

LAUDO RIMACO LTDA. CONTRA TUVINIL DE COLOMBIA S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL

PARTES : RIMACO LTDA contra
TUVINIL DE COMBIA S.A.

FECHA : 11 de Septiembre de 1998

ARBITROS : Dr. Raymundo Pereira Lentino (Presidente)
: Dr. Alberto Barbosa Senior
: Dr. Edgardo Moreno Iriarte

SECRETARIA : Dra. Liliana Bustillo Arrieta

PROTOCOLIZACION : E.P.N° 1699 13 de Julio /99

FALLO : En derecho

NORMAS CITADAS:

Artículos 1317 ss., 1324, 1325, 1326 del Código de Comercio.

TEMAS JURIDICOS PLANTEADOS

- Agencia comercial
- Definición y noción general
- Elementos
- El agente y sus obligaciones
- Causas de terminación del contrato de agencia

DOCTRINA

Cárdenas Juan Pablo, El contrato de Agencia Mercantil, Temis. Bogota, 1984.

TRIBUANAL DE ARBITRAMIENTO

RIMACO LTDA.

Vs.

TUVINIL DE COLOMBIA S.A.

Sede: CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA

En la ciudad de Cartagena de Indias, Distrito Turístico y Cultural a los once (11) días del mes de Septiembre de 1998, siendo las 9:00 A.m.- fecha y hora señalada en auto del 31 de agosto de 1998, se reunieron en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Camara de Comercio de Cartagena, los doctores Raymundo Pereira Lentino, quien preside Alberto Rafael Barbosa Senior, Edgardo Moreno Iriarte, árbitro y la suscrita secretaria Liliana Bustillo Arrieta. Asistieron los apoderados de las partes doctores Wilson Toncel Gaviria y Jairo Morales Navarro.

Abierta la audiencia, el presidente dispuso que se diera lectura al

LAUDO ARBITRAL

Proceden los Arbitros del Tribunal reseñado en el acápite de este proveído, con el fin de proferir el Laudo Arbitral, que en derecho corresponde para definir las controversias suscitadas entre Rimaco Ltda. y Tuvinal de Colombia S.A. luego de verificar los presupuestos procesales conforme a la pretensiones de la demanda, su contestación, el agotamiento y prácticas de las pruebas solicitadas por las partes enfrentadas y su valoración.

ANTECEDENTES

En primer lugar hay que recordar que el actor Rimaco Ltda, sociedad comercial con domicilio en Medellín, formuló lo siguiente pretensiones fundadas en los hechos que mas adelante se indican.

1) En efecto, en pretensiones principales y consecuenciales solicitó Rimaco Ltda.

***PRIMERA PRINCIPAL:** Que se declare que en el contrato de agencia comercial celebrado entre las partes (TUVINIL DE COLOMBIA S.A. y RIMACO LTDA.) Son ineficaces las cláusulas que autorizan la renuncia por parte de RIMACO LTDA. A la aplicación del artículo 1324 y 1326 del Código de Comercio.

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que la terminación unilateral hacha por la sociedad demandada TUVINIL DE COLOMBIA S.A. mediante comunicación número 1112 del 16 de Junio de 1997, para que tuviera vigencia a partir del 30 de Junio del mismo año, respecto al contrato de agencia comercial que la ligó con la sociedad RIMACO LTDA. Carece de causa justa de conformidad con la ley.

PRETENSIONES CONSECUENCIALES: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la sociedad TUVINIL DE COLOMBIA S.A. representada por JAVIER MARTINEZ IBARRA, a pagar a la sociedad demandante RIMACO LTDA. al momento de la ejecutoria de este laudo, las pretensiones que esta ultima tiene derecho así:

PRIMERA PRINCIPAL CONSECUENCIAL: Que se condene a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. a cancelar a favor de RIMACO LTDA. la prestación que determina el artículo 1324 inciso primero del Código de Comercio, equivalente a la doceava parte del promedio del beneficio obtenido por RIMACO LTDA. En los tres últimos años, por cada uno de los veinte años de vigencia del contrato. Dicha prestación se calcula sobre el promedio de la utilidad que en los tres últimos años ascendió a la suma de \$4.133.460.00 lo que da una suma total a pagar por los veinte (20) años de vigencia del contrato es decir, 240 meses, de \$992.030.400.00, o la cifra mayor o menor que su probare dentro del proceso.

SEGUNDA PRINCIPAL CONSECUENCIAL: Debido a la terminación del contrato sin justa causa ya que RIMACO LTDA. lo venia cumpliendo cabalmente que se condene a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. a cancelar a favor de RIMAACO LTDA. la indemnización equitativa como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar el nombre, la marca y la línea de productos de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. Indemnización que está regulada por el artículo 1324 inciso segundo del Código de Comercio, la cual asciende teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios a la suma de \$992.030.400.00 según se desprende de los comprobantes de ventas y liquidación de comisiones, o la suma mayor o menor que se probare en el proceso, con base en los perjuicios relacionados en el acápite de los hechos.

TERCERA PRINCIPAL CONSECUENCIAL: Como el contrato se terminó sin justa causa, que se condene a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. a cancelar a favor de RIMACO LTDA. la indemnización de perjuicios causados por la terminación del contrato, por lucro cesante y daño emergente, incluyendo todos los daños derivados de esta actividad mercantil que como se especificó en la pretensión principal asciende como mínimo a la suma de \$992.030.400.00 o la suma mayor o menor que se probare en el proceso, con base en los perjuicios relacionados en el acápite de los hechos.

CUARTA PRINCIPAL CONSECUENCIAL: Que se declare que la sociedad demandada enriqueció sin justa causa a expensas de la sociedad demandante, frutos de los actos relatados en la demanda, y el esfuerzo promocional desarrollado por RIMACO LTDA. Para acreditar a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. en todo el Valle de Aburra. Como consecuencia de esta declaración, que se condene a la sociedad demandada indemnizar a la demandante en la suma de \$992.030.400.00 o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

QUINTA PRINCIPAL CONSECUENCIAL: Que se declare que la sociedad demandada le causó además grandes y graves perjuicios de orden moral, material y económico a mi representada y a su gerente doctor CARLOS MARIO BONNETT RIOS, con motivos de varias publicaciones en su contra a través de avisos de prensa en circulación nacional y local, motivo por el cual se debe condenar a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. a pagar por esos perjuicios la suma de \$1.500.000.000.00 por conceptos de perjuicios morales y \$950.000.000.00 por daños materiales, o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

A la vez que se autorice a mi poderdante para abonar a su cuenta la suma retenida por valor de \$37.285.347.00 como parte de pago de la prestación e indemnización a que tiene derecho.

Así mismo, se la ordena a la demandada a pagar las comisiones ya causadas y adeudadas por valor de \$18.184.224.00 que está reteniendo injustamente y que se relacionan como sigue:

CLIENTE	COMISION
CONSTRUGREIF	\$ 383.765.00
DEP ADA	\$ 357.992.00
DISEMO	\$ 1.830.520.00
TUBOS Y ACEROS	\$ 760.477.00
ALVARO ARIAS	\$ 242.837.00
JOSE MARTINEZ	\$ 302.349.00
ACUATUBOS	\$ 1.328.507.00
FERRETEROS Y ELE	\$ 87.142.00
MATERIALES Y RAC	\$ 141.198.00
ACUACENTRO	\$ 862.060.00
GRIFERIAS Y RAC	\$ 53.326.00
CONRIEGO	\$ 2.273.732.00
LA BOMBA	\$ 49.430.00
DEP. LA 39	\$ 151.194.00
ALVAREZ SANCH	\$ 508.741.00
JUAN JARAMILLO	\$ 168.640.00
TOTAL	\$ 9.501.910.00
RETEFUENTE	\$ 950.191.00
IVA	\$ 1.520.305.00
COMISION A GIRAR	\$ 10.072.024
ADYCOR	\$ 6.212.200.00
RETENCIONES AÑO ANTERIORES	\$ 1.900.000.00
GRAN TOTAL	\$ 18.184.224.00

Que se condene a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. a pagarle a mi poderdante la suma de \$37.767.00.00 por concepto de impuesto de timbre nacional del contrato de agencia comercia celebrado entre ambos.

Las sumas expresadas en las pretensiones se deberán cancelar al momento de la ejecutoria del laudo y ser indexadas conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificado de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento hasta que se realice el pago (en su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

11) Las pretensiones anteriores las fundó en los siguientes Hechos:

"PRIMERO: Entre CARLOS MARIO BONNETT RIOS, mayor, vecino de Medellín, como presentante legal de RIMACO LTDA. (SH) y la sociedad TUVINIL DE COLOMBIA S.A. con domicilio en Cartagena, representada legalmente por su gerente, JAVIER MARTINEZ IBARRA, mayor de edad y con domicilio en la misma ciudad de la sociedad representada, se celebró el dia 1º de Marzo de 1997, en forma verbal, un contrato de agencia comercial.

SEGUNDO: RIMACO LTDA. por intermedio de su representante legal, se encargo de abrirle plaza a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. en la ciudad de Medellín y todo el Valle de Aburra, mediante la colocación en el mercado de sus productos, tarea muy difícil para su competencia en dicha plaza, pero que mi poderdante logró gracias a sus virtudes. Capacidad de trabajo, pericia, probidad, relaciones públicas, dedicación y esmero entre otras.

TERCERO: Para esa fecha (1977) TUVINIL DE COLOMBIA S.A. se encontraba en una situación económica difícil y en gran parte se sostuvo los años siguientes con las utilidades obtenidas en la plaza encomendada a CARLOS MARIO BONNETT RIOS como representante de RIMACO LTDA. no obstante la critica situación del mercado por la abundante competencia (legal y desleal), en los productos de TUVINIL DE COLOMBIA S.A.

CUARTO: CARLOS MARIO BONNETT RIOS, ajusto a derecho el 28 de Abril de 1978 la sociedad RIMACO LATDA. Según los términos que recoge la escritura pública número 608 de la misma fecha, ante la Notaria Trece del Círculo de Medellín, motivo por cual desde ese momento el contrato se viene ejecutando con esta sociedad.

QUINTO: El contrato de agencia se empezó a ejecutar en forma verbal el día 1º de Marzo de 1977 hasta el 27 se plasmó de común acuerdo y por el escrito el mismo, siendo reformado el 16 de Agosto de 1983 y renovado nuevamente el 06 de Marzo de 1989 hasta el día 30 de Junio de 1997, fecha en que el empresario TUVINIL DE COLOMBIA S.A. dio por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa, comprobada, como lo acreditó con los documentos que anexo.

SEXTO: Para el año de 1997, cuando se inicio el contrato de agencia comercial, las comisiones fueron de \$168.000.00, ya para el 30 de Junio de 1997, ascendían a \$45.531.480.00, advirtiendo que las comisiones se incrementaban en forma sustancial de un año a otro como se demuestra en el cuadro real y comparativo que se anexa, demostrando con ello la acreditación del nombre,

el buen comportamiento y la posición a la cual llevó dentro del mercado y en la zona la sociedad RIMACO LTDA. a TUVINIL DE COLOMBIA S.A.

SEPTIMO: Mediante la carta fechada 16 de junio de 1997, distinguida con el número 1112, TUVINIL DE COLOMBIA S.A. le manifiesta a RIMACO LTDA. que daba por terminado el contrato de agencia comercial a partir del 30 de Junio de 1997, aduciendo como causa una reorganización total de su departamento de ventas.

OCTAVO: Si TUVINIL DE COLOMBIA S.A. como empresario, dio por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial justa causa comprobada, deberá pagarle al agente RIMACO LTDA. la prestación e indemnización de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio en los términos que más adelante se cuantificaran en las pretensiones de esta demanda, además de las cifras que actualmente le adeuda a mi poderdante por concepto de comisiones de los negocios hechos directamente por el empresario TUVINIL DE COLOMBIA S.A. en territorio asignado al agente RIMACO LTDA. como es el caso 360 296 000 000, al tenor de lo establecido por el artículo 1322 del Código de Comercio y que asciende a \$6.212.000.00 el valor de esta comisión.

NOVENO: No obstante haberse estipulado con el contrato en la cláusula segunda, que el agente ejercería su actividad ofreciendo los productos de TUVINIL únicamente en el territorio comprendido dentro del Valle de Aburra, en repetidas ocasiones, con el consentimiento del señor JAVIER MARTINEZ IBARRA, como representante legal del empresario, se atendieron varios negocios en los departamentos de Chocó, Cundinamarca, Valle y Bolívar, hasta el punto de ser RIMACO LTDA. la primera agencia del país en ventas, después de Santa fe de Bogotá.

DECIMO: Siendo RIMACO LTDA. una agencia comercial tan importante en el país, como antes anoto, luego de 20 años acreditando, promocionando y posesionando los productos de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. amen de lograrle un gran nombre a nivel local y nacional, creándose así un good-will que envidiaría cualquier empresa, además de dejarle al empresario una plaza ya establecida y clientela excelente como puede verse en los registros de libros de comercio y de contabilidad, es injusto, ilógico e ilegal, que fuera de retención de las comisiones a que tiene derecho, legal y contractualmente, así esté desconociendo de forma caprichosa y arbitraria por parte del empresario, el derecho a la prestación e indemnización que habla el artículo 1324 del Código de Comercio.

DECIMO PRIMERO: Con motivo de la renuencia de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. a pagar las indemnizaciones y prestaciones a que está obligado, mi poderdante haciendo uso de los derechos de retención y privilegio contenidos en el artículo 1326 del Código de Comercio, retuvo la suma de \$37.285.347.00, incorporada en el cheque número 460-02402-3 del Banco de Occidente sucursal Nutibara (Medellín).

DECIMO SEGUNDO: Luego de la retención de los \$37.285.347.00 por parte de RIMACO LTDA. En varias ocasiones se trató de zanjar las diferencias con el señor JAVIER MARTINEZ IBARRA, en forma personal y/o por intermedio de su abogado, doctor JAIRO MORALES NAVARRO, pero fue imposible, ya que prefirió denunciar penalmente por los delitos de hurto agravado y abuso de confianza a CARLOS MARIO BONNETT RIOS, investigación que no prosperó por carencia

absoluta de dolor o culpa en la persona del señor BONNETT RIOS, de modo que no había mérito para abrir una investigación en su contra, según lo manifestó la doctora ROSA MARIA ESCOBAR C., fiscal 103 de Medellín.

DECIMO TERCERO: Agotada la instancia penal por parte de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. procedió por medio de su representante a elevar solicitud ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, para que se integre un Tribunal de Arbitramento con el objeto de dirimir las controversias suscitadas entre TUVINIL DE COLOMBIA S.A. como demandante y RIMACO LTDA. como demandada, pero solo poniendo el reintegro de \$37.285.347.00 que es lo retenido por RIMACO LTDA. tratando de distraer en forma inelegante y descarada la atención del Tribunal mediante la narración incompleta de los hechos en que se sucedió la ejecución en muy largo tiempo (más de 20 años) de un contrato de agencia comercial suscrito entre TUVINIL DE COLOMBIA S.A. como empresario y RIMACO LTDA. como agente comercial.

DECIMO CUARTO: Según los libros de contabilidad de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. los promedios de las comisiones pagadas por esta a RIMACO LTDA. desde 1994 a 30 de junio de 1997, son los siguientes.

AÑO	VALOR PROMEDIO
\$2.994.763.00	
\$2.283.000.00	
\$3.127.495.00	
\$7.588.580.00	

Sumando estas cifras y dividiéndolas por 4, nos da \$4.133.460.00, que es el valor que tendremos en cuenta como promedio mensual total para efecto de liquidación de la prestación e indemnización establecida en el artículo 1324 del Código de Comercio.

DECIMO QUINTO: Con motivo de la terminación del contrato, y la retención del dinero CONRIEGO LTDA., TUVINIL DE COLOMBIA S.A. hizo varias publicaciones dañinas en la prensa local y nacional causándole a mi mandante serios perjuicios de tipo moral, material y económico, que deberá ser reparado totalmente en forma indicada mas adelante en las pretensiones de la demanda (Véase Folio del 2 al 5).

111) La parte Convocada, por conducto de apoderado espacial, contestó la demanda de la siguiente manera:

El Primer Hecho: no es cierto y lo niego. Resulta imposible para RIMACO LTDA. haber firmado un contrato para la fecha indicada cuando para la misma aún no había constituida. Tampoco es cierto que se haya celebrado un contrato con el señor Carlos Mario Bonnett Ríos como persona natural.

El Segundo Hecho: No es cierto y lo niego. Se repite RIMACO LTDA. no existía en la fecha indicada para la celebración del contrato, mal podía entonces haber celebrado consensualmente un contrato de Agenciamiento Comercial y menos aún desarrollar sus funciones con capacidad de trabajo, pericia etc.

El Tercer Hecho: no es cierto y lo niego. Además resultan irresponsables las afirmaciones en cuanto a que mi mandante se encontraba sostenida por las ventas realizadas por señor Carlos Mario Bonnett Ríos. Si es importante resaltar que en este hecho se afirma que el contrato fue celebrado con la persona natural señor Bonnett Ríos, quien como tal es distinta del convocante Rimaco Ltda.

El Cuarto Hecho: lo que sutil y eufemísticamente llama el convocante en este hecho "ajustar a derecho", no es sino la afirmación que la sociedad RIMACO LTDA. solo vino a constituirse el año 1978 mediante escritura pública 608 otorgada en la Notaría Trece del Círculo de Medellín.

El Quinto Hecho: No es cierto y lo niego. Tal y como nos ocuparemos de ello en las excepciones que propondré, en el evento de que se logre demostrar la existencia de los contratos que allí se mencionan en estos convenios bilaterales se celebraron, rigieron y surtieron sus efectos entre las partes. La tardía referencia que hace a ellos el convocante, dice relación a la dañada intención de aprovecharse extemporáneamente por lo demás, de la confusión que se pretende crear. En las excepciones de fondo que formularé me ocuparé de ello detenidamente.

El Sexto Hecho: No es cierto como está concebido. Lo niego. El convocante era simultáneamente distribuidor, vendedor, revendedor, agente o en todo caso comercializaba productos, específicamente empaques de polipropileno de Litocosta y/o Plasticosta empresa que se dedica al mismo ramo de la actividad industrial de mi apadrinada.

El Séptimo Hecho: Es cierto pero referido de manera exclusiva y excluyente al contrato celebrado en la ciudad de Cartagena el 06 de Marzo de 1989.

El Octavo Hecho: No es tal. Es una mera consideración del convocante.

El Noveno Hecho: No me consta, me atengo a lo que resulte probado.

El Decimo Hecho: No es cierto lo niego.

El Decimo Primer Hecho: No es cierto como está concebido. Lo niego. Ya mi mandante lo explicó detalladamente en la solicitud de convocatoria del tribunal de Arbitramento que presentó ante el Centro de Conciliación , Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Cartagena el día 10 de Octubre de 1997 que el convocante no retuvo, sino, que dispuso de manera abusiva y por lo demás arbitraria de dinero que no se encontraban en su poder al momento de terminar el contrato celebrado el 06 de Marzo de 1989,habiéndolos reclamado del deudor de mi mandante y retenido el 10 de Julio de 1997 fecha para la cual ya no tenía la calidad de Agente de TUVCINIL DE COLOMBIA S.A. que deprecia, en tanto y cuanto, dicho contrato se

había dado por terminado a partir del 16 de Junio de 1997. Ello hizo que no se aplicaran ningún de los conceptos contenidos en el artículo 1326 del C. de Co.

El Decimo Segundo Hecho: No es cierto como está concebido. Si bien mi mandante instauró denuncia Penal contra el señor Carlos M. Bonnett Ríos y la Fiscal a quien correspondió en reparto tomó la decisión de fondo sin verificar tan siquiera que el dinero que se debía a mi mandante por parte de la empresa CONGRIEGO LTDA. se encontraba o no en poder del convocante, ello no quiere significar que fácticamente los hechos no hubiesen acaecido tal y como fueron relatados en la solicitud de la convocatoria que formuló mi apadrinada ante ese mismo centro el 10 de Octubre de 1997. Ciertamente el pronunciamiento de la Fiscal del conocimiento no es compartido por nosotros atendiendo razonamientos que calificarían como parciales y selectivos huérfanos de pruebas.

El Decimo Tercer Hecho: No es cierto como está concebido. Lo niego. Mi mandante de todas formas tenía la obligación contractual (Cláusula Undécima del contrato 06 de Marzo de 1989) de convocar el Tribunal de Arbitramento y así lo hizo.

El Decimo Cuarto Hecho: No me consta, me atengo a lo que resulte probado. Llama sí la atención la afirmación tan categórica de El Convocante en el sentido de que conoce Los Libros de contabilidad de mi mandante.

El Decimo Quinto Hecho: No es cierto como está concebido. Lo niego. Mi mandante realizó algunas publicaciones en la prensa escrita de Medellín que en manera alguna describen conductas antijurídicas de Rimaco Ltda. y/o Carlos Mario Bonnett Ríos. Las mismas obedecieron a la circunstancia que el señor Bonnett sin tener vigente el contrato celebrado el 06 de Marzo de 1989 pero ocultando tal circunstancia, reclamó y dispuso de un cheque girado a la orden de mi apadrinada por la sociedad CONGRIEGO LTDA. por la suma de \$37.285.347.00 pesos M/legal Col. El texto del aviso que descalifica el convocante conceptual y literalmente lo que dice es que el señor Carlos M. Bonnett identificado como allí se dice y/o Rimaco Ltda. No están autorizados para realizar transacciones a nombre de mi apadrinada ni para recibir valores. No otra podría ser la reacción de mi mandante luego de conocerla arbitraria y abusiva disposición de dineros que le pertenecían amparados en unos supuestos derechos a los que había renunciado Rimaco Ltda.

IV) Consecuente con lo anterior, se opuso a todas las pretensiones de la demanda por, presuntamente, carecer de fundamentos de hecho y derecho, amen de las siguientes excepciones:

"A carencia de derecho a pedir o Inexistencia de la obligación reclamada.

Es evidente la forma hábil y recursiva con el convocante, estirándole el cuello a convenios bilaterales que ya expiraron y no se encuentran vigentes, busca llevar ese Honorable Tribunal en un relato novelado e imaginativos de los hechos, a concluir que se trata de un solo contrato de Agencia Comercial celebrado consensualmente desde el 1º de Marzo de 1977, y no hay tal, no solamente porque el convocante no existía como persona Jurídica, ficción legal distinta de los socios individualmente considerados (Art. 98 inc. 2 ss. del C. de Co) para la fecha mencionada lo

que por su propia confesión y prueba documental aportada solo se vino a realizar el 28 de Abril de 1978, (hecho cuarto) sino porque efectivamente ese contrato no se celebró. Resulta frágil, la memoria del convocante cuando ni siguiera acreditó que el señor Carlos M. Bonnett para la fecha en que afirma celebró el pluricitado contrato detentaba la calidad de comerciante.

Ahora bien en gracia de discusión aceptaremos la existencia de un solo contrato que ha venido prorrogándose ininterrumpidamente tal y como lo afirma el convocante, tendríamos entonces que concluir indefectiblemente, que carece de derecho a pedir. Veamos en los contratos celebrados entre Rimaco Ltda. y mi apadrinada, se desvirtúa la calidad de gente Comercial que tardía y no muy lealmente ahora invoca desde aquellas calendas.

Basta leer la cláusula séptima del mismo contrato celebrado el día 27 de Febrero de 1980, en el que aquel se denomina El contratista, para determinar si era o no Agente Comercial SEPTIMA CARÁCTER DE LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES. El contratista (entiéndase Rimaco Ltda.), no contrae con TUVINIL DE COLOMBIA S.A. obligaciones distintas a las derivadas del presente contrato, así mismo NO ES AGENTE NI REPRESENTANTE DE TUVINIL DE COLOMBIA S.A y por lo tanto no podrá ejecutar ninguna clase de actos en su nombre o por su cuenta (los paréntesis, mayúsculas y cursivas son ajenas del texto).

Otro tanto sucede con lo establecido en la cláusula Primera y Tercera del contrato celebrado el 16 de agosto de 1983 también aportado como prueba documental por El Convocante Veamos. "Primera RIMACO LTDA. por su conocimiento especial del mercado y obrando en un todo como un comerciante independiente, sin subordinación ninguna para con TUVINIL DE COLOMBIA S.A. y sin embargo el apoderamiento de dicha compañía, así como sin facultad para obligarla.

Tercera RIMACO LTDA. no tiene facultades para comprometer a TUVINIL..."

Agrega la convocada que "Los textos anteriores no dejan duda en cuanto a que la relación comercial entre mi mandante y El convocante en ambos contratos aportados por este último en la solicitud de convocatoria era la de simple intermediario que no era Agente ni representante de mi apadrinada. Por manera que, si en sana hermenéutica nos situamos en el contexto del razonamiento del convocante en el sentido de que era un solo contrato celebrado consensualmente el 1º de Marzo de 1977, prorrogando el 27 de Febrero de 1980 y el 16 de agosto de 1983, podemos concluir sin temor a equivocarnos no hubo contrato de Agencia Comercial entre las partes diferentes al celebrado el 06 de Marzo de 1989. Ello se impone analizando las disposiciones contractuales transcritas a la luz de las contenidas en art. 1317 del C. de Co. Según el cual "El agente de actuar... como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor del mismo.

Rimaco Ltda. Convocante de este Tribunal no tuvo entonces, de acuerdo con las disposiciones transcritas de los contratos tantas veces mencionados el carácter de Agente Comercial de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. sino que simplemente realizó una labor de intermediación que le fue remunerada mediante el pago de una comisión en los términos y condiciones en que fue pactada. Ambos contratos celebrados en 1980 y 1983 tuvieron su vigencia y terminación por mutuo disenso, sin que hubiere reclamo o divergencia alguna entre las partes.

Surge entonces la obligada reflexión sobre el Contrato de Agenciamiento Comercial celebrado entre Rimaco Ltda y Tuvinal de Colombia S.A. en la ciudad de Cartagena el dia 06 de marzo de 1989.

En este contrato se estipularon las siguientes condiciones (art. 1320 del C. de Co) A.- Que el Agente actuaba como Comerciante Independiente, sin mandato ni apoderamiento y por tanto sin representación y sin facultad para obligar a Tuvinal de Colombia S.A. B.- Qué función sería la atinente a procurarle a mi mandante clientes interesados en la adquisición de los artículos o mercancía que se descubrieron en el documento que se acompañó al contrato y que formaba parte del mismo como anexo número uno (01) del mismo. Se determinó, en ese anexo la lista de los artículos, las comisiones a pagar sobre ventas de líneas concluy materia prima con que estaban fabricados la comisión que se pagaría sobre ventas efectuadas a Valles Ltda. los precios a quien solo se le vendería la línea denominada Polietileno. C.- El tiempo de su duración precisando que éste (Cláusula Octava) sería indefinido, contemplándose la posibilidad de que mi mandante diera por terminado unilateralmente el contrato en cualquier momento. D.- El territorio dentro del cual se desarrollaría su actividad El agente se precisó como el relativo al Valle de aburra. E.- El contrato no fue registrado en la Cámara de Comercio de Medellín, por manera que el efecto que con ello se obtiene de publicidad ante terceros no se dio.

En la Cláusula Duodécima del mismo se pactó que el Agente renunció a cualquier prestación distinta a las pactadas en ese documento, que por cualquier concepto pudieren otorgarle las leyes, especialmente las consagradas en el artículo 1324 del C. de Co.

Mi apadrinada, de acuerdo con lo convencionalmente pactado dio por terminado el contrato así celebrado, comunicando esa decisión a El Agente mediante carta de 16 de Junio de 1997, distinguida con el número 1112.

Como fecha 25 de Julio del presente año 1997 el señor Carlos M. Bonnett Gerente de Rimaco Ltda. dirigió comunicación al doctor Javier Martínez Ibarra Gerente de mi mandante en la que informa lo siguiente "En la fecha queremos informarle que tomando en consideración el Artículo N° 1326 del Nuevo Código de Comercio, hemos procedido a retener cheque de CONRIEGO desde el día 10 (diez) de Julio del presente año, este cheque es por valor de \$37.285.347.00 (TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M.L.) este dinero se encuentra a su disposición hasta tanto se logre un acuerdo entre TUVINAL DE COLOMBIA S.A. Y RIMACO LTDA. Por el retiro injustificado de la representación en la zona de Antioquia" (las cursivas son ajenas al texto). Se trataba del cheque N° 284790 girado a la orden de mi mandante por la sociedad Con-Riego Ltda. Contra la cuenta corriente del Banco de Occidente 46002402-9 Nutibara- Medellín el dia 13 de Junio de 1997

Desde el punto de vista conceptual y jurídico legal, resulta ininteligible lo afirmado por el señor Bonnett en la comunicación a que se ha hecho mención en el punto anterior. Veamos.

A.- Dice retener un dinero, lo que implica guardarla y conservarla, mas sin embargo, lo que hizo fue disponer del mismo consignándolo en su cuenta corriente, no obstante ser consciente de que no era representante de mi apadrinada.

B.- Afirma que se le ha retirado injustificadamente la representación de la zona de Antioquia siendo que jamás la tuvo.

C.- En la Propia comunicación confiesa haber realizado la retención desde el día 10 de Julio de 1997, cuando la carta por medio de la cual se le dio por terminado el contrato de agencia Comercial es de 16 de Junio de 1997, esto es, 24 días antes. Dicho de otra manera, para la fecha en que efectuó la retención ya no tenía la calidad de Agente y lo implica mayor ilegalidad y abuso lo constituye la circunstancia atinente a que este dinero no se encontraba en su poder, (como lo exige la norma que invoca) sino, que enterado de que se le había terminado su contrato solicitó a Conriegos le fuera entregado dicho título valor. Allí además de configurarse el tipo penal de que hablan los artículos 349, 350 y 351 del Código Penal apoderándose el señor Carlos Mario Bonnett y sustrayendo de la esfera "de disponibilidad" del propietario el instrumento negociable dicho; se violentó el imperativo hipotético contenido en el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio en tanto y en cuanto ese dinero, se repite, no se encontraba en su poder.

D.- De cara a las renuncias que efectuó El Agente al momento de celebrar el contrato, tampoco tenía derecho a la retención y menos aún disponer de los dineros incorporados en el Título Valor. Ciertamente el artículo 1324 del Código de Comercio consagra dos eventos distintos.

En el inciso primero contiene la denominada Cesantía comercial a favor del agente consistente en una suma de dinero a que tiene derecho este último al momento de terminar el contrato equivalente a la doceava (1/12) parte de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres (3) últimos años por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo fuere menor. Sobre esta prerrogativa, denominada también prestación de carácter compensatorio que en nuestra opinión solo interesa, beneficia o perjudica a El Agente no existe unanimidad en cuanto a la posibilidad de renunciarla al momento de la celebración del contrato, sea de ello lo que fuere. El Agente renuncio a la misma al momento de su celebración tal y como quedó establecido en la Cláusula Octava del aludido contrato.

El inciso segundo, consagra a favor de el agente una prerrogativa que tiene el carácter indemnizatorio y sobre la misma, no existe controversia alguna acerca de si es o no renunciable y menos aún sobre el momento de hacerlo.

Siendo ello así, adquiere una significación mayor a la ilegalidad de la retención y disposición de bienes que por lo demás no se encontraban en poder del Agente y que éste efectuó, dado que el artículo 1326 del C. de Co. solo faculta a éste para actuar en forma "hasta que se le cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización" ¿Cuál es esa indemnización? La respuesta surge obvia. La contenida en el Inciso Segundo del artículo 1326 del C. de Co. de una forma puede entenderse el texto de ambas normas Evidentemente, el Inciso Primero del art. 1324 habla de una prestación que tiene el carácter compensatorio, al paso que el inciso segundo de la misma habla de indemnización y a esta última es la que precisamente se

refiere el derecho de retención consagrado en el 1326. En dos oportunidades lo menciona, recabándose ese criterio en el artículo 1327 de la misma codificación, donde si bien con total falta de técnica, el legislador lo retira.

Mi mandante requirió por escrito a Rimaco Ltda. En efecto, mediante comunicación de 28 del mes de Julio de 1997, Nº 1520 lo hizo, con el objeto de que reintegre el valor retenido y éste injustificadamente se ha negado a hacerlo.

En el Contrato de Agencia Comercial se pactó que las diferencias que surgieran entre las partes por la interpretación o aplicación del mismo serían sostenidas a la decisión de tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cartagena, motivo por el cual mi mandante convocó a ese Tribunal mediante solicitud presentada ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena donde cursa actualmente. Pretende mi mandante le sea reintegrada la suma sobre la cual dispuso Rimaco Ltda. Habiéndola reclamado a Conriegos Ltda.

A manera de conclusión podemos aseverar que entre mi mandante y el Convocante existieron dos (02) contratos perfectamente individualizados celebrado el 23 de Febrero de 1980 y el 16 de Agosto de 1983 que se ejecutaron y rigieron durante el lapso de tiempo claramente señalado y que fueron terminados por las partes por mutuo disenso en virtud del conocimiento expreso de las mismas. El propio Convocante nos abunda en prueba cuando anexó como prueba documental al escrito de convocatoria la comunicación del 15 de marzo de 1989 distinguida con GA-134-89 dirigida por el doctor Luigi Giomo gerente de ventas de mi mandante a Rimaco Ltda. En ella le remite EL NUEVO CONTRATO Y NO LA PRORROGA DE OTRO ANTERIOR. Sobre estos contratos, se repite, resciliados por las partes o terminados por mutuo disenso, no existe diferencia alguna.

En relación con el denominado por la Convocante "Contrato Verbal" de Agenciamiento dice que merece mención por separado el supuesto contrato son sensualmente celebrado entre mi mandante y el convocante el 01 de Marzo de 1997. Sobre el mismo cuya existencia niega mi apadrinada, y que el convocante no acredita, si en gracia de discusión, para decirlo coloquialmente aceptamos se celebró, también fue terminado por el mutuo consentimiento de las partes y reemplazado por el celebrado en el año de 1980, siendo ello así, mal puede el convocante otorgar un poder para resolver diferencias derivadas del contrato Comercial celebrado en la ciudad de Cartagena el 01 de Marzo de 1977, cuya vigencia expiró.

Concluyó expresando que "Esta excepción por lo sencilla y veraz debe prosperar".

B.- Excepción de contrato no cumplido.

La Cláusula décima del contrato celebrado el 06 de Marzo de 1989 estableció:

"DECIMA: EL AGENTE no podrá directa ni indirectamente prestar iguales servicios a otros u otros productores de mercancía o bienes que puedan significar competencias para Tuvínil de Colombia S.A. o que esta califique como tales.

El Convocante Rimaco Ltda. Durante el tiempo de vigencia del contrato de Agenciamiento celebrado el 06 de Marzo de 1989 INCUMPLIDO con esta obligación, en tanto y cuanto, distribuyó y/o comercializó productos de Plasticosta y/o Litocosta tal y como lo demostraré en las pruebas que habrá de practicar ese Honorable Tribunal. Ese comportamiento se conjuga en el artículo 1609 del Código Civil y legitima a mi mandante, para proponer, como en efecto propone, la presente excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contactus) cuyo principio fundamental es la equidad, por cuya virtud existiendo una relación bilateral obligatoria entre las partes en que la parte perseguida es deudora de una prestación (en este caso de una supuesta prestación) surgida de esa relación contractual y al mismo tiempo acreedora de una prestación no efectuada por la otra.

En el contexto legal y contractual a que nos vinimos refiriendo, al haber Rimaco Ltda. Distribuido y/o comercializado empaques de polipropileno a la compañía plasticosta y/o Litocosta, cuyo domicilio social es la ciudad de Barranquilla producto que significa competencia para Tuvínil de Colombia S.A. en medida que es similar y competitivo con los que fábrica mi apadrinada y que también distribuía y comercializaba. El convocante incumplió con la obligación contractualmente asumida en la Cláusula Décima ya dicha y transcrita, motivo por el cual, en el evento improbable y remitísimo que mi mandante tuviera la obligación de cancelar la composición que depreca, consagrada en el inciso Primero del art. 1324 del C. de Co.lo que según ya analizamos fue objeto de la renuncia de el convocante, como quiera que dicha obligación debe cumplirse cronológicamente DESPUES de la prestación a cargo de El Convocante relativa a la exclusividad que viene pactada, no puede exigirse a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. el cumplimiento de una obligación contractual que no es compatible con la buena fe que siempre desplegó mi apadrinada cumpliendo con la lealtad y confianza sus obligaciones contractuales.

C.- Excepción de Prescripción:

Esta excepción se propone más como un argumento que recaba la necesidad de mi mandante de acudir a la misma como mecanismo de defensa, ante la arremetida de el convocante en clara reciprocidad a esa actitud, que como expediente fácil para eludir obligaciones que contractual y legalmente se hubiesen asumido por TUVINIL DE COLOMBIA S.A. Ya vimos que los contratos celebrados en los años de 1980 y 1983 no fueron de Agencia Comercial que las prestaciones objeto de las pretensiones fueron renunciadas y que además hubo incumplimiento de Rimaco Ltda.

Es la prescripción un fenómeno de tiempo y aquí según la propia manifestación El Convocante transcurrió el tiempo Efectivamente, si el contrato de que habla El Convocante, supuestamente celebrado el 01 de Marzo de 1977 terminó y dio paso a otro celebrado el 27 de Febrero de 1980 el que también dando paso al celebrado el 16 de Agosto de 1983, de conformidad con las normas establecidas en los artículos 2535 y 2536 del Código Civil (a las cuales tenemos que acudir en virtud de expresa remisión analógica que nos hace el artículo 2 del C. de Co.) las acciones que

invoca el convocante le prescribieron con creces al haber transcurrido mas de diez (10) años contados desde la fecha de la terminación de los mismos por mutuo disenso, mal puede ahora sacar del cubilete un reclamo inocuo e inicuo tratando de obtener un aprovechamiento ilícito. (Véanse los Folios del 36 al 46).

V) ALEGATO DE CONCLUSION DE LA CONVOCANTE

Dentro de la oportunidad legal, la Convocante alego de conclusión, en los siguientes términos:

Primero. Se refirió a lo que denominó, EXTREMOS DE LA ACTUACION, en los siguientes términos.

1.- El día 27 de octubre de 1997 RIMACO LTDA. Presentó en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Camara de Comercio de Cartagena, la demanda arbitral de la referencia, contra TUVINIL DE COLOMBIA S.A. la cual fue admitida el día 28 del mismo mes y año.

2.- Oportunamente, la parte convocada TUVINIL DE COLOMBIA S.A. se pronuncio a cerca de los hechos y pretensiones contenidas en la demanda arbitral, oponiéndose a las mismas y formuló su defensa por vía de excepciones, mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 1997.

3.- Luego de rituarse las actuaciones preliminares conciliatorias, que fracasaron, se designa como árbitros a los profesionales del derecho. Doctores Edgardo Moreno Iriarte, Raimundo Pereira Lentino y Ricardo Vélez Pareja, quienes aceptaron el encargo para tramitar y resolver la controversia jurídica planteada en libelo introductorio.

4.- En audiencia del 23 de Febrero de 1998 se posesionaron los árbitros, se escogió como presidente al Dr. Ricardo Pareja, y como secretaria a la Dra. Liliana Bustillo Arrieta, también se fijaron las reglas básicas de ley para que este tipo de justicia pueda operar, tales como fijación de honorarios, gastos, forma de pago etc.

5.- El día 16 de Marzo se acepta el impedimento manifestado por el Dr. Ricardo Vélez Pareja, y se produce al nombramiento de un nuevo árbitro, recayendo en el Dr. Alberto Barbosa Senior, quien aceptó y se posesionó.

6.- Hechas las consignaciones en los porcentajes ordenados, el Tribunal señaló como fecha para la primera audiencia de trámite el día 24 de Abril de 1998, audiencia dentro de la cual por auto Nº 1 se analiza la órbita de jurisdicción de la justicia arbitral, la cláusula arbitral, y demás aspectos permitentes, resolviendo los árbitros declarar la competencia para conocer del asunto por la vía procesal escogida.

7.- En la misma audiencia, es dictado el auto Nº 2 por el cual se ordena abrir juicio a pruebas ordenándose la práctica de las solicitadas por las partes convocantes y convocada y otra de oficio por parte de los árbitros, entre otras, testimonios, pruebas trasladas, inspección judicial con

intervención de perito contable, para lo que en últimas y por acuerdo de las partes se designó un perito, el contador Salomón Castro Perez. También se ordenó otra inspección con intervención de peritos ingenieros a practicarse en la ciudad de Barranquilla en las instalaciones de Plasticosta Ltda. y/o Litocosta Ltda. Designándose a los ingenieros Miguel Ramírez Vásquez y William Wood.

8.- Luego por auto de 06 de Mayo de 1998, se fija nueva fecha para la recepción de los testimonios solicitados y decretados en su oportunidad.

9.- Tal como consta en el acta de la audiencia celebrada el día 8 de Mayo de 1998, se recepciona las declaraciones de los testigos Miguel Curi y Antonio De Jesús Cárdenas, y en audiencia verificada el dia 14 de mayo de 1998 se reciben las declaraciones de Oscar Bonnett Ríos y Darío Bonnett Ríos.

10.- En audiencia de 26 de mayo de 1998 se realiza la diligencia de inspección judicial en la sede de la convocada, de igual manera en dicha audiencia se posesionó el perito contador Salomón Castro Perez. La diligencia fue suspendida y continuo el 30 de Mayo de 1998 y se le concedió al perito un plazo de 10 días para rendir su dictamen.

11.- Rendido el dictamen contable, dentro de la oportunidad de ley, la convocante primero solicita complementación del mismo y luego la objeta por error grave; completando el dictamen, por auto de 28 de Julio de 1998 se fija fecha para la audiencia de decisión de la objeción para el dia 31 de Julio de 1998 a las 3:00 p.m.

12.- Asimismo, los peritos ingenieros Miguel Ramírez Vásquez y William Wood Vargas, presentaron su trabajo el 16 de Junio de 1998.

13.- Por último una vez se concluye el trámite, mediante providencia en la cual se desestima la objeción, se cita a la Audiencia de Alegato de conclusión para el dia 14 de Agosto de 1998 a partir de las 9:00 A.M.

VI) RECUERDO QUE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA FUERON LAS SIGUIENTES:

En la demanda arbitral, básicamente Rimaco Ltda. Como agente, solicita lo siguiente:

-- Que se declare que en el contrato de Agencia Comercial celebrado con el empresario Tuvinal de Colombia S.A. con ineficaces las cláusulas que hablan de renuncias a las Prestaciones y derechos establecidos a favor del agente contenido en los artículos 1324 y 1326 del Código de Comercio.

-- Que se declare al empresario Tuvinal de Colombia S.A. no le existía justa causa de ley para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial que tenía celebrado con Rimaco Ltda. Como en efecto lo hizo por oficio N° 1112 de 06 de Junio de 1997 con efectos a partir del 30 de Junio de 1997.

-- Expresamente se solicita en pretensión primera principal consecuencial que se ordene a Tuvinal de Colombia S.A., a cancelar a Rimaco Ltda. la prestación de que trata el artículo 1324 inciso 1º del Código del Comercio, también pide en la pretensión segunda principal consecuencial la indemnización regulada del artículo 1324 del inciso 2º del Código del Comercio por acreditar el nombre, y línea de productos de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. cuantificación que se deja a lo que se probare en el proceso según lo relacionado en los hechos, asimismo se solicita que la convocada cancele las comisiones causadas dejadas de pagar e impuestos.

VII) HIZO RESUMEN RESPECTO DEL SOPORTE FACTICO DE LA DEMANDA EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

"Las pretensiones de la demanda arbitral fueron amparados, entre otros hechos, en los siguientes:

1.- El día 1º de Marzo de 1997 se celebró en forma verbal un contrato de "Agencia Comercial" entre Tuvinal de Colombia S.A., como empresario contratante, y Rimaco Ltda. Como Agente de hecho por conducto de su representante, señor Carlos Mario Bonnett Ríos.

2.- El Agente comercial, RIMACO LTDA. Que obligó para con el empresario contratante a procurarle clientes interesados en la adquisición de mercancías de las producidas por aquel, quien debía desarrollar su actividad en Medellín y todo el Valle de Aburra, tarea que el agente logró por sus virtudes, capacidades de trabajo, pericia, probidad, relaciones públicas etc.

3.- La sociedad RIMACO LTDA. Dejó de ser de hecho, para convertirse en una sociedad de derecho, mediante el otorgamiento de la escritura pública Nº 608 de 28 de Abril de 1978 ante la Notaria Trece del Círculo de Medellín, momento desde el cual en el contrato de agencia Comercial se tuvo, sin ninguna duda, a la sociedad RIMACO LTDA. Como agente comercial de TUVINIL DE COLOMBIA S.A.

4.- El contrato de Agencia Comercial, celebrado inicialmente en forma verbal se llevó a la forma escrita el 27 de Febrero de 1980, documentándose de esa manera las condiciones acordadas por las partes, reformándose el 16 de Agosto de 1983, ,y posteriormente el 6 de Marzo de 1989.

5.- TUVINIL DE COLOMBIA S.A. dio por terminado unilateralmente el contrato de "Agencia Comercial" mediante comunicación Nº 1112 de fecha de 16 de Junio de 1997, invocado como causa de la terminación unilateral "una reorganización total de su departamento de ventas", o sea, no invocó causa legal justa para dar por terminado este tipo de contrato, por parte del empresario.

6.- En el hecho decimo se dijo "siendo RIMACO LTDA. una agencia importante en el país como antes anoté, luego de 20 años acreditando, promocionando, y posicionando los productos de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. amen de lograrle un gran nombre a nivel local y nacional, creándole así un Good Will, que envidiaría cualquier empresa, además de dejarle al empresario

una placa ya establecida, como puede verse en los registros de los libros de comercio y de contabilidad, es injusto, ilógico e ilegal que fuera de la retención de las comisiones a que tiene derecho legal y contractualmente, se le esté desconociendo de forma caprichosa y arbitraria por parte del empresario, el derecho a la prestación e indemnización que el habla el artículo 1324 del Código del Comercio.

VIII) EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES DE FONDO FORMULADAS POR LA CONVOCANTE MANIFESTO:

"La sociedad convocada TUVINIL DE COLOMBIA S.A. en el escrito de contestación, en esencia niega los hechos de la demandada arbitral, se opone a las pretensiones, y como medio de defensa somete a consideración de los falladores las siguientes excepciones: Inexistencia de la obligación o falta de causa para pedir, contrato no cumplido, prescripción; y una genérica o cualquier hecho que resultado probado con el que se enerven las pretensiones.

ASUNTO JURIDICO DEBATICO

Los aspectos medulares debatidos se hacen consistir en determinar, con fundamento en la prueba recaudada, los siguientes extremos:

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato que vinculó a las partes, y se trató de un solo contrato sin solución de continuidad en el tiempo hasta su terminación ocurrida el 30 de Junio de 1997?

2.- ¿TUVINIL DE COLOMBIA S.A. invocó alguna justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial de las que se encuentra taxativamente establecidas en el artículo 1325 del C. de Co.

3.- ¿Tiene RIMACO LTDA. Derecho a las prestaciones establecidas a favor de todo Agente Comercia contenida en los artículos 1324 y 1326 del Código de Comercio? ¿O tales derechos son renunciables o por el contrario son ineficaces las cláusulas que hablan de renuncias a tales derechos?

Frente al análisis probatorio precisó lo siguiente:

Conforme consta en actas de audiencias y en autos quedaron debidamente incorporadas al proceso las siguientes pruebas; los documentos acompañados tanto a la demanda como a su contestación, el interrogatorio de partes rendido por el representante legal de Tuvinal de Colombia S.A., las declaraciones de los testigos Miguel Curi Vergara, Alvaro Marrugo Sanfeliu, Antonio Pérez Cárdenas, Oscar Bonnett Ríos y Dario Bonnett Ríos. Se anota que el interrogatorio practicado por Javier Martínez Ibarra, al igual que la declaración de algunos testigos fueron recepcionadas dos veces, al haberse traslado algunas pruebas de las practicadas en otro proceso arbitral surrido entre las mismas partes, asimismo el dictamen contable del perito

contador Salomón Castro Pérez, como también el de los peritos ingenieros Miguel Ramírez Vásquez y William Wood Vargas.

En forma detallada analizó la fecha de celebración del contrato que vinculó a las partes enfrentadas y la naturaleza jurídica de dicho contrato. Sobre este aspecto.

"En este punto la sociedad que apadrinó RIMACO LTDA. expresa en su demanda arbitral que se trató de un contrato de Agencia comercial, sin solución de continuidad en el tiempo desde el 1º de Marzo de 1997 hasta el 30 de Junio de 1997, renovado y modificado el 27 de Febrero de 1980, 16 de Agosto de 1983 y 06 de Marzo de 1989.

Por el contrario la Convocada señala en la contestación a la demanda y excepciones que la relación contractual que vinculó a las partes fueron diferentes en el tiempo, dividiéndolas así:

- 1.- Niega la existencia del contrato verbal celebrado el 1º de <marzo de 1977. Afirma que para el caso de haberse celebrado este término por mutuo consentimiento en 1980.
- 2.- Acepta la celebración de un contrato de 27 de Abril de 1980, pero lo califica de contrato de intermediación, no admite que sea de Agencia Comercial, y alega que terminó por mutuo consentimiento.
- 3.- También acepta la celebración de un contrato de 16 de agosto de 1983, pero igualmente lo califica de contrato de intermediación, no admite que sea de Agencia Comercial, y alega que terminó por mutuo consentimiento.
- 4.- Por fin admite la existencia de un Contrato de Agencia Comercial celebrado entre las partes el 06 de Marzo de 1989 que terminó el 30 de Junio de 1997.

Soy del criterio que a pesar del esfuerzo que hace el apoderado de la convocada por negar la naturaleza del contrato y tiempo de duración, en el fondo no hay discusión acerca de la naturaleza jurídica contractual que vincula a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. con RIMACO LTDA. ni de su época de celebración, se trató de un contrato de Agencia Comercial de los reglados por los artículos 1317 y siguientes del Código del Comercio. Ello es punto pacífico, veamos:

Del interrogatorio rendido por el propio representante legal TUVINIL DE COLOMBIA S.A. dentro del otro proceso arbitral, que obra en este como prueba traslada, se destaca que todos los documentos soportes del contrato de Agencia Comercial, celebrados a partir de 1980, en forma escrita, fueron reconocidos en su contenido y firma por el Dr., Javier Martínez por lo tanto hacen plena prueba, demostrándose fehacientemente la existencia de los mismos, corroborándose de esta otra manera que el contrato de Agencia Comercial celebrado entre las partes no se inicio en 1989, como se firma en la contestación de la demanda, si no antes, en 1977, y su naturaleza es de agencia comercial.. la prueba documental he de analizarla mas adelante.

En efecto, el representante legal confiesa que conoció al Dr. CARLOS BONNETT RIOS socio y gerente de Rimaco Ltda. En la década desde los años 70 respuesta que ante otra pregunta

aclara así: "Le manifiesto usted al despacho en respuesta anterior que el Sr. CARLOS MARIO BONNETT se vinculo con ustedes al principio como persona natural y que por exigencia tuvo que constituir a RIMACO LTDA. Posteriormente, por exigencia de tipo comercial, es decir, que la relación viene desde la década del 60 al 70 aproximadamente, no tiene fecha exacta y en la demanda que usted formula en el hecho primero manifiesta que la relación empezó el 06 de Marzo de 1989 explique al despacho esa contradicción? CONTESTO: No ha habido ninguna contradicción en las declaraciones por lo siguiente, cuando se terminó la relación con Palacios, (persona que es mencionado en otras declaraciones). TUVINIL DE COLOMBIA S.A. venia con una relación de hecho, con un hermano de Carlos Mario. En esa época no conocíamos a Carlos Mario, si mal no recuerdo su nombre es Oscar Bonnett (quien también declaró en este proceso y su declaración es coincidente en el punto que se estudia) que trabaja con la ley, sin embargo él nos hizo contactos y durante un tiempo posterior a la terminación del contrato con el señor Palacios, el señor Oscar Bonnett nos hizo contactos de ventas en la ciudad de Medellín, no pudo precisar la fecha, fue posterior al término del contrato con Palacios, luego el señor Bonnett dijo que el recomendaba a su hermano Carlos Mario quien podía encargarse del agenciamiento de nuestros productos, esa fue la vinculación, tenemos en nuestros archivos contratos, ya con Rimaco Ltda., de Abril del 78, luego ese contrato terminó, se firmó, posteriormente otro en el año 80 también terminó y se firmó en el año 89 en Marzo 06 un contrato que fue que dimos por terminado en el año pasado 1997. (subrayas, resaltado y frases entre paréntesis fuera del texto).

Luego en el interrogatorio practicado directamente por este Tribunal, el Dr. Javier Martínez, reitera que conoció a Carlos Mario Bonnett Ríos, desde los últimos años de la década de 1970 a 1980.

En conclusión, de esta prueba traslada el representante legal confiesa que el contrato de Agencia Comercial entre las contendientes inicio en Abril de 1978 con Rimaco Ltda., como también confiesa una relación comercial de hecho anterior, con lo que se demuestra que la afirmación del nacimiento del contrato es desde 1977.

Pero hay más, la versión dada por el representante legal de la demandante es concordante con los testimonios del Dr. Miguel Curi Vergara, el rendido ante este Tribunal y el traslado., quien dando explicación de la razón de su dicho expresa que Carlos Mario Bonnett representante de Rimaco Ltda. se vinculo aproximadamente entre los años 76 y 78, que antes de existir ese contrato de agencia, el agente comercial era el Almacén Ley. Representado por este caso un hermano de Carlos Mario Bonnett, quien fue relacionado con TUVINIL DE COLOMBIA S.A. por medio de su hermano, con quien celebró un contrato de agencia comercial, una vez que terminó la relación contractual con el Almacenes Ley, contrato cedido por Carlos Mario Bonnett a su empresa RIMACO LTDA.

Asimismo, Oscar Bonnett Ríos y Darío Bonnett Ríos, cuyos testimonios fueron tachados de sospechosos, por el vínculo de consanguinidad de 2º grado línea ascendente con el representante legal de RIMACO LTDA., por tanto deben examinarse con sumo cuidado, dan cuenta en forma clara, precisa y con detalles, de cómo se creó la sociedad convocante, la que surgió como sociedad de hecho en 1976 época en la que Oscar Bonnett Ríos trabaja como jefe del departamento de diseño y empaques en Almacenes Cadenalco S.A. (Ley) motivo por el cual

conoció al señor Ignacio Martínez (el gordo Martínez), quien residía en Cali pero era agente de la sociedad LITOCOSTA, en Medellín, sociedad esta que proveía de empaques a Cadenalco S.A. fue así como en 1976 a Oscar Bonnett Ríos le surgió la idea de crear una sociedad de hecho en 1976, y trabajaron inicialmente como sub-representante de Ignacio Martínez (el gordo Martínez), quien posteriormente contactó a los hermanos Bonnett Ríos (Sociedad de hecho Rimaco Ltda.) con LITOCOSTA, e iniciaron directamente la relación contractual de agencia comercial con LITOCOSTA, reiterándose el gordo Martínez, en consideración a que su domicilio era Cali y el mercado había que continuarlo implementando en la ciudad de Medellín, no con un solo cliente que tenía LITOCOSTA, en la zona: Almacenes Ley (Cadenalco S.A.) sino con otros.

Luego de tener relaciones contractuales con LITOCOSTA, aún con una sociedad de hecho, en 1977 entran en la relación con TUVINIL DE COLOMBIA S.A. por intermedio de Italiano Carlos Barzoti, quien solicitó a Oscar Bonnett Ríos que representare como agente a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. en Medellín para reemplazar al agente anterior con quien no estaban a gusto Oscar Bonnett Ríos relacionó a Carlos Barzoti, con su hermano Carlos Mario Bonnett Ríos, para que como Rimaco Ltda. Continuare la relación como agente comercial con ello, pues esta sociedad de hecho ya tenía cierta experiencia como agente comercial con LITOCOSTA, razón por la cual Carlos Mario Bonnett Ríos vino a Cartagena, se entrevistó con los directivos de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. (Dr., Javier Martínez) y a partir de allí, Marzo de 1977, se inicio el contrato de agencia comercial con dicha sociedad.

El representante anterior a la vinculación de Rimaco Ltda. Fue Humberto Palacio, hecho este que también lo reconoce Javier Martínez, en su interrogatorio, haciendo concordante y verídicas Las declaraciones de los hermanos Bonnett Ríos.

Estos desponentes explican que luego al constituirse Rimaco Ltda. Como sociedad de derecho, mediante escritura pública Nº 608 de 28 de Abril de 1978, el contrato de agencia continuó con Rimaco Ltda. Desde dicha fecha como sociedad de derecho, bajo contrato verbal hasta 1980, el que se documenta el 27 de Febrero de 1980.

De plena credibilidad a lo dicho por este testigo, a pesar de la tacha, la experiencia practicada en Plasticosta Ltda. y/o Litocosta Ltda. Por los peritos Miguel Ramírez Vásquez y William Wood cuando dicen:

"RIMACO LTDA. Firmó contrato con TUVINIL DE COLOMBIA S.A. el 2 de Febrero de 1980, otro el 16 de Agosto de 1983 y el ultimo el 06 de Marzo de 1989, para ser su AGENTE únicamente en el territorio comprendido dentro del Valle de Aburra. (Las negrillas son nuestras).

RIMACO LTDA. Tiene contrato de hecho (Verbal) con LITOCOSTA desde 1976 y con PLASTICOSTA (También de hecho o verbal) a partir de 1992, como consta en las comunicaciones dirigida a ese Tribunal por la señora María De los Angeles Mora, quien actúa en representación de ambas sociedades en su calidad de Gerente Financiero, con la ocasión de la visita que nosotros efectuamos el día 8 de Junio de 1998 a dichas sociedades. Estas

comunicaciones fueron originadas a petición nuestra por no existir documentos contractual entre RIMACO LTDA. y las sociedades con quien ella labora. En ellas la señora Mora dice:

LITOCOSTA: "RELACION CON RIMACO".

De agencia comercial de hecho desde el año 1976, primero a través de RIMACO LTDA. (Ignacio Martínez) de Cali, luego en el año 1977 directamente para la zona de Antioquia. La remuneración es comisión por ventas y cobros. Su función consiste en conseguir clientes para LITOCOSTA que compren sus productos, investigar que dichos clientes sean solventes y llenen los requisitos exigidos por la empresa, tomar los pedidos de acuerdo a la exigencia de LITOCOSTA, atender las necesidades del cliente, mantener una buena relación con ellos para bien de ambas partes, atender que los despachos estén dentro de las respectivas y requerimientos del cliente (como calidad, cantidad, tipo de embalaje, etc.). Estar pendientes de los reclamos si los hay, y atenderlos de acuerdo a las normas establecidas en los pedidos. Retirar las devoluciones que presenten y elaborar informes de no conformidad. Cobrar las facturas de acuerdo al tiempo establecido y conseguir el dinero en la cuenta de LITOCOSTA informar por escrito el monto y qué facturas se cancela como también de los descuentos que hubieren tomado, justificándoles. En fin velar por mantener una buena y creciente relación con los clientes.

Lo anterior corresponde a una transcripción literal de la afirmación de la señora Mora sobre la relación de RIMACO LTDA con LITOCOSTA.

PLASTICOSTA: RELACION CON RIMACO LTDA.

En 1992, se vincula RIMACO LTDA. Como agencia comercial de hecho en el departamento de Antioquia para poder continuar con la representación de LITOCOSTA. Se exigió terminar con cualquier otra representación que pudiese competir con este ramo. Su comisión es por ventas y cobros. Su función consiste en conseguir clientes para PLASTICOSTA...”

Con el estudio anterior queda aprobado que la relación contractual no se originó en 1989, sino antes, lo que ya ha sido estudiado. Así mismo también queda demostrado que las relaciones entre Tuvinal de Colombia S.A. y Rimaco Ltda. Desde que se iniciaron hasta que terminó en 1999, fueron sin solución de continuidad en el tiempo”.

Categóricamente concluyó, al analizar el material probatorio, que dentro del contrato de Agencia Comercial celebrado entre las partes en conflicto que siempre ha habido continuidad la cual nace en 1977 y termina en 1997. Sobre este tópico manifiesto:

“En cuanto a la continuidad del contrato de agencia comercial que se inicio en 1997 y terminó en 1997, hay suficiente apoyo legal y probatorio, a un documental en tal sentido. Para concluir como yo lo hago, que es la única interpretación jurídica posible hacer en este punto, tengamos en cuenta estos aspectos:

La ley comercial al definir en su artículo 1317 el contrato de agencia comercial dice: " Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero como fabricante o distribuidor de uno varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho cargo se denomina genéricamente agente".

Quiere decir la ley que uno de los elementos que caracteriza e identifica al contrato de agencia es la estabilidad o continuidad del agente, por lo tanto, si desde 1977 Rimaco Ltda. venia ejecutando la misma labor a favor del empresario, sin cambiar el objeto del contrato, no es explicable que solo a partir de 1989 el contrato fuere de agencia comercial, como lo dice la convocada.

El propio representante legal de la convocada en el interrogatorio rendido ante este tribunal de fecha 26 de mayo de 1998, ante la segunda pregunta formulada por los señores Árbitros, dijo: "Si lo conozco por razón de su vinculación con nuestra compañía para actuar como intermediario en la consecución de clientes y pedidos, vinculación que se hizo a través de la compañía Rimaco Ltda., de la cual es representante legal" El representante legal no dice que hubo unos contratos con unos objetos diferentes al de 1989, fue el mismo objeto durante toda la vida del contrato. Tampoco dice que Rimaco Ltda. Interrumpió por algún tiempo la labor, por el contrario reconoce que fue continua desde su inicio.

Luego el declarante Miguel Curi Vergara ratifica la naturaleza y continuidad en las labores de Rimaco Ltda., en su declaración de 8 de Mayo de 1998 sobre el conocimiento que tiene de Carlos M. Bonnett que se hizo en la 2^a pregunta y expresó: "Si conozco al señor Carlos Mario Bonnett creo que como 15 o 16 años, lo conoci a raíz de que fue agente intermediario de Tuvinal de Colombia S.A. la zona de Antioquia y creo que en el viejo Caldas..."

Este testigo es más contundente cuando responde la 3^a pregunta que se hace directamente sobre las actividades de Rimaco Ltda. a favor de Tuvinal de Colombia S.A. Pues dijo:

"Rimaco Ltda. como agente intermediario de Tuvinal de Colombia S.A. para la zona mencionada anteriormente se encargaba de conseguir posibles clientes Tuvinal de Colombia S.A. logrando la información comercial de cada cliente, para satisfacer exigencias de Tuvinal, así servía de enlace o intermediación, recibía el pedido, y esa solicitud de pedido la enviaba a Tuvinal de Colombia S.A. Quien a su vez estudiaba el pedido y si satisfacía lo despachaba. También recaudaba en nombre de Tuvinal de Colombia S.A. El dinero correspondiente a las ventas que hiciera, y se liquidaba las comisiones a quien tuviera lugar."

Reitera, al analizar las pruebas documentales aportadas al proceso que "Del estudio de los documentos contractuales se llega a la misma conclusión, de que el contrato tuvo el mismo objeto en forma continua en el tiempo.

El contrato documentado el 27 de Febrero de 1980, claramente se señala el objeto y obligación de Rimaco Ltda. "...el contratista en su condición de intermediario y por su especie conocimiento de los mercados se obliga a poner en relación a la compañía TUVINIL DE COLOMBIA, con todas las personas naturales y jurídicas interesadas en adquirir los productos de TUVINIL DE COLOMBIA a título de compra sin que esto signifique vinculación de RIMACO LTDA. a las partes por relación de colaboración, dependencia, mandato o mandato o representación, estos artículos aparecen en la lista de precios oficiales que TUVINIL DE COLOMBIA S.A. que le suministra al contratista que con tal fin desplegará sus actividades como tal y en forma exclusiva en la zona comprendida en el Departamento de Antioquia, con miras a que TUVINIL DE COLOMBIA S.A. celebren sus respectivas compraventas con las personas naturales o jurídicas con las cuales el contratista las ponga en relación..." (Cláusula primera).

"RIMACO LTDA. en su calidad de agente intermediario entre TUVINIL DE COLOMBIA S.A. y él o los compradores o presuntos compradores de los artículos que TUVINIL DE COLOMBIA S.A. Produce no obra como representante de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. y carece de facultades para comprometerla, por lo tanto los pedidos que formulen las personas naturales o jurídicas a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. por intermediario no obligan a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. puesto que están subordinados a su aprobación..." (Cláusula Segunda). Por su cláusula octava el contrato es de duración indefinida".

Continuó expresando que "si estudiamos el contenido del documento de 16 de Agosto de 1983, encontramos el mismo objeto señalado en el documento de 1980: "Rimaco Ltda. por su conocimiento especial del mercado, y obrando en un todo como un comerciante independiente, sin subordinación ninguna para con TUVINIL DE COLOMBIA S.A. y sin mandato ni apoderamiento de dicha compañía, así como sin facultad para obligarla se compromete a procurarle a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. cliente interesado en la adquisición de los artículos o mercancías que se contienen en los documentos que se acompañan..." (Cláusula primera).

Por la cláusula segunda se reitera que Rimaco Ltda. ejerce su gestión en el Departamento de Antioquia. Por su Cláusula Cuarta numeral tercero se obliga a Rimaco Ltda. asumir por su cuenta y riesgo los Costos o Gastos que demande la aproximación o búsqueda de interesados en adquirir productos a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. también se señala que la duración es indefinida.

Destaca que es "muy importante la Cláusula Duodécima en el documento de 1983, que dice que este documento recoge todas las obligaciones entre las partes y sustituye cualquier tipo de contrato anterior que entra halla podido existir, todas las convenciones y acuerdo entre las partes se entenderán sustituida por los de aquí consignados y las anteriores quedaran sin validez alguna. Esta misma previsión se transcribió en el documento de 1989 en su cláusula decima quinta.

Se resalta que en la cláusula últimamente transcrita, en el documento 1983 se habla de "cualquier tipo de contrato anterior" no se dice "del contrato anterior" con lo que a la claras se está reconociendo que además del documento firmado en 1980 preexiste acuerdo contractuales de igual naturaleza.

Si estudiamos el último documento contractual escrito de 6 de marzo de 1989, donde expresamente se habla de Agencia Comercial, encontramos que los elementos del objeto del contrato son exactamente los mismos a los indicados en los documentos de 1980 y 1983.

Ahora bien, siendo sustantivamente idéntico los elementos que identifican a los documentos contractuales de 1980, 1983, y 1989, y consonante con lo expresado por los testigos y el representante legal en cuanto al objeto, condiciones, zona o ámbito de ejercicio de la actividad, término indefinido, reserva del precio por parte del empresario de los productos a promocionar por el agente, y reserva en cuanto a la concreción o definición del contrato de venta por parte de TUVINIL con los clientes que encontraba RIMACO LTDA, no cabe ninguna duda que son los mismos elementos definidos en la Ley como esenciales del Contrato de Agencia Comercial.

El hecho de pactarse que un documento sustituye a los anteriores indica también sin duda alguna que no hubo solución de continuidad en el tiempo entre uno y otro, y tal situación lo que hace es perpetuar en el tiempo los derechos retributivos del agente señalado artículo 1324 del Co. Del Co.

Puntualizó también que un contrato no lo define la forma si su contenido, y más que eso, las partes contratantes están en libertad de denominarlo como a bien tengan, darse un nombre cualquiera a cada parte, como contratista, agente, intermediario, etc., esa sola circunstancia no desnaturaliza un contrato, pues en última lo que lo define son sus elementos esenciales, como en el presente caso que todos los elementos son los propios de un contrato de agencia comercial, que tiene una identidad propia, aun cuando simila pero diferente a otros contratos típicos de Intermediación como el de Mandato con o sin representación, Preposición, Comisión, Suministro, Distribución etc...

Quiero aclarar que en el escrito de excepciones, el único argumento que presentó TUVINIL DE COLOMBIA S.A. para tratar de diferenciar un documento contractual de otro es que en dos de estos se habla de "intermediación" y solo en el suscrito en 1989 se habla de "agencia" lo que no desvirtúa el contrato que ocupa nuestra atención.

El doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar, prestigioso doctrinante en temas mercantiles, en su libro "contratos mercantiles" dice: "De todas maneras en los negocios en los que pretende disimular la agencia, implicando con ello un reconocimiento al temor que prevalecieran la realidad, asomaba la drástica sentencia del Dr. Miguel Moreno Jaramillo, que en derecho de las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son o quieren que sea "(subrayas fuera del texto)".

Todo nuestro análisis es concordante con lo dicho por la Doctrina y Jurisprudencia y a manera de ejemplo traemos citas al respecto.

El profesor Alvaro Perez Vives (q.e.p.d.) tiene dicho: "Características de este contrato. "Los elementos característicos de la agencia comercial son: 1. Constituyen una forma de intermediación. 2. El agente tiene su propia empresa y la dirige con INDEPENDENCIA. 3. La actividad del agente se encamina a promover o explotar negocio en determinado territorio, esto es, a CONQUISTAR, AMPLIAR o RECONQUISTAR UN MERCADO en beneficio del principal. 4. Por esencia esa actividad requiere una ESTABILIDAD. Por ello se ha dicho que el agente comercial desarrolla una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia existente de por sí, que por lo general se manifiesta por medio de la apertura de oficinas u otros locales para las comunicaciones necesarias con la casa por la cual obra y con la clientela respectiva". (Subrayado mío).

Asimismo la sala Civil de la Corte Suprema se ha pronunciado en cuanto la diferencia de la Agencia con otras formas de intermediación: "Al puntualizar el legislador que el agente comercial asume el encargo de manera estable, con ello precisó que aquél se diferencia del simple mandatario, ya que este no tiene encargo duradero, carece de estabilidad, desde luego el objeto de la gestión que se le encomienda es la celebración de uno o más actos de comercio que agotados producen la terminación del mandato, en tanto que al agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad, lo que también lo diferencia del comisionista, que es la persona a quien se encomienda la ejecución de uno o varios negocios en el ramo en que se dedica profesionalmente, los que deben celebrar a nombre propio, pero siempre por cuenta del comitente.

"Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo que facilita para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propio empleados y los métodos de trabajo, teniendo potestad para realizar por si o por medio de personal a su servicio el encargo que se le ha confiado, es claro que el contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continuada dependencia o subordinación.

"La definición dada en el artículo 131, transcrita antes, redujo indiscutiblemente el campo de las actividades que ahora pueden denominarse como de agencia comercial. En el pasado y aún ahora, en el lenguaje común se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía a la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor mayorista de productos fabricados por otro comerciante. En el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se ha demarcado.

Joaquín Garrigues, citado por la corte, "el agente comercial, en sentido estricto, "es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, el cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando

contratos o preparando su conclusión a nombre suyo". Esta función específica del agente comercial tiene como lo ha dicho Perez Vives a "conquistar, conservar, ampliar o recuperar al cliente para el agenciado o empresario". Según la feliz expresión de Ferrara el agente es buscador de negocios, su actividad consiste en proporcionar clientes.

Las notas características de este contrato de agencia, surgida de su definición se ven precisadas en el cuerpo en el cuerpo de los artículos que integran el capítulo V del título 13 del libro del Código del Comercio. En efecto, del estudio en conjunto de estas normas se advierte que el agente comercial tiene plenamente individualizado, de tal manera que no es posible confundirlo con auxiliares del comercio que ejerzan actividades semejantes, aunque tengan facetas similares.

"Todo lo anterior explica por qué el artículo 1320 ibidem exige que, en el contrato de agencia , se especifiquen los poderes o facultades que el empresario concede al agente; por qué el siguiente artículo obliga al agente a rendir al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la convivencia de cada negocio; por lo qué el artículo 1322 ibidem, se garantiza al agente su remuneración aunque el negocio no se celebre por las causas allí dichas, o cuando el empresario "lo efectúa directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente".

Y como por el contrato de agencia el empresario obtiene que los costos de la organización la enajenación de sus productos, corran por cuenta del agente que por ello en este campo actúa en forma independiente, se explica por qué el artículo 1322 del Código del Comercio estatuye que, "salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia".

Finalmente el agente promueve negocios de productos ajenos y no propios, se explica por qué el artículo 1326 ibidem le concede derecho "de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder a su disposición.

Después del análisis al primer problema jurídico planteado en el proceso arbitral.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato que vincula a las partes, y si se trató de un solo contrato sin solución de continuidad en el tiempo hasta su terminación ocurrida el 30 de Junio de 1997? La respuesta se toma contundente la naturaleza jurídica del Contrato es de Agencia Comercial sin solución de continuidad en el tiempo desde el primero de Marzo de 1977 al 30 de Junio de 1997.

Asimismo queda sin soporte la excepción de prescripción, pues al ser un solo contrato, que inicio en 1977 y terminó en 1997, al momento de presentarse la demanda no había transcurrido el tiempo de la ley para que operara el fenómeno jurídico de la prescripción.

IX) OPINION DE LA CONVOCANTE SOBRE LA TERMINACION DEL CONTRATO EN ESTUDIO.

Estimo que este aspecto tampoco es susceptible de debates, pues en verdad también se encuentra probado documentalmente y confesado por TUVINIL DE COLOMBIA S.A. responder el hecho séptimo de la demanda arbitral.

En efecto TUVINIL DE COLOMBIA S.A. dio por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial que tenía celebrado con mi mandante, comunicando su decisión a RIMACO LTDA. mediante carta de 16 de Junio de 1997, distinguida con el número 1112 comunicado que esta en obra en el expediente y en la que se puede leer: "Por medio de la presente nos permitimos comunicarle que debido a una reorganización total de ventas, haciendo uso de la cláusula 8º daremos por terminado el 30 de Junio de 1997 el contrato...." (Subraya fuera de texto).

Lo que si vale la pena resaltar de acuerdo con el oficio de terminación del contrato de Agencia Comercial, son los siguientes aspectos:

La terminación del contrato fue hecha de manera unilateral por parte del empresario, lo que en rigor le era permitido conforme al artículo 1324 del C. de Co. en el que se señala que el contrato de agencia termina por la misma causa del mandato y este por esencia es revocable según las voces del artículo 1279 ibídem. No obstante tal determinación no implica menoscabo de los legítimos derechos de remuneración e indemnización que le corresponde al agente a la luz del artículo 1280 en armonía con el artículo 1324 del Código citado.

La circunstancia que motivó dicha terminación unilateral del contrato, por parte del empresario, no le es atribuible al agente, como tampoco de las calificadas por la ley como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial, las que se encuentra taxativamente establecida en el artículo 1325 ejusdem así:

"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

Por parte del empresario:

El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;

La quiebra o insolvencia del agente, y

La liquidación o terminación de actividades.

Téngase en cuenta que TUVINIL DE COLOMBIA S.A. no le atribuyó a mi mandante ninguna justa causa de terminación unilateral del contrato, la razón que dio para acabar con la vida del contrato fue bien distinta "reorganización de la empresa", cuando de haberle asistido alguna, como se señala en la segunda excepción, contrato no cumplido, hubiere invocado alguna de las siguientes justa causales para terminarlo unilateralmente: El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley o cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario.

Asimismo, no cabe duda probatoria que Tuvinal de Colombia S.A. conocía suficientemente de las relaciones contractuales que preexistían entre Rimaco Ltda. con Plasticosta Ltda. y/o Litocosta Ltda. tal como lo expresa Oscar Bonnett cuando afirma que la relación con plasticosta Ltda. y/o litocosta Ltda. se inicio en 1976, antecedió en el tiempo a la que luego Rimaco Ltda. Tuvo con Tuvinal de Colombia, que inicio en 1977, dicho este que se encuentra ratificado en la experticia practicada en Plasticosta Ltda. y/o Litocosta Ltda. por los peritos ingenieros Miguel Ramirez Vásquez y William Wood cuando dice: "RIMACO LTDA, tiene contrato de hecho (verbal) con LITOCOSTA desde 1976 y con PLASTICOSTA (También de hecho o verbal) a partir de 1992, como consta en las comunicaciones dirigidas a ese Tribunal por la señora MARIA DE LOS ANGELES MORA, quien actúa en representación de ambas sociedades en su calidad de Gerente Financiero con ocasión de la visita que nosotros el dia 8 de junio de 1998 a dichas sociedades. Esta comunicaciones fueron originadas a petición nuestra por no existir documento contractual entre RIMACO LTDA. y las sociedades con quien ella labora".

Ratifica lo analizado el propio representante legal de Tuvinal y demás testigos, quienes todos expresaron al Tribunal que las relaciones entre las ahora contendientes siempre fueron cordiales.

De haber sido la causa de la terminación del contrato el hecho de que RIMACO LTDA. hubiese sido agente comercial de Plasticosta Ltda y/o Litocosta Ltda. no solo lo expresa en la carta de terminación unilateral del contrato, sino que amplía sus razones en los interrogatorios.

Siendo las cosas como quedan planteadas, a mi juicio no es trascendente jurídicamente, la excepción de contrato no cumplida, cae al vacío por boca del representante legal de la convocada.

Con este estudio probatorio queda respondido el segundo problema jurídico planteado: ¿TUVINAL DE COLOMBIA S.A. invocó alguna justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial, de las cuales se encuentra taxativamente establecida en el artículo 1325 del C. Co.? No invocó justa causa para dar por terminado el contrato y la causa no puede ser cambiada después de haberse terminado el mismo, o no se puede terminar ni por la misma ni por otra causa un contrato que ya terminó, o sea, después del 30 de Junio de 1997, como se quiere plantear tardíamente por vía excepción.

X) POSIBILIDAD DE RENUNCIA DEL AGENTE A INDEMNIZACIONES Y DERECHOS CONSAGRADOS EN EL ARTICULO 1324 DEL C. DE CO.

En cuanto a este tema he de ocuparme de ello, para lo cual del caso es de analizar el contenido del artículo 1324 del C. de Co. norma que transcribo para una mejor comprensión.

"El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por los peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

El antecedente del contrato de agencia comercial se encuentra en el contrato de mandato, del que incluso toma y le aplican algunas reglas, como la revocabilidad e indemnizaciones, en ambos contratos, el hecho de la renovación como potestad del mandante, en el primer caso, y del empresario, en el otro, de ejercer tal potestad del mandante, en el primer caso, y del empresario, en el otro de ejercer tal potestad, no lo exime de la indemnización de ley, al mandatario y al agente, normas estas que se rigen en protección del trabajo de la parte débil en la relación jurídica contractual.

En el antecedente que encontramos en el contrato de mandato, en materia de indemnizaciones por terminación unilateral del contrato por parte del mandante, prescribe el artículo 1280 del Código de Comercio: "En todos los casos de renovación abusiva del mandato, quedara obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause.

Es precisamente la doble indemnización de que trata el artículo 1324 del C. de Co. Las primeras, denominadas en la doctrina cesantías comerciales (inciso primero), que se causan por el simple hecho de la terminación unilateral del mandato, así sea con justa causa y las segundas o indemnización propiamente dicha (inciso segundo), cuando termina el contrato sin justa causa, lo que permite darle estabilidad a dicho contrato y seguridad laboral al agente, estabilidad reconocida en el artículo 1317 del Código de Comercio, así: "Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o como distribuidor de uno o varios productos del mismo".

Ahora bien, en el contrato de agencia, el agente no trabaja para el engrandecimiento de su actividad, sino para el empresario, promueve la mercancía del empresario, le engrandece su empresa, el mercado y su clientela, y lo único que protege al agente es la indemnización de la ley, por ello esta es una norma imperativa de orden público, instituida para proteger al gremio de los agentes comerciales, de los eventuales abusos del empresario, que de no existir tales indemnizaciones, pudiere deshacerse del agente una vez que su empresa se hubiese enriquecido y extendido con la labor del agente, en una zona, que sin aporte del agente, no le generaría ingreso alguno. Por ello se contemplan las indemnizaciones, como normas protectoras del trabajo ajeno.

A ser las indemnizaciones de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio norma de orden público, en consideración a la fidelidad que persiguen, las mismas no son renunciables, y en caso que por adhesión el agente se aplique a ella por exigencia del empresario, a tal adhesión no se le pude dar un alcance diferente a la de ineficacia de la norma, o sea, así se pacte la renuncia de la misma no produce efectos jurídicos.

A este análisis le es aplicable el contenido del Artículo 16 del C.C. en cuanto que dicha norma prohíbe que por acuerdo particular se deje aplicar el contenido de normas que no solo interesan a los contratantes, sino a los sectores sociales, como el caso de los Agentes Comerciales. Dice así la norma: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesado el orden y las buenas costumbres".

De ser jurídico la renunciabilidad a las indemnizaciones consagradas en el artículo 1324 del C. de Co. No solo implicaría un abuso del derecho por parte del empresario, por permitírselle una posición abusiva de los derechos del Agente, sino que de contrafrente implicaría entronizar el principio de la mala fe contractual, a contrapelo de lo que al respecto establece el artículo 871 del C. Co. "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligaran no solo a lo pactado expresadamente en ello sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural".

Téngase en cuenta que en el presente caso la relación comercial data del año 1977, y en los primeros documentos donde se consigan las reglas contractuales, no se habla de renuncia a indemnizaciones, solo en algunos de los documentos contentivos de las posteriores renovaciones contractuales, en particular la de 1989, es donde el empresario obliga a la gente a que se adhiera a la renuncia de los derechos previstos en el artículo 1324 citado.

La tesis planteada no solo tiene acogida por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Decisión, sino también en la doctrina. La siguiente reflexión del tratadista en derecho comercial José Ignacio Narváez, es explicable al caso en estudio:

"Normas imperativas y dispositivas.

Las imperativas imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad, vale decir. A la libertad de contratación, o determinan sanciones, o establecen regulaciones que no son susceptibles de modificación o derogación por acuerdos privados. Se inspiran en principio estrechamente ligados a la noción de orden público en su triple dimensión de seguridad del estado, moralidad de la comunidad y protección a terceros. Por eso son siempre de ineludible cumplimiento y se manifiestan en textos expresos e inequívocos que, desde otro ángulo considerado, son de interpretación estricta y aplicación restrictiva. Ejemplo: 1) las que regulan los deberes específicos de los empresarios mercantiles; 2) las que exigen requisitos para el perfeccionamiento de ciertos negocios jurídicos; 3) las que instituyen prohibiciones generales o especiales; 4) las que sancionan la inobservancia o transgresión de la ley".

Asimismo el tratadista Cesar Vivante al estudiar en su obra la Agencia Comercial, expresa: "Si bien el agente carece de la representación del principal, es siempre su mandatario desde el

momento en que trata sus negocios. El hecho de que esté privado de representación no impide su cualidad de mandatario, porque, como ya vimos, la representación no constituye un requisito esencial al mandato mercantil. Si, conforme tuvimos ocasión de demostrar (num. 254), es mandatario el que coopera a las gestión de las operaciones del principal, lo será también sin duda alguna el agente que recoge y colecciona las preopciones de los clientes, las cuales alimentan la vida interna de la casa.

De aquí que se deba conceder un derecho privilegiado de retención para sus emolumentos y para cuanto ha pagado "por cuenta de su mandante (art 362). Esta solución es asimismo muy importante porque excluye el delito de apropiación indebida cuando el agente retiene lo que corresponde al principal en garantías de sus créditos". (Negrilla fuera de texto).

"ahora bien, como generalmente ejerce dicho cargo por un tiempo indeterminado, se presenta la cuestión de si tiene en realidad derecho a la indemnización. Yo creó que todo mandatario disfruta de este derecho (r). Es mas, los motivos que indujeron al legislador a dictar la disposición antes mencionadas se refieren de un modo principal al mandatario por tiempo indeterminado. (Subrayas mías).

El legislador consideró, conforme expresamente se dijo en la memoria Mancini presentada a la Cámara de los Diputados el 23 de junio de 1881 (Roma 1983, Pág., 216) que muy difícilmente se hallaría en el comercio quien se hiciese cargo de la celebración de una operación o contratación cualquiera, si el mandante fuese libre para revocar el mandato en cualquier momento y sin un motivo razonable, dejando al mandatario expuesto a daños y responsabilidades". Para evitar este peligro el legislador quiso dar firmeza y estabilidad al mandatario que promete dedicar su actividad al servicio del principal, y a tal fin le reconoció, en el artículo 366, el derecho al resarcimiento de daños en caso de revocación injustificada. (Negrilla fuera del texto).

Más que nadie necesitan esa estabilidad y el resarcimiento de daños que la consagra y mas que nadie en ella confian, los representantes generales, los factores, los agentes de comercio y, en suma, los mandatarios provisto de un mandato por tiempo limitado. Para convencer de ello bastara pensar en que dichos agentes, multiplicando las operaciones del principal, no siembra para si sino para éste; no trabajan para la hora presente sino para el porvenir, creando una clientela que ha de volver a formar de nuevo cuando son despedidos, puesto que siempre obran por cuenta del principal y no por la suya; de aquí se deduce claramente que estos mandatarios necesitan como ningún otro disfrutar de estabilidad. Reflexiónese también en que los mandatarios generales de que nos ocupamos se identifican con el principal por quien trabajan, emplean su actividad en el supuesto de la continuidad del mandato, con la confianza de encontrar más tarde en la difusión y en la facilidad de los negocios una compensación que, aunque aplazada, será segura, si pudiesen ser licenciados sin indemnización esta legítima aspiración sería inicuante defraudada. Piénsese además en que, si los mandatos generales no tienen ordinariamente una duración determinada fuese por tiempo limitado fijamente, el mandatario regularía su actividad conforme a la breve duración de su cargo y podría, al finalizar éste, desatender los intereses del principal para cuidar su propio medio personal. Autorizado el principal a prescindir de sus servicios sin indemnización. Se aprovecharía del plazo indefinido dado al mandato precisamente en su propio beneficio. Se consideraría de ese modo al principal

una doble ventaja: la de especular sobre la actividad del agente, con la confianza de ocupar su puesto cuando el trabajo fuese más intenso y productivo, y la de despedirle improvisadamente, sin motivo justo ni indemnización, después de haberle disfrutado se concede indemnización al mandatario por tiempo determinado, o sea al que conociendo la duración del mandato puede buscarse otro, se le niega al que, contando con continuidad de su cargo descuida toda la gestión para cambiar de principal.

Semejante interpretación del art. 366 estaría en contraposición con el motivo de la ley, que fue el dar estabilidad a los que tienen más necesidad de ella, a lo que más la merecen, a los que más la esperan en compensación de la abdicación que hacen a favor del principal, de la propia actividad.

A propósito de la renunciabilidad o no de las indemnizaciones contempladas en el artículo 1324 del C. del Co. el autor Armando Bonivento Jiménez, en su profundo estudio analiza el carácter imperativo o dispositivo del contenido de la citada norma, y luego de estudiar el acervo doctrinal y jurisprudencial referente al tema, pasado por las posiciones que admiten tal renunciabilidad como las contrarias, para luego fijar su propia posición.

Entre quienes toman partida por la renunciabilidad menciona a Asecolda en su revista número 36 sobre "Agencia de Seguros y Agencia Comercial" y a la Superintendencia de sociedades en concepto rendido el 4 de octubre de 1971.

Por el contrario, los autores, Enrique Gaviria Gutiérrez (Derecho Comercial Editorial Bedout, Medellín 1981, Pág. 84), Juan Pablo Cárdenas y Alvaro Pérez Vives (q.e.p.d.) en su obra (Comentarios al código de Comercio, publicación del Colegio Antioqueño de Abogados, Bogotá 1980, Pág. 282), son del criterio que ninguna de las indemnizaciones prevista en el artículo 1324 son renunciables. A su turno Hernando Cardoza Luna en su trabajo sobre la Agencia Comercial y Jaime Alberto Arrubla estiman que no es renunciable la indemnización prevista en el inciso segundo de la mencionada norma.

Menciona también el Tribunal Superior de Medellín en sentencias de 21 de febrero de 1979 y de 13 de Diciembre de 1978 y a la Corte Suprema de Justicia, fallo que interpreta en el sentido de la irrenunciabilidad de las prestaciones contenidas en varias veces citado artículo del C. de Co. Así mismo cita la sentencia del 31 de Octubre de 1995 de la Corte Suprema de Justicia, donde "Acogió, sin preámbulos el carácter de normas de orden público que se predica del citado precepto y del artículo 1328 del mismo Estatuto Mercantil", y estudio además de la sentencia del 22 de Noviembre de 1982 del Consejo de Estado – Sección Tercera -, en las que tal Corporación concluye la naturaleza imperativa del artículo 1324 del Estatuto Mercantil, considerándola como de orden público, y por lo tanto de irrenunciables aún cuando el aspecto central de la controversia era la explicación de la ley en el tiempo más que en el campo específico de la irrenunciabilidad.

La tesis central del autor Bonivento Jiménez la resumimos, tomada de su obra así:

"Personalmente, somos de la opinión de que el referido artículo 1324 tiene carácter imperativo, que, como lo concibió el legislador, su contenido trasciende los meros intereses particulares de las partes del contrato de agencia, y que las pretensiones que consagra son, en consecuencia, irrenunciables. Ciento es que la ley no lo expone inequívocamente como pudo haberlo hecho,

pero cierto es, también, que no dice lo contrario. Con todo, existen varias circunstancias que, miradas en conjunto, permiten, en nuestro sentir, con la relativa claridad que puede exigirse en estos eventos, llegar a la conclusión que anunciamos.

"Así, sabemos que, en principio, las normas que regulan relaciones jurídicas entre particulares interesan sólo a las personas vinculadas en ellas. De este supuesto debemos partir, y aunque no resulta evidente encontrar un interés general, superior al particular de los contratantes, consideraciones concretas en la reglamentación de una figura de derecho privado desnudan un claro espíritu legislativo encaminado, en este sentido, a imponer sus normas sobre la voluntad de las partes. Es lo que sucede en el caso de la agencia, cuyos preceptos manifiestan una especial preocupación del legislador porque su contenido normativo sea eficaz e imperativo.

"No se discute que agente y agenciado son comerciantes, profesionales de su actividad. Tampoco puede controvertirse que, en la práctica, un comerciante si quiere ser tenido en cuenta por una empresa para los efectos de agencia comercial, puede verse sometido a las condiciones que ella le imponga. Pero más que eso independientemente de la discusión sobre la asimilación de agente y agenciado parte débil y parte fuerte, respectivamente es inocultable que las características que tipifican la actividad del agente comercial la independencia-, con el esfuerzo que implica, la estabilidad, y el contenido de su labor estrechamente relacionada con fenómenos de particular relieve por involucrar la conquista y conservación de una clientela y un mercado, bien justifican, con sentido de justicia y equidad, una eventual intención del legislador por otorgar al fenómeno un tratamiento legal específico, trascendente de los meros intereses particulares vinculados a los contratos que al respecto se celebren, y se quieren, con intención de protección respecto de uno de los extremos del negocio jurídico.

"En nuestro parecer, eso es lo que se busca con la preceptiva del artículo 1324 procurar una efectiva realización de los principios de equidad y justicia, que si bien son inspiradores (al menos deben serlos) de toda norma de derecho, aquí descienden específicamente en este punto, para dar a la norma un contenido imperativo, imponible por encima de la voluntad de las partes. Es que el monto de la indemnización del inciso segundo, en los casos en que por ley deba pagarse, no es otro que el correspondiente a una indemnización equitativa, como retribución a la labor del agente, es que el monto de la prestación del inciso primero es un promedio de la utilidad recibida por el agente, que a su vez- o suele ser- directamente proporcional a la utilidad recibida por el empresario en cuyo interés se obra. Son pues, prestaciones que indican un mínimo de equidad que está por encima de los solos intereses Particulares. El monto de las prestaciones es proporcional al beneficio recibido por el agenciamiento. Si el agente no beneficia en gran cosa al empresario, baja será su retribución al finalizar el contrato, pero si fue eficiente, resulta apenas justo que tenga derecho a una retribución a la que no puedo haberse visto forzado a renunciar, anticipadamente, para con él se celebrara o ejecutara el respectivo contrato. Al finalizar, las prestaciones del artículo 1324 son protectoras de unas de las partes del contrato, el agente, quien no siendo trabajador (parte en vínculo laboral), como ya sabemos, puede esforzarse para acreditar una marca, un producto, y después hacerlo, ver terminado su contrato sin retribución alguna, para que el empresario ya con el mercado abierto y conquistado, satisaga, con menores esfuerzos, sus intereses privados.

"Tales consideraciones reflejan el espíritu del legislador, que incluyó las mencionadas prestaciones con carácter imperativo e irrenunciable para evitar la distorsión de la equidad, en un asunto que estimó intimamente ligado al orden económico-social del país. Son estas consideraciones las que otorgan, como regla general a las normas de la agencia un contenido de orden público, en la significación específica que este vocablo tiene en el ámbito del derecho privado, de modo que convierte, en este caso, es límite al desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad".

"Para nosotros, no cabe duda, las normas de la agencia trasciende el mero fuero del interés particular para los contratantes. Así lo quiso el legislador, y así debemos entenderlo. Como cuando la misma ley faculte a las partes, ellas podrán manifestar su voluntad en contrario y esa posibilidad no se hizo efectiva frente a la regulación del artículo 1324. Las prestaciones del artículo 1324 del estatuto mercantil son, pues, irrenunciables".

Según esta última parte de lo estudiado, se responde el tercer problema jurídico a resolver por los señores árbitros ¿Tiene RIMACO LTDA. derecho a las prestaciones establecidas a favor de todo Agente Comercial contenida en los artículos 1324 y 1326 de Código de Comercio? ¿O tales derechos son renunciables a por el contrario son ineficaces las cláusulas que hablan de renuncias a tales derechos?

Si tiene derecho pues las mismas conforme a las tesis mayoritarias son irrenunciables como queda analizado.

Finalmente no hay duda alguna que el Agente RIMACO LTDA. tenía derecho a una remuneración por su gestión, ello se encuentra acreditado documentalmente y tampoco se puede desconocer que a la terminación unilateral del contrato, TUVINIL DE COLOMBIA S.A. adecuaba una suma no determinada de dinero como contraprestación a la labor desarrollada por el agente, que la retuvo y no la canceló, tal como se dice en el dictamen contable.

IX) CONCLUSIONES DE LA CONVOCANTE

"De todo lo estudiado se concluye con diamantina facilidad que no es posible que en el laudo arbitral con el cual se la ponga fin al presente proceso, se nieguen las pretensiones de RIMACO LTDA. por el contrario al haberse demostrado suficientemente los hechos de la demanda que presentó RIMACO LTDA. debe declararse la prosperidad de sus pretensiones, condenando a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. a pagar tales sumas de dinero indexadas y sus intereses correspondientes.

Por ultimo, de compartirse la posición de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada en la contestación a la demanda, que el derecho es renunciable una vez que ingrese el activo del patrimonio de quien va ser titular, tesis que hago mía, por encontrarla equilibrada, jurídica y justa, se debe atender adicionalmente, el hecho que el contrato de agencia comercial "sub litis". Inicio en 1977 y finalizó en 1997, sin solución de continuidad en el tiempo, por tanto, cada vez que se pactaba una renovación del mismo, ello no implicaba celebración de un contrato nuevo,

simplemente con las renovaciones se hacían algunos ajustes al inicial convenio, por ello, en esta tesis de la H. Corte, de ser renunciables las indemnizaciones, ello solo es posible cuando el derecho jurídicamente se haga incorporado al efectivo del patrimonio de quien va hacer su titular, momento en el cual es posible disponer libremente de su activo y no antes, por lo tanto antes de concluir el contrato de agencia comercial en 1997, nada podía renunciar RIMACO LTDA. (Véase los folios del 291 al 315)*.

XII) ALEGATO DE CONCLUSION DE LA CONVOCADA

De la misma manera, dentro de la oportunidad legal correspondiente, presentó excepciones de todo fondo consistente en:

- 1.- Carencia de derecho a pedir o inexistencia de la obligación reclamada y 2.- Contrato no cumplido ("exceptio non adimpleti contratus").

Ambas fueron cabal y plenamente probadas. Se buscaba con la revocatoria llevar ese Honorable Tribunal en un relato novelado e imaginativo de los hechos, a concluir que se trataba de un solo contrato de Agencia Comercial celebrado consensualmente entre el convocante y mi apadrinada desde el 1 de marzo de 1977, y no lo hubo, no solamente porque el convocante no existía como persona Jurídica, ficción legal distinta de los socios individualmente considerados (art 98 inc. 2 y ss. Del C. De Co.) para la fecha mencionada, lo que por propia confesión y prueba documental aportada sólo se vino a realizar el 28 de Abril de 1978, (hecho cuarto de la solicitud de convocatoria) sino, porque efectivamente ese contrato no celebró. Ello resultó confirmado por la declaración rendida por el señor Oscar Bonnett el dia 14 de mayo de 1998, ante ese Honorable Tribunal, no obstante el parentesco (hermano) del Representante Legal del Convocante Sr. Carlos M. Bonnett.

Afirmé en la excepción planteada (carencia de derecho a pedir o inexistencia de la obligación reclamada) que si, en gracia de discusión, aceptáramos la existencia de un solo contrato que ha venido prorrogándose ininterrumpidamente tal como lo afirma el Convocante, tendríamos entonces que concluir indefectiblemente, que carecía de derecho a pedir, en tanto y en cuanto, en los diferentes contratos celebrados entre Rimaco Ltda. y mi apadrinada, se desvirtuaba la calidad de Agente Comercial que tardía y no muy lealmente invocó en el escrito de convocatoria Rimaco Ltda. vigente desde aquella calendas. Basta la lectura de la Cláusula Séptima del mismo contrato celebrado el día 27 de Febrero de 1980, aportado como prueba documental como el Convocante en el que se le denomina el contratista, para determinar si era o no Agente Comercial. Dicha cláusula establece:

"SEPTIMA CARÁCTER DE LA RELACIONES ENTRE LAS PARTES.- El contratista (entiéndase Rimaco Ltda.) no contrae con TUVINIL DE COLOMBIA S.A. obligaciones distintas de las derivadas del presente contrato, así mismo NO ES AGENTE NI REPRESENTANTE DE TUVINIL DE COLOMBIA S.A. y por lo tanto no podrá ejecutar ninguna clase de actos en su nombre por su cuenta" (los paréntesis, mayúsculas y cursivas son ajenas al texto).

Otro tanto sucede con lo establecido en la cláusula Primera y Tercera del contrato celebrado el día 16 de Agosto de 1983 también aportado como prueba documental por el convocante. Veamos.

"Primera RIMACO LTDA. no tiene facultades para comprometerse a TUVINIL...."

Los textos anteriores no dejan nada en cuanto a que la relación comercial entre mi mandante y el convocante en ambos contratos aportados por este último en la solicitud de convocatoria era la de un simple intermediario que no era Agente ni representante de mi apadrinada. Por manera que, si en sana hermenéutica nos situamos en el contexto de razonamiento del Convocante en el sentido de que era un solo contrato celebrado consensualmente el 1 de Marzo de 1977, prorrogado el 27 de Febrero de 1980 y el 16 de Agosto de 1983, podemos concluir, sin temor a equivocarnos , que no hubo contrato de Agencia Comercial entre las partes diferentes al celebrado el 6 de Marzo de 1989. Ello se impone analizando las disposiciones contractuales transcritas a la luz de las contenidas en el art 1317 del C. De Co. según el cual " El agente debe actuar ... como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor del mismo".

Rimaco Ltda. Convocante de éste Tribunal, no tuvo entonces, de acuerdo con las disposiciones transcritas de los contratos tantas veces mencionados el carácter de Agente Comercial de TUVINIL DE COLOMBIA S.A. Sino que, simplemente, realizó una labor de intermediación que le fue remunerada mediante el pago de una comisión en los términos y condiciones en que pactada. Ambos contratos celebrados en 1980 y 1983 tuvieron su exigencia y terminaron por un mutuo disenso, sin que hubiere reclamado o divergencia alguna entre las partes.

Surge entonces el obligado análisis del contrato de Agenciamiento Comercial celebrado entre Rimaco Ltda y Tuvinal de Colombia S.A. en la ciudad de Cartagena el día 6 de Marzo de 1989.

En este contrato se estipularon las siguientes condiciones (art. 1320 del C. De Co.). A.- Que el Agente actuaba como Comerciante Independiente, sin mandato ni apoderamiento y por tanto sin representación y sin facultad para obligar a Tuvinal de Colombia S.A., B.- Que su función sería la atinente a procurarle a mi mandante clientes interesados en la adquisición de los artículos o mercancías que se describieron en el documento que se acompañó al contrato y que formaba parte del mismo como anexo número uno (1) del mismo. Se determinó en ese anexo, la lista de los artículos, las comisiones a pagar sobre las ventas de líneas Conduit, materia prima con que estaban fabricados, la comisión que se pagaría sobre ventas efectuadas Valles Ltda. ; los precios y a quien solo se le vendería la línea denominada Polietileno; C.-El tiempo de su duración precisando que éste (Cláusula Octava) sería indefinido contemplándose la posibilidad que mi mandante diera por terminado unilateralmente el contrato en cualquier momento; D.- El territorio dentro del cual desarrollaría su actividad. El Agente se preciso como el relativo al Valle de Aburra; E) El contrato no fue registrado en la Cámara de Comercio de Medellín, por manera que el efecto que con ello se obtiene la publicidad ante terceros, no se dio.

En la Cláusula Duodécima del mismo pactó que el Agente renunció a cualquier prestación distinta a las pactadas en el documento, que cualquier concepto pudieren otorgarles las leyes, especialmente las consagradas en el artículo 1324 del C. de Co.

Mi apadrinada, de acuerdo con lo convencionalmente pactado dio por terminado el contrato así celebrado, comunicando esa decisión a el Agente mediante carta de 16 de Junio de 1997, distinguida por el número 1112.

Con fecha 25 de Julio del presente año de 1997 el Sr. Carlos M. Bonnett, Gerente de Rimaco Ltda. dirigió comunicación al Dr. Javier Martínez Ibarra, Gerente de mi mandante en la que informa lo siguiente " En la fecha queremos informarle que tomando en consideración el artículo Nº 1326 del nuevo código del comercio, hemos procedido retener cheque de CONRIEGO desde el día 10 (diez) de Julio del presente año este cheque es por valor de \$37.285.347.00 (TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M.L.) Este dinero se encuentra a su disposición hasta tanto se logre un acuerdo entre TUVINIL DE COLOMBIA S.A. Y RIMACO LTDA. por el retiro injustificado de la Representación en la zona de Antioquia" (las cursivas son ajenas al texto). Se trataba del cheque # 284790 girado a la orden de mi mandante por la sociedad Con Riesgo Ltda. contra la cuenta corriente del Banco de Occidente 460-02402-9 Nutibara Medellín el día 13 de Junio de 1997.

Desde el punto de vista conceptual y jurídico legal, resulta ininteligible lo estimado por el Sr. Bonnett en la comunicación a que se ha hecho mención en el punto anterior, veamos:

A.- Dice retener un dinero, lo que implica guardarlo y conservarlo, más sin embargo, lo que hizo fue disponer del mismo consignándolo en la cuenta corriente de Carlos M. Bonnett Ríos persona Natural distinta al Convocante no obstante ser consciente de que para la fecha en que hubo la disposición de ese dinero ni siquiera Rimaco Ltda. era representante de mi apadrinada.

B.- Afirma que le han retirado injustificadamente la representación de la zona de Antioquia, siendo que jamás la tuvo.

C.- En la propia comunicación confiesa haber realizado la retención desde el día 10 de Julio de 1997, cuando la carta por medio de la cual se la dio por terminado el contrato de Agencia Comercial es de 16 de Junio de 1997, esta es, 24 días antes. Dicho de otra manera, para la fecha en que efectuó la retención ya que tenía Rimaco Ltda. y menos aún el Sr. Carlos Mario Bonnett Ríos la calidad de Agente y lo que implica mayor ilegalidad y abuso lo constituye la circunstancia atinente a que ese dinero no se encontraba en su poder, (como lo exige la norma que invoca) sino, que enterado de que se le había terminado su contrato solicitó de Conriego le fuera entregado dicho título de valor, QUE POR LO DEMAS DISPUSO SOBRE EL MISMO EL Sr. CARLOS M. BONNETT R. CONSIGNANDOLO EN SU CUENTA PERSONAL. Allí, además de configurarse el tipo penal de que hablan los artículos 349, 350 y 351 del Código Penal apoderándose el Sr. Carlos M. Bonnett y sustrayendo de la esfera de "disponibilidad" del propietario el instrumento negociable dicho; se violentó el imperativo hipotético contenido en el primer inciso del artículo 1.324 del Código de Comercio, en tanto y en cuanto, ese dinero, se repite, no se encontraba en su poder.

C.- De cara a las renuncias que efectuó el Agente al momento de celebrar el contrato tampoco tenía derecho a la retención y menos aún disponer de los dineros incorporados en el Titulo Valor ciertamente el artículo 1.324 del Código de Comercio consagra dos eventos distintos.

En el inciso Primero contiene la denominada Cesantía Comercial a favor de el Agente consistente en una suma de dinero a que tiene derecho este ultimo al momento de terminar el contrato equivalente a la doceava (1/12) parte de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres (3) últimos años por cada uno de vigencia del contrato, o del promedio de todo lo recibido si el tiempo fuere menor. Sobre esta prerrogativa, denominada también prestación de carácter compensatorio que en nuestra opinión solo interesa, beneficia o perjudica a el Agente no existe unanimidad en cuanto a la posibilidad de renunciarla al momento de la celebración del contrato, sea de ello lo que fuere. El Agente renuncio a la misma al momento de su celebración tal y como quedo establecido en la Cláusula Octava del aludido contrato.

El inciso Segundo, consagró a favor del Agente una prerrogativa que tiene el carácter indemnizatorio y sobre la misma, no existe controversia alguna acerca de si es o no renunciable y menos aún sobre el momento de hacerlo.

Siendo ello así, adquiere una significación mayor la ilegalidad de la retención y disposición de bienes que por lo demás no se encontraban en poder del Agente y que éste efectuó dado que el artículo 1.326 del C. de Co. No de otra forma puede entenderse el texto de ambas normas. Evidentemente, el inciso Primero del art. 1.324 habla de una prestación que tiene el carácter compensatorio, al paso que el Inciso Segundo de la misma habla de indemnización y a esta última es la que precisamente se refiere el derecho de retención consagrado en el 1.326. en dos oportunidades lo menciona, recabándose ese criterio en el artículo 1.327 de la misma Codificación, donde si bien con total falta de técnica, el Legislador lo reitera.

Mi mandante requirió por escrito a Rimaco Ltda. En efecto, mediante comunicación de 28 de mes de Julio de 1997 # 1520 lo hizo, con el objeto de que le reintegrara el valor retenido y este injustificadamente se ha negado hacerlo.

En el contrato de Agencia Comercial se pactó que las diferencias que surgieran entre las partes por la interpretación o aplicación del mismo serían sometidas a la decisión de tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cartagena motivo por el cual mi mandante convocó a ese Tribunal mediante solicitud presentada ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena que fue fallado favorablemente a mi Poderdante mediante Laudo de 27 de Abril de 1998 DONDE POR LO DEMAS QUEDO PLENAMENTE ESTABLECIDO QUE EL SR. CARLOS M. BONNETT RIOS REPRESENTANTE LEGAL DE LA CONVOCANTE Y COMO TAL PERSONA SUSTANCIALMENTE DIFERENTE A ESA FICCIÓN LEGAL QUE SON LAS PERSONAS JURÍDICAS FUE QUIEN DISPUSO DEL CHEQUE GIRADO POR CONRIEGO A FAVOR DE MI APADRINADA RETENIDO DESDE EL DIA 10 DE JULIO DE 1997 QUE FUE PAGADO EN CANJE EL DIA 11 DEL AQUEL MES Y AÑO MEDIANTE CONSIGNACION EN LA CUENTA CORRIENTE 002-1894028DEL CITI BANK CUYO TITULAR ES PRECISAMENTE CARLOS MARIO BONNETT RIOS. Dicha prueba obra también

en el expediente dentro del cual hablamos ya que fue trasladada por petición del suscrito donde cursa actualmente.

Pretende mi mandante le sea reintegrada la suma sobre la cual dispuso no Rimaco Ltda., sino el Sr. Bonnett Ríos habiéndola reclamado a Conriegos Ltda.

XIII) CONCLUSIONES DE LA CONVOCADA

"A manera de conclusión podemos aseverar que mi mandante y el convocante existieron dos (2) perfectamente individualizados celebrado el 23 de Febrero de 1980 y el 16 de agosto de 1983 que se ejecutaron y rigieron durante un lapso de tiempo claramente señalado y que fueron terminados por las partes en mutuo disenso en virtud del consentimiento expreso de las mismas. El propio convocante nos abunda cuando anexo como prueba documental al escrito de convocatoria a la comunicación de 15 de Marzo de 1989 distinguida con GA-134-89 dirigida por el Dr. Luigi Giamo Gerente de Ventas de mi Mandante a Rimaco Ltda. en ella le remite EL NUEVO CONTRATO Y NO LA PRORROGA DE OTRO INTERIOR. Sobre estos contratos, se repite, resciliados por las partes o terminado por mutuo disenso, no existe diferencia alguna.

Ahora bien, merece mención por separado el supuesto contrato consensualmente celebrado entre mi Mandante y el Convocante el 1 de Marzo de 1977. Sobre el mismo cuya existencia ruega mi apadrinada y que el Convocante no acredita, si en gracia de discusión, para decirlo coloquialmente aceptáramos se celebró, también fue terminado por el mutuo consentimiento de las partes y reemplazado por el celebrado en el año de 1980, siendo ello así, mal puede el Convocante otorgar un poder para resolver existencias existentes derivadas del supuesto contrato de Agencia Comercial celebrado en la Ciudad de Cartagena el 1 de Marzo de 1977 cuya vigencia expiró.

Renunciada la prestación que depreca el Convocante en la forma y términos como lo ha quedado demostrada para el contrato celebrado con mi apadrinada el 6 de Marzo de 1989, mal puede ahora invocar su pago y menos aún afirmar cínicamente haber retenido dineros amparados en esa prestación, siendo que finalmente quien dispuso de ello fue el Sr. Carlos M. Bonnett.

De otra arista, la excepción de contrato no cumplido si que debe prosperar. Su prueba resulto contundente. Veamos.

La Cláusula Decima del contrato celebrado el 6 de Marzo de 1989 estableció:

"DECIMA: EL AGENTE no podrá directa ni indirectamente prestar iguales servicios a otro u otros productores de mercancía o bienes que puedan significar competencia para Tuvinal que esta califique como tales"

El dictamen rendido por los Peritos designados por ese Honorable Tribunal Dres. William Woods Vargas y Miguel Ramírez Vásquez, como consecuencia de la petición formulada por el suscrito en el sentido de practicar Inspección ocular en las instalaciones de Plasticosta Ltda. y/o Litocosta Ltda. en la ciudad de Barranquilla con el objeto de constatar que el Convocante DISTRIBUIA,

COMERCIALIZABA, VENDIA etc. Productos de esas dos (2) Empresas que significaban competencia para mi mandante que obra a folio, rendido el día 6 de Junio de 1998, resulta tan incontrastable. Ellos inclusive dice relación a que el suscrito no tenga necesidad de presentar alegato alguno. Ciertamente los peritos manifestaron no solamente que el objeto social de esas dos (2) Empresas y de mi mandante confluye al dedicarse a producir o fabricar productos plásticos de polietileno, polipropileno o polivinilo QUE COMPITEN CON LOS FABRICADOS POR TUVINIL DE COLOMBIA S.A. SINO QUE RIMACO LTDA. VUIENE DISTRIBUYENDO PRODUCTOS DE PLASTICOSSTA LTDA. DESDE EL AÑO DE 1992 COMO AGENCIA COMERCIAL DE HECHO EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y QUE PARA PODER CONTINUAR CON ESA FUNCION SE LE EXIGIO TERMINAR CONN CUALQUIER OTRA PRESENTACION QUE PUDIESE COMPETIR CON ESTE RAMO COSA QUE NO CUMPLIO NI PARA LITOCOSTA NI PARA TUVINIL, PARA LITOCOSTA DICHA RELACION DATA DESDE EL AÑO 1977 PARA LA ZONA DE ANTIOQUIA. Ello demuestra que el Convocante Rimaco Ltda. durante el tiempo y vigencia del contrato de Agenciamiento celebrado el 6 de marzo de 1989 INCUMPLIO con esta obligación, en tanto y en cuanto, distribuyo y/o comercializó productos de Plasticosta y/o Litocosta tal como se evidencia en el dictamen mencionado por los demás no fue objeto de censura alguna por el Convocante. Ese comportamiento se conjuga en el artículo 1.609 del Código Civil y legitima a mi mandante, para proponer como en efecto propuso, la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adpletei contractus) cuyo principio fundamental es la equidad, en virtud de la cual, existiendo una relación bilateral obligatorias entre las partes en que la parte perseguida es deudora de una prestación (en este caso de una supuesta prestación) surgida de esa relación contractual y al mismo tiempo acreedora de una prestación no efectuada por la otra, ninguno de los contractuales esta en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos.

En el contexto legal y contractual a que nos venimos refiriendo, al haber Rimaco Ltda. distribuyendo y/o Comercializado Empaque de Polipropileno a la Compañía Plasticosta y/o Litocosta, cuyo domicilio social es la ciudad de Barranquilla producto que significa competencia para Tuvinal de Colombia S.A. en la medida que es similar y competitivo con los que fabrica mi apadrinada y que también distribuía o comercializaba el convocante, incumplió con la obligación contractualmente asumida en la Cláusula Decima ya dicha y transcrita, motivo por el cual, en evento improbable y remotísimo que mi demandante tuviera la obligación de cancelar la competencia que depreca, consagrada en lo inciso Primero del Art. 1324 del C. De Co. lo que según ya analizamos fue objeto de la renuncia por el convocante, como quiera que dicha obligación debe cumplirse cronológicamente DESPUES de la prestación a cargo del convocante relativa a la exclusividad que viene pactada, no puede exigirse a TUVINIL DE COLOMBIA S.A. el cumplimiento de una obligación contractual que no es compatible con la buena fe que siempre desplegó mi apadrinada cumpliendo con lealtad y confianza sus obligaciones contractuales."

Por lo expuesto, solicito negar las pretensiones de el Convocante ordenarle a este a pagar las costas y gastos del Tribunal que usted preside – incluyendo la agencia en derecho (véase los folios del 316 a 324).

CONSIDERACIONES

Vista las pretensiones, la contestación de la demanda y las excepciones propuestas y los alegatos de conclusión, adelanta el tribunal el deber de pronunciarles, no sin antes hacer las siguientes consideraciones.

El Tratadista Juan Pablo Cárdenas, en su obra denominada El contrato de Agencia Mercantil edición 1984, Editorial Temis, sobre el mismo nos trae un recuento histórico respecto a un desarrollo institucional el cual consideramos pertinente Traer a colación para ilustrar más, sobre los tópicos de esa acción, a las partes interesadas.

1. DEFINICION Y NOCION GENERAL

a) El Código de Comercio Colombiano, en su artículo 1317, señala que: "Por medio del contrato de agencia un comerciante asume, en forma independiente y de manera estable el cargo de promover o explotar negocios de un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o como distribuidor de uno o varios productos del mismo".

Se refiere de lo anterior que el agente desarrolla una función de auxiliar del comercio q, en cuanto realiza una labor dirigida a concluir negocios ajenos o facilitar su conclusión. Cumple, pues, una actividad de intermediación poniendo en contacto la oferta y la demanda, sin embargo, no se limita a informar sobre la demanda existente, sino que su función va mas allá.

El Agente debe crear una nueva demanda, o por lo menos, mantener la existente. Realiza una labor de promoción y lo que hace en forma interesada porque, por general su remuneración dependerá de los contratos que logre promover, es decir, del éxito de su gestión.

No es pues un intermediario imparcial, porque está inclinado a favor del agenciamiento por cuya cuenta obra.

2. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE AGENCIAMIENTO

Los elementos del contrato de Agencia Comercial, son los siguientes:

a) Promoción y mediación. Se caracteriza la agencia mercantil porque, el agente, cumple con una función de intermediación en la celebración de contrato por el agenciado. Esta actividad la desarrolla cuando recibe o mejor, consigue ofertas de negocios de terceros y las comunica a su agenciado, para que este decida sobre el negocio y lo celebre él mismo o lo perfeccione el agente cuando tenga el poder de presentarlo.

El agente debe procurar mantener un mercado y, en cuanto sea posible, ampliarlo. Esta es una obligación que se precisa mantener durante la vigencia del contrato.

Esta conclusión guarda estricta correspondencia con la razón de ser de la agencia. El empresario recurre a la figura del agente cuando sus negocios requieren en determinado lugar una gestión estable, en tal forma que ya no es satisfactoria la figura del viajante o agente viajero, pero no puede asumir los gastos de un empleado permanente, bien sea porque apenas se trata de conquistar un mercado, o por el escaso volumen de negocios. Esta determinación de que la agencia se caracteriza por la promoción, se refleja en la permanencia. Si la función del agente no fuera esta que señalamos, no tendría sentido su permanencia, y su actividad simplemente mediadora podría cumplirla un viajante o agente viajero.

Tal posibilidad (de promoción y mediación) surge de la definición de agencia, en cuanto se dice que el agente puede actuar como agente o representante. Por lo demás, al señalar el Código de Comercio que el agente puede explotar los negocios del agenciado, indica la posibilidad de que aquel celebre actos jurídicos, pues explorar negocios significa obtener las utilidades de estos, por lo cual, forzosamente se deben celebrar los contratos a que se refiere el negocio que, en principio, deben perfeccionarse en nombre del agenciado (con las salvedades que expondremos más adelante). De modo que. Como lo ha dicho la Corte, el agente promueve la celebración de contratos, que concluirá directamente al empresario, o el agente, cuando tenga el poder de representarlo.

b) Actuación por cuenta del agenciado. Este elemento aparece en forma expresa en casi todas las definiciones legislativas y doctrinarias. La legislación nuestra no lo exige explícitamente, pero es necesario concluir que la actuación por cuenta del agenciado es un requisito indispensable, porque si, de acuerdo con la legislación colombiana,,, el contrato de agencia es una forma de mandato, este implica la actuación por cuenta de otro. Esto se desprende, también, de la regulación de la agencia.

En este sentido, el artículo 1322 establece la remuneración del agente, lo cual no sería lógico si este no actuara por cuenta ajena. Que se actué por cuenta de otro significa que se pretende obtener para un tercero, en este caso, el agenciado, las utilidades del negocio. Esto no quiere decir que el agente no corra con algunos riesgos, porque su independencia que asume los peligros de su propia gestión, pues, por lo general, su remuneración dependerá de los negocios celebrados, y por ello, si no perfecciona ninguno, sufrirá los gastos de promoción sin obtener utilidad.

Si bien el agente recibe una remuneración por el negocio celebrado, la utilidad o la perdida propiamente dicha que de aquel se deriven corresponden al agenciado, porque el agente actúa por cuenta de aquel. Ello ha sido claramente establecido por la Corte, así: "Al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo beneficia o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de estos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa hacer suya, sino que del dominio del fabricante o empresario los productos se desplazan a la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta lo benefician directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias". Pero que el agente obre por cuenta ajena, no implica que deba actuar en nombre de otro; son dos cosas distintas.

La primera se refiere a que las utilidades y las perdidas propias del contrato promovido corresponden al agenciado, la segunda, a que el agente obra como representante del agenciado, como ya lo dijimos, la representación no es esencial a la agencia.

c) Estabilidad o permanencia. Es elemento se debe observar por el doble aspecto. Por una parte, la estabilidad no significa, como lo afirma Garrigues, que el contrato sea a término indefinido, por el contrario tenga una duración prolongada. La estabilidad, la permanencia, se derivan de la obligación del agente, este se obliga a promover el negocio del agenciado y no uno o mas contratos individualizados. De suerte que no existe una solución de continuidad, por cuanto el agente no se obliga a fomentar determinado contrato, celebrado el cual debe promover otro. Como lo explica Garrigues, "La estabilidad se centra sobre el hecho de que mientras dura su relación con el comerciante ha de ocuparse de la promoción de contratos que solo se determinan por su naturaleza y no por su número.

Desde otro punto de vista, la estabilidad significa no solo que el agente promueva el negocio del agenciado, no uno o más contratos determinados, sino que tal actividad debe desarrollarse con cierta continuidad. En efecto, solo cuando la actividad del agente tiene esta característica ella puede constituir una verdadera labor de creación de una clientela y, por consiguiente, de promoción de contratos indeterminados. La estabilidad ha de entenderse en el sentido de que el agente debe desarrollar una continua actividad de promoción, mientras existan posibilidades objetivas de que tal labor pueda motivar la celebración de contratos, según lo acordado por las partes.

d) Independencia. Este elemento lo exigen todas las legislaciones y la doctrina. Hay legislaciones que lo contemplan expresamente en forma positiva (La francesa, la alemán, la boliviana, la colombiana). Otra lo prevén en forma negativa, como la suiza, según la cual, el agente no debe estar ligado por un contrato de trabajo. Finalmente, algunas legislaciones no lo contemplan en forma expresa, como la italiana, pero en este país, ya la doctrina anterior a 1942 consideraba que a la figura del agente le era esencial la independencia.

La importancia de este elemento estriba en que permite distinguir entre agente empleado o trabajador, que se sitúa en el ámbito del derecho laboral. Es conveniente señalar que por el olvido de esta característica, algunos autores, como DE LA CUEVA, han considerado que, por lo común el agente comercial es empleado, salvo cuando constituye una empresa. Al observar la jurisprudencia mexicana que DE LA CUEVA cita para llegar a tal conclusión, se aprecia que esta ha utilizado la dependencia como guía para determinar la existencia de contrato de trabajo.

Examinados los elementos que, a nuestro parecer, configuran en toda la familia romano germánica la agencia mercantil, es menester analizar claramente los demás elementos esenciales requeridos en Colombia.

¿Es necesario que el agente sea comerciante?

De acuerdo con el art. 10 del C. de Co. son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles. Se deben pues reunir dos

requisitos que realicen actos de comercio y que esto se haga profesionalmente. En cuanto lo último, ello implica que el individuo se dedique establemente a realizar actos de comercio, lo cual se cumple con la permanencia del agente; y que ellos constituyan una fuente de medios de subsistencia.

Por lo tocante al requisito de que se realicen actos de comercio, encontramos que, según la ordinal 8º del art. 20 constituyen actos de comercio las agencias de negocios, y como ya lo dijimos, esta significa una gestión estable de negocios ajenos, a cambio de remuneración. Por lo cual, la agencia mercantil encuadra dentro del concepto de agencia de negocios y, en consecuencia, es una actividad mercantil.

Exige también el C. de Co. que la actividad de promoción se desarrolle en determinada zona. Este requisito, exigido también por el C.C. italiano (art. 1742) y el C. de Co. boliviano (art. 1284) a diferencia de la legislación alemana y francesa, nos parece esencial. Si no se establece esta zona no podría aplicarse la exclusiva, que a favor del agente prevé el art. 1318 del C. de Co. como elemento de la naturaleza del contrato. Tampoco podría aplicarse el art. 1322, que establece la remuneración del agente sobre los negocios concluidos directamente por el empresario en el territorio asignado al agente.

No podría argumentarse en contrario que lo cierto de esto es que la falta de tal requisito no será oponible a terceros, de acuerdo con el art. 1320, pero que el contrato existe. Se trata de dos cosas distintas: si no se ha pactado expresa o tácitamente una zona determinada, no habrá contrato de agencia; en cambio, si se ha pactado, pero no se ha señalado tal elemento en el escrito contentivo del contrato que se inscribe en el registro mercantil, este elemento es inoponible a terceros, pero el contrato existe y la estipulación de zona obligará a las partes.

Por otra parte, conviene advertir que si no se logra probar la estipulación de una zona, pero en la ejecución del contrato el agente se ha limitado a una zona determinada, con el consentimiento de la contraparte, habría, entonces, una interpretación del contrato por las partes y existiría agencia (C.C. art. 1622). En caso contrario, no habría agencia, existiría un contrato público que analógicamente, se registra por las normas de la agencia en forma ya expuesta.

3. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE AGENCIAMIENTO COMERCIAL

Ahora bien, recordados los elementos, es conveniente establecer las características del contrato en mención para abundar en criterios sobre la decisión a adoptar. En efecto, el contrato de agencia comercial se caracteriza por ser:

a) Consensual. Es consensual porque se perfecciona por el acuerdo de voluntades del agenciado y del agente sobre la promoción de los negocios del primero, en forma estable o independiente, por el segundo, en determinado territorio. Esta característica indica que la ley no exige en forma explícita formalidad alguna, del art. 1320 del Código de Comercio se deduce que es necesario un escrito, tal requisito no es una formalidad *ad substantiam actus*, por cuanto la

sanción a la falta de él no es la carencia absoluta de efectos jurídicos, sino solo la falta de estos respecto de terceros de buena fe exenta de culpa. Es decir, la sanción es la inoponibilidad.

Esta conclusión se refuerza si se observa que el artículo 1331 del Código de comercio establece la agencia de hecho, que se puede definir como aquella situación en la que, sin que exista prueba directa del acuerdo de voluntades sobre la agencia, las partes se encuentran en un estado de cosas que reúne todos los elementos esenciales de la agencia. En la agencia de hecho no hay, pues, formalidad alguna. Podría argumentarse en contrario: que si el código establece la agencia de hecho es porque tal situación no es conforme a derecho, es decir, que falta algún requisito o formalidad de tal modo se establecería el carácter solemne de la agencia. Sin embargo, por ser la formalidad de una restricción al principio de que el solo consentimiento obliga, ella es de aplicación rigurosa y limitativa, por lo cual no puede deducirse cuando el legislador no la establece claramente.

La figura de la agencia de hecho es únicamente una aplicación del art. 824 del C. de Co. según el cual los comerciantes podrán expresar su voluntad por cualquier medio inequívoco. La ejecución de las obligaciones propias de un contrato, de tal suerte que no pueda confundirse con otros, nos parece un medio inequívoco de expresar el consentimiento.

El contrato de agencia debe hacerse constar por escrito, que debe inscribirse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde se celebra, y, si fuere el caso, en el lugar donde deba ejecutarse (C. de Co., art. 29), y según el artículo 1320 debe contener a) la especificación de los poderes o facultades del agente; b) el ramo sobre el cual versan sus actividades; c) el tiempo de duración de estas y d) el territorio donde se desarrolle. Según el Código, la falta de algunos de estos requisitos a terceros de buena fe exenta la culpa. Es decir, que cuando el contrato no se inscribe o falta algunas de estas enunciaciones, el tercero, que entra en la relación con el agente y que desconoce el contenido exacto del contrato, puede atenerse a la apariencia, en cuanto una persona prudente y diligente lo hubiere hecho. En esta forma el agenciado quedará obligado por los actos del agente. Como la buena fe exenta de culpa se presume, el agenciado deberá probar que el tercero no actuó con diligencia y cuidado que los hombres normalmente emplean en sus propios negocios a la luz del artículo 63 de C.C.C, esto es, que no se comportó como un buen padre de familia - lo cual depende en gran medida de los usos del comercio – o que conocía los límites de la actuación del agente.

b) Bilateral. Es así, porque de acuerdo con el art. 1.496 del C.C. surgen obligaciones para ambas partes. El agente se obliga a promover y, eventualmente, a concluir contratos por cuenta del agenciado, el cual, a su vez se obliga a pagar una remuneración, que podrá o no estar sujeta a los contratos celebrados. Por ser un contrato bilateral de aplicará la excepción de contrato no cumplido. Así si el agenciado celebra directamente un contrato en la zona confiada al agente y este pretende la respectiva comisión (C. de Co., art. 1322), aquel podrá abstenerse de pagarla alegando que el agente no cumplió su obligación, por cuanto no realizó ninguna labor de promoción o sirvió de agente a otros empresarios ofreciendo los mismos productos.

c) Oneroso. Es de esta clase, porque tiene por objeto la utilidad de ambas contratantes, gravándose el uno en beneficio del otro. El agente recibe una remuneración por la promoción que realiza, y el agenciado, beneficiado por la actividad, debe pagar la suma estipulada.

Como consecuencia de acuerdo con el artículo 1604 del C.C.C. tanto como el agente como el agenciado serán responsables hasta de la culpa leve en la ejecución del contrato.

d) Comutativo o alegatorio. Tanto en el contrato comutativo como en el aleatorio existe equivalencia entre las pretensiones de las partes, pero en el aleatorio la equivalencia consiste en una contingencia de ganancia o pérdida. Es decir. Que mientras en el contrato comutativo las partes aceptan gravarse con cargas que miran equivalente independientemente de toda contingencia, en el alegatorio una soporta un gravamen fijo y firme, sin que se sepa de antemano si la otra ha de gravarse y en qué cuantía. Tiene su sustento en el artículo 1498 del C.C.C.

e) De ejecución sucesiva. Es de ejecución sucesiva por cuanto el agente se obliga a una permanente actividad de promoción mientras dure el contrato, de modo que el cumplimiento de su obligación consiste en una serie de actos sucesivos dirigidos a fomentar negocios. Por consiguiente, si el contrato de agencia es declarado nulo o se resuelve por incumplimiento, terminará con efectos ex-nunc, por imposibilidad física de restituir las cosas a su estado original.

También por estas características, en cuanto sea comutativo, le será aplicable al contrato de agencia la teoría de la imprevisión prevista en el artículo 868 de la codificación mercantil.

f) Intuitu personae. Es así, porque su consideración de la persona de los contratantes es la causa principal del contrato según las voces del art. 1.512 del C.C. Al agenciado, principalmente, no le es indiferente la persona de su contratante, pues el éxito de una labor de promoción depende en gran medida de la persona que adelante. Por tal razón, de conformidad con el art. 887 del C. de Co., no es posible ceder este contrato sin la aceptación del contratante cedido además, por el mismo motivo, el contrato termina por la muerte del agente.

g) Es un contrato auxiliar. Es un contrato por lo cual se cumple una función de auxilio al comercio, porque su finalidad, es facilitar el tráfico mercantil en general. El agente es un profesional que tiende a difundir o facilitar el comercio.

h) Es una forma de mandato. En la legislación colombiana ello se aprecia claramente si se observa que el Código regula la agencia en el título XIII del libro 4º relativo al mandato; que por el mismo Código dispone que se aplique, en lo pertinente, las normas del mandato y la comisión, además, así se dijo en la exposición de motivos del proyecto de 1958.

4. LA EXCLUSIVIDAD COMO ESTIPULACION CONTRACTUAL DEL AGENCIAMIENTO COMERCIAL.

Esta estipulación constituye una limitación a la libertad de industria y comercio que el agente y el agenciado, o uno de estos, a fin de obtener una mayor utilidad en el desarrollo del contrato, se

impone al asumir obligaciones de no hacer, más gravosa que aquellas que resultan de los solos principios de la buena fe, la diligencia y el cuidado en el cumplimiento del contrato.

La exclusividad no es una estipulación establecida solo para el contrato de agencia el Código Sustantivo del Trabajo también en el contrato de trabajo (art. 26), el Código de Comercio la contempla en el contrato de suministro (art. 975) y puede pensarse que es aplicable a otras figuras contractuales, como una expresión de la autonomía de la voluntad, siempre que se estipule dentro de los límites razonables, en cuanto al tiempo y al interés de con ella se pretende satisfacer, de manera que no se lesionen los principios de orden público.

La exclusividad es un elemento natural o accidental y no esencial del contrato de agencia. Por ello, algunos autores han considerado que esta característica permite el contrato de agencia y el contrato de concesión, en el cual aquella es un elemento esencial.

La exclusividad puede estipularse a favor del agente o del agenciado.

En este último caso ella puede adoptar dos modalidades principales en el primer lugar, puede significar que el agente solo desarrollará su tarea de promoción a favor del empresario, en tal forma que se prohíbe desarrollar esa actividad para otros empresarios, sean o no competidores de aquél. Esta hipótesis no la prevé el Código de Comercio pero es perfectamente aceptable, pues no acepta principios de orden público, e inclusive algunos autores consideran que la exclusividad a favor del agenciado se refiere a este caso.

En una segunda forma, la exclusividad a favor del agenciado consistiría también en que el agente no pueda promover o explotar los negocios de los competidores de su agenciado, en la misma zona y en el mismo ramo de actividades. Esta cláusula procura asegurar al empresario la mayor utilidad posible, evitando que la atención de sus clientes sean dirigidas a productos o servicios competidores.

La prohibición no debe entenderse restringida al solo caso en que el agente actué en tal calidad por cuneta de otros empresarios competidores, sino considerarse que comprende todos aquellos casos en que el agente desarrolla una actividad de fenómeno, en sentido amplio de productos o servicios competidores de los de su agenciado. De este modo, la prohibición se extiende al caso en que el agente sea el mismo "empresario competidor", así como a los casos en que el agente actué como auxiliar del comercio, por ejemplo, corredor o comisionista, en la celebración de contratos de los competidores de su agenciado; o más todavía, a aquella situación en la cual el agente se convierte en director de una sociedad dedicada a producir los bienes y servicios, en competencia con aquellos que debe promover por el contrato de agencia. Obviamente la exclusividad no implica, en sí misma, que el agente no pueda, terminado el contrato promover negocios para empresas competidoras de su antiguo agenciado con la misma clientela.

Nuestro Código de Comercio, previó esta exclusividad como un elemento accidental del contrato, que puede o no estipularse, al decir en su art. 1319 que "En el contrato de agencia pueda pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresas competidoras"

Esta solución, criticable porque en la práctica permite conflicto de intereses, quiere decir que el agente, salvo prohibición contractual, puede promover los negocios de los competidores de su agenciado.

La buena fe, la diligencia y el cuidado que todo contratante debe observar en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, exigen que el agente desarrolle una actividad de promoción en condiciones semejantes para todos los empresarios, de modo que los productos los obtenga la clientela en condiciones equivalentes y los negocios de cada empresario produzcan el rendimiento que sería razonable esperar. Por consiguiente, si el agente para quien no se ha pactado esta exclusividad, celebra un contrato de agencia con un competidor de su primitivo agenciado, en virtud del cual se obliga a desarrollar una actividad de promoción, de tal magnitud que cause detrimiento o no permita el rendimiento de los negocios de este último, habrá incumplido su contrato.

Si cuando se ha pactado exclusividad, el agente la viola, promoviendo negocios, ajenos o propios, en competencia con los empresarios, incumple el contrato. Por lo demás tal actividad solo podrá constituir un acto de competencia desleal cuando el agente se dedica a promover sus propios negocios, actuando como competidor de su agenciado y realizando un acto contrario a las costumbres comerciales (C. de Co. 75).

5. EL AGENTE Y SUS OBLIGACIONES

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en Colombia no existe una reglamentación de los agentes de comercio que les confiera derechos y les imponga obligaciones en virtud de su profesión, independientemente de un contrato de agencia determinado.

En cuanto a su matrícula, está sujeto a las normas generales de los comerciales. La falta de esta no causa la nulidad o inexistencia del contrato de agencia, sino solo sanciones administrativas por ejercer el comercio sin este requisito. Así lo enseña el artículo 37 del Código de Comercio. Es conveniente resaltar que la ley colombiana prevé dos inscripciones distintas la del agente, como comerciante, y del contrato de agencia. La ausencia de la primera no determina que no se pueda realizar la segunda, pues el no matriculado puede obtener la inscripción del contrato, que entonces será oponible al tercero.

6. CAUSAS DE TERMINACION DEL CONTRATO DE AGENCIAMIENTO COMERCIAL

Por ser la agencia un contrato de ejecución sucesiva, tiene particular importancia establecer cuando termina. Además su carácter "intuitu personae", principalmente, respecto del agente, exigen que se determinen modalidades particulares de extinción, fundadas en la destrucción de este elemento de confianza que es esencial a esta relación jurídica. A semejanza de lo que podría decirse en derecho francés, aunque allí la ley no lo prevé expresamente, el Código de Comercio Colombiano ha optado por definir en el artículo 1324 que el contrato de agencia por las mismas causas que el mandato, estableciendo por otra parte una regulación especial de dos causas de su terminación, la renuncia y la revocación.

Nuestro Código de Comercio al regular el contrato de mandato, no señala, expresamente las causa que den lugar a su terminación. Es, pues, necesario acudir, en virtud de lo dispuesto por el art. 822 del C. de Co. al art. 2189 del C.C. que indica las causas de extinción del mandato civil, para establecer cuando termina el contrato de agencia. Sobre tales causas hemos hecho el estudio que a continuación plasmamos, para concluir en qué medidas son aplicables.

- a) El desempeño del negocio para el cual fue conferido. Esta causa de terminación del mandato ni es aplicable al contrato de agencia, pues pugna con su naturaleza. La agencia mercantil no tiene por objeto desarrollar o ejecutar un acto determinado, sino que tiende a promover el negocio del agenciado, crearle una clientela, para lograr lo que se celebren el mayor número de contratos posibles, dentro de límites compatibles con la capacidad del agenciado y las estipulaciones contenidas en el contrato de agencia.
- b) Por la expiración del término o el hecho de la condición fijada para su terminación.

El contrato de agencia, o mejor, las obligaciones que de él surgen pueden sujetarse a una condición resolutiva, que puede consistir, por ejemplo, en determinado volumen de negocios. Lo cual no sería incompatible con su naturaleza, pues a menudo se dice que este carácter tiene transitorio en la economía de la empresa, ya que se dirige a crear un mercado, por lo cual no es raro que una vez conquistado este y establecido un volumen apreciable de negocios, el agenciado busque la forma de sustituir al agente por un dependiente suyo.

En contrato puede celebrarse por tiempo determinado. Esto no impide que no pueda extinguirse antes del vencimiento del término estipulado, por cualquiera de las otras causales de terminación. No hay duda de que el contrato puede finalizar antes del vencimiento del término convenido, por cualquiera de las otras causas de extinción del mandato, aun por la renuncia del agente o la revocación del agenciado en la forma que más adelante precisaremos, pues los supuestos que justifican estas causas pueden presentarse tanto en el contrato celebrado a término indefinido como en aquel celebrado a término fijo.

No nos parece que pueda estipularse que cualquiera de las partes pude poner fin al contrato con un preaviso, sin que sea necesario que exista una justa causa. Tal pacto está en contradicción en el art. 1325 del C. de Co. pues precisamente este limita la facultad de dar por terminado el contrato por voluntad unilateral – sin que haya lugar a pagar la indemnización prevista en el segundo inciso del art. 1324 del C. de Co. – a los casos en que existía una justa causa. Esta norma es, en nuestro concepto, imperativa, por el carácter terminante de su redacción, y sus antecedentes, contenidos en su proyecto de la ley número 27 de 1969, el cual era de naturaleza claramente imperativa, y por la imposibilidad e renunciar a las prestaciones

TRIBUNAL ARBITRAL

consagradas por el art. 1324 del C. de Co. en efecto si se pudiera terminar el contrato libremente como un simple preaviso, se vulneraría dichas prestaciones. Esto no obsta para que en el contrato las partes estipulen que entienden por incumplimiento grave de sus obligaciones, o por

acciones u omisiones que afecten gravemente los intereses del otro contratante (C. de Co. art. 1325). Tal estipulación deberá ser respetada por el juez, siempre y cuando no exista un evidente contraste entre la importancia real del incumplimiento o la verdadera gravedad de la acción u omisión y lo señalado por las partes, que permita deducir un intento de eludir el incumplimiento de lo preceptuado por los art. 1324y 1325 del C. de Co.

Esta imposibilidad de acordar que puede ponerse término al contrato por voluntad unilateral con determinado preaviso, es contraria a la orientación que actualmente sigue la mayoría de las legislaciones, que prevé la facultad de darlo por terminado en tal forma, permitiendo inclusive que el preaviso se sustituya por su valor en dinero. Esta orientación al parecer la más lógica, evita que el agenciado permanezca vinculado indefinidamente con un agente cuando la relación de confianza característica de la agencia, ha desaparecido, era la adoptada por el proyecto de 1958 (art.1234), que señalaba que las partes tenían la facultad de poner fin al contrato a término indefinido con un preaviso, con la anticipación pactada o la usual, el cual podría ser sustituido por una indemnización equivalente. Esta norma fue eliminada del proyecto según parece por la influencia que ejerció el proyecto de la ley número 27 de 1960, al prescribir que los contratos que reglamentaba no podían terminar sino por una justa causa, y el cual llegaba hasta el extremo de establecer que era necesaria la existencia de esta para que el empresario pudiera negarse a la renovación del contrato.

Cuando se haya estipulado un término de duración del contrato se podrá , antes de su vencimiento, acordar su prórroga, caso en el cual el contrato se mantiene vigente por el término así extendido, y para liquidar la prestación prevista en el inciso primero del art. 1324 se deberá tomar en cuenta todo el tiempo transcurrido desde su celebración. Por el contrario si vencido el término estipulado, las partes acuerdan continuar el contrato se produce la renovación de este, es decir, se trata de un contrato nuevo que adopta igual contenido con el anterior, por lo cual la prestación del art. 1324 se liquidará independientemente para ambos.

c) La muerte del agente o del agenciado. Como ya hemos observado, el contrato de agencia es intuitu personae, principalmente respecto del agente, y por ello la muerte de este lo pone fin. Empero podrá estipularse que el contrato continúe con los herederos del agente, lo cual será conveniente cuando este constituye una empresa para el desarrollo de la agencia, que no se verá afectada por su muerte. En este caso, si el agenciado se negase a continuar el contrato con los herederos, estaría terminándolo sin justa, e incurría en la indemnización prevista por el segundo inciso del art. 1324 del C. de Co. A pesar de que el C.C. no contempla expresamente el caso de que el mandatario sea persona jurídica, tal situación debe examinarse, pues presenta comúnmente en la agencia. En este caso debe entenderse que la disolución y liquidación de la sociedad – agente pone fin al contrato.

En resumen, determina el código que el contrato lo podrá revocar el agenciado por las siguientes causas:

- 1) Incumplimiento grave del agente de sus obligaciones previstas en el contrato o la ley, (desconocimiento de la exclusividad)

- 2) Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario.
- 3) Quiebra o insolvencia del agente.
- 4) Liquidación o terminación de actividades.

7. ANALISIS PROBATORIO

INTERROGATORIOS DE PARTE, PRUEBAS TESTIMONIALES, DOCUMENTALES Y PERITAZGOS.

1. Se recepcionaron los testimonios de Miguel Curi Vergara, Antonio de Jesús Pérez Cárdenas, Carlos Mario Bonnett Ríos, Oscar de Jesús Bonnett Ríos y los interrogatorios de Darío Alberto Bonnett Ríos y Javier Martínez Ibarra, los cuales no aportaron mayores luces para el esclarecimiento de los hechos reconocimiento de prestaciones, salvo la información detallada del Representante Legal de Tuvinal de Colombia S.A. quien explicó ampliamente, como operó el contrato suscrito entre las partes y las causas de la terminación con la advertencia que la jurisdicción para desarrollarlo era el Valle de Aburra aceptando que toleró que la convocante agenciara a otros productores en otras áreas distintas a las estipuladas en el contrato.

Adicionalmente se practicó una inspección judicial con intervención perito contable que concluyó con la clara afirmación que la convocada pagaba comisión NO POR LAS VENTAS O COLOCACION DEL PRODUCTO ANTE DISTRIBUIDORES SINO POR LA CARTERA RECAUDADA, de allí que en la contabilidad figuren registros por ventas y comisiones por valores diferentes para la liquidación de estas últimas, nunca coincidentes, porque las comisiones dependían del recaudo de la venta. Ahora bien, se encuentra en el dictamen que hay comisiones por pagar y por liquidar, lo cual se acogerá por haberse solicitado en la demanda y comprobada su existencia según se infiere de la lectura de la aclaración de experticio cuando, en el numeral cuatro dice:

"4. En mi opinión se dijo que existe un saldo por pagar en comisiones a Diciembre 31 de 1997 a Rimaco Ltda., por \$8.382.264 detallado así:

Comisiones por recaudo de la cartera correspondiente así:

Julio	1997	\$4.911.191
Agosto	1997	\$2.142.377
Septiembre	1997	\$1.272.839
Octubre	1997	\$55.857
		\$8.382.264

5. Es relación a la factura de venta N° 0099 de Agosto 19 de 1997, elaborada por Rimaco Ltda. A Tuvinal de Colombia S.A. por un total a pagar de \$8.598.720 donde se relaciona en el ítem (2)

Adycor \$360.296.000; esta factura no aparece registrada en los libros de TUVINIL de Colombia S.A. a 31 de Diciembre de 1997". (Véase los folios del 263 al 264).

De la misma manera se adelantó un Dictamen pericial que resulta trascendente valorar por PROVENIR DE LA COMPETENCIA DE LA CONVOCADA. A ellos se le dijo que establecieran, concretamente, lo siguiente:

- A) A que distribuidor o agente PLASTICOSTA Y/O LITOCOSTA Le proporcionaba o entregaba productos iguales o similares a los producidos por TUVINIL DE COLOMBIA S.A., para ser colocados o distribuidos en el Valle de Aburra.
- B) En la eventualidad de que PLASTICOSTA Y/O LITOCOSTA produjeran productos iguales o similares a los fabricados por TUVINIL, y distribuidos o comercializados por RIMACO LTDA. Indicar si le significaban competencia para con los productos.
- C) Determinar el periodo en que PLASTICOSTA Y/O LITOCOSTA produjo y RIMACO LTDA. distribuyo los productos iguales o similares a los fabricados por TUVINIL DE COLOMBIA S.A.

Esas preguntas las absolvieron en los siguientes y categóricos términos.

- A) PLASTICOSTA Y/O LITOCOSTA le proporcionaban o entregaban y aun le proporcionan o entregan, a RIMACO LTDA. Productos iguales o similares a los producidos por TUVINIL DE COLOMBIA S.A. para ser colocados o distribuidos en el Valle de Aburra.
- B) PLASTICOSTA Y LITOCOSTA fabrican productos iguales o similares a los fabricados por TUVINIL y son distribuidos o comercializados por RIMACO LTDA. y si le significan competencia para con los producidos por TUVINIL DE COLOMBIA S.A. esta afirmación esta soportada en la visita que practicamos a ambas sociedades y en la comunicación que le envió al tribunal, por nuestro conducto, la Gerente Financiero, Dra. Mora.
- C) los productos producidos por PLASTICOSTA, LITOCOSTA Y TUVINIL DE COLOMBIA S.A. son de similar calidad, puesto que todos cumplen con las normas de calidad INCONTEC. Los clientes de cada uno de los fabricantes piden los productos de acuerdo a sus necesidades en tamaño, color y espesor, lo que significan que deben de estar dentro de los parámetros de calidad exigidos por ellos.
- D) El periodo en que LITOCOSTA produjo y RIMACO LTDA. distribuyo los productos iguales o similares a los fabricados por TUVINIL DE COLOMBIA S.A. es desde 1976 hasta la fecha, de acuerdo con la contratación verbal, lo cual consta en la comunicación que le envió al Tribunal, por nuestro conducto, la Gerente Financiero. Dra. Mora.

Ese experticio lo completaron con una certificación expedida por el Director Financiero de Plasticosta, la cual obra en el proceso, que confirma que la Convocante se desempeño como Agente Comercial de Plasticosta y Litocosta en el Valle de Aburra durante el periodo que atendió la Convocada para los mismos fines y colocación de productos, lo que indiscutiblemente da lugar

a que se encuentren justificada la terminación del contrato sin lugar a indemnización de ninguna naturaleza.

Es que la certificación del tercero en este proceso, producto de los mismos bienes de la Convocada, constituye una prueba incontrovertible e indesvirtuable por provenir de quien la expide. Por ello, los peritos, con buen juicio, transcribieron en su dictamen los objetos sociales de la Convocada y de los otros productores, Plasticosta y Litocosta no dejando dudas que los productos fabricados son iguales o similares a los de la Convocada y para apoyar su afirmación suministraron muestra de los mismos en que se destaca como elemento básico el polipropileno.

Terminado el debate probatorio, se ordenó el traslado para el alegato de Conclusión. El cual ejercieron las partes mediante sendos memoriales, los cuales transcriben en capítulo aparte y en ellos reiteraron sus puntos de vista respecto a sus individuales pretensiones. Por resultar de gran interés, nos referimos a lo expuesto en los mismos.

Revisados como están, los hechos de la demanda, su contestación y valoradas las pruebas en todo su contexto encuentra el Tribunal procedente resolver las excepciones formuladas por la Convocante, destacando, de plano, que esta llamada a prosperar la Excepción de Contrato no Cumplido, por cuanto la cláusula décima del contrato celebrado el 06 de Marzo de 1989 estableció que "EL AGENTE" no podrá directa ni indirectamente prestar iguales servicios a otro u otros productores de mercancía o bienes que puedan significar competencia para tuvinal o que esta califique como tales".

Y es como lo acota la convocada al responder la demanda de Rimaco Ltda. el contrato de Agenciamiento suscrito el 06 de marzo de 1989 se terminó no solo porque el agenciado lo haya dispuesto así sino porque el agente INCUMPLIO el elemento de exclusividad que caracteriza esta figura del derecho por cuanto "distribuyo y/o comercializó productos de Plasticosta y/o Litocosta" según lo evidenciaron los peritos y lo certificó el Gerente Financiero de Plasticosta y Litocosta. Y es que la exclusividad es un elemento que caracteriza el contrato de agenciamiento cuando, como se presenta en el caso que nos ocupa, ha sido estipulada y la prueba de su ruptura o desconocimiento está suficientemente demostrada y no ha sido posible de vituarla en la etapa de pruebas. Así informan los Peritos Ramirez y Wood, apoyados en la certificación de María de los Angeles Mora, Gerente Financiero de Plasticosta Ltda. y Litocosta Ltda. dos sociedades que fabrican productos similares y de quien Rimaco Ltda. fue su agente desde 1976, en forma verbal para la última y desde 1992, escrito, con la primera de tales empresas citadas.

Al incumplimiento por romper la relación de la exclusividad, no habrá lugar al pago de la indemnización equitativa de que habla inciso segundo del artículo 1.324 del C. de Comercio en consideración a que ella, la exclusividad, como ya lo vimos, puede estipularse a favor del agente en dos situaciones Primero. Prohibiéndole desarrollar en esa actividad para otros empresarios, sean o no competidores del agenciado, y Segundo, aquel que el agente no pueda promover o explotar los negocios de los competidores de su agenciado, en la misma zona y en el mismo ramo de actividades. Esta Cláusula procura asegurar al empresario la mayor utilidad posible, evitando que la atención de sus clientes sea dirigida a productos o servicios competidores.

Esta indemnización contraria al reconocimiento económico de que habla el inciso primero de la misma norma, es el premio a la lealtad del agente para con el agenciado y ha quedado demostrado que no lo merece porque no mantuvo la exclusividad para con la convocada durante todo el tiempo de vigencia del contrato, no se tuvo como cuando se actuó como persona natural, ni cuando se constituyó la persona jurídica para continuar el cumplimiento del contrato. La certificación de Litocosta Ltda. y Plasticosta Ltda. habla por si sola.

Cosa bien diferente es derecho de la convocante a que se le pague la doceava parte del promedio de la comisión recibida en los tres últimos años, derecho que la doctrina y la jurisprudencia tienen perfectamente definido y que no se cuestiona ni siquiera cuando se da por terminado el contrato, aún con causa justa.

Sobre este tópico, oportunamente traído a los autos en el alegato de Conclusión por la Convocante, la jurisprudencia y la doctrina coinciden, con criterios unificados, en afirmar que debe reconocerse y pagarse. Ya esta transrito, pero no sobra repetir, lo que la H. Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Medellín en providencia que recoge el autor José Armando Bonivento en la obra "Contrato Mercantiles de Intermediación", páginas 169 y siguientes ha dicho "Nuestros Tribunales de Justicia se han inclinado por la tesis de irrenunciabilidad de las prestaciones a que se refiere el trjinado artículo 1324 del Código de Comercio. El tribunal superior de Medellín, así lo estimo en sentencias del 21 de Febrero de 1979 y el 13 de Diciembre de 1978. La Corte Suprema de Justicia, conociendo el recurso de casación interpuso contra la segunda de las sentencias mencionadas confirmó esta apreciación, aunque hablando sólo el inciso primero (sobre el cual puede, entre otras cosas, existir más deuda) más por la naturaleza de la acusación, que por exclusión voluntaria del inciso segundo.

Dijo la corte en la premencionada sentencia del 02 de Diciembre de 1980.

"Para la corte, la prestación que consagra el artículo 1324 inciso primero es irrenunciable antes de celebrar el contrato o durante su ejecución, pero una vez ésta haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente el patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancia no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente, si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para conocerlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no especifique solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación."

EL Tribunal tiene claro que la prestación y la indemnización de que trata el citado artículo 1324 son irrenunciable pero igualmente no tiene dudas respecto a la perdida del derecho de la segunda cuando el agente no ha sido leal, y la deslealtad, en el caso que nos ocupa, no es otra que la simultanea función de agente con empresarios que se dedican a la misma actividad mercantil, colocando los productos en la misma zona que se comprometió con la convocada, es decir, en la zona del Valle de Aburra.

Sobre este particular no solo el autor Bonivento Jiménez ni el Tribunal de Medellín ni la Corte Suprema de Justicia tiene claridad sino que los tratadistas Jaime Arrubla y Alvaro Pérez Vives,

miembro de la Comisión redactora del Código tiene suficiente comentario coincidentes que el tribunal se identifica con ellos y los comparte en su totalidad por eso, en la parte resolutiva se ordenará el pago de la doceava parte y se denegará la indemnización que en el evento de proceder tendría que fijar un perito.

Para liquidar la doceava parte que se le reconoce a la convocada, se liquidará teniendo en cuenta las ventas efectivas realizadas desde Junio de 1994 hasta Junio de 1997, fecha EN QUE SE DA POR TERMINADO EL CONTRATO (véase folio 24).

En efecto a partir del 30 de junio de 1997, el representante legal de Tuvinal de Colombia S.A. comunica al representante legal de Rimaco Ltda., que se da por terminado el contrato de agenciamiento por reorganización de la empresa. Los tres años de que habla la ley mercantil para el reconocimiento y pago de la doceava cuenta retrospectivamente, es decir, que de junio de 1997, hacia atrás, llegándolos a junio de 1994, como quiera que este año se agenció completo, se dividiría por dos, para obtener el promedio de seis meses para 1994, dos años completos que son 1995 y 1996 y seis meses en 1997, para un total de tres años. El resultado de multiplicar la cifra que por comisión se ganó la convocante cada año o la de seis meses se suma y el resultado, se divide por 12, que igual es la doceava parte referida.

Veamos entonces la liquidación respectiva:

AÑO AGENCIADO	MONTO COMISION MENSUAL	PERIODO AGENCIADO	TOTAL COMISION
1994	\$2'994.763	6 Meses	\$17'968.578
1995	\$2'283.000	12 Meses	\$27'396.000
1996	\$3'127.495	12 Meses	\$37'529.940
1997	\$7'588.580	6 Meses	\$45'531.480
Total			\$128'425.998.00

Los \$128'425.998.00 es el promedio ganado por comisión durante los tres últimos años y para obtener la mentada doceava se dividen entre 12 y resulta la cantidad \$10'702.166.50 que es lo que realmente se reconocerá y ordenará pagar.

Ahora bien, en cuanto las excepciones llamadas por la convocada "carencia de derecho a pedir" o "existencia de la obligación" y "Prescripción", por las razones que vienen dichas no están llamadas a prosperar; basta señalar que la obligación, cuando no ha sido reconocida por el Tribunal, existe y su pago puede ser reclamado, como efectivamente ha ocurrido y por ello se ordena a pagar. Es decir, existe legitimidad para solicitar el pago porque existe la obligación. Al conocer la existencia de esta en forma que viene indicada, se concluye que tampoco ha prescrito, porque su reclamo ha sido hecho en el tiempo, en el entendido que el contrato ha sido uno que se ha venido prorrogando en el tiempo en las mismas condiciones de participación porcentual

que se estipularon en el primer contrato escrito hasta el último que fue dado por terminado, unilateralmente (folio 24) por la convocada y que este Tribunal ha encontrado que fue con causa justa su terminación y así lo declara a pesar que no se haya invocado en su momento. Porque si bien es cierto que la convocada no aludió a esa circunstancia en escrito que reposa en autos (folio 24) para darlo por terminado, no lo es menos que en el debate probatorio encontramos que esa fue la circunstancia fáctica que se presentó (Dictamen de los peritos Ramírez y Wood), el agenciamiento por parte de la convocante a otros empresarios para distribuirles similares productos en el Valle de Aburra y por ello así lo declara, restándole, de paso, posibilidad a reclamar, por cualquier vía, la indemnización económica que fijaría un perito conforme el segundo inciso del artículo 1324 de la codificación mercantil. Esta indemnización procedería, si el Tribunal no concluyera que el principio de la exclusividad pactado en el contrato, se resquebraja, se rompió y declara por esa causa, la terminación del mismo, con justa causa, sin lugar a pagos distintos que la doceava parte del promedio de la comisión pactada en la forma y cantidades que viene indicada.

En la contestación de la demanda, el hecho no se negó. Se solicitó que lo probaran y el perito contador, sobre este tópico, manifestó que no aparece registrado en libros circunstancia que no fue desvirtuada, pero debe ser objeto de solución.

En efecto, se afirma que la convocada hizo ventas por importante suma y no se niega ello. No obstante, no resultó probado a favor de la convocante la existencia de dicha venta ni el recaudo de cartera que le diera derecho al pago de la comisión en los términos de la cláusula quinta del contrato suscrito el 06 de Marzo de 1989 (Véase los folios 22 al 24). Por esta razón se denegará el pago de la comisión solicitada.

En cuanto a la suma de \$8.598.720 que corresponden a parte del valor de las comisiones ganadas en 1997 y que están incluidas en los \$33.002.950.00 liquidados, deben, igualmente, ordenarse su pago por cuanto también corresponden a la gestión del agente en periodo de vigencia del contrato.

Pide además la convocante, "que se autorice... abonar a su cuenta la suma retenida por el valor de \$37.285.347.00 como parte de pago de la prestación e indemnización a que tiene derecho". Pero a ello no se accederá en razón a que su deber es girar al empresario el producto de los bienes colocados y recaudados para que este, posteriormente, liquide la comisión y se la cancele por el mecanismo convenido, que, en ningún caso será. Retenido lo recaudado ni aún, estando pendiente un pronunciamiento arbitral.

Respecto a la declaratoria de ineficacia de la cláusula contractual que autoriza la renuncia a la aplicación de los artículos 1324 y 1326 del C. de Co. Se resuelve conforme a la que viene expuesto sobre el particular es decir, que si bien no es remunerable, una de ellas si puede perderse, por violar el principio de la exclusividad, el cual está pactado en el contrato.

En cuanto a la indemnización de perjuicios materiales, enriquecimiento sin justa causa y perjuicios morales, el Tribunal tiene la convicción que no se ha causado ni producido, porque cuando se ha como lo ha hecho la convocante y está demostrado mal puede haber indemnización de esta naturaleza. El reconocimiento al promedio de la comisión mala, además,

cualquier perjuicio material que se pretenda y pensar en un enriquecimiento sin justa causa es ir contra cualquier principio de derecho y justicia. Igual predicamento se tiene para los perjuicios morales los cuales, desbordan claras jurisprudencia de nuestro máximo órgano de justicia. Por esta razona si se expresará en la parte resolutiva.

También se solicita en las pretensiones que se condene a la convocada a pagar el costo de los impuesto de timbre del contrato de agencia comercial suscrito entre las partes enfrentadas, pero esa carga económica esta a cargo del agente, que, al momento de suscribirlo, debe proceder de conformidad, porque de requerirlo para iniciar una acción judicial o arbitral, lo tendrá legalizado. Ello, sin contar que, al prosperar la excepción del contrato no cumplido y reconocer a la convocante la liquidación del promedio de las comisiones de los tres últimos años, se le está dando a cada una de las partes "partes del derecho reclamado por ellas", al punto que por esa única razón, no habrá condena en costas.

Por lo expuesto, El Tribunal de Arbitramento convocado por la sociedad Rimaco Ltda.

RESUELVE

Artículo Primero: Declarar probada la excepción de contrato no cumplido, invocada por la parte convocada. En consecuencia de negar el pago de cualquier suma por concepto de la indemnización de que trata el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.

Artículo Segundo: Ordenar a la convocada a pagar a la convocante la suma de \$10'702.166.50 equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión pactada en el contrato de agencia comercial durante los tres últimos años, es decir, del 30 de junio de 1994 al 30 de junio de 1997.

Artículo Tercero: Ordenar a Tuvinal de Colombia S.A. pagar a Rimaco Ltda. la suma de \$8.598.720.00 correspondiente a parte de las comisiones ganadas en 1997.

Artículo Cuarto: Denegar la pretensión de pago de comisión previsto en el hecho octavo de la demanda relacionada con las presuntas ventas hechas por la convocada en la zona del agente.

Artículo Quinto: Denegar la pretensión de indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, incluyendo lucro cesante, daño emergente y cualquiera otro perjuicio derivado de esta, por las razones que vienen expuestas.

Artículo Sexto: Denegar la pretensión de indemnización por daño moral, por las mismas razones que vienen señaladas.

Artículo Séptimo: No hay condena en costas o agencia en derecho en razón a que por un lado prosperó la excepción de contrato no Cumplido a favor de la convocada y por la otra se ordena el pago de la doceava parte de la comisión de los tres últimos años a favor de la convocante. En consecuencia, también se niega la pretensión de condenar a la convocada a pagar los impuestos de timbre reclamados para la legalización del contrato.

Artículo Octavo: De conformidad con el artículo 35 del decreto 2279 de 1989 se ordena al Presidente, con cargo a la cuenta de gastos la protocolización de todo el expediente del Proceso Arbitral salvo que dentro de la oportunidad de interponga recurso de anulación.

Artículo Noveno: Expídanse las copias autenticas con las constancias de Ley, de conformidad con los artículos 115 del Código del Procedimiento Civil y 33 del decreto 2279 de 1989.

Artículo Décimo: Esta providencia queda notificada en estratos.

En este estado el apoderado de la convocante pide el uso de la palabra para solicitar corrección aritmética y aclaración sobre el criterio de la causal de terminación acogida por el Tribunal. Manifiesta que lo sustentará, por escrito, dentro del término de la ley.

De la misma manera, el apoderado de la convocada solicitada aclaración respecto a la vigencia del contrato (fecha de iniciación y terminación) y la parte resolutiva relacionada con la orden de impartir a la convocante que devuelva los \$37.285.347 que tiene retenido. También los sustentará.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RAYMUNDO PEREIRA LENTINO
Arbitro Presidente

ALBERTO BARBOZA SENIOR
Arbitro

EDGARDO MORENO IRIARTE
Arbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA
Secretaria