI DE PRONTO DEJA POKER, COSTEÑA, AGUILA, CON PONY MALTA, a fin de poder efectivamente mirar uno y hacer el cubrimiento del servicio de distribución que tiene el distribuidor. Igualmente también se hace en esa visita, se mira el precio que efectivamente esté cobrando al precio establecido por la compañía, precio oficial y también se verifica que se le esté cobrando a ese precio...”*

*TORRES: “...COMO QUIERE QUE LO APOYEMOS EN EL PROCESO DE INCENTIVAR NUESTROS PRODUCTOS EN EL MERCADO y obviamente hay un área específica, una vicepresidencia de distribución que genera acciones también sobre eso, es cómo desarrollar al distribuidor, cómo entregarle adecuadamente las cosas que mercadeo realiza para que las acerque a donde tiene que llevarlas”*

De igual manera, debían prestar el mejor servicio y verificar que tanto la publicidad como los equipos de enfriamiento y los productos Bavaria, se manejaban en debida forma y de conformidad con las instrucciones de la empresa cervecera. Al respecto resultan muy dicentes, los siguientes testimonios:

*FALLA: También se verifica en esa visita que la tripulación que son las personas que utiliza el distribuidor para hacer los repartos, QUE EFECTIVAMENTE LA TRIPULACIÓN PRESTE BUEN SERVICIO, SEAN ATENTOS, FORMALES, AMABLES CON EL CLIENTE Y QUE PRESTEN EL MEJOR SERVICIO POSIBLE”*

*LEAL BARRERA: “Para nosotros la distribución es llevar el producto a LOS CLIENTES DE LA EMPRESA EN TODO EL PAÍS, cumpliendo una promesa que se les hizo a ellos de servicio y disponibilidad”*

*TORRES: “... y muchísimas veces de pronto recoger material y entregarlo también, si eso no es así yo voy en detrimento del valor de la marca, yo necesito completa alineación y para MI EL DISTRIBUIDOR ES IMPORTANTE EN EL SENTIDO DE QUE HACE ENTREGA*

**OPORTUNA...HAGA LA ENTREGA DE LAS CANTIDADES SOLICITADAS Y HAGA ENTREGA DE LOS IMPLEMENTOS QUE BAVARIA MUCHÍSIMAS VECES OFRECE POR EL CANAL”**

*COBALEDA “...ya ve que no, eso era algo que nos tocaba a nosotros porque Bavaria nos calificaba material publicitario, entonces nosotros teníamos que en cada negocio nosotros tenerle así sea un afiche o algo porque Bavaria nos exigía que tenía que haber exhibición, esa publicidad era gratis”*

*COBALEDA: “De manera general era que ellos insistían mucho en el cumplimiento de los repartos, eso era básicamente y dele con las metas, con los pronósticos, BÁSICAMENTE ERA SERVICIO Y PRONÓSTICO DE VENTAS QUE HAY QUE CUMPLIR, QUE HAY QUE VENDER TAL COSA, QUE MIRE QUE LA EXHIBICIÓN DE TANTAS CAJAS DE JUGOS, TODO ESO ERAN LAS INSTRUCCIONES QUE RECIBÍAMOS DEL SUPERVISOR DE BAVARIA, ERA BÁSICAMENTE CUMPLIMIENTO DE METAS Y SERVICIO AL CLIENTE”.*

No cabe ninguna duda que la promoción e intermediación realizada por Arca, en el día a día, estaba encaminada a obtener el consumo de los productos Bavaria, tanto que sus empleados debían ofrecer todos los productos de la canasta de dicha empresa, así como estar atentos a las inquietudes y solicitudes de los detallistas y al comportamiento de la competencia. De allí surgían las propuestas que Arca le transmitía a Bavaria para apoyar bazares, ferias, fiestas, así como para realizar activaciones y descuentos en determinados productos:

*COBALEDA: “Otra de las funciones tiene que ver con EL APOYO A LOS CLIENTES EN SUS EVENTOS, SE REALIZABA LO QUE COMÚNMENTE SE CONOCE COMO BAZARES, muchas comunidades, muchos clientes hacían bazares, muchos clientes hacían eventos por decir algo en el estadio, toda esa clase de eventos los coordinaban con nosotros y el supervisor de Bavaria también nos daba las instrucciones de cómo debíamos atender esos eventos”.*

*HERNANDEZ: “A nivel nacional las políticas de mercado y descuentos son dictadas a nivel central, lo único que hace es ejecutarlas, HABÍA INICIATIVA POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES QUE TENÍA DON RODRIGO EN LAS BODEGAS DE SUGERENCIAS, SE DABAN CUENTA POR EJEMPLO QUE POSTOBÓN ESTABA DANDO POR EJEMPLO UNOS DESCUENTOS MUY ALTOS, ELLOS A MANERA DE SUGERENCIA NOS DECÍAN VEA ES MEJOR QUE SOLICITE RECURSOS PORQUE NOS ESTÁN COMPITIENDO con descuentos o nos están quitando colegios o nos están quitando mayoristas, lo que uno hacía era informar al gerente de ventas y si el gerente de ventas autorizaba el descuento uno hacía era informar al gerente de ventas y si el gerente de ventas autorizaba el descuento uno lo otorgaba”*

*“...VARIEDAD DE EVENTOS, INAUGURACIONES, FERIAS, CUANDO ERAN FIESTAS SIEMPRE EL ALCALDE REMITÍA UNA CARTA A BAVARIA SOLICITANDO APOYO DIRECTO que una orquesta, que diera un apoyo económico para pagar alguna infraestructura que se necesitara para en la feria, PERO EN CONTRAPRESTACIÓN*

*NOSOTROS EXIGÍAMOS TENER PUNTOS DE VENTA DENTRO DE ESA FERIA para poder digamos tener presencia de marca en los eventos. Bavaria es un negocio y ellos no van a regalar un dinero por regalarlo”.*

Todo lo anterior lo realizaba Arca, por expresas instrucciones de Bavaria, tanto que la labor principal del supervisor de ventas, casualmente, se relacionaba con verificar el cumplimiento efectivo de dicho encargo, en las condiciones anotadas, especialmente el cumplimiento de metas y el servicio al cliente.

En punto a la intermediación y la promoción, es de resaltar que las labores ejecutadas por Arca en el territorio asignado, se desarrollaron bajo la modalidad de autoventas. Paralelamente a éste sistema, la convocada utilizaba la forma de preventas, en la cual un funcionario de Bavaria previamente visitaba los clientes de la zona, y el distribuidor simplemente cumplía con el reparto o entrega del producto, en la forma anteriormente convenida por el preventista de Bavaria, de suerte que, las labores de intermediación y promoción corrían por cuenta del preventista, tal como se expresó en recientes laudos arbitrales:

*“El Tribunal tampoco encuentra, del conjunto de pruebas que obran en el proceso, evidencia alguna que permita concluir que la labor de promoción y por ende de consecución y mantenimiento de la clientela de BAVARIA S.A, fuera realizada por DISTRIBUIDORA BERNAL MÉNDEZ. Por el contrario de dicho acervo probatorio cabe concluir que tal labor promocional estuvo, casi exclusivamente a cargo de la convocada, por intermedio del esquema de “preventistas”, quedando limitada la gestión de la Convocante a la compra de los productos a BAVARIA – ya ofrecidos y prevendidos previamente por la convocada entre su clientela- para posteriormente transportarlos y revenderlos a los consumidores finales, de acuerdo con los pedidos tomados por los preventistas”.*

*“En realidad, tales actividades de promoción y explotación recaían de manera esencial y casi exclusivamente en BAVARIA S.A., a través de su red de “preventistas” y con la supervisión de sus funcionarios” (Tribunal de Arbitramento de Distribuidora Bernal Méndez y Compañía Limitada, Árbitros Andrew Abela Maldonado, Camila de la Torre B y Antonio Barrera Carbonell, Laudo de noviembre 9 de 2009).*

*“En consecuencia, para el Tribunal es claro que la labor esencial a cargo de SUAREZMOZ, por la cual se le remuneraba, giraba alrededor de la realización de las actividades de reparto-cargue, transporte y entrega- de los productos que la propia BAVARIA promovía previamente en el mercado detallista a través de los denominados “preventistas” (Suarezmoz Ltda, Laudo Arbitral de 27 de Abril de 2009, Árbitros, José Armando Bonivento J, Cesar Hoyos Salazar y Diego Moreno Jaramillo).*

*“En cuanto a la ejecución práctica del contrato, del conjunto de pruebas que obran en el proceso se evidencia que la labor de promoción y por ende de consecuencia y mantenimiento de la clientela estaba exclusivamente a cargo de BAVARIA S.A., a través de su red de “preventistas”. (Laudo arbitral de fecha septiembre 20 de 2007. Árbitros, Camila de*



la Torre B, Carlos Camargo de la Hoz, Rafael Nieto N. Tribunal de Arbitramento de Transportes M y M Limitada contra Bavaria S.A.)

