

AUDIENCIA PARA LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA - INDUSTRIA COLOMBIANA DE
MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.)**

A los dos (2) días del mes de noviembre de dos mil diez (2010), siendo las dos y treinta la tarde (2.30 p.m.), en las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, se constituyó en audiencia pública el Tribunal de Arbitramento integrado por los abogados Jorge Parra Benítez, Juan Carlos Gaviria Gómez y Humberto Jairo Jaramillo Vallejo, obrando en calidad de árbitros, y la secretaria Claudia Botero Montoya, con el fin de emitir el laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA contra INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.).

Asistieron los apoderados de las partes.

La Secretaria dio lectura a los puntos más importantes del Laudo y fueron notificadas las partes en estrados, todo de conformidad con lo señalado por el Código de Procedimiento Civil Colombiano.

Concluida la lectura se firma esta acta por las partes comparecientes, en constancia de notificación por estrados y se les hace entrega de copia del laudo como sigue:


JORGE PARRA BENITEZ
Presidente


JUAN CARLOS GAVIRIA GOMEZ
Arbitro


**HUMBERTO JAIRO JARAMILLO
VALLEJO**
Arbitro


JOSE MARIA BERDUGO GARAVITO
Apoderado de la parte convocante


JUAN ESTEBAN RODRIGUEZ G
Apoderado parte convocada


CLAUDIA BOTERO MONTOYA
Secretaria

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA - INDUSTRIA COLOMBIANA DE
MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.)

A los dos (2) días del mes de noviembre de dos mil diez (2010), siendo las dos y treinta la tarde (2.30 p.m.), en las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, se constituyó en audiencia pública el Tribunal de Arbitramento integrado por los abogados Jorge Parra Benítez, Juan Carlos Gaviria Gómez y Humberto Jairo Jaramillo Vallejo, obrando en calidad de árbitros, y la secretaria Claudia Botero Montoya, con el fin de emitir el laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA contra INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.). La decisión se profiere en derecho y de forma unánime.

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES

I. CONVOCATORIA E INTEGRACION DEL TRIBUNAL Y DILIGENCIAS ARBITRALES

El veintiocho (28) de septiembre de 2009 se radicó en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, solicitud de integración de un tribunal de arbitramento, por parte de RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA contra la sociedad INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.).

Por oficio del primero (1º) de octubre de 2009, fue comunicada dicha solicitud a la parte convocada. Tuvo lugar la reunión para nombramiento de árbitros el día veinticinco (25) de noviembre de 2009, en la cual resultaron elegidos de común acuerdo los doctores Juan Carlos Gaviria Gómez, Fernando Moreno Quijano y Jorge Parra Benítez como árbitros principales, quienes fueron notificados del nombramiento en la misma fecha y manifestaron su aceptación al cargo, habiéndose declarado impedido el segundo; en consecuencia se notificó a su

suplente quien aceptó el cargo. Dicho nombramiento fue debidamente informado a las partes (fls 103 a 114 del cuaderno principal uno).

El dieciséis (16) de diciembre de 2009, por solicitud del tribunal y en su nombre, el jefe de la Unidad de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín convocó a las partes para que el veintiuno (21) de enero de 2010 tuviera lugar la audiencia de instalación (fls 116 cuaderno principal 1). En esa fecha el tribunal reunido conforme a la ley y con la asistencia de los apoderados procesales de las partes, declaró formalmente instalado el tribunal. Los árbitros designaron como presidente al Dr. Jorge Parra Benítez y como secretaria a la abogada Claudia María Botero Montoya, quien aceptó el cargo, en el mismo acto tomó posesión y recibió el expediente. Asimismo, se le reconoció personería a los abogados José María Berdugo Garavito y Juan Esteban Rodríguez G y Nicolás Arango V, para que ejercieran el derecho de postulación a nombre de la parte convocante el primero, y de la convocada el segundo como abogado principal y el tercero como abogado suplente, todo de acuerdo con el contenido y alcance de los poderes que les fueron otorgados. Igualmente, se fijó como sede de funcionamiento del tribunal y de la secretaría, las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, situadas en la Avenida Oriental Nro. 52-82, 7° piso. El tribunal admitió la demanda y ordenó las notificaciones y traslados de ley; actuaciones que se cumplieron por la secretaría a través de notificación personal tal como consta a folios 120 del cuaderno principal 1.

La parte provocada dio respuesta a la demanda en la debida oportunidad legal y propuso excepciones de mérito (fls 121- 249 del cuaderno principal 1). En tal sentido lo refirió la secretaría y en consecuencia se dio traslado a la parte convocante, de las excepciones propuestas por la parte convocada y se dispuso celebrar audiencia de conciliación el veintitrés (23) de febrero de 2010.

La parte convocante mediante escrito presentado el día diecisiete (17) de febrero de 2010 obrante a fls 256-259 del cuaderno principal 1, describió las mencionadas excepciones.

Siendo la fecha y una vez abierta la audiencia de conciliación según lo dispuesto por el artículo 101 del C.P.C, no se logró acuerdo entre las partes, ni éstas modificaron sus solicitudes de pruebas dentro de los tres días siguientes. En audiencia celebrada a los cinco (5) días del mes de marzo de los corrientes

el tribunal procedió a fijar los honorarios y los gastos del proceso, los cuales fueron consignados en tiempo oportuno en su totalidad por la parte provocada (fls 270 – 273 del cuaderno principal 1).

El veinte (20) de abril de 2010 tuvo lugar la primera audiencia de trámite, dentro de la cual el tribunal se declaró competente al tenor de las piezas procesales que obraban en el expediente. Asimismo decretó las pruebas pedidas por las partes.

Surtida la instrucción se llevó a cabo la audiencia de alegaciones. Cada parte hizo uso de la palabra y presentó sus alegatos por escrito, los cuales fueron recibidos por la secretaria y agregados al expediente.

En la citada audiencia, realizada el primero (1º) de octubre de 2010, el tribunal fijó fecha para proferir el laudo, hallándose en tiempo oportuno para ello, dada la iniciación del término legal el veinte (20) de abril de 2010 y la suspensión del proceso, que sucedió por pedido de las partes, entre los días nueve (9) de junio de 2010 y nueve (9) de julio de 2010, tal como consta a folio 407 del cuaderno principal 2. Conforme a ello, el término para dictar el laudo vence el veinte (20) de noviembre de 2010.

II. SINTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Según la convocatoria, la sociedad convocada distribuye sus productos a través de una cadena de distribuidores, con quienes suscribe un contrato de adhesión denominado “comercial de compraventa”; pero de acuerdo con la ejecución del contrato, la demandante afirma que se está en presencia de la denominada agencia mercantil de hecho.

Sostuvo que la sociedad convocada dio por terminada de manera unilateral su relación contractual, hecho que considera le causó graves perjuicios.

Oportunamente la parte accionada contestó a la demanda arbitral y manifestó que el contrato celebrado, denominado como comercial de compraventa, es un contrato de concesión mercantil, utilizado para la distribución de sus productos y cuyos elementos esenciales son diferentes a los del contrato que pretende hacer valer el actor.

Asimismo, expresó que si el contrato se dio por terminado, fue por causa imputable al convocante; y conforme a lo pactado entre las partes en el mencionado contrato.

Propuso a su vez y como excepciones de mérito: Inexistencia del contrato de agencia mercantil, falta de prueba sobre las utilidades reportadas durante los últimos tres años por parte de los establecimientos de comercio del convocante, inexistencia de abuso del derecho e improcedencia de cualquier condena a indemnización de perjuicios a favor del convocante por terminación justificada del contrato de concesión comercial, inexistencia de enriquecimiento sin causa, inexistencia de mora en cumplir las obligaciones de hacer solicitadas en la obligación sexta principal, improcedencia de la declaración de resolución solicitada en la pretensión segunda principal, y consustancialmente improcedencia de las demás pretensiones consecuenciales planteadas por el demandante con base en ésta, improcedencia de las pretensiones tercera, cuarta y quinta principal por indebida individualización de las mismas e improcedencia de las pretensiones complementarias.

III. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Son las siguientes:

CAPITULO I.

PRIMERA PRINCIPAL.

EXISTENCIA E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - PRESTACIONES COMERCIALES Y PERJUICIOS.

PRIMERA: Declarar que entre la sociedad INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) y RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA, se celebró y suscribió el 17 de Abril de 1998 un Contrato de AGENCIA COMERCIAL DE HECHO de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1331 del Código de Comercio.

SEGUNDA: Declarar que INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) Incumplió el contrato que celebró y suscribió con RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA el día 17 de Abril de 1998, por lo que deberá resolverse.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de AGENCIA COMERCIAL DE HECHO, se condene a la sociedad INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) a pagar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, a favor de RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA por concepto de la llamada CESANTIA COMERCIAL la suma que, de conformidad con el artículo 1324 del Código de Comercio corresponda, tomando como base el dictamen que se practique. Esta suma la estima el convocante en aproximadamente TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000 M.L) resultado de dividir las utilidades de los últimos tres años (300.000.00 aproximadamente) entre doce y multiplicado por diez años de contrato más la indexación.

CUARTA: Condenar a la INDUSTRIA COLOMBIA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) al pago de los perjuicios originados por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de AGENCIA COMERCIAL DE HECHO en QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 500.000.000 ML).

QUINTA: Condenar a la INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) al pago de los perjuicios morales originados por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de AGENCIA COMERCIAL DE HECHO a favor de RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA, equivalente a mil gramos oro.

SEXTA: Declarar que INDUSTRIA COLOMBIA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) está en mora de cumplir las obligaciones de hacer (cancelación de hipoteca y devolución de los pagarés) desde el día en que dio por terminado el contrato por lo tanto deberá cancelar (condena en abstracto) los perjuicios materiales, que ha ocasionado con su omisión, a RAFAEL ZULETA ZULETA y a la señora MERCEDES EUFEMIA MARQUEZ GUENZATI.

De no prosperar la pretensión principal presento en subsidio de ella las siguientes:

CAPITULO II.

PRIMERA SUBSIDIARIA.

ABUSO DEL DERECHO.

PRIMERA : Declarar que INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) abusó del derecho al dar por terminado el CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE HECHO celebrado con RAFEL ZULETA ZULETA, sin justa causa y sin el preaviso suficiente.

SEGUNDA: En consecuencia se condene a INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) a pagar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo a favor de RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA por concepto de indemnización de perjuicios y daño emergente la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS. (\$500.000.000 ML) o la suma que determine el dictamen pericial.

TERCERA: Se condene a INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) A pagar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, a favor de RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA por concepto de indemnización de perjuicios morales, el equivalente a mil gramos oro.

CAPITULO III.

SEGUNDA SUBSIDIARIA.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

PRIMERA: Se declare que INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) Se enriqueció injustamente a costa del empobrecimiento de RAFAEL ZULETA ZULETA al apropiarse de la información, que éste le suministró como reservada, acerca de los clientes de Zuleta Motos.

SEGUNDA: Se condene a INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) a pagar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, a favor de RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA la suma que se demuestre en el proceso que ha obtenido IGNACIO VILLA MARTINEZ por utilidades de la venta de motos a clientes que eran de RAFAEL ZULETA ZULETA .

CAPITULO IV.

PRETENSIONES COMPLEMENTARIAS COMUN A LAS ANTERIORES.

COSTAS, INTERESES E INDEXACION

PRIMERA: Se condene a INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A.

(INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) A pagar a RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA las costas del proceso y las agencias en derecho.

SEGUNDA: Que sobre los montos de cualquiera de las condenas que imponga el Tribunal, se condene a pagar a las partes objeto de la condena, los correspondientes intereses moratorios capitalizados liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente que todas las condenas se actualicen hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En su intervención, el apoderado de la parte convocante consideró que concurrían, por diversos hechos de la realidad del contrato, según lo demostrado, los elementos de una agencia comercial, razón por la cual en su concepto el tribunal debería acoger las pretensiones de la demanda.

A su turno, el representante judicial de la parte demandada destacó que lo esencial de la agencia comercial era un mandato y que éste no se había configurado en la relación jurídica que existió entre las partes, puesto que el demandante siempre obró de manera autónoma y para sí, soportando todos los riesgos de la operación de venta de motocicletas en la zona en que desplegaba su actividad.

CAPITULO SEGUNDO CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como se encuentran reunidos los presupuestos procesales para decidir el proceso, pasa el tribunal a ocuparse del fondo del asunto, habida cuenta, además, que la prueba que fue practicada a instancias de las partes fue objeto de contradicción y no se observan circunstancias que la invaliden o la hagan ineficaz puesto que, se reitera, los elementos constitutivos del debido proceso, a saber, la presencia de juez natural, la bilateralidad de la audiencia y la legalidad de los actos y procedimientos, están satisfechos.

LA PRUEBA PRACTICADA

Los diferentes medios probatorios invocados por las partes fueron ordenados y practicados por el tribunal arbitral, con miras a preservar las garantías procesales otorgadas por la Constitución y la ley. Así y a instancia de la convocada se recibió la declaración de parte del actor, la cual reposa a folio 298 del expediente. Por iniciativa de las partes, se tomó declaración de los señores

Diego Solarte, visible a folio 317; Iván Serna, que corre a folio 335; Juan Diego Fernández, obrante a folio 349; Carmen Elena Ruiz Jiménez, folio 365; Ángela María Hoyos C., folio 382; Guillermo Montoya, folio 512; Humberto Correa Echeverri, folio 408; Judy Mary Zuleta Vergara, folio 481 y Marco Tulio Uribe, folio 504. La parte actora desistió de los testimonios de Javier Parra R, Juan Manuel Montoya, Yamile Villamil C, Gustavo De Greiff, Robinson Zapata, Alfredo Ortiz Cano, Juan David Arango, Alexander Rosso Martinez, Albero Alvarez, Jorge De La Ossa Gracia, Mercedes Eufemia Marquez Guenzati, Nila Tovar e Ignacio Villa Martinez, según su manifestación visible en el acta de audiencia celebrada el primero (1) de junio de 2010 (folio 399).

Ha de resaltarse que las versiones recibidas, a la luz de la crítica del testimonio y de la sana crítica en general, pueden ser apreciadas toda vez que, aplicados los factores de análisis correspondientes, no existen motivos para rechazarlas.

Reposa en el expediente la siguiente prueba documental:

A) De folios doce (12) a noventa y tres (93), arrimada con la demanda, consistente en certificado de existencia y representación de INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS S.A. (Incolmos Yamaha S.A.); copia autenticada del contrato denominado contrato comercial de compraventa; copias de pagarés en blanco (0009254 y 0009255), con las respectivas cartas de instrucciones; certificados de libertad de las matrículas 346-0003765 y 346-0007206; original del comunicado 046187 de fecha octubre veintidós (22) de 1998; carta de fecha cuatro (4) de agosto de 1999 suscrita por Javier Parra R. e Iván de J Serna; cinco (5) fotografías de un local comercial; copia de la carta No. 0001716 de fecha diez (10) de octubre de 2008 suscrita José Luís Arango; documento titulado sistema de evaluación de almacén; plano de un centro de servicios; cartas 018304 de diecinueve (19) de abril de 2005, 000156 de veintidós (22) de enero de 2006, 43624 de trece (13) de julio de 1998, 48870 de diecinueve (19) de mayo de 1999 otra sin número de veintiuno (21) de septiembre de 1998 y 2596 de cuatro (4) de septiembre de 2006, que contienen invitaciones a convenciones, siete (7) fotocopias de certificados sobre participaciones en cursos de servicio, seminarios técnicos o a campañas de servicio; carta suscrita por Juan David Arango acompañada de volante con figuras de camisetas, mochilas y riñoneras de marca Yamaha y su lista de precios; cinco (5) fotocopias de facturas por concepto de consumos de restaurante y similares, carta suscritas el once (11) de febrero de 1999 por

Alfredo Ortiz Cano; formato de perfil del usuario; circulares 49751 de julio treinta (30) de 1999; 46899 de quince (15) de diciembre de 1998 y 46931 de diecisiete (17) de diciembre de 1998; relación de cuentas (seis folios) por cobrar a clientes, suscrita por Patricia González.

B) De folios doscientos diez (210) a doscientos cuarenta y nueve (249), que se adjuntó a la contestación a la demanda, consistente en extracto del cliente ZULETA MOTOS, RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA, Nit 3.958.063-7; copia auténtica de carta de julio catorce (14) de 2000 suscrita por Iván Serna, identificada con el número 02041; copia autentica de carta 004061 de veintiuno (21) de febrero de 2001 suscrita por Juan David Arango; copia auténtica de carta 012310 de cinco (5) de agosto de 2003 suscrita por Iván Serna y Alfredo Ortiz Cano; copia auténtica de carta 002857 de once (11) de septiembre de 2006, suscrita por Germán Cortes y Juan Martín Gómez; copia auténtica de carta 000937 del doce (12) de marzo de 2007 suscrita por Juan David Arango y Diego Solarte Padilla; copia auténtica de carta 001769 del veintinueve (29) de mayo de 2007, suscrita por Diego Alonso Solarte Padilla; copia auténtica de carta 0002202 del veintitrés (23) de julio de 2007, suscrita por Diego Alonso Solarte Padilla; copia auténtica de carta 0002642 del veintiséis (26) de agosto de 2007 suscrita por Diego Alonso Solarte Padilla; dos (2) copias informales de cuentas de cobro de la fundación musical Alejandro Rodríguez Pérez, Nit 800.043.110-9; copia auténtica carta 000635 del seis (6) de febrero de 2008 suscrita por Diego Alonso Solarte; copia auténtica de carta del diez (10) de septiembre de 2008, suscrita por Yamile Villamil C; copia de carta del doce (12) de septiembre de 2008, suscrita por Judy Zuleta.; copia auténtica de carta del diez (10) de octubre de 2008, suscrita por el Dr. José Luís Arango; copia auténtica de carta del seis (6) de mayo de 2009 suscrita por Rafael Zuleta Z; certificado de matrícula mercantil de ZULETA ZULETA RAFAEL AUGUSTO de la Cámara de Sincelejo; certificado de matrícula de establecimiento de Zuleta Motos; registro único empresarial del año 2005 de ZULETA ZULETA RAFAEL AUGUSTO; registro único empresarial, diligenciado el diecisiete (17) de marzo de 2006, de ZULETA ZULETA RAFAEL AUGUSTO; registro único empresarial del 2006 de almacén Tornimuelle Ltda.; registro único empresarial del año 2007 de ZULETA ZULETA RAFAEL AUGUSTO; registro único empresarial, diligenciado de almacén Tornimuelle; registro único empresarial, del año 2008 de ZULETA ZULETA RAFAEL AUGUSTO; registro único empresarial, diligenciado el 17/03/2008, de Tornimuelle Ltda; registro único empresarial del año 2009 de Tornimuelle Ltda.; registro único empresarial

diligenciado el 10/07/2009, de ZULETA ZULETA RAFAEL AUGUSTO. Con la respuesta a la demanda se agregó igualmente un CD denominado pruebas, que el tribunal ordenó tener como prueba, pero cuya valoración dejará de lado, pues no pudo tener acceso a información alguna del disco, si alguna contenía, como quiera que ensayado en tres distintos computadores, siempre apareció como disco en blanco.

C) Dentro de la instrucción, se allegó prueba documental constituida por la respuesta al oficio No 002 de catorce (14) de abril de 2010, emitida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Marcos – Sucre, folio 401; cinco folletos titulados informe de gestión 2005, 2006, informe anual 2007, 2008 e informe anual 2009 de INCOLMOTOS YAMAHA S.A. dentro de los cuales aparecen estados financieros, remitidos por John Freddy Mazo Arcila, gerente de auditoría de PricewaterhouseCoopers Ltda, con comunicación de folio 725 del cuaderno principal número 2 de quince (15) de septiembre de 2010 dirigida al tribunal como respuesta al oficio No. 003 y fotocopia de correspondencia que obra de folio 556 a 676 del cuaderno principal número 2, relacionada en el escrito del apoderado de la demandada visible a folios 551 a 555, fotocopias aportadas en cumplimiento de orden impartida por los árbitros en el curso de la diligencia de inspección judicial llevada a cabo el doce (12) de agosto de 2010.

Toda la prueba documental, goza de la autenticidad necesaria para la valoración de su eficacia probatoria.

También se practicaron dos dictámenes periciales, uno rendido el treinta (30) de junio de 2010, cuyo informe inicial y su aclaración obran a folios 427 a 450 y 523 a 538 y otro de septiembre primero (1º) de 2010 que corre a folios 684 a 686 y sus anexos entre folios 687 a 723, todos estos folios del cuaderno principal número 2; y una inspección judicial, pedida de forma conjunta por las partes del proceso (acta de folio 519 del cuaderno principal No. 2 y cuaderno separado de prueba inspección judicial, dentro del cual obran copias de registro de libros de la demandada, copias de resoluciones de la Dian de autorización de numeración de facturas, copia de órdenes de pago, extractos de cuenta del demandante y copia de facturas de los años 2006, 2007 y 2008).

El primero de los dictámenes fue oportunamente objetado, por error grave, por la parte convocada.

Conforme al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”*. El precepto agrega que *“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”*.

Destaca entonces el tribunal que la prueba obtenida muestra en su conjunto la existencia de un contrato entre las partes procesales, cuya naturaleza jurídica debe ser dilucidada como punto central. De su calificación, en efecto, depende la prosperidad de las pretensiones principales de la demanda, ya que la primera de ellas tiene como objeto que se declare que entre las partes se celebró y suscribió un contrato de agencia comercial de hecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.331 del Código de Comercio; y las pretensiones tercera, cuarta y quinta de la demanda se formularon como consecuenciales de la primera, dado que a través de las mismas se pretende el reconocimiento de prestaciones e indemnizaciones que tienen como base el reconocimiento de la agencia comercial de hecho. Por su parte, las pretensiones subsidiarias toman su fuente en la existencia misma del contrato y en la forma como éste terminó.

Del primer aspecto, la existencia de un contrato, da cuenta el documento de folio 17, que tiene la denominación de CONTRATO COMERCIAL DE COMPRAVENTA, cuyo objeto se delimitó en la cláusula primera así (F1 17):

“PRIMERA. OBJETO. El objeto de este contrato es la venta por parte de INCOLMOTOS a EL COMPRADOR de motocicletas con el fin de que EL COMPRADOR por su cuenta y riesgo los revenda dentro del territorio que INCOLMOTOS le indique mediante comunicación escrita que hará parte de este contrato. PARÁGRAFO: EL COMPRADOR acepta desde ahora para el correcto desarrollo del presente contrato, que INCOLMOTOS le asigne un territorio específico en donde EL COMPRADOR podrá desarrollar sus ventas, territorio que será fijado exclusivamente por INCOLMOTOS y el cual podrá ser ampliado, fraccionado o cambiado, sin que lo anterior implique de ninguna manera una indemnización por parte de INCOLMOTOS. EL COMPRADOR se compromete con INCOLMOTOS a aceptar dicha asignación de territorio.”

De la misma prueba practicada se concluye, sin debates en torno a ese aspecto, que la actividad desarrollada por el demandante lo fue en el municipio de San Marcos, Departamento de Sucre, y consistió en la distribución de motocicletas de la marca producida por INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.), así como repuestos y combustibles.

Pero mientras que la parte convocante sostiene que el contrato que en realidad se celebró y ejecutó entre las partes fue de agencia comercial "de hecho" (hechos 13, 16 y 21 de la demanda), la parte convocada al dar respuesta a la demanda aduce que se trató de un "contrato de Concesión Mercantil" que se denominó en el texto "Contrato comercial de compraventa" (Fs. 122 y s.s.).

Igualmente se resalta que la parte convocante esgrime que el texto del contrato suscrito entre las partes fue meramente formal, dado que el mismo no da cuenta "de lo que hicieron realmente los contratantes durante diez años de relación" (folio 4); por su parte, la sociedad convocada afirma que la relación jurídica que la ligó con el señor ZULETA ZULETA se rigió por las cláusulas pactadas en el contrato celebrado, con independencia de la denominación contractual que se le dio al negocio jurídico suscrito.

Significa lo anterior que las partes coinciden en que el contrato ejecutado no fue de compraventa, pero difieren en cuanto a la calificación del mismo y en cuanto a las condiciones bajo las cuales se desarrolló la relación jurídica.

EL PROBLEMA JURIDICO POR RESOLVER

En atención a las pretensiones formuladas en la demanda, así como en los argumentos de la oposición a ellas y en las excepciones que se plantearon como de mérito, el problema jurídico que debe resolver el Tribunal se refiere a las siguientes cuestiones:

1. ¿El contrato que unió a las partes del proceso fue en definitiva el que recoge el documento denominado *contrato de compraventa comercial* o fue uno diverso? ¿Si no fue un contrato de compraventa, fue uno de agencia comercial, como predica la parte actora?
2. ¿La terminación del contrato que vinculó al actor con la convocada, se ajustó a las estipulaciones convencionales y, en defecto de éstas, a la ley?

La razón de ser de estos interrogantes radica en la estructura tanto de la demanda como de la respuesta, precisamente, que lleva a los árbitros, con ocasión de su deber de interpretar aquella y ésta, a considerar la necesidad de fijar los alcances del debate, sin dejar de respetar los términos de éste delimitados por las partes. Justamente, la interpretación de la demanda,

actividad que ha sido definida por la jurisprudencia como una obligación del juez y no solamente como mera potestad suya, resulta ineludible cuando se evidencian aspectos que son fuente de imprecisiones y que, de no despejarse, afectarían la decisión misma por tomar en la solución del conflicto, manteniendo éste y a las partes en el estado de indefinición que buscaban resolver por medio del proceso.

Como justificación a su tarea interpretativa, que adoptará mayor cuerpo en el curso de la motivación, el tribunal insiste, en primera línea, en la coincidencia inicial de las partes acerca del contrato que no tuvieron, a pesar de la apariencia –concomitancia plasmada, a saber, en la demanda y en la contestación-, pues uniformemente expusieron que entre ellas no existió un contrato de compraventa: para la convocante, el contrato fue una agencia mercantil de hecho (lo que se verá luego que no podía ser, en el contexto de los hechos y con base en la ejecución del acuerdo de voluntades celebrado), mientras que para la sociedad convocada fue un contrato de concesión pero que, de todos modos, por los hechos que intentó demostrar, no estuvo regulado estrictamente por lo escrito en el documento privado que, como signo del negocio jurídico, fue suscrito el diecisiete (17) de abril de 1998 con el rótulo de compraventa.

Para efectos de desentrañar los interrogantes señalados, se toma como base que cuando las partes documentan un contrato, son las cláusulas acordadas y plasmadas en el documento las que regulan su relación jurídica, en aplicación del principio de la autonomía privada.

Sin embargo, el hecho de que se haya documentado un contrato no es óbice para que las partes demuestren que la realidad comercial trascendió el pacto escrito, estableciendo que la ejecución se ciñó a términos diferentes, propios de una modalidad contractual distinta. Es claro que sobre la parte que invoca la existencia de un contrato diverso al que se documentó, pesa la carga probatoria de demostrar tal supuesto.

El principio del contrato realidad invocado en la demanda no se agota en el ámbito del contrato de trabajo, pues el mismo tiene, igualmente, relevancia y aplicación en el derecho privado, donde el propio legislador civil le da prevalencia a la intención real de las partes frente a la literalidad de lo pactado (principio interpretativo establecido por el artículo 1.618 del Código Civil, de

recibo en materia comercial por el reenvío del artículo 822 del Código de Comercio).

En efecto, resulta factible que las partes -deliberada o inconscientemente- no hayan consignado por escrito la totalidad de las reglas que acordaron, o que en la medida en que la relación negocial se desarrolle, creen reglas nuevas que superen el tipo de contrato plasmado por escrito, que modifiquen la naturaleza jurídica de la relación inicialmente trabada o que determinen la coexistencia de una relación jurídica compleja.

Se insiste: en este caso la tarea que concierne al tribunal –como presupuesto necesario para acceder o negar las pretensiones principales antes descritas-, es la de establecer si se configuró o no la agencia comercial de hecho invocada en la demanda; resaltándose que de no concurrir los presupuestos para la estructuración de esta –y con independencia de la tipología real del contrato ejecutado entre las partes-, habrán de desestimarse las aludidas pretensiones.

Así centrado el análisis, incumbe al tribunal destrabar el litigio, a la luz de una simple consideración en torno del móvil que descubre la demanda, que no es otro que la queja del demandante por la forma de proceder que imputa a la demandada y por las consecuencias derivadas de la ruptura del contrato. En ese marco se asumirán, entonces, las pretensiones: las principales, en orden a definir si hubo agencia mercantil de hecho; las subsidiarias, de descartarse las principales, o sea, desconocida la agencia mercantil, si la terminación del contrato tuvo causa legal y justa o, de no haberla tenido, si produjo perjuicios al accionante.

SOBRE EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

Para el efecto antes explicado el tribunal encuentra preciso delimitar la agencia mercantil, con el fin de perfilar la agencia de hecho y, a partir de tales reflexiones, valorar si en la relación negocial que se desarrolló entre las partes se puede entender que existió la agencia a que alude la demanda.

El artículo 1.317 del Código de Comercio define el contrato de agencia comercial así:

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

La agencia comercial fue tipificada por el ordenamiento jurídico colombiano como contrato en el actual Código de Comercio, a través de una regulación equívoca que suscita controversia sobre los elementos esenciales que deben de converger para que dicho contrato se estructure.

Ello explica las divergencias doctrinarias sobre el alcance de la figura e inclusive la existencia de decisiones judiciales disímiles en torno de los supuestos que forman tal tipo contractual.

Para el tribunal, el contrato de agencia, teniendo en cuenta su descripción legal y su ubicación normativa, presenta las siguientes características:

a) Consensualidad. No se consagra por el ordenamiento positivo mercantil una formalidad específica para su perfeccionamiento. La exigencia que consagra el artículo 1.320 del C. Co. en relación con la inscripción en el registro mercantil del contrato de agencia, comporta una formalidad relativa a la publicidad del negocio jurídico y no una solemnidad, cuya omisión no tiene incidencia en la existencia o validez del contrato, sino en su oponibilidad a terceros.

El tribunal anticipa que en su criterio la ausencia de la inscripción de la agencia comercial no es el supuesto fundante de la agencia de hecho, discrepando en este punto de doctrinantes como GABRIEL ESCOBAR SANÍN que defienden tal concepto.

b) La autonomía o independencia del agente. El agente comercial es una persona natural o jurídica que ejerce con relativa autonomía el encargo que se le efectúa. La gestión encomendada la lleva a cabo con sus propios medios, asumiendo los riesgos de la actividad y coordinando la misma¹. Ello significa que su gestión es independiente (a diferencia de la subordinación que subyace en la relación laboral), pero sujeta a ciertas instrucciones y directrices

¹ El agente tiene su propia empresa, ha dicho la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de abril de 2008, expediente No. 0800131030061998-00171-01 M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, proceso de Solano Hermanos S. En C., contra Alpina Productos Alimenticios S. A.

establecidas por el empresario, tendientes a la cabal realización del encargo efectuado. Como empresario independiente el agente debe asumir los gastos que implique su actividad contando con la facultad de designar sus empleados, programar las actividades, sin sujeción a horarios o reglamentos.

c) Pese a su autonomía, el agente debe actuar siempre en interés del agenciado. Por ello debe acatar las instrucciones del agenciado y suministrar información sobre el mercado.

La jurisprudencia nacional ha sostenido que el agente debe obrar "por cuenta" del agenciado, siendo este un elemento esencial que caracteriza al agenciamiento y permite diferenciarlo de otros tipos contractuales.

En sentencia del dos (2) de diciembre de 1980, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. GERMÁN GIRALDO ZULUAGA, sostuvo que el agente comercial debe obrar en interés del agenciado. Luego, en sentencia de casación del 31 de octubre de 1995, expediente 4701 SOCIEDAD DISTRIMORA LTDA contra SHELL COLOMBIA S.A., con ponencia del magistrado PEDRO LAFONT PIANETA, la misma Corte ratificó su posición, en los siguientes términos:

*"Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de "promover o explotar negocios" del empresario "en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional" (Art. 1317 C. Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente **la obligación de actuar por cuenta del empresario** en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (vgr. contratos, ampliación de actividades, etc.), la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario. En cambio, la actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario." (Subraya y resaltado en "la obligación de actuar por cuenta del empresario", fuera de texto).*

En igual sentido, en sentencia del quince (15) de diciembre de 2006, la Sala de Casación Civil con ponencia del Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA sostuvo que la agencia mercantil presupone un trabajo de intermediación entre el agenciado y los consumidores, para crear, aumentar o mantener una clientela

para el empresario, explicando que el agente cumple una función facilitadora para la celebración de los contratos celebrados por aquél con terceros; le corresponde conseguir propuestas de negocios y ponerlas en conocimiento del agenciado para que sea éste quien decida si ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente, cuando tenga la facultad de representarlo.

Igualmente reiteró la Corte que si el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, significa que actúa por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones. De ahí que la clientela conseguida con la promoción y explotación de los negocios le pertenezca, pues, insístase, el agente sólo cumple la función de enlace entre el cliente y el empresario.

Tal planteamiento fue nuevamente acogido por la misma Corporación en sentencia del cuatro (4) de abril de 2008 (Magistrada Ponente Dra. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, proceso de SOLANO HERMANOS S. EN C. contra ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.).

En el mismo sentido, en laudo proferido el 11 de octubre de 2010, expuso el tribunal de arbitramento convocado para dirimir el conflicto suscitado entre ARCA ASOCIADOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN y BAVARIA S.A.:

“Significa lo anterior, expresándolo en otros términos, que el agente comercial siempre habrá de presentarse como gestor de intereses ajenos, así deberá ponerlo de manifiesto sin equívocos ante terceros y salvo estipulaciones específicas de garantía, no toma posición propia en los contratos realizados con su intervención. Por lo general –explica la doctrina [Enrique Guardiola Sacarrera. Contratos de Colaboración., Cap. 2º N.2.3] haciendo alusión a este elemento distintivo de la agencia comercial- el agente “...se configura como un mero intermediario que negocia por cuenta de un empresario (...) sin que por tanto sea él quien realice por sí mismo tales operaciones mercantiles. No actúa, pues, por cuenta propia, sino ajena, a diferencia del distribuidor (...) interviniendo a estos efectos como mero negociador que pone en contacto a un vendedor con un comprador, sin asumir riesgo ni

responsabilidad alguna del resultado de la operación que éstos concluyan. Pero puede también, mediante pacto expreso y poderes otorgados al efecto, asumir la función de concluir los contratos y operaciones por él promovidos firmando los correspondientes documentos contractuales, aunque siempre en nombre y por cuenta del empresario sin que ello suponga asumir, como se ha dicho, el riesgo y ventura de tales operaciones a las que, salvo estipulación en contrario, es ajeno, y por ello no pueden imputársele los resultados adversos de la operación concertada con terceros...”.

En coherencia con el criterio jurisprudencial expuesto, explica SUESCÚN MELO²:

“El encargo para promover” es realizado por el agente –bien en su propio nombre o en el del empresario-, pero siempre por cuenta de este último, en el sentido de que dicha promoción ha de beneficiar primordialmente al agenciado. En este sentido, el elemento “por cuenta” tiene más un contenido económico que jurídico, pues se refiere a las ventajas o beneficios que obtiene el agenciado, los cuales se derivan de la labor misma de contacto con los clientes potenciales y de persuasión para que adquieran los productos o servicios objeto de la promoción”.

“La “promoción por cuenta” se ha constituido así en la nota distintiva de la agencia frente a los demás negocios próximos a ella. Los otros elementos no sirven en verdad de diferencia específica. Recuérdese que la mera promoción, que es un ingrediente indispensable en el agenciamiento, su carácter especial es que el beneficiario de dicha gestión de promoción y quien asume sus costos y riesgos es el fabricante.

Así mismo, la supuesta determinación del beneficiario de los resultados o frutos de esas tareas promocionales no sirve de características de una u otra clase de contrato, así se diga que el agente ha de obrar, primordialmente, en beneficio del agenciado y que el distribuidor lo hace, principalmente, en su propio interés, pues lo que busca es revender los bienes que le pertenecen. En verdad, la promoción redundará en beneficio de ambos (productor y agente), pero tal beneficio tiene, sin duda, una mayor intensidad para el fabricante. Es claro que las ventas de las mercaderías son benéficas para los dos contratantes, pues de ellas derivan sus ingresos y utilidades, de manera que a ambos les conviene la apertura, la conservación y el incremento del mercado y la preservación y ensanche de la clientela que es lo que en últimas produce la promoción. De ahí que los fabricantes impongan la obligación de cumplir metas de ventas, o la consecución de ciertos porcentajes del mercado. Con todo, es indiscutible que la clientela que se va consolidando con los esfuerzos del agente le pertenece principalmente al fabricante, dueño, como es, de la marca y de los signos distintivos objeto de la promoción, lo que constituye un valioso activo, cuantificable económicamente, que seguirá en manos del fabricante aun después de terminado el contrato de agencia, lo que quiere decir que ese activo le permitirá proyectar hacia el futuro el usufructo de la clientela que le ayudó a conseguir el agente. De allí, precisamente, que, a la finalización del contrato, al agente se le recompensen esos esfuerzos que desplegó para conseguir y consolidar una clientela para el agenciado. En esto consiste entonces el elemento “por cuenta y en beneficio” del fabricante”.

² SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II. Segunda Edición. Ed. Legis, 2003. Págs. 469 y 470.

d) La estabilidad de las relaciones del agente con el empresario³. El de agencia es un contrato que tiene vocación de permanencia, pues envuelve un encargo (promoción o explotación de negocios) destinado a perdurar en el tiempo, a ser ejecutado durante un período significativo, ya que su propósito es el de buscar, preservar o consolidar una clientela para el empresario. La exigencia de estabilidad en el encargo prescrita por la norma citada, es elemento diferenciador de esta figura negocial de otras, como la comisión o el corretaje, en las cuales la intervención del intermediario es apenas transitoria.

En palabras de GABRIEL ESCOBAR SANÍN⁴, el agente debe desarrollar una actividad permanente tendiente a la venta o suministro de los bienes o servicios, por cuenta del empresario.

e) Supone actividad de intermediación⁵. Se trata de una labor de intermediación que puede o no llevar unida la facultad para el agente de concluir los negocios que promueve.

El encargo está dirigido a conquistar, conservar o ampliar un mercado del empresario (y no del agente). La promoción involucra el fomento del reconocimiento y aceptación del producto para incrementar el volumen de ventas, a través de propaganda y publicidad⁶.

Como lo expone JORGE SUESCÚN MELO en el ensayo titulado "*Comentarios sobre el Contrato de Agencia*", la promoción que supone la agencia comercial está dirigida a⁷ "*estimular los clientes ciertos, o potenciales, a incrementar su demanda de determinados bienes y servicios, de manera que se genere o se mantenga un mercado. Esto muestra que si el agente busca mantener un mercado, bien puede entrar en contacto con clientes ya conseguidos por el productor directamente o a través de otros intermediarios o agentes*".

³ Corte Suprema de Justicia. Expediente No.76001 3103 009 1992 09211 01 Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia de 15 de diciembre de 2006. Proceso de Loper Automoviliaria Andina S.A contra Suzuki Motor Co Ltda.

⁴ ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987. Pág. 423

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de abril de 2008, expediente No. 0800131030061998-00171-01 M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, proceso de Solano Hermanos S. En C., contra Alpina Productos Alimenticios S. A. Antes, en la sentencia de 15 de diciembre de 2006 que viene de citarse, la Corporación había considerado que el agente cumple una función facilitadora para la celebración de los contratos celebrados por aquél con terceros; desde esa perspectiva le corresponde conseguir propuestas de negocios y ponerlas en conocimiento del agenciado para que sea éste quien decida si ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente, cuando tenga la facultad de representarlo.

⁶ ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Ibid. Pág. 431

⁷ SUESCÚN MELO, Op. Cit, Pág. 417.

f) No implica la existencia de un mandato. Uno de los puntos que mayor controversia ha suscitado la agencia comercial es saber si este negocio jurídico supone o no un mandato. Pese a la ubicación legal de la figura, el tribunal considera que el encargo que es inherente a la agencia no comporta un verdadero mandato, ya que no es necesario que el agente esté habilitado para concluir contratos. Se trata más de un encargo de orden fáctico que de orden jurídico, donde la conclusión del contrato estará normalmente en cabeza del interesado.

Así, se dice que lejos de limitar el espectro de la agencia mercantil al terreno del mandato, el artículo 1.317 aludido, menciona expresamente la posibilidad de desarrollar dicha figura a través de conductas tales como la distribución o la fabricación.

A la definición se suman otras razones basadas en argumentos legales, tales como la que brota del artículo 1.330 del citado Código, según el cual al agente se aplicarán, en lo pertinente, las normas del suministro, pues se infiere que el legislador quiere aplicar a la agencia mercantil las normas de un contrato del cual se desprende la distribución de productos propios y no ajenos, todo lo cual se distancia considerablemente del mandato; y la que emana del artículo 1.331, que dispone que a la agencia de hecho se le aplicarán las normas de la agencia mercantil regular: como no es concebible un *mandato sin consentimiento del mandante*, entonces se concluye que las conductas de hecho a que se refiere la norma son operaciones de promoción distintas a la celebración de negocios jurídicos con efectos en un patrimonio ajeno.

Los anteriores elementos son de la esencia del contrato, lo que significa que tienen que concurrir todos, pues de lo contrario no se configuraría el contrato o degeneraría en otro⁸. Pero no pugnan con la presencia de otras figuras contractuales con las que la agencia puede tener afinidad, sin alcanzar a confundirse con éstas, dada su función intermediadora, es decir, siempre que se identifique la actividad de promoción y explotación de los negocios del empresario, podrá predicarse la presencia de agencia mercantil, más allá de que se obre como representante o agente.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de abril de 2008, expediente No. 0800131030061998-00171-01 M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, proceso de Solano Hermanos S. En C., contra Alpina Productos Alimenticios S. A.

Perfilado como viene de mostrarse el contrato de agencia comercial, es claro que sirve él a propósitos parecidos a los que se cumplen con el contrato de distribución.

La distinción entre las dos figuras contractuales reseñadas resulta especialmente relevante en razón de la alusión que al distribuidor hace el artículo 1.317 del Código de Comercio.

Ello implica diferenciar los elementos esenciales de cada contrato, en aras de no confundir los derechos y obligaciones que unos y otros le atribuyen al comerciante; y por ende las consecuencias jurídicas que de cada uno de ellos se derivan.

Por esto deben diferenciarse. Al respecto, explica FARINA⁹:

"En este sentido es interesante citar lo resuelto en un fallo, según el cual el contrato de distribución es un contrato consensual que otorga al distribuidor el derecho de vender en un sector determinado, cuya ganancia consiste, generalmente, en la diferencia entre el precio de compra y el de venta, denominada impropriamente comisión y más acertadamente de reventa y no de remuneración, pues ésta significa un pago hecho por otro, en tanto que el beneficio del distribuidor resulta de su propia actividad, pues él adquiere la mercadería y debe abonar su precio sea cual fuere la suerte posterior en su reventa; de modo que su ganancia depende exclusivamente de su éxito en el mercado y de la diferencia que obtenga entre lo que debe pagar al proveedor y lo que cobre a sus clientes.

Generalmente, los artículos objeto de distribución tienen un precio de mercado establecido por el productor al cual debe atenerse el distribuidor; pero nada impide que éste haga bonificaciones a sus clientes de acuerdo al modo de pago. Debe tenerse presente que en caso de no pago por parte del cliente esto afecta sólo al distribuidor, quien debe soportar todos los riesgos una vez que la mercadería queda a su disposición: deterioro, pérdida, falta de pago de los clientes. Etcétera".

Y más adelante apunta¹⁰ el autor:

"En realidad, dentro del contrato de distribución se inserta –necesariamente– un contrato de suministro, pues la obligación asumida por el fabricante de comercializar sus productos en esa zona por intermedio del distribuidor (y no directamente o por terceros) implica su obligación de suministrarle fluida y puntualmente la mercadería, en la medida y momentos en que éste lo requiera, y dentro de las condiciones pactadas.

A su vez, el distribuidor se obliga a efectuar las ventas del producto; pero, fundamentalmente, se obliga a pagar el precio de la mercadería que recibe en las condiciones y plazos pactados. Se obliga, más que a vender, a adquirir una cantidad mínima de mercadería dentro de los períodos previstos. Es natural que el distribuidor se esfuerce en vender esa cantidad mínima, pues de otro modo, acumulará un stock a pura pérdida. Claro está que el fabricante o proveedor pueden no conformarse con esa venta mínima y requerir al distribuidor una mejor política de ventas, para aumentar así la

⁹ FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Ed. Astrea. Buenos Aires. Segunda Edición. Pág. 413

¹⁰ *ibid.* Pág. 416.

colocación del producto en el mercado. Llegado el caso, y según lo pactado, habrá de analizarse si el distribuidor no aumenta el volumen de ventas por negligencia y de esto puede derivar una resolución anticipada del contrato.

Como explica Turrín, al hallarnos en presencia de un contrato de colaboración, debemos comprender que existe un conjunto de obligaciones para cada sujeto, que no pueden ser concebidas en forma individual, sino integradas a su totalidad para obtener la finalidad económica que tuvieron en miras al contratar”.

En criterio del mismo FARINA¹¹, como obligaciones y derechos del distribuidor pueden señalarse los que siguen:

- 1) *Crear una organización empresarial apta, o bien afectar una parte adecuada de la ya existente, para establecer un sistema de distribución acorde con lo convenido.*
- 2) *Distribuir el producto o servicio con exclusividad a favor del concedente, o sea, no comercializar otro de la competencia, salvo pacto en contrario. Entendemos que sólo si existe pacto expreso le estará vedado al distribuidor comercializar otros productos de distinto ramo (productos no competitivos).*
- 3) *Cumplir con el mínimo de compras convenidas en la forma y tiempo establecido, o que la requieran los consumidores. Acumular el stock necesario y respetar el precio fijado por el distribuido.*
- 4) *No exceder la zona de distribución delimitada.*
- 5) *Permitir una fiscalización razonable del distribuido (o concedente).*
- 6) *Pagar al concedente las facturas de los productos adquiridos.*
- 7) *Mantener el acondicionamiento de la mercadería.*
- 8) *Cumplir con las obligaciones a su cargo relativas a la publicidad.*

d) **DERECHO DEL DISTRIBUIDOR.**

- 1) *Percibir para sí el margen de reventas correspondientes a los productos distribuidos.*
- 2) *Exigir el envío de la mercadería en las cantidades necesarias para abastecer a los consumidores, y las cantidades adecuadas a la finalidad económica tenida en mira al contratar.*

Suele pactarse que el distribuidor deberá entregar al distribuido, en los períodos previstos, una liquidación detallada de todas las operaciones que realice, a la vez que el distribuido se puede reservar el derecho de controlar la distribución de los productos en cualquier etapa, para lo cual podrá inspeccionar los libros de comercio, facturas, remitos, comprobantes de pago, etc., del distribuidor”.

Implica lo anterior –y en ello insiste el tribunal- que mientras que el agente obra por cuenta ajena el distribuidor obra por cuenta propia, lo cual guarda relación con el reconocimiento de la actividad del agente –y no del distribuidor- como actividad de intermediación.

Sirve la ilustración que precede para comprender que frente a situaciones concretas la calificación de una relación comercial podría ser equivocada, de tenerse como agencia, sin serlo, o de llamársela o catalogársela de otro modo, cuando, con la claridad reseñada, refleja un contrato de distribución.

¹¹ *Ibid.* Págs. 417 y 418.

A manera de conclusión conviene abundar, en el pensamiento de la jurisprudencia nacional, para lo que interesa en el subjuice, consignado en la sentencia de seis (6) de julio de 2005, expediente No 0243-01, Magistrado Ponente SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO, proceso de GABRIEL BERNARDO ISAZA JARAMILLO CONTRA LA SOCIEDAD EL COLOMBIANO LIMITADA Y CÍA. S. C. A., en la cual la Corte Suprema inició sus consideraciones citando del expediente 4701 de 1995 que

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

"La actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario".

Entonces, puntualizó la providencia que

"para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por sí sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta".

La decisión, en todo caso, debe basarse en el análisis fáctico, que en el asunto resuelto por la alta Corporación arrojó "la ausencia de un acuerdo que fuera constitutivo de la remuneración, el ejercicio positivo de una actividad constante de éste pero que redundaba en su propio beneficio personal, aunque por fuerza tuviera necesariamente reflejo lucrativo en pro de la demandada;(y) una labor permanente pero entendiendo que lo hacía como propietario de su negocio, y no en desarrollo de una agencia comercial".

Para el caso en estudio, emerge de toda la doctrina expuesta, que el señor RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA fue en realidad un distribuidor de motocicletas y repuestos fabricados por INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.), como se infiere de los diversos medios de prueba practicados en la instrucción y se resalta en el resumen que a continuación se realiza.

La prueba testimonial recibida por petición de la parte demandante se orientó, como complemento de varios documentos, conforme se puede leer en las versiones escritas, a establecer una relación de subordinación que en su criterio existió hacia la sociedad convocada al arbitraje, en cuanto ésta imponía condiciones y exigencias que, al tenor de las afirmaciones de la parte actora, son propias de una agencia comercial. El examen en conjunto de esas declaraciones lleva al tribunal a afirmar que los requisitos de existencia y validez de tal medio de prueba están satisfechos a cabalidad y que no hay motivos de tacha o sospecha que las afecten. Pero corresponde asignar mérito individual a los relatos de los deponentes, en particular por lo que concierne al alcance jurídico de lo que se buscó delimitar.

Diego Solarte (testimonio visible a folio 317, audiencia del seis (6) de mayo de 2010), vinculado con INCOLMOTOS desde noviembre de 1997, como coordinador de ventas hacia el 2001 y entre 2003 y finales de 2006 en la zona de la costa, en la parte comercial, conoció al demandante como distribuidor, aunque tuvo trato directo con él de 2004 a 2006 aproximadamente, con la precisión de que el contacto era más bien con "Carmen, que era la niña que básicamente mantenía en el negocio, con ella básicamente, y después con Judith, que era la administradora, y Judith era la que asistía por ejemplo a las convenciones, ella era la que asistía en representación de ZULETA MOTOS". Indicó que no conoció el contrato celebrado por la sociedad demandada con el convocante, pero narró que era "un contrato de compraventa, nosotros le vendemos y él nos compraba motocicletas y repuestos". Sobre aspectos centrales del debate, apuntó, refiriéndose primero a cómo operaba el contrato:

Motos, repuestos y lubricantes, nosotros tenemos unos productos que ellos nos compran y nos pagan en unos plazos que se tienen estimados; él a su vez les pone un precio, nosotros tenemos en la lista un precio sugerido, un precio que él puede tomar de base si así lo desea, y él a su vez lo vende al precio que él considere en la zona que tiene de influencia; lo mismo opera para repuestos, nosotros en repuestos les vendemos a ellos a un precio y ellos tienen libertad de venderlo al precio que consideren prudente para subsistir en el negocio. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR JUAN CARLOS GAVIRIA:** ¿Qué injerencia tenía INCOLMOTOS YAMAHA en el negocio que manejaba en el establecimiento de propiedad el señor ZULETA? **CONTESTO:** ¿Cómo injerencia?, ¿me explica la palabra? **PREGUNTADO:** Injerencia es qué tipo de intervención, que influencia, si había controles. **CONTESTO:** No, nosotros vendemos para que ellos nos paguen, y ellos se encargan de revender y comercializar el producto, financiar como ellos consideren que deben financiar en la zona, y nosotros tratamos de enseñarles las mejores prácticas, de hacer capacitaciones a la fuerza de ventas, para que se vuelvan más competitivos, pero esa es una invitación que no es de carácter obligatorio, porque hay distribuidores que simplemente no envían al vendedor a capacitación por cualquier motivo. Eso es lo que hacemos, pero una injerencia directa, ninguna. **PREGUNTADO:** ¿Existían cuotas de venta o de compra, de INCOLMOTOS YAMAHA frente al señor ZULETA? **CONTESTO:** Presupuestos. **PREGUNTADO:** ¿Nos explica en qué consistían esos presupuestos? **CONTESTO:** Los presupuestos surgen de la historia de la zona y del potencial de crecimiento que tiene, y muchas veces de la

participación de la competencia. Me explico, nosotros asignamos presupuestos basados en cómo ha sido la historia del distribuidor, y de un estándar de crecimiento que cualquier mercado natural tiene. Mal diría uno que va a querer vender menos un año que el anterior; entonces hay un crecimiento, porque los costos a todos nos aumentan, entonces nosotros debemos aumentar también las ventas para que los mismos sean rentables. Basado en eso entonces hacemos un presupuesto, dados también los modelos que participan en esas zonas, es decir, en cualquier negocio de vehículos, hablo de vehículos de gente que conozco, los modelos se desenvuelven de acuerdo a la zona en que esté. Entonces de acuerdo a eso nosotros asignábamos presupuestos para que ellos trataran de cumplir sus presupuestos y ganen dinero, porque a nosotros nos interesa que nuestra red de distribución venda a sus clientes y gane dinero, para que continúe en el negocio. **PREGUNTADO:** ¿Cómo controlaba INCOLMOTOS YAMAHA, si es que lo hacía, el cumplimiento de esos presupuestos a los que usted se ha referido? **CONTESTO:** Nosotros mandábamos información: "vea, usted va de esta manera", o "va de esta otra", "haga un esfuerzo, porque está un poco quedado", tratábamos de apoyar a la empresa. Como le digo, de la forma en que uno capacite la fuerza de ventas, uno puede garantizar que sea más competitiva a la hora de vender. **PREGUNTADO:** Indique qué directrices, si es que las había, fijaba INCOLMOTOS YAMAHA en relación con la publicidad de los productos que le vendía al señor ZULETA. ¿Había directrices en materia de publicidad? **CONTESTO:** No, nosotros sacamos una publicidad corporativa, en algunos casos les regalábamos la pista, la pista es como el comercial genérico para que el distribuidor lo ponga, de dinero suyo, y le ponga "la pata" que llamamos, o sea, "ZULETA MOTOS" por decir algo, en esa pista. **PREGUNTADO:** En el contrato celebrado entre las partes se estableció como obligación del comprador: "*cumplir oportuna y fielmente las pautas comerciales de INCOLMOTOS*". ¿Le quiere explicar a este Tribunal a qué se refieren esas pautas comerciales? **CONTESTO:** Yo no las recuerdo completas, no las recuerdo bien en este momento. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** Usted pasó muy rápidamente de compraventa a decir "distribuidores". Yo todavía no capto bien. Quiero expresarlo con esta pregunta: ¿podía el señor ZULETA vender motos de una marca distinta a YAMAHA? **CONTESTO:** Sí, claro, él de hecho lo hacía, él tenía otras dos marcas en San Marcos. **PREGUNTADO:** ¿Qué eran cuáles? **CONTESTO:** Creo que eran Jialing y Jincheng. **PREGUNTADO:** ¿Por todo el tiempo que usted conoció, que tuvo que ver con ello? **CONTESTO:** Sí, claro, él tenía otras marcas, es que nosotros nunca le decimos a un distribuidor nuestro en qué invierte su dinero; él tiene nuestro negocio y puede tener otros negocios.

La información que suministró el testigo, quien expuso la ciencia de su dicho sin asomo de dudas o incoherencias, lleva a la conclusión de haber existido independencia en la actividad del actor, frente a la convocada y que ésta desplegó y ejecutó actos que no implicaban subordinación para aquél sino, en cambio, acciones encaminadas al mantenimiento de su empresa comercial, para la explotación adecuada de su marca y el incremento de las ventas de su producto, que no pueden encasillarse como constitutivas de una agencia mercantil. Para el tribunal es claro que la protección de la marca por parte del dueño de la misma, no convierte automáticamente el contrato celebrado en una agencia comercial, por ser una actuación validamente reservada al convocado.

El declarante Iván Serna, coordinador de ventas de la sociedad demandada para finales de la década de los 90, cuya declaración corre a folio 335 del cuaderno principal 2, expuso en la audiencia de seis (6) de mayo de 2010, tras de aceptar que conoció al demandante, sobre la relación comercial con éste, que "él nos compraba unas motos e INCOLMOTOS se las vendía, y lo atendíamos como para el tema de los pedidos que él hacía a INCOLMOTOS, y

básicamente la relación comercial se tenía era con atender los pedidos que él hacía a INCOLMOTOS y coordinar para el despacho de él". Dijo igualmente que "INCOLMOTOS tiene una política de tener una infraestructura, se recomienda tener una infraestructura completa para la buena representación de la marca, y ellos, los distribuidores, tienen la infraestructura física que llamamos las 3S, venta, repuestos y servicio, y era básicamente lo que se le sugería a él que tuviera: se le recomienda a los distribuidores que tengan la infraestructura completa en el área de venta, repuestos y servicio" y que la opositora no intervenía en la actividad de los distribuidores, porque solamente "les recomienda, asesora en el tema de cómo es mejor tener el local, en base al desempeño de otros representantes de la marca y eso, pero así como incidencia directa, no". Y ante interrogantes del apoderado de la parte actora, anotó:

PREGUNTADO: Con relación al local, si incumplía con alguna de las sugerencias hechas en los manuales, ¿también se le requería y se le decía que se pusiera al día con las que llaman ustedes "buenas prácticas"? **CONTESTO:** Se le recomendaba que organizara lo que tuviera que organizar, con base a lo que estaba establecido. **PREGUNTADO:** Con relación a los talleres, ¿qué observaciones comunes se hacían? **CONTESTO:** Observaciones para la buena representación de la marca: que tuviera un taller limpio y organizado, que tuviera como herramienta la herramienta que INCOLMOTOS le sugería para que prestara un buen servicio, y para que a través de la venta que él hacía a sus clientes, pudiera tener una mejor atención, para que los atendiera mejor, los asesoráramos para que la marca estuviera bien representada en los clientes que él atendía. **PREGUNTADO:** Dentro de las sugerencias (entre comillas) que ustedes hacían al señor ZULETA, ¿estaba la de que también distribuyera productos accesorios y los ligaban a la venta de productos como las motocicletas? Si quiere le explico: la venta por ejemplo de camisetas, la venta de gorras, la venta de cascos, iba ligada a la venta de las motocicletas. **CONTESTO:** Ligada a la venta de las motocicletas, no; YAMAHA tiene como una filosofía corporativa de actitud de servicio, entonces recomendamos que los clientes que los distribuidores tienen sean bien atendidos por la marca, y les recomendamos, les sugerimos qué debe tener para que el cliente vea como una buena representación. ¿Entonces por qué la ideología de YAMAHA de tener las 3S? Porque cuando un cliente compra una motocicleta, lo más lógico es que cuando uno compra una motocicleta pueda tener dónde comprar el repuesto, porque de pronto es muy engorroso uno comprar un vehículo o una moto, y cuando le falle algún repuesto tener que salir a buscarlo a otro lado. Entonces cuando ya encuentra repuestos en el mismo almacén, ¿entonces quién me lo instala o quién me lo repara? Entonces por eso YAMAHA tiene como filosofía tener las 3S, y recomienda que se tenga dentro del mismo almacén integrado los tres servicios, para que le puedan prestar un mejor servicio a sus clientes.

Sobre imagen corporativa informó:

PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR HUMBERTO JAIRO JARAMILO: Por favor, frente a un documento denominado "Manual de imagen corporativa", que está de folios 47 a 50, que contiene fotografías de lugares y planos, ¿qué puede usted explicar de eso con relación al contrato que existió con el señor RAFAEL ZULETA? **CONTESTO:** Como usted mismo lo dijo, doctor, nosotros tenemos un manual de imagen corporativa, que se recomienda al distribuidor que debe tener esto para poder tener mejor identidad de marca, porque si está vendiendo nuestra marca, entonces debe ser una continuidad lo que está representando; debe tener un aviso que identifique la marca YAMAHA, le recomendamos que tenga, como les decía ahorita, el centro de servicio organizado, limpio, mínimo con un banco de trabajo para que pueda prestar un mejor servicio, que en la parte de repuestos tenga organizados y exhibidos los

repuestos, le recomendamos que las motos estén bien exhibidas, limpias organizadas, que estén con los espejos. Todo eso hace parte como de una identidad visual, para que cuando un cliente llegue allá a comprar una moto, sepa que llegó a una marca como YAMAHA.

Conforme a este testimonio, entonces, sustentado en el conocimiento personal del deponente, por su vinculación con la demandada en el área de trabajo que comprendía la faceta comercial de la ejecución del contrato que tuvieron las partes, la sociedad accionada no imponía exigencias de presentación o formato de local o establecimiento, o pautas de publicidad, pero sí las organizaba para el mantenimiento de la imagen corporativa, lo cual, *per se*, además de haberse pactado en el contrato que se nombró como compraventa (cláusula decimocuarta, folio 20 del cuaderno principal 1), no sería suficiente para configurar una agencia comercial. Vuelven al análisis los comentarios de FARINA, plasmados párrafos atrás, sobre las obligaciones del distribuidor, como guía para el descubrimiento de un contrato de distribución y no para la tipificación de uno de agencia mercantil.

Acerca del tema publicitario y de imagen coincidieron otros testigos, como Humberto Correa Echeverri (audiencia de 6 de mayo de 2010, folio 408 del cuaderno principal 2), Juan Diego Fernández (audiencia de 18 de mayo de 2010, versión obrante a folio 349 del cuaderno principal 2), Ángela María Hoyos C. (audiencia de 18 de mayo de 2010, versión obrante a folio 382 del cuaderno principal 2), Guillermo Montoya (audiencia de 21 de julio de 2010, folio 512 del cuaderno principal 2). Todos al unísono, distribuidores de motocicletas producidas por la sociedad convocada, dan cuenta de cómo ésta tenía instructivos para su imagen corporativa, al tiempo que dan a entender sobre la finalidad de los mismos. El tribunal, si bien es claro que con esos dichos se demuestra lo concerniente a la relación jurídica particular de esos distribuidores, que bien puede ser situación diversa a la que se pudo tener con el demandante, por la consistencia de los relatos, infiere, a manera de indicio, que lo afirmado por los declarantes era un comportamiento uniforme de la parte demandada frente a otros contratantes y alcanzó a serlo igual con el actor, en cuanto otras narraciones, de personal interno vinculado a la accionada pero que tuvo que ver con la ejecución del contrato cuya clase y naturaleza se quiere definir, ponen de presente hechos parecidos a los expresados.

Con sujeción a la enseñanza de FARINA, como se subrayó en otro aparte, son obligaciones del distribuidor las de cumplir con el mínimo de compras

convenidas en la forma y tiempo establecido, o que la requieran los consumidores, acumular el stock necesario y respetar el precio fijado por el distribuido. ¿Se debía dar ello en el caso del señor ZULETA e INCOLMOTOS?

La respuesta es afirmativa. Si se toma como punto de partida el contrato llamado de compraventa, se podrá asegurar, por su objeto, a modo de marco para contratos repetidos, que RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA debía comprar a la demandada los productos de ésta, los cuales distribuiría en la zona de San Marcos. No tendría sentido, por supuesto, que quedara al arbitrio del actor comprar, porque de ese modo no se satisfaría la finalidad contractual que ambas partes perseguían. El demandante, entonces, se obligó a comprar. Pero, si el contrato, como empresa común, tenía un propósito de lucro para las dos partes, era obvio que se trazaran unas metas en el mercado que el señor ZULETA ZULETA atendería. De allí, como se dedujo de algunos testimonios, la existencia de un presupuesto de ventas para los distribuidores, el cual era anual, según se confirma de documentos como los que aparecen a folios 227, 228, 230 y 291 a 294.

En efecto, por lo que toca a la prueba oral, Carmen Elena Ruiz Jiménez (audiencia de 18 de mayo de 2010, folio 365, secretaria y vendedora al servicio del accionante), informó que personal directivo de INCOLMOTOS YAMAHA, como los señores Iván Serna, Diego Solarte, Jorge Enrique Herrera, Yamile Villamil, Mario Mesa, visitaba el establecimiento ZULETA MOTOS, semestralmente, y “últimamente....las visitas se hicieron más seguidas, porque ya eran dos los que estaban distribuyendo las motos”. Esos señores “iban a revisar, a mirar cómo era el manejo del almacén, si se estaban cumpliendo con las expectativas que ellos imponían, “O sea, si el presupuesto de las ventas de motocicletas se estaba cumpliendo, cómo era la relación con los clientes, si prestábamos el servicio técnico completo”. Igual exposición hicieron Angela María Hoyos C. (quien situó la existencia de esos presupuestos hacia el año 2007, ver folio 384 cuaderno principal 2) y Humberto Correa Echeverri, (folio 417 cuaderno principal 2) quien concretó:

PREGUNTADO: Sirvase indicarle al Tribunal si la sociedad que usted representa, tiene asignadas cuotas de venta o de compra por la sociedad aquí convocada. **CONTESTO:** Sí, nosotros recibimos un presupuesto de acuerdo como a las ventas del año anterior, recibimos un presupuesto de INCOLMOTOS YAMAHA, el cual es como un sugerido también de INCOLMOTOS para nosotros trabajar y poder como dar un crecimiento a lo que debemos luchar. **PREGUNTADO:** ¿Nos quiere precisar en qué consiste ese presupuesto? **CONTESTO:** De acuerdo a las ventas que yo tuve el año anterior, INCOLMOTOS, de acuerdo a un crecimiento que dé el país, o la economía, o el mercado,

de acuerdo a las marcas, nos dice: "bueno Humberto, usted vendió mil motos, vemos que este modelo ya no podemos con él, o este está caído, o este ya nos llegó competencia, vemos como mercado por este", entonces nos mandan un presupuesto donde nos dicen: "bueno, vamos a mantener un crecimiento del 20, 25%", pero es un sugerido del presupuesto, y de ahí muchas veces hay algunos concursos de YAMAHA, que si yo logro el presupuesto o logro superar el presupuesto y cumplir con otros requerimientos como de INCOLMOTOS, de tener la sala organizada, de tener una sala bonita, de tener una imagen corporativa, puedo entrar a concursar en unos paseos o en unas salidas.

PREGUNTADO: ¿Cómo verifica INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A., que la sociedad que usted representa cumpla esos presupuestos?

CONTESTO: Yo mensualmente envié las ventas de lo que hice, yo mando un pedido, un formato que se llama "ventas y existencia", entonces yo le mando a INCOLMOTOS la existencia que tengo y las ventas que hice, y adicionalmente el pedido para el próximo mes; es un pedido, el presupuesto yo lo he tenido siempre con INCOLMOTOS, que lo cumplo si el mercado se da para cumplirlo, sino no se cumple, porque de alguna manera si uno no cumple el presupuesto, es porque no hay demandas de las motos; entonces más que como una propuesta de venga vendamos esto, que sea algo que nos estén obligando a nosotros a vender eso, no, yo refiero el presupuesto e intento cumplirlo, pero si no se vende, de ahí no pasa.

PREGUNTADO: ¿Existe algún tipo de medida por INCOLMOTOS YAMAHA si MUNDO YAHAMA no cumple con el presupuesto?

CONTESTO: No. ¿Como medida de sanción o de qué?

PREGUNTADO: Como una sanción, por ejemplo.

CONTESTO: No.

Judy Mary Zuleta Vergara (testimonio rendido el 8 de junio de 2010, folio 487 del cuaderno principal 2), asesora contable del demandante entre 2002 y 2008, informó que

Cuando Yamile Villamizar me fue a visitar, que fue cuando la conocí, eso fue en febrero, en febrero yo no hice pedidos de motos, hice en enero, hice en diciembre, en enero, en febrero no hice porque nosotros si no cubríamos la facturas, no teníamos crédito y no podíamos pedir en ese mes. ¿Qué paso? Ella me fue a decir y yo le dije: "Yamile, mira, me estás pidiendo una adecuación", porque la adecuación como tal para el manejo de la marca o para la imagen corporativa de la marca, iban cambiando. O sea, ellos creían que uno tenía plata. Entonces por lo menos hoy los requerimientos son estos, ya esa vez eran mucho más onerosos. ¿Por qué? Porque por lo menos en ese requerimiento que nos hacían para la nueva adecuación, para la nueva presentación de la marca, nos decían: "no, es que todo el sector de la parte de repuestos tiene que ir cerrada en drywall; esto lo van a hacer así, así, así", fue un señor de mercadeo de INCOLMOTOS, fue un señor de mercadeo, nos hizo el plano de acuerdo al local, nos hizo el plano cómo debería ir el cerramiento de drywall, cómo iban a ir adentro los stocks de inventario, cuál era la vitrina, cómo iba a ser la vitrina de ventas, la parte de cómo se iban a exponer las motocicletas. Es más, para la parte de talleres nos especificaban hasta el piso que debería ir en los talleres, los colores de los logotipos, los colores de cómo iban, que era blanco, gris humo, rojo, azul, tal el logotipo cómo debía ser, cómo debían ser los avisos. O sea, ellos nos daban no solamente...

PREGUNTADA: Perdón, en cuanto a ese punto, esas disposiciones de INCOLMOTOS sobre la adecuación del local y demás, ¿entre 2002 que usted llegó, y 2008, cuántas veces se presentaron?

CONTESTO: Hubo tres; nosotros hicimos la del 2003 y empezamos a hacer la del 2008, nosotros alcanzamos a cambiar la del 2008. Eso lo cambiamos nosotros, nosotros no éramos fuertes en el mercado, hay gente que maneja unos capitales grandes, ellos tenían que entender eso también, hay distribuidores que no solo manejan la distribución en un pueblo, la manejan en ciudades, y son hasta siete y ocho puntos de distribución, los miden con un gran volumen, y a nosotros no nos podían medir desde esa misma forma, nosotros manejábamos un capital menor, y ellos también tenían que ser consecuentes con eso, y nos hacían la exigencia y teníamos que cumplir con eso.

Sobre otros aspectos de la ejecución del contrato, comentó a folios 496:

PREGUNTADA: El método para establecer los precios sobre las motocicletas, sobre los repuestos y sobre los lubricantes, ¿cómo era el procedimiento, el método sobre esos tres elementos: motos, lubricantes y repuestos?

CONTESTO: Ellos manejan una

estandarización de precios y nosotros solamente trabajamos sobre el margen que nos establecen a nosotros por utilidad. Ya yo explique cómo se establecía el margen.

PREGUNTADA: ¿Qué pasó con la clientela de motocicletas después de la terminación unilateral del contrato por parte de INCOLMOTOS? **CONTESTO:** Los que seguían fieles a la marca se fueron para el otro distribuidor y nosotros quedamos sin nada que ofrecer, y tampoco ni siquiera nos iban a pagar mucho menos si no teníamos nada que vender, solamente la parte de repuestos que nos quedaron.

PREGUNTADA: ¿Qué pasó con la cartera de ZULETA MOTOS después de terminado el contrato unilateralmente con INCOLMOTOS? **CONTESTO:** Nosotros nos vimos abocados para poder recuperar la cartera en San Marcos, hay una cultura de pago que siempre es difícil; si nosotros cerrábamos el establecimiento como tal, como nos lo exigía INCOLMOTOS que teníamos que cerrar, nos dijeron: "hoy cierran, el 24 de diciembre cierran, hasta ahí llegamos con ustedes, nosotros no les podemos seguir vendiendo, me quitan avisos, me quitan todo", sin tener en cuenta que teníamos una cartera de alrededor de seiscientos millones de pesos en ese momento. Yo me reuní con ellos, yo les pedí, yo les rogué a ellos que nos reuniéramos, que miráramos el trabajo que habíamos hecho durante diez años, que era un problema de apalancamiento financiero, que me ayudaran. Se los pedí, quedaron de darme respuesta, se reunió el doctor Gustavo de Greiff, el doctor José María nos acompañó también esa vez, una serie de funcionarios de INCOLMOTOS. Nunca recibí respuesta, me hicieron venir aquí y nunca recibí una respuesta al respecto. No les importó dejarnos tirados con una cartera y con unas personas que trabajaban con nosotros, no les importó.

PREGUNTADA: ¿Y qué pasó con el establecimiento de comercio ZULETA MOTOS después de la cancelación unilateral del contrato? **CONTESTO:** ZULETA MOTOS siguió abierto, doctor, para poder recaudar la cartera. Nosotros cerrábamos y a dónde nos iban a ir a pagar. Teníamos que tener la secretaria, teníamos que tener cobradores. Es más, un gancho para nosotros fue que como nosotros en el 2008 vendimos motocicletas, son motocicletas que tienen una garantía de un año, nosotros vendemos con créditos de doce, veinticuatro y hasta treinta y seis meses. Para poder nosotros tener el gancho de tener al cliente, de traer al cliente al local, seguimos hasta con la parte de taller abierta, tuvimos un técnico durante un año, y en diciembre lo tuvimos que sacar. Se ha recaudado parte de la cartera, muy poca, es muy difícil, ya eso prácticamente...

Versión de primera mano, la anterior, la entiende el tribunal como ilustrativa de la forma como se desarrollaron en la realidad las relaciones comerciales entre las partes, modo el mismo que, como se puso de presente en otras narraciones, derivó del contrato de distribución y que no perfilaron, por parte alguna, uno de agencia mercantil.

Marco Tulio Uribe Carriazo, cuyo relato aparece a folio 505 del cuaderno principal 2, antecesor del demandante en la distribución de Yamaha en San Marcos, comentó al tribunal, al ser preguntado sobre fracasos económicos del señor ZULETA, ZULETA, que "No, antes él es reconocido por su éxito comercial; el tipo es comerciante, en alguna época comercializaba productos agrícolas, tiene una agroindustria allá de secamiento; el tipo es terrateniente, él es conocido en la zona como empresario exitoso".

Todo indica al tribunal, por tanto, que en ningún momento el contrato entre las partes fue de agencia comercial y que los factores de exigencias de la convocada al convocante, para la explotación del ramo de negocios de la distribución de motocicletas, repuestos y lubricantes no aparecen suficientes para afirmar un acuerdo diferente al de un contrato de distribución.

A esta altura del examen, queda por revisar si entre RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA e INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) hubo, entonces, ya no concertada o acordada, una agencia mercantil de hecho.

Para saber qué es la agencia comercial de hecho, no es descabellado creer que su concepto se pueda estructurar a partir de la definición que de la agencia comercial consagra la ley, en el artículo 1.317 antes considerado. De acuerdo con el texto legal, el agente obra o como representante del empresario, o como fabricante o distribuidor de sus productos. De modo que la propiedad de éstos no es del agente.

La expresión **de hecho** alude a la fuente de la institución. Es lo que se ha subrayado en otras ocasiones¹²:

Extremo opuesto a **de derecho**, es lo mismo que **en los hechos, o por los hechos**, que es tanto como ausencia de una expresión de voluntad directa, encaminada al nacimiento de un contrato en el sentido estricto de lo que éste es. Las figuras de hecho no excluyen los pactos o los convenios totalmente: nada impide señalar que los socios de hecho han conversado sobre su propósito de tener esfuerzos comunes en la explotación de un negocio, porque es verdad que la sociedad no proviene de la nada; y en el caso de los compañeros que conviven, al menos para esto se dieron un sí que, evidentemente, no es el contrato formal del matrimonio.

Las figuras de hecho, entonces, en el derecho, tienen de común – y ahí aparece la inducción – que surgen o brotan de los hechos, de sucesos que se presentan entre dos sujetos y que estructuran entre ellos una relación jurídica, que suele tener un contenido u objeto análogo al de otra entidad nacida de una expresión reflexiva de voluntad. Como lo enseña FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO en su obra "El Negocio Jurídico" (Ed. Civitas S.A.; Madrid, 1991, página 47) "*su peculiaridad reside en que no se trata ya de un hecho o conducta a la que se otorgue significado de negocio jurídico y, de la que consecuentemente, se derivará la relación negocial, sino que, por el contrario, lo que hay es un hacer continuado de las partes, idéntico al que habría de tener como fundamento un negocio jurídico válido. Falta el hecho generador de los derechos y obligaciones, pero éstas y aquéllos se han estado dando de modo continuado*". Debiéndose resaltar, como lo explica el mismo autor, que "*en el ámbito de la autonomía privada se atiende en primer lugar a la conducta significativa de las personas –en su doble aspecto individual y social– como fundamento de la regla negocial y de la responsabilidad negocial*" (ib. Pag. 40), lo cual explica la aplicación a las figuras de hecho de las reglas que regulan la modalidad contractual análoga.

Es lo que pasa con la agencia de hecho. No tiene origen en un contrato, en el sentido de haberse celebrado éste. El hecho jurídico antecedente de que hablara Schreier, en este caso, no es el acuerdo de las voluntades obtenido por el diálogo directo de los contratantes, y en cambio es, ese hecho jurídico antecedente, la ejecución de una actividad que es propia del contrato de agencia y que por esa razón el legislador no podía dejar sin protección.

Dado este análisis, se puede afirmar que la agencia comercial de hecho consiste en aquella situación en la cual, sin mediar un contrato de agencia comercial como tal, a

¹² Laudo arbitral de CAMSEL LTDA contra POSTOBON S.A., Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

saber, uno que haya sido celebrado verbalmente o por escrito, con la plena conciencia de su objeto y alcance, se presenta la explotación de los negocios de un empresario por otra persona, a través de la promoción o distribución de los productos de aquél contando con su aquiescencia o tolerancia.

Pero interesa saber, porque no podría ser de otra manera para el descubrimiento de las consecuencias jurídicas que se han de aplicar a los hechos, de qué modo el agente de hecho llega a serlo. Lo que viene de exponerse no tiene cabida en supuestos en que una persona se presenta donde el empresario y le expresa que de tiempo atrás ha promovido en una zona geográfica sus productos, porque ni más ni menos ese sería un asalto al empresario. Por similar razón tampoco tiene lugar en el cuasicontrato de la agencia oficiosa. Pero cuando el empresario ha tenido algún conocimiento de tal realidad – dígame la promoción o explotación de sus productos por el tercero - y más aún ha intervenido en la configuración de ésta, no pueden tenerse vacilaciones para concluir que, si no se perfeccionó un contrato de agencia, los hechos sí pueden dar fe de su existencia.

Justamente eso es lo que se revela en los eventos en que dos comerciantes tienen celebrado un contrato determinado y en la medida en que lo desarrollan dan paso a relaciones jurídicas simultáneas, concurrentes y paralelas que son propias de un contrato diverso que no absorbe el primero y tampoco lo excluye.

De la prueba recaudada no se persuaden los árbitros que haya existido una relación mercantil de hecho, en los términos que vienen de plantearse, esto es, que “sin mediar un contrato de agencia comercial como tal, a saber, uno que haya sido celebrado verbalmente o por escrito, con la plena conciencia de su objeto y alcance”, se hubiera presentado “la explotación de los negocios de un empresario por otra persona, a través de la promoción o distribución de los productos de aquél contando con su aquiescencia o tolerancia”.

Por el contrario, está más que acreditado que las relaciones jurídicas y comerciales entre RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA e INCOLMOTOS YAMAHA S.A., tuvieron origen en acuerdo de voluntades, con la plena conciencia de su objeto y de su alcance.

¿Cuál fue el contrato de distribución que ligó a RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA con INCOLMOTOS YAMAHA S.A.? Este cuestionamiento se responde con varios componentes:

- a) El contrato señalado, antes que nada, es el del clausulado del documento fechado el diecisiete (17) de abril de 1998. En él se regularon el objeto (cláusula primera) – que se adelantaría para venta de productos por el demandante, por su cuenta y riesgo- y con independencia (cláusula segunda, *en la cual se excluyó la representación de la demandada por el demandante, y cláusulas quinta, sexta, séptima y octava*); *las condiciones de adquisición de las motocicletas por el contratante ZULETA ZULETA (época de pago, lugar de entrega, mora en los pagos, documentos que se emitirían, etc., como consta en*

la cláusula tercera y sus párrafos); disponibilidad para los suministros (cláusula cuarta); posibilidad de cesión del contrato (cláusula novena); precios de venta de los productos, por el contratante ZULETA ZULETA y a éste por INCOLMOTOS (cláusulas décima y undécima); duración y terminación del contrato (cláusulas decimosegunda y decimotercera); obligaciones de las partes (cláusulas decimocuarta y decimosexta¹³) y cláusula compromisoria (la número decimoséptima).

b) Otro componente, de singular importancia, se forma por las estipulaciones de la naturaleza del contrato, que se entienden incorporadas a él sin necesidad de un convenio expreso, pactos que no son otros que los que la dogmática incluye y que en este laudo fueron tomados de la exposición de FARINA.

La sociedad convocada asumiendo una posición contradictoria quiso demostrar que al señor ZULETA ZULETA no se le imponían presupuestos de ventas, mas otra fue la secuela de la prueba. Sobre ese particular el documento de 17 de abril de 1998 no exhibe obligación alguna a cargo del demandante. Pero de los medios de persuasión aflora la conclusión contraria, como se consideró antes,

¿Cómo se ejecutó este contrato? De las pruebas obrantes, como las testimoniales, la declaración de parte del accionante y especialmente de la documental, es claro que el contrato se ejecutó durante su vida con aproximación a los términos del documento de diecisiete (17) de abril de 1998, cuyo clausulado fue inventariado últimamente.

Pero, tal parece que las partes, recíprocamente, manejaron su relación jurídica en términos que no contrariaban la letra pactada, pero que tampoco constaban en ésta. Así, lo relacionado con la exigencia y el cumplimiento de presupuestos de ventas y lo relativo a la exclusividad del producto materia de distribución.

No hubo entre las partes procesales, por tanto, y así se declarará, contrato de agencia mercantil. Tampoco agencia mercantil de hecho. Entre ellas hubo un contrato de distribución, que reportaba para el demandante una ganancia, a *partir del precio de venta de las motocicletas y repuestos