Respecto a las previsiones contenidas en la cláusula DECIMO OCTAVA de la oferta, si bien Arca desarrollaba sus labores bajo la forma de auto ventas, por instrucciones de Bavaria cumplía con las obligaciones anotadas en los literales a), b) y f) que se transcriben a continuación, pese a que en el contrato, dichas obligaciones solamente surgían cuando los distribuidores operaban en la modalidad de preventas. El tenor literal de la mencionada cláusula es el siguiente:

**“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, OFERTAS 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.*
- c. *Haré entrega de la nota de pedido en la oficina de facturación de BAVARIA S.A.*
- d. *En las ciudades donde BAVARIA S.A., cuente con el mismo sistema de terminales portátiles de preventa, recogeré y entregare, en el centro de cómputo designado por Ustedes, a las horas que BAVARIA S.A., determine, las terminales anotados. En el momento de la entrega diaria a que hago referencia en la presente distribución, el terminal tendrá toda la información recogida durante el día, esto es, la información de los clientes, los pedidos y toda la información que se genere con ocasión de la ejecución de la presente oferta.*
- e. *Garantizaré la salida oportuna del vehículo en las horas de la mañana y verificaré su correcto cargue.*
- 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.*

- h. Serán por mi cuenta los impuestos o las contribuciones establecidas o que se lleguen a establecer sobre la preventa de los productos.*
- 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 transportes hacia y dentro del territorio asignado”.*

Nótese que la cláusula Decima Octava, sin dubitación alguna, hace referencia a los clientes de Bavaria, no a los clientes de Arca. Aquí también se presentó una forma de infidelidad contractual, pues tales actividades estaban reservadas a la modalidad de preventas, pero resulta que el convenio con Arca implicó actuar bajo la modalidad de autoventas. Pero como en el territorio de Arca no había preventistas, y según lo acreditado anteriormente, las labores de intermediación y promoción, casualmente, quedaron en cabeza de la convocante, siendo de resaltar que, muchas de las obligaciones consignadas en la cláusula décimo octava del contrato y que se refieren al preventista, fueron encomendadas por Bavaria, como consecuencia del direccionamiento del contrato, a la convocante. Entonces, se concluye que entre las partes si se ejecutó y desarrolló un contrato de agencia mercantil de hecho, puesto que las mismas labores que realizaban los preventistas y que de conformidad con las jurisprudencias anteriormente transcritas implicaban tareas de intermediación y promoción de negocios a favor de la convocada, propias de dicho contrato, las ejecutó exclusivamente la convocante.

## **E. LA CLIENTELA**

En realidad todo parece indicar que la verdadera finalidad del contrato no era que Arca adquiriera los productos Bavaria para revenderlos con libertad y autonomía como se desprende del contrato escrito, sino la atención, el mantenimiento e incremento de la clientela de la convocada, en las condiciones predispuestas por Bavaria, lo que explica que la retribución al agente se calculara bajo el rublo denominado “flete”, compensación ajena a un contrato de simple distribución.

En la agencia mercantil se buscan dos finalidades primordiales: mantener la clientela actual e incrementar la futura potencial. En esta labor, para nada importa que en el territorio asignado, el agenciado entregue al agente una lista de clientes actualmente atendidos en la zona, lo cual ocurre cuando había un agente anterior o el mismo agenciado atendía personalmente el territorio; LO SUSTANCIAL ES QUE EL AGENTE SIGA REALIZANDO LAS LABORES DE INTERMEDIACIÓN Y PROMOCIÓN PARA MANTENER CAUTIVA DICHA CLIENTELA, y en lo posible, se consigan clientes nuevos. Aquí es bueno aclarar que la clientela de los productos Bavaria no solamente estaba representada en los establecimientos comerciales en que se vendían dichos productos, sino que igualmente cobijaba a los consumidores finales, en el territorio asignado a la convocante. A no dudarlo, el color de los uniformes de los empleados de Arca y los logotipos impresos en estos, el color y los logotipos con fueron

pintados los camiones de reparto de propiedad del agente así como el color y los logotipos diseñados en las bodegas de Arca, inmediatamente sugerían al público en general, los productos Bavaria , y servían como instrumento para inducir el consumo. Por añadidura, Arca solicitaba a Bavaria realizar determinadas promociones para atender una fecha determinada, o con el fin de promocionar un producto en especial (lo que sucedía por ejemplo, cuando se lanzaba un producto nuevo o la competencia realizaba promociones o descuentos de uno en particular). Si se acogía la sugerencia, el distribuidor adquiría el producto y Bavaria facilitaba carpas, equipos de sonido, etc, PERO LA PROMOCIÓN ERA ATENDIDA POR EL PERSONAL DE ARCA ASOCIADOS.

Con respecto a la clientela, también resulta evidente que las labores realizadas por los distribuidores – en nuestro caso Arca-, TENÍAN COMO FIN MANTENER E INCREMENTAR LA CLIENTELA DE BAVARIA, máxime cuando se pactó inicialmente la exclusividad a favor de Bavaria y pese a que en la modificación del 2003 se eliminó respecto a las cervezas y las maltas, en la práctica tal exclusividad siguió vigente, pues el contrato no varió en su ejecución. LO ANTERIOR TRAJÓ COMO RESULTADO QUE TODA LA INFORMACIÓN RELATIVA A LA CLIENTELA ATENDIDA POR ARCA, era suministrada a la convocada, empresa que era la única que la conservaba. Esta es la razón por la cual muchos de los funcionarios de Bavaria aceptaron que la clientela atendida por la convocante, era de la compañía cervecera:

*“SRA. MEJIA: Todo cliente que el distribuidor encuentre en la zona, que sea factible o que consuma nuestros productos ES CLIENTE DE BAVARIA, es a él al que le vende”.*

*“DR. JARAMILLO: Pero yo supongo, usted nos lo ha dicho varias veces hay como unas notas predefinidas para esos distribuidores comercializadores, esa ruta cómo se establece, es decir esos clientes ya están registrados y codificados en Bavaria o simplemente lo que se hace es de acuerdo con una delimitación geográfica el distribuidor acude a...”*

*SRA. MEJIA: Están ahí y se registran los clientes que ellos atienden en la zona asignada a ellos Y SON REGISTRADOS EN LA BASE DE DATOS NUESTRA”.*

*“SR. FALLA: Generalmente siempre cuando entra un distribuidor nosotros le indicamos el sector que va a atender con límites, decimos el límite de su jurisdicción es esta, LE DAMOS LAS DIRECCIONES, o sea los barrios que colindan, LE DAMOS LAS RUTAS, nosotros teníamos anteriormente unas carpetas en donde teníamos el caso, esos ruteros y CON BASE EN ESOS RUTEROS SE LE ENTREGABA LAS RUTAS DE LOS CLIENTES, se le daba un lindero y se le entregaba el sector que se le asignaba.*

*En mi concepto esa forma como la manejaba hizo que nosotros no tuviéramos inconvenientes en cuanto a servicio de distribución de los productos, TENÍA ABASTECIMIENTO OPORTUNO DE LAS MARCAS Y DE LOS CLIENTES y que tampoco hubiera desabastecimiento de los productos nuestros en la bodega que él tenía”.*

*“SR. FALLA: Sí claro porque ahí se manejaban unas carpetas, cada supervisor tenía unas carpetas y EN ESAS CARPETAS TENÍAN UNAS TARJETAS Y EN ESAS CARPETAS ESTABAN TODOS LOS CLIENTES de cada uno si eran de un pueblo pues estaban todos los clientes del pueblo...”*

*“SR. ACOSTA: La función principal de un supervisor de ventas es hacer que las metas se cumplan, así de sencillo, es decir yo le pongo a ese supervisor, usted en ese territorio me debe asegurar que vendamos en cervezas 1.000 hectolitros, luego qué hace el supervisor? El supervisor como la palabra lo dice hace que todos los recursos asociados, entregados a él tanto de personas como el mismo distribuidor funcionen correctamente, qué es funcionar correctamente? Es primero QUE LOS CLIENTES DE BAVARIA QUE FUERON ENTREGADOS A UN DISTRIBUIDOR SEAN ATENDIDOS CORRECTAMENTE, esa es la función, yo estoy hablando de lo que debe hacer un supervisor, sean atendidos correctamente.*

*Qué es ser atendidos correctamente, es decir que todo el paquete de servicios que tiene Bavaria le llegue de la mejor forma y más oportuna que es que los atiendan en las frecuencias que fueron definidas, es decir que si son de vías de atención que sean atendidas diariamente, que si tienen frecuencia atendidos lunes y miércoles o lunes y jueves, sean atendidos lunes y jueves.*

*SEGUNDO QUE LAS QUEJAS QUE HACEN NUESTROS CLIENTES, NUESTROS DETALLISTAS, NUESTROS PUNTOS DE VENTAS SEAN RESUELTAS de la mejor forma y oportunamente en los puntos de ventas”.*

*“SR. MORENO Con respecto a la parte de promoción y venta pues debíamos hacer una tarea muy importante en el tema de consecución de nuevos clientes o clientes que no estuvieran consumiendo el producto hicimos una cantidad de actividades que logramos en el transcurso de 2 años aproximadamente voltear la cultura del consumo de aguardiente hacia el consumo de cerveza y hoy en día pasa uno por la Zona Rosa 10, 11 de la noche y prácticamente 100% cerveza el consumo, digamos que esa era una labor adicional que nosotros hacíamos en el tema de promoción...”*

*“SR. GUSTAVO ADOLFO QUESADA: El territorio, los clientes y las rutas le pertenecían directamente a Bavaria S.A.*

*DR. GIL: Para entender bien cuando ustedes recogían los refrescos ya tenían una lista de clientes a los cuales tenían que entregar y esa lista se la entregaba Bavaria?*

*SR GUSTAVO ADOLFO QUESADA: Sí señor”.*

*“SR. FABIO QUESADA: La empresa Bavaria tenía la base de datos de los diferentes clientes que existían en un territorio y eran clientes entregados para que nosotros atendiéramos, nuestra misión era mantener al día o actualizada esa información en cuanto al nombre del negocio, en cuanto al nombre del propietario, en cuanto si tenía activos de la*

empresa, en cuanto al tipo de compras que el señor realizaba, ellos son los clientes a los cuales yo me refiero que la empresa atendía, cada 2 meses aproximadamente, la empresa imprimía la información que nosotros actualizábamos a través del hand held” (sic) para nosotros seguir haciendo la actualización de esos clientes”.

“SR. ARTUNDUAGA: No exactamente, Bavaria en nuestro sector nunca tuvo claridad sobre esos clientes, no nos los entregó y no hay ninguna acta en donde eso suceda de los clientes que ellos nos entregan a nosotros, nos dijeron es la delimitación por área y no por clientela, de tal hacia tal, es decir una delimitación por direcciones y no por clientes, nosotros levantamos los censos de clientes, además que ya teníamos adelantado porque como venía de la otra empresa entonces los actualizados y continuamos actualizándolo.

LOS FUNCIONARIOS DE BAVARIA SOLAMENTE SE LIMITABAN A SOLICITAR QUE ESO SE HICIERA PARA ELLOS PODERLO SOSTENER TAMBIÉN, pero los censos básicamente los hacíamos nosotros y Bavaria ni nos entregó un censo de clientes, ni nos recibió, nosotros claro incrementamos no menos de un 30% de la cantidad de clientes porque igualmente se incrementó la venta...”

“SR. OTALORA: En “hand held” (sic) es un microcomputador en el cual se registra toda la información de ventas, todo o que tiene que ver con el proceso de los clientes, el proceso de los descuentos, el proceso de las promociones, todo viene manejado por la máquina, los vendedores la manejan y es ahí donde registran las diferentes actividades.

DR. BECERRA: Bavaria tiene usted conocimiento de que lleve un censo en donde aparezcan los clientes que empieza vendiendo un distribuidor como Arca y cómo cuando se termina la relación ha aumentado ese número de clientes, usted conoce que exista esa relación?

SR. OTALORA: La base del censo igualmente se hace periódicamente y se va ajustando el sistema a la realidad del mercado, si en la zona hay 1.000 clientes, 1.000 clientes tienen que aparecer en nuestra base de datos”.

Nótese como Bavaria entregaba a los distribuidores la lista de sus clientes, asignaba un presupuesto de ventas, disponía las rutas y frecuencias y la forma en que se debían atender “sus” clientes, así como los presupuestos de venta:

“SRA. MEJIA: Bavaria tiene unos programas y asigna unos presupuestos de acuerdo a los programas que ellos quieren de promocionar sus productos y de dar descuentos a los clientes y entonces esos programas los asigna por gerencia o la gerencia asigna los programas Y NOSOTROS A TRAVÉS DE LOS DISTRIBUIDORES ENTREGAMOS A DETERMINADOS CLIENTES DEPENDIENDO DEL PROGRAMA ESOS DESCUENTOS Y ESO SE HACE A TRAVÉS DEL DISTRIBUIDOR en el caso que estamos hablando, él va entrega el productor, entrega el descuento dependiendo del programa que se esté ejecutando en ese momento y posteriormente nos legalizan a nosotros a través de planillas o efectivamente si ese dinero que nosotros les dimos para transmitirlo como descuento se entregó en el mercado o no”.

*“SR. FALLA El distribuidor hace lo correspondiente a la parte de distribución, en el caso de... A ÉL SE LE ASIGNAN UNOS PRESUPUESTOS MENSUALES Y CON ESE PRESUPUESTO MENSUAL QUE SE LE ASIGNA, se le asigna un presupuesto de ventas y un presupuesto de dinero que debe cumplir, con base en se presupuesto de dinero que se le entrega él hace los descuentos, las promociones, las activaciones que eran necesarias para conseguir las cajas adicionales que necesita cuando el mercado se lo...”*

*“SR. FALLA: LE ASIGNAMOS UN PRESUPUESTO DE VENTAS COMO LO INDICA SU NOMBRE ES UN PRESUPUESTO DE VENTAS y ese presupuesto de ventas siempre se tenía en cuenta como hace el período anterior, el comparativo inmediatamente anterior...”*

*“SR. ACOSTA: Una unidad de negocio, cuando yo miro la unidad de negocio por dentro está en cabeza de un supervisor de ventas y está en las zonas rurales de distribuidores, por qué le estoy diciendo esto? Porque cuando yo distribuyo mi presupuesto de ventas, yo lo distribuyo a nivel país, luego a nivel regional, luego a nivel unidad de negocio, cuando le entregamos el presupuesto al supervisor él se sienta con el gerente de ventas a decir, eso depende de condiciones estratégicas de la compañía comerciales, a esta región en particular le vamos a asignar tantos millones en descuentos y en promociones y ya el supervisor se sienta o define su estrategia para poder cumplir sus metas para hacer las inversiones necesarias en la región correspondiente.*

*Ya obviamente tiene, porque es que el vehículo de poder llegar a nuestros allá a todos esos clientes ES POR INTERMEDIO DEL DISTRIBUIDOR TIENE QUE PONERSE DE ACUERDO CON EL DISTRIBUIDOR PARA DECIRLE BUENO VAMOS A HACER ESTAS ACTIVACIONES, UN PLAN DE ACTIVACIONES, VAMOS A HACER ESTOS DESCUENTOS, TENGO ESTA PLATA DISTRIBUYÁMOSLA DE LA MEJOR FORMA, QUE SEA BIEN EFICIENTE”.*

*“DR. SUESCUN: Esas metas de ventas las determinaba unilateralmente Bavaria o el distribuidor podía decir no hombre esto me parece muy alto dadas las circunstancias, bájemelo o eso era impuesto?”*

*SR. QUESADA: LAS IMPOSICIONES VENÍAN DIRECTAMENTE DE LA JEFATURA DE VENTAS Y DEL DIRECTOR REGIONAL DE VENTAS”.*

Todo lo anterior resulta extraño a un contrato en el cual Arca se comprometía a revender su propio producto, con independencia y autonomía, única forma en que de verdad actuaría por cuenta e interés propio y en relación a su propia clientela.

Pero las labores de Arca no se limitaron a mantener la clientela de Bavaria inicialmente asignada, sino que incrementaron la misma, tal como se desprende del peritazgo, en cuya página 14 aparece que según los reportes de Bavaria, a Arca se le canceló la suma de \$404, 862,210 en el año 1999, y que en el año 2005 se le pagó la suma de \$ 1, 413,851.084. En el mismo dictamen pericial aparece que Arca, en el año 1999, vendió

12.238 botellas de cerveza y que en el 2007 estaba vendiendo 23.667; con respecto a las maltas, en el 2009 se vendieron 2.394 y en el 2007 se estaban vendiendo 4.097, muchísimas más de las enajenadas en el año 99. TODO LO ANTERIOR REFLEJA UN EVIDENTE INCREMENTO EN LAS VENTAS DE LOS PRODUCTOS Y UNA EFICIENTE LABOR DE MANTENIMIENTO E INCREMENTO DE LA CLIENTELA, tareas que fueron aceptadas por la convocada, tanto que en los años 1999, 2001 y 2002, Arca recibió unos reconocimientos especiales por su gestión en ventas, según el programa de excelencia de ventas y distribución diseñado por Bavaria. Todo lo anterior se reitera en los documentos que parecen a los folios 94 y siguientes del cuaderno principal de pruebas que contienen los extractos realizados por Bavaria de las cuentas consolidadas, los cuales reflejan las actividades de Arca entre enero de 2005 y marzo del 2007, así como el cuadro de evolución de ventas elaborado por Arca y que cubre el período de 1999 a 2007, DOCUMENTOS QUE RESULTAN CONFORMES CON LA RELACIÓN DE PAGOS, MES A MES, EFECTUADOS A LA CONVOCANTE, desde el inicio del contrato hasta su terminación y que figuran en la página 14 de peritaje. Es de advertir que este resumen no fue objetado, lo que se impugnó, por error grave, fueron las operaciones matemáticas que inadecuadamente realizó el perito tendientes a obtener el monto de la cesantía comercial, tomando como base dichos datos.

Con respecto a los clientes nuevos, cumpliendo el encargo de mantener e incrementar la clientela de Bavaria, el procedimiento normal era el siguiente, según lo reiterado por los testigos:

*“SR. FALLA Del tiempo que ellos estuvieron exactamente no recuerdo esa diferencia, pero lo que sí le puedo decir es que él hace clientes y el distribuidor los incluye en su base de datos porque los debe atender y además porque le representa unas cajas adicionales, representa el hecho de vender una... representa ingresos entonces TODO CLIENTE QUE APAREZCA NUEVO PERO EL CRECIMIENTO QUE DICE DE 200 ME PARECE UN POCO GRANDE, PERO LO QUE SIRVE ES QUE LOS CLIENTES QUE VAN APARECIENDO NUEVOS EL DISTRIBUIDOR DEBE INCLUIRLOS PORQUE EN PRIMERA INSTANCIA DEBE ATENDER TODOS LOS CLIENTES QUE ESTÁN EN LA RUTA Y LOS CLIENTES NUEVOS DEBE INCLUIRLOS EN SU RECORRIDO Y EN SU BASE DE DATOS”.*

*“SR. FALLA: EN LA MEDIDA EN QUE EL DISTRIBUIDOR VA AVANZANDO Y NACE UN BARRIO, NACE UN CLIENTE, el distribuidor como es el que más está en contacto con la distribución de los clientes, ES EL MÁS INMEDIATO A ATENDERLO porque le representa la venta de una caja adicional, porque le representa un ingreso, DE HECHO NO SE PUEDE DEJAR ESE CLIENTE SIN ATENDER y lo segundo es que igual si aparece una urbanización aledaña a un barrio, igual el distribuidor debe desplazarse a ese sector, siempre y cuando quede en la ruta que es, él no se puede desplazar a un barrio diferente a los linderos...”*

*“SR. OTALORA: Esa es una labor propia de todo vendedor, SI APARECE UN NEGOCIO NUEVO EL DEBER ES INFORMARLO, normalmente el supervisor DENTRO DE LAS LABORES NUESTRAS ESTA IRLO A VISITAR Y NEGOCIAR CON EL CLIENTE, definir el cliente y crearlo en nuestra base de datos para saber qué tipo de negocio es, qué productos va a manejar, qué precios son los que va a manejar, qué cosas le podemos otorgar*

*préstamos por ejemplo neveras, un aviso, a veces una silletería, cosas de ese estilo, toda esa labor la tramita uno.*

*DR. ARANGO: Usted dijo anteriormente que cuando surgía un cliente nuevo podía ser reportado por el distribuidor, el supervisor lo visitaba y ahí fijaban unas condiciones, explíqueme a qué condiciones se refiere?*

*SR. OTALROA: SON CONDICIONES QUE MANEJA BAVARIA, como les decía Bavaria tipifica los negocios, nosotros manejamos ahora un estándar donde se clasifican los negocios según su operación, es decir que es un bar, que es una panadería, que es una discoteca, dependiendo de esa tipología, SOBRE ESA MISMA TIPOLOGÍA NOSOTROS TENEMOS UNOS PARÁMETROS LOS CUALES LE CONDICIONAMOS AL CLIENTE PARA PODER ACCEDER A ESOS BENEFICIOS, entonces una de las principales exigencias que hace Bavaria es el precio sugerido, entonces el manejo del precio que no nos desborden el precio en aras de buscar un equilibrio en la parte económica entre el consumidor y buscar un mayor volumen de venta, eso es lo que en el fondo se busca con eso.*

*Dependiendo de si el cliente acepta de que sí va a vender a precio sugerido, de que sí nos va a manejar las marcas, DE QUE SÍ NOS VA A PERMITIR LA EXHIBICIÓN, QUE NOS VA A PERMITIR LA COLOCACIÓN DEL POP ENTONCES así mismo uno determina con qué le ayuda o con qué no le ayuda, pero eso es una negociación directa en Bavaria en este caso.*

*SRA. MEJIA: EN EL CASO DE LA PREVENTA CLARO TAMBIÉN, LE DISTRIBUIDOR LE CONSIGUE, EL DISTRIBUIDOR CONSIGUE NO, ÉL ESTA EN LA RUTA Y TODOS LOS QUE SON CLIENTES QUE SEAN POSIBLES CONSUMIDORES ELLOS VENDEN, digamos esa es como su zona, todo posible cliente que tenga un establecimiento donde posiblemente pueda venderse consumir nuestros productos son clientes del territorio, pero los clientes están ahí... no, no, porque ellos están ahí, yo lo que le limito al distribuidor es vaya a este territorio y véndale a los clientes y posibles clientes de Bavaria y es muy claro quién puede ser posiblemente un cliente*

*DR. SUESCUN: Cuando hay nuevos establecimientos o locales qué pasa?*

*SRA. MEJIA: A ESOS TAMBIÉN LOS ATIENDE Y ÉL LOS REPORTA COMO LOS NUEVOS CLIENTES QUE ESTE ATENDIENDO”*

*“SR. FALLA: ASÍ COMO SE LE ENTREGABAN LOS CLIENTES, LAS RUTAS, las rutas se le entregaban con 80 clientes, igual el cliente no era todo el tiempo, había clientes que cerraban y otros clientes que abrían, entonces la hand held” (sic) le PERMITÍA TENER LA OPORTUNIDAD DE INFORMARNOS QUE TAL CLIENTE CERRÓ O TAMBIÉN ÉL MISMO HACÍA LA INCLUSIÓN DEL CLIENTE QUE APARECÍA, el vendedor obviamente hacía la labor de meter en la hand held” (sic) el nuevo cliente que nacía, porque obvio ellos estaban por la ruta y ese cliente se originaba de pronto en la misma...”*



*“SR. ACOSTA: Yo me voy a remitir a la política, cómo es el procedimiento, el procedimiento es el hand held” (sic) INCLUSIVE TIENE LA FORMA DE ENTRAR EL CLIENTE NUEVO, cuando el vendedor bien sea el vendedor urbano o rural, va por su ruta ve un cliente nuevo, EL PROCEDIMIENTO DICE LO SIGUIENTE, DEBEMOS LLENAR UN FORMATO O ESCRIBIR EN EL “HAND HELD” (sic) LA CREACIÓN DE UN CLIENTE, luego cuando devuelve su ruta en las zonas rurales lo que debe hacer el DISTRIBUIDOR ES ENTREGARLE LOS CLIENTES NUEVOS AL SUPERVISOR o en muchas partes del país si manejan bien la máquina graban el cliente, ese cliente llega a nuestras bases de datos Y LO QUE HACE EL SUPERVISOR ES METER ESE CLIENTE EN LA RUTA CORRESPONDIENTE porque una red puede tener varias rutas, entonces llega a nuestras bases de datos bien sea con formatos, bien sea con hand held” (sic), entonces lo que hacemos es registrar con formatos el cliente, complementar la información, porque hay una información que hay que complementarla como el estrato, la dirección correcta, el teléfono correcto, así lo tiene y LO QUE SE HACE LUEGO ES COLOCAR ESE CLIENTE EN LA RUTA CORRESPONDIENTE, ASÍ FUNCIONA, ASÍ DEBE FUNCIONAR.”*

*“SR. PERDOMO: Indudablemente cuando había un establecimiento nuevo era la regla nuestra visitar esos clientes, NO PODÍA EL CAMIÓN PASAR DE LARGO SIN VISITAR UN CLIENTE QUE HUBIERA EN LA RUTA PORQUE INICIALMENTE EL CLIENTE SI NO SE LE VISITABA LO MÁS LÓGICO ES QUE DABA QUEJAS EN BAVARIA y entonces lo obligaban a uno a volver a atender a esa persona, por esa razón había que atenderlos...”*

*“SR. PERDOMO: Generalmente uno le informaba a la persona encargada de hacer el recorrido Y ELLA IBA Y CODIFICABA LA PERSONA, Y ENSEGUIDA ATENDERLA YA CODIFICABA.*

*DR. GIL: Ese código lo estipulaban ustedes o Bavaria?*

*SR. PERDOMO: No Bavaria”.*

*“SR. FABIO QUESADA: No, nosotros inicialmente lo visitábamos y lo creábamos a través de un código 999, luego la empresa cuando llegaba ese cliente, esa información perdón a Pereira ya la empresa le asignaba un código, entonces en los hand held” (sic) que son los equipos a los cuales se lleva la información, a los 2 ó 3 días o a veces 5 días ya aparecía ese cliente como registrado dentro de la planilla de clientes de Bavaria y nosotros comenzábamos a despacharle el producto y a hacer el reporte o el récord del producto que se le estaba dejando”*

*“SR. FABIO QUESADA: Yo creo que hay varias situaciones, primeo hay una situación donde el cliente nuevo se acerca al carro o SE ACERCA A LA OFICINA DICIENDO ESTOY INTERESADO EN Y EL SEGUNDO ESQUEMA DONDE NOSOTROS LOCALIZAMOS LOS NEGOCIOS Y VAMOS Y LE OFRECEMOS EL PRODUCTO PARA QUE EL COMIENCE A MANEJAR ESE TIPO DE PRODUCTOS, pero son las dos situaciones al mismo tiempo porque lógicamente el distintivo del vehículo, el distintivo de la bodega llamaba la atención y la gente sabía dónde quedaba Bavaria en Cartago”.*

*“SR. ARTUNDUAGA: Todos y cada uno de los trabajadores porque en primera instancia el vendedor y el auxiliar o los auxiliares que llevaba ese vendedor que iban y LOCALIZABAN NUEVOS CLIENTES EN EL SECTOR Y ENTONCES OBTENIENDO QUE LOS REGISTRABA Y LUEGO LO PASABAN A LA ADMINISTRACIÓN PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN LOS REPORTARA A BAVARIA, entonces todos estaban en función de eso, en conseguir clientes, en promover la venta de los productos, todos absolutamente todos estaban en función de eso”.*

Resulta tan evidente que los clientes nuevos eran de Bavaria, que dicha empresa era la que les asignaba un código y el supervisor de ventas era quien negociaba las condiciones de distribución con dicho nuevo cliente, según la naturaleza del negocio y la clasificación interna de la misma empresa (tipología). Posteriormente, con el auxilio del “Hand Held”, toda la información dada con respecto al nuevo cliente, se introducía en éste mini componente, CUYA INFORMACIÓN SE REMITÍA DIRECTAMENTE A LAS CENTRALES DE BAVARIA Y POR SUPUESTO, NINGUNA INFORMACIÓN QUEDABA EN PODER DEL DISTRIBUIDOR. Sin embargo, las labores de intermediación y promoción continuaban en cabeza de ARCA, con respecto al nuevo cliente el cual debía incluir en su base de datos, para continuar atendiéndolo en las mismas condiciones que los demás, y conforme a la asignación de ruta que efectuaba el supervisor. ¿Entonces, como podría afirmarse que los clientes nuevos eran de Arca y no de Bavaria, si el primero no podía conservar la información correspondiente al nuevo cliente, ni negociaba las condiciones del suministro?. Lo anterior también acredita que el agente cumplía con su especial obligación de informar al agenciado las condiciones del mercado (art. 1321 C.Co.), lo que facilitaba a Bavaria el control de la comercialización de sus productos, en la zona:

*“SR. OTALORA Esas eran las labores nuestras, eso de revisar que el producto llegara a tiempo, que llegara en buenas condiciones, que se cobra a precios de la compañía, DE REVISAR FRECUENCIAS DE VISITA, REVISAR Y ATENDER TODO LO QUE TENÍA QUE VER CON LAS VENTAS Y TODO LO QUE TIENE QUE VER CON LA PARTE DE POP o de... todo el material publicitario que manejamos y toda la parte de promociones que se da a los clientes, básicamente es esa la labor diaria que se desarrolla en esa función.”*

*“SR. FALLA: HABÍA VARIOS CONTROLES, UNO ERA UN EQUIPO UNA “HAND HELD” (sic) que él tenía, se le asignaba y EN ESE JANGEL “HAND HELD” (sic) ESTÁN TODOS LOS CLIENTES que visitan de las rutas con las frecuencias que se establecían y en ese “HAND HELD” (sic) DIARIAMENTE ELLOS TENÍAN QUE SINCRONIZAR LA VENTA PARA SABER QUE EFECTIVAMENTE HAYAN VISITADO LA TOTALIDAD DE CLIENTES Y LA COMPRA QUE ELLOS REALIZARON Y el supervisor de ventas hacía las verificaciones aleatorias que correspondieran para mirar que efectivamente por ejemplo si en una visita de un día en el “HAND HELD” (sic) él aparecía por decir algo con un número de clientes era de 80 y solamente habían comprado por decir algo 60, 50, 70 o menos 30, 40, CON ESA TRANSMISIÓN DE ESA INFORMACIÓN SE PODÍA HACER EL SEGUIMIENTO para verificar efectivamente qué ha pasado con esas 20, 30 personas”.*

*“SR. FALLA: No, porque esa labor la hacía el supervisor de ventas y nosotros tenemos centro de información que resulta manejado por una coordinadora del centro de información Y ELLA ERA LA ENCARGADA DE MIRAR TODA ESA EVOLUCIÓN DE LOS CLIENTES y la misma venta que ellos... de hecho eso iba relacionado con la información que los vendedores que... luego también era una responsabilidad del centro de información que nosotros manejábamos y del supervisor de ventas”.*

*“SR. FALLA: Sí, es un equipo que nos permite, EN ESE EQUIPO SE MANEJABAN TODOS LOS CLIENTES QUE ATIENDE EL DISTRIBUIDOR POR RUTAS Y EN ESE “HAND HELD” (sic) ESTA CADA CLIENTE CON SUS CARACTERÍSTICAS, nombre, teléfono dirección, LO QUE COMPRA POR MARGEN POR PRESENTACIÓN y nos permite a nosotros todos los días cuando el vendedor llega a ese establecimiento los productos que él le vende los incluye ahí y NOS PERMITE A NOSOTROS CONOCER LAS VENTAS QUE SE REALIZAN DIARIAMENTE, el distribuidor... no solamente todos los días, sino todos los meses y ya queda como una base de datos... y nos permite conocer todos los clientes, número de clientes, cuánto compran, cuándo compran, la frecuencia de visita”.*

*“DR. GIL: Quisiera usted informarle al Tribunal cuáles son las funciones de un supervisor de venta en relación a los distribuidores de su zona?*

*SR. SALAS: Sí señor VERIFICAR INVENTARIOS, QUE LOS REPARTOS ESTABLECIDOS SE HAGAN CORRECTAMENTE, QUE SE CITEN TODOS LOS CLIENTES, que tengan todas las condiciones que le exige la empresa o sea el... que el personal este uniformado, que estén manejando las promociones que la empresa le solicita, básicamente es eso.*

*DR. GIL: En la verificación de la clientela y para determinar Bavaria si se visitaron a todos los clientes o no, qué mecanismo se utiliza?*

*SR. SALAS: Nosotros íbamos con el camión de reparto o muchas veces nos llamaban los clientes que aquí no está pasando el carro, entonces se hace esa verificación, uno se monta en el camión de reparto y el reparto se visita no todos los días y todos los clientes, pero muchas veces se hace esa verificación sí señor”.*

De manera que el control de la clientela y del mercado, le permitía a la convocada conocer las ventas realizadas diariamente por el distribuidor, la frecuencia de visitas, inventarios y productos vendidos.

## **F. LA INFORMACION SOBRE EL MERCADO**

Ahora bien, la promoción del producto, la atención a la clientela y la información al empresario sobre las condiciones del mercado, siguiendo las instrucciones de Bavaria, no solamente ocurrió, de conformidad con la efectiva ejecución del contrato, sino que igualmente se impuso desde el mismo inicio contractual, según lo dispuesto en las siguientes cláusulas:

*“DECIMA SEXTA: Podrá dar por terminado con justa causa el contrato que surja en caso de esta oferta sea aceptada, en cualquiera de las siguientes situaciones:*

*e) El haber incurrido en deficiencias graves en la reventa de los productos O EN LA ATENCIÓN DE LA CLIENTELA”.*

*DECIMA OCTAVA...a) INFORMARÉ DIARIAMENTE A LA PERSONA QUE DESIGNE BAVARIA S.A., PARA TAL EFECTO, SOBRE LA SITUACIÓN DEL MERCADO Y LA COMPETENCIA”.*

Bavaria utilizaba varios instrumentos para realizar un control efectivo del mercadeo de sus productos y de la clientela, lo que reitera que la distribución de sus productos, por parte de Arca, en realidad se hacía como un encargo y en interés directo y exclusivo de la empresa cervecera:

*“SR. QUESADA: Cada uno de los territorios cerrados que manejaba el distribuidor, tenía un responsable como supervisor de ventas, ese supervisor lo asignaba directamente la empresa PARA DAR INSTRUCCIONES ACERCA DEL MANEJO DEL PRODUCTO, ACERCA DEL MANEJO DE LOS CLIENTES Y ACERCA DEL MANEJO DE LAS PROMOCIONES DE CADA UNA DE LAS MARCAS”.*

*“SR. QUESADA: NO ERAN NEGOCIABLES BAJO NINGÚN CONTEXTO, nosotros inclusive llegamos muchas veces a recibir la visita de nuestro director REGIONAL VERIFICANDO QUE EFECTIVAMENTE SE ESTUVIERAN LLEVANDO A CABO LOS TRABAJOS DETERMINADOS POR BAVARIA S.A. PARA CADA UNA DE LAS LÍNEAS O DE LAS MARCAS”.*

*SR. QUESADA: Cuando se llegaba particularmente a los casos de líneas de interés de la empresa como eran de pronto los jugos Tuti Fruti, como eran directamente las marcas de lanzamiento nuevo SE DEBÍA CUMPLIR CON UNA COLOCACIÓN DE PRODUCTO TANTO DIARIO COMO SEMANAL, COMO QUINCENALMENTE, entonces existía seguimiento de parte del supervisor de que el hecho del distribuidor estuviera siendo consecuente con los cargues de producto que se necesitaban para cumplir esas metas.*

*DR. GIL: Quién disponía el volumen de venta diario, mensual o quincenal de esa línea específica?*

*SR. QUESADA: Las cuotas eran como le digo yo propuestas o impuestas únicamente por la empresa”*

*“SR. ACOSTA: Nosotros tenemos una base de datos de 370.000 clientes urbanos, rurales, donde nosotros tenemos toda la base de datos de clientes, AHORA NOSOTROS LES ESTAMOS ENTREGANDO LOS CLIENTES A LOS DISTRIBUIDORES...”*

*“SR. ACOSTA: ...como su nombre lo dice en inglés ruta al mercado, es la forma como nosotros construimos, nosotros no, distribución y la empresa, obviamente nosotros somos usuarios de esa parte, construimos la forma de llegar al cliente, entonces por ejemplo para las zonas urbanas nosotros vamos a tener prevendedores que recogen el producto el día anterior de los clientes de Bavaria, los suben a un sistema, se sube al camión el producto, se le da un listado al entregador para que empiece a entregar el producto, esa es una forma, PARA LA ZONA RURAL ES LA FORMA COMO NOSOTROS LE DECIMOS AL DISTRIBUIDOR ESTOS SON NUESTROS CLIENTES, ELLOS QUIEREN “HAND HELD” (sic), CADA VEHÍCULO TIENE UN “HAND HELD” (sic), DEBEN HACER LA TRANSMISIÓN DIARIA A NUESTRO SISTEMA CENTRAL, BAJAN LOS CLIENTES COMO ES AUTOVENTA SE SUBE UN PRODUCTO EN UN CAMIÓN, SE EMPIEZA A REPARTIR EL PRODUCTO EN CADA UNO DE LOS CLIENTES QUE LA RUTA LE VA DICIENDO, REGISTRAN EL PEDIDO, LLEGA, CONCLUSIÓN, QUÉ ES... ES LA RUTA COMO EL PROVEEDOR POR INTERMEDIO TAMBIÉN DE SUS DISTRIBUIDORES PUEDEN LLEGAR A NUESTROS CLIENTES CON NUESTROS PRODUCTOS, DE LA FORMA MÁS EFICIENTE, ESO ES MÁS O MENOS”.*

*“SR. SALAS: hand held” (sic) es una máquina que se utiliza para recoger información de la venta, llega el vendedor donde un cliente y le pregunta al cliente efectivamente cuál es su compra y simplemente la ingresa en la máquina para que quede un registro y ESE REGISTRO NOSOTROS LO MANEJAMOS COMO UNA BASE PARA LUEGO SABER QUÉ ES LO QUE NOS COMPRA EL CLIENTE, qué nos está comprando, QUÉ NOS ESTÁ DEJANDO DE COMPRAR PARA PODER INCENTIVAR, PARA PODER HACER PROMOCIONES, ESO ES LO QUE HACÍA EL “HAND HELD” (sic).”*

*“SRA. MEJIA: En el hand held” (sic) los vendedores o distribuidores registran la venta por cliente de una zona, registran además a qué clientes le han otorgado los descuentos que Bavaria en sus programas ha desarrollado, entonces ellos registran ese dinero que les da la compañía que le ha dado para programas de descuentos en qué clientes quedaron de la zona, a qué clientes se les ha dado esas promociones y esos descuentos y a TRAVÉS DEL “HAND HELD” (sic) REGISTRAN LOS CLIENTES NUEVOS y los que ya no existen que no le compran a Bavaria.”*

*“SRA. MEJIA: Bavaria les facilita los signos distintivos para el material...”*

El control del mercado y de la clientela por intermedio del supervisor de ventas y con el auxilio del microcomponente denominado “Hand Held”, siguiendo de cerca las instrucciones de Bavaria, se resalta, permite afirmar que la distribución realizada por Arca constituyó una labor adicional a la promoción de negocios relacionados con los bienes y servicios de Bavaria y no la ejecución de un contrato autónomo e independiente de “distribución”.

## **G. LA REMUNERACION A FAVOR DEL AGENTE.**

Con respecto al precio o bonificación reconocida en favor del agente, por desarrollar el contrato de Agencia mercantil, en la exposición de motivo del proyecto de Código de Comercio de 1958, se dijo:

*“Su remuneración puede consistir en un porcentaje o en la diferencia de precios entre el fijado al agente por el principal y el que éste obtenga del comprador al colocar el artículo respectivo en el mercado, O EN OTRA FORMA CUALQUIERA DE RETRIBUCIÓN. Lo importante es que el agente promueva o explote los negocios respectivos POR CUENTA del principal” (Imprenta Nacional. Exposición de Motivos. Pág. 301)*

Desde luego, LO SUSTANCIAL ES QUE SE HAYA CONVENIDO UNA RETRIBUCIÓN O REMUNERACIÓN A FAVOR DEL AGENTE, pese a que no se la llame con la palabra sacramental de “comisión”. En nuestro caso, se la bautizó como “flete”, pero conociendo ambas partes que no existía contrato de transporte, como que ninguna de ellas alega la existencia de tal relación jurídica.

Por otra parte, hay que agregar que si bien, Bavaria, nunca le reconoció a Arca un pago en especial por haber realizado la promoción de productos del agenciado, bajo una denominación contable específica; sí aparece probado que Bavaria, mensualmente, reconocía el pago de fletes a favor de Arca. Resulta que los artículos 1322 y 1323 y 1324 C.Co., de ninguna forma disponen que lo pagado al agente deba hacerse bajo el rubro o denominación de pago por promocionar los bienes o servicios del empresario o bajo la denominación de comisión. La ley solamente exige que exista una compensación a favor del agente bajo la denominación que se le quiera dar. Por eso se habla de “remuneración” en general. Es más, el artículo 1324 C.Co., para determinar el valor de la cesantía comercial en favor del agente, dispone que ésta se calcule, teniendo en cuenta LA COMISIÓN, REGALÍA o UTILIDAD RECIBIDA POR EL AGENTE. Por lo tanto, basta que de cualquier forma se haya convenido una utilidad o pago a favor del agente por sus labores promocionales, para que dicho pago se entienda pactado como retribución por su calidad de agente, que en el caso en estudio, se denominó “fletes”, si otra cosa no se dispone en el contrato. NO SOBRA RECALCAR QUE SI BIEN SE REALIZARON PAGOS POR “FLETES”, LA INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRANSPORTE PERMITE CONCLUIR QUE EN REALIDAD, LA COMPENSACIÓN SE DEBIÓ AL CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO EFECTUADO A ARCA, que involucraba, entre otras actividades, la promoción de los productos Bavaria.

Entonces, según lo manifestado reiteradamente por los testigos incluyendo los funcionarios de Bavaria, en realidad, la compensación o retribución que Bavaria pagó a Arca consistía en lo que se denominó “flete” y que se desdoblaba en dos pagos: Flete por el transporte de los productos Bavaria de las bodegas de Neiva a las bodegas del distribuidor en Florencia y que se fijó en una suma (xxx), por caja transportada y flete por la entrega de los productos Bavaria a los subdistribuidores (tiendas, bares, supermercados, etc.), dentro del territorio asignado en las ciudades en Florencia y Yopal y que consistía en una suma (xyz), por caja entregada:

*“SR. ACOSTA: EL BENEFICIO ECONÓMICO ES EL PAGO, ellos tienen que vender al mismo precio que nosotros les vendemos a ellos porque es un reventa, cuál es el beneficio? ES EL PAGO DE UN FLETE, nosotros pagamos fletes, tanto fletes directos que es por llevar el producto porque muchos de los distribuidores adquieren vehículos que van a los centros de distribución nuestros, lleva el producto a su bodega, eso se llama flete directo y lo pagamos por tonelada, ahí tenía un ingreso y POR EL REPARTO DEL PRODUCTO A LOS CLIENTES DEL TERRITORIO QUE NOSOTROS LE ENTREGAMOS SE LLAMA FLETE DE REPARTO y lo pagamos por caja, entonces el beneficio es que en entre más venda productos en ese sector, como nosotros pagamos por fletes, vamos a tener mayor ganancia, es una multiplicación, si vende 100 cajas 100 cajas por 600, pero si vende 500 cajas por 600 bajo los mismos activos que maneja”.*

*“SR. FALLA: Bavaria paga un flete de transporte directo desde el centro de distribución hasta la ciudad donde se ubique el reparto, un flete de reparto desde la bodega hasta donde se desplace, todo el sitio de desplazamiento, entonces si hablamos de Florencia el flete directo va desde Neiva hasta Florencia, hasta su bodega y desde su bodega cuando ya carga el producto tiene un flete de reparto que nosotros llevamos y ESE FLETE DE REPARTO ES EL QUE BAVARIA PAGA POR EL SERVICIO DE DISTRIBUCIÓN”*

*“SR. LEAL: LA RESPUESTA LA VOY A DAR CON EL MODELO DE COMPENSACIÓN, Bavaria ha determinado unos modelos de operación tanto urbana como rural que se basan en qué se necesita para hacer el reparto, me refiero por ejemplo a camiones, qué gastos de operación se necesitan, CUÁL ES LA EXPECTATIVA QUE TIENE BAVARIA CON RELACIÓN A LA ATENCIÓN DE LOS CLIENTES, ES DECIR POR EJEMPLO FRECUENCIAS, CADA CUÁNTO DEBEMOS ESTAR CON LOS CLIENTES Y TODO ESE CONJUNTO DE INICIATIVAS O DE PARÁMETROS MÁS BIEN, no iniciativas, sino parámetros son los que determina cómo debe operar un distribuidor y a su vez determinan cómo debe pagársele a un distribuidor”.*

*En el caso del pago, hay dos pagos que realizan a este tipo de casos rurales que es uno por llevar el producto que compró como dice el doctor ahora desde Neiva hasta Florencia por ejemplo, eso lo llamamos nosotros transporte directo, es una primera actividad que se le paga al distribuidor que él la hace normalmente en sus camiones y otra actividad es la que llamamos el reparto como tal que ya es en Florencia hacer la actividad de ir a los clientes”.*

*“SR. LEAL: Primero la estructura de fletes tanto de transporte como de reparto ya lo había comentado antes, obedece a dar los insumos necesarios para que se pueda hacer la operación, ME REFIERO A INSUMO SI SE NECESITA UN CAMIÓN HAY QUE CONSIDERAR QUE HAY UNA INVERSIÓN DE UN CAMIÓN, SI SE NECESITA UNA BODEGA HAY QUE CONSIDERAR QUE SE REQUIERE UNA INVERSIÓN DE UNA BODEGA, UNA... HAY GASTOS OPERATIVOS ASOCIADOS A LA OPERACIÓN, COMBUSTIBLES, PERSONAL, distancias, ya para el caso particular por ejemplo de Neiva a Florencia para definir un flete de transporte hay que considerar la distancia que hay de Neiva a Florencia, el tipo de vía que hay de Neiva a Florencia, es decir sube, baja, está en buenas*

*condiciones o en malas condiciones, porque eso afecta al final los gastos de operación de hacer esa labor”.*

*“SR. LEAL: Yo puedo responder desde el punto de vista flete, la estructura de costos del flete no considera ningún costo de promoción, desde el punto de vista flete cada vez que sale una caja de un centro de distribución de Bavaria a esa caja se le paga un transporte...”*

*“SR. LEAL: Es correcto, todo lo que implique llevar la caja desde el depósito de Bavaria hasta el cliente está contemplado”.*

*“SR. LEAL: Porque eso lo veo yo, mi óptica es la siguiente, como él compra y según la oferta de distribución ESTÁ OBLIGADO A REVENDER AL MISMO PRECIO SI BAVARIA NO LE PAGARA APARTE POR ESAS OTRAS ACTIVIDADES POR ESO ES QUE NADIE TRABAJA SIN GANAR, él le compra a Bavaria \$20.000 y le vende, le entrega al cliente \$20.000, entonces la viabilidad del negocio hay que dársela por otro lado.*

*“DR. SUESCUN: Una precisión la pregunta dice si usted le encuentra alguna explicación al hecho de si el producto se compraba y entregaba en Pereira, luego en Pereira se hacía dueño del distribuidor, por qué en adelante pagaba Bavaria por un transporte de un producto que ya no era de ellos?*

*“SR. QUESADA:...básicamente cuando nosotros o cuando cada uno de los distribuidores ingresaba al negocio ERA LA ÚNICA REMUNERACIÓN QUE DABA LA EMPRESA POR EL TRANSPORTE DEL PRODUCTO, NO EXISTÍA NINGÚN OTRO TIPO DE REMUNERACIÓN, eso ya estaba intrínseco dentro del negocio”.*

Sin embargo, el pago del mencionado “flete”, no correspondía a ningún contrato de transporte suscrito entre las partes; es más, ninguna de ellas alegó tal relación contractual en el proceso. De otra parte, para su cálculo, según el modelo de compensación diseñado por la convocada, SE TUVIERON EN CUENTA TODOS LOS GASTOS EN QUE INCURRIRÍA EL DISTRIBUIDOR, POR CUMPLIR EL ENCARGO EFECTUADO POR BAVARIA. Por lo tanto, en este punto también resulta evidente la insinceridad o infidelidad contractual durante la ejecución y desarrollo del contrato, como que la denominación del “flete” resulta totalmente inadecuada para calificar la compensación reconocida al convocante, infidelidad que como quedó demostrado, constituyó una práctica impuesta por Bavaria, a su red de distribuidores. Es que, como lo tiene establecido el profesor Álvaro Pérez Vives “El agente gana su remuneración en virtud de haber obtenido el éxito en sus negocios”.

En este punto, no puede pasarse por alto lo establecido en la cláusula sexta del contrato escrito:

*“...EN CASO DE QUE LLEGUE A EFECTUAR EL TRASPORTE de los productos que adquiero para la reventa, entre la fabrica y el territorio asignado, acepto que como única remuneración POR TAL LABOR ADICIONAL, recibiré las sumas preestablecidas por*



**BAVARIA S.A., PERO NO CONSTITUYEN BASES PARA DETERMINAR SUMAS A MI FAVOR”.**

Resulta curioso que no se haya invocado la existencia de un contrato de transporte, pero si se invoque el pago del flete. En todo caso, el contrato es claro en determinar que la labor de transporte sería adicional a la de distribución, por lo que se infiere que el distribuidor no tenía derecho a ninguna utilidad por cumplir su labor principal, puesto que debía revender al mismo precio que adquiriría los productos objeto de distribución. Es manifiesta la insinceridad contractual en razón a que la compensación se recibió por la ejecución y cumplimiento de la distribución y no como consecuencia del supuesto contrato de transporte, tal como lo confesó la convocada al referirse al hecho 5.14 de la demanda que trata sobre el pago de los fletes, en los siguientes términos: “...se le remuneró en su condición de distribuidor de la demandada...”.

Tampoco puede pasarse por alto la prohibición consistente en que lo pagado no puede constituir una base para determinar sumas a favor del distribuidor, en consideración a que tal prohibición tiene sentido en frente de un contrato de agencia mercantil, según la fórmula establecida para determinar la cesantía comercial, pero carece de sentido frente al transporte y la distribución.

De manera que si bien, en la contabilidad de Arca no figura ningún rublo o gasto de dinero destinado a compensar la promoción de los productos Bavaria, como tampoco aparece en la contabilidad de la empresa cervecera, lo anterior no significa que Arca no hubiera hecho tal labor y que no incurriera en costos y gastos relacionados con dichas actividades y que tampoco hubiera recibido una compensación por cumplir con el encargo encomendado por la convocada. A título de ejemplo, bastaría corroborar lo gastado en el pago de uniformes, averiguar el precio promedio de lo que paga un comerciante por obtener la exhibición de sus marcas y productos en vehículos publicitarios o por pintar avisos publicitarios en las paredes de un establecimiento de comercio, todo lo anterior, sin descontar el desgaste de los vehículos y el pago del personal que día a día cumplía con las tareas de intermediación y acercamiento con la clientela.

En últimas, LO SUSTANCIAL EN LA AGENCIA ES QUE EL AGENTE REALICE LA PROMOCIÓN DE UN PRODUCTO O SERVICIO DEL EMPRESARIO CON MIRAS A CAUTIVAR LA CLIENTELA, Y QUE RECIBA UNA COMPENSACIÓN POR ELLO, SIN IMPORTAR SI CONTABLEMENTE SE HAN REFLEJADOS LOS GASTOS Y COSTOS EN QUE HA INCURRIDO POR TAL MOTIVO, los cuales, naturalmente, se verán compensados por la regalía, comisión o retribución pactada en su favor.

## **H. EL TERRITORIO**

En cuanto a la delimitación de un territorio, tal condición se especificó en o la CLAUSULA DECIMA del contrato y lo aceptaron ambas partes, resultando patente de que a ARCA ASOCIADOS se le asignó como territorio, para realizar sus actividades promocionales, la ciudad de Florencia y posteriormente se amplió la zona, a la ciudad de Yopal.

## VI. CONCLUSION

Todas las labores descritas anteriormente se desarrollaban por imposición de Bavaria por lo que bien puede concluirse que Arca sí desarrollaba actividades de promoción e intermediación de los productos de la empresa Cervecera y por encargo de ésta y labores de convencimiento y persuasión de la clientela para que adquiriera el portafolio de productos de la convocada, circunstancias que fueron ampliamente corroboradas testimonialmente, especialmente por parte de los mismos funcionarios de Bavaria. Desde luego, el consentimiento implícito para que el agenciado haga el encargo de promover sus negocios y el agente los ejecute, se encuentra debidamente probado en la medida que las labores de intermediación y promoción realizadas por ARCA, fueron establecidas e impuestas por BAVARIA, a través de su control e imposición contractual, direccionamiento aceptado por la convocante.

Entonces, todo el procedimiento distributivo de los productos Bavaria que fue diseñado e impuesto por dicha sociedad, buscaba, en últimas, que el supuesto distribuidor –en papeles- actuara como si los bienes y productos fueran de su propiedad y por lo tanto pudiera comportarse como señor y dueño, pero en la práctica, la empresa cervecera se comportaba como señor y dueño, tanto de los productos como de la información relativa a la clientela, y de la clientela misma, por lo que determinaba la forma y términos en que ésta debía ser atendida.

En el contrato de agencia con distribución, lo sustancial es que aparte de las labores de promoción encomendadas, se obre como agente-distribuidor, es decir, entregando el producto, repartiéndolo, transfiriéndolo al consumidor final, consiguiendo el cliente para que lo consuma, SIN QUE IMPORTE EL DOMINIO O PROPIEDAD DE LOS BIENES, (por parte del Empresario, o del Agente), pues se repite, cualquiera de los dos eventos se presenta en la agencia, como que esta es una especie de mandato y bien se sabe que este último contrato puede ir o no acompañado de la representación. Si la agencia fuera necesariamente un contrato representativo, el dominio o propiedad de los bienes o servicios siempre sería del empresario; por el contrario, cuando se desarrolla como una relación de mandato simple, el dominio o propiedad estará en cabeza del agente. Entonces, lo sustancial es que en esa compraventa, (agente-cliente), EL PRIMERO OBRE EN INTERÉS Y POR CUENTA DEL EMPRESARIO, ES DECIR PARA DESARROLLAR EL ENCARGO ENCOMENDADO EN LA RELACIÓN COMERCIAL DE AGENCIA.

Bien puede concluirse que la distribución y la compra para la reventa como cláusulas accidentales impuestas por Bavaria, no tienen la virtud de dejar sin efectos el contrato de agencia mercantil que aparece de manifiesto, según los hechos acreditados en el proceso.

Entonces, en atención a todo lo expuesto, que refleja la concurrencia de un contrato “realidad”, contrapuesto a un contrato escrito, predispuesto y de condiciones uniformes con respecto a los distribuidores de Bavaria y que tiene como fin primordial que los distribuidores compren los productos de la convocada para su reventa posterior, en un territorio

predeterminado, pero con la prohibición expresa de actuar por cuenta y en nombre de Bavaria; de realizar labores de promoción de sus productos; de utilizar los colores, logotipos, marcas y emblemas de dicha compañía y finalmente, con la manifestación expresa de que las partes convinieron que de ninguna forma entre ellas había surgido o surgiría un contrato de agencia mercantil, ES NECESARIO DESPEJAR LA PREGUNTA ATINENTE A LA VINCULACIÓN Y EFECTIVIDAD DE DICHAS CLÁUSULAS RECOGIDAS EN EL TEXTO INICIAL Y LAS CONSIGNADAS EN LAS MODIFICACIONES DE LA OFERTA DE DISTRIBUCIÓN.

Para resolver el anterior dilema, se tiene que el contrato escrito fue predispuesto y elaborado por Bavaria, bajo una modalidad de oferta, junto con las correspondientes modificaciones, y que dicha empresa la preparaba unilateralmente, la enviaba a sus futuros distribuidores y posteriormente la recibía debidamente suscrita y en su calidad de destinataria. En segundo lugar, también se resalta que el contrato “realidad” es decir, el efectivamente ejecutado, se distancia enormemente de lo pactado en el convenio escrito, PERO DICHA INFIDELIDAD CONTRACTUAL SE DEBIÓ A LA IMPOSICIÓN DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN QUE LA CONVOCADA IGUALMENTE HABÍA DISEÑADO Y QUE SE APLICABA DE MANERA UNIFORME A SUS DISTRIBUIDORES, al momento de la oferta de Julio 22 del 98. Visto lo anterior no es difícil inferir que la intención de Bavaria no era la suscripción de un simple contrato de distribución, pues en la práctica, para dar cumplimiento a su programa de mercadeo ya en funcionamiento a julio 22, a través de sus manuales, directrices, y de los controles que ejercía por intermedio de los supervisores de venta, EL CONTRATO SE EMPEZÓ A EJECUTAR CON LOS RASGOS PROPIOS DE UNA AGENCIA MERCANTIL DE HECHO. De manera que, la previsión contractual consignada tardíamente en el documento modificadorio de 27 de Agosto de 2003 y consistente en afirmar que entre las partes no existía ni podría existir una relación contractual de agencia, lo único que hace es poner de resalto que a dicha fecha se tenían fundados temores por parte de la empresa cervecera, en el sentido de que posiblemente se estuviera ejecutando una relación de agencia mercantil de hecho y contractualmente había que buscar la forma de alejar dicha posibilidad.

De cualquier manera, frente a la claridad y contundencia de las cláusulas referidas, que insisten en reiterar que entre las partes no se dio ni puede darse un contrato de agencia mercantil, y el resultado totalmente opuesto que dimana de la ejecución contractual y de común acuerdo, es pertinente recurrir a la vieja teoría de los actos propios que tan profusamente ha sido acogida por nuestra jurisprudencia y doctrina, en los siguientes términos:

*“En esta medida, uno de los aspectos de mayor importancia y QUE HACE PARTE DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, ES EL RELATIVO AL PRINCIPIO DEL RESPETO DEL ACTO PROPIO, cuya esencia radica en que un sujeto de derecho que ha producido un acto generador de efectos particulares y concretos a favor de otro, no puede variar de manera unilateral e inconsulta su propio acto, pues de hacerlo, estaría violando los principios de buena fe, confianza legítima y el derecho al debido proceso...”.(T- 204 del 2004).*

*“El principio de respeto del acto propio OPERA CUANDO UN SUJETO DE DERECHO HA EMITIDO UN ACTO QUE HA GENERADO UNA SITUACIÓN PARTICULAR, CONCRETA Y DEFINIDA A FAVOR DE OTRO. TAL PRINCIPIO LE IMPIDE A ESE SUJETO DE DERECHO MODIFICAR UNILATERALMENTE SU DECISIÓN, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor”.*

*“De ello se desprende que EL RESPETO DEL ACTO PROPIO COMPRENDE UNA LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSISTENTE EN LA FIDELIDAD DE LOS INDIVIDUOS A LAS DECISIONES QUE TOMAN, sin que puedan revocarlas por sí mismos, más aún cuando el acto posterior se funde en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos”(T-083 de 2003)*

*“ el brocardo ‘venire contra pactum proprium’ no impone la obligación de no hacer, sino el deber de no poder hacer, es eso lo que SIGNIFICA QUE NO SE PUEDE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS. Por lo tanto, cuando el ordenamiento jurídico por su intermitencia y fragilidad no da seguridad a los particulares respecto a la legitimidad de sus actuaciones, y la actuación pública, fundada en dicho ordenamiento, revela un comportamiento que no es la conducta regular y recta que el administrado espera del Estado, viola el postulado de la buen fe.” (T-366 de 2002).*

De forma coincidente, el Consejo de Estado ha manifestado el mismo criterio en sentencias de Septiembre 27 de 1990, bajo número 6059, (M.P. Julio César Uribe); sentencia de Septiembre 1 de 1992, radicación N° 2796. Más recientemente, en Sentencia de 25 de Abril de 2006 dijo el Consejo de Estado, con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio se dijo:

*“Esta doctrina tiene los siguientes presupuestos de aplicación como lo expone el profesor DIEZ PICAZO:*

- 1. Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz.*
- 2. QUE POSTERIORMENTE ESTA MISMA PERSONA INTENTE EJERCITAR UN DERECHO SUBJETIVO O UNA FACULTAD, CREANDO UNA SITUACIÓN LITIGIOSA Y FORMULANDO DENTRO DE ELLA UNA DETERMINADA PRETENSIÓN.*
- 3. QUE ENTRE LA CONDUCTA ANTERIOR Y LA PRETENSIÓN POSTERIOR EXISTA UNA INCOMPATIBILIDAD O UNA CONTRADICCIÓN, SEGÚN EL SENTIDO QUE DE BUENA FE HUBIERA DE ATRIBUIRSE A LA CONDUCTA ANTERIOR.*
- 4. Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una absoluta identidad de sujetos.”*

Por lo anterior, acorde con la mencionada teoría, no puede ser de recibo que si Bavaria predispone el contrato escrito dejando en claro que entre las partes no se formaría un contrato de agencia mercantil, pero de igual forma, de manera coetánea y paralela, IMPONE LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO QUE HEMOS DENOMINADO “REALIDAD”; convención que por sus características y forma como se ejecutó derivó en una agencia mercantil de hecho, posteriormente invoque en su favor al contrato escrito, frente al contrato realidad ejecutado al amparo de sus directrices. Tal actuación desconoce el principio de la buena fe y el principio del debido proceso, como lo pregonaba la Corte Constitucional.

Por lo tanto, las cláusulas contractuales dirigidas y predispuestas por la convocada que tienden a desdibujar la posible presencia de una agencia mercantil, NO PUEDEN PRODUCIR NINGÚN EFECTO EN EL CASO DE AUTOS, no solo por virtud de la mencionada teoría, sino igualmente, debido a que la ejecución real y de común acuerdo con que ambas partes desarrollaron el contrato, trajo como consecuencia que en la práctica, por su desuso, las cláusulas prenotadas resultaran inanes; es como si por decisión unilateral de Bavaria al imponer un contrato realidad, y por el comportamiento contractual de la convocante que cumplió con lo previsto en los manuales y las directrices de la convocada, se hubiese producido un mutuo disenso con relación a las referidas cláusulas o una renuncia tácita a su aplicación y vigencia.

Sin embargo, lo más relevante del asunto es que a la agencia mercantil de hecho se llega por el comportamiento mutuo de las partes y no por virtud del texto escrito en la convención suscrita por los contratantes, y siendo su prueba libre, nada más adecuado para acreditarla, que la ejecución efectiva del contrato. Por supuesto que acreditados los elementos sustanciales, por cualquier medio probatorio idóneo, nada importa lo que diga el contrato escrito, debido que aquí también resulta aplicable la teoría del contrato realidad, ya expuesta.

En los términos anteriores dejo expuesto mi salvamento de voto, reiterando que el laudo del cual me aparto, contiene un estudio serio y razonable, acorde con la jurisprudencia y doctrina mayoritaria sobre la distribución en general y el contrato de agencia en particular.

**JORGE HERNAN GIL ECEHEVERRY**  
**Árbitro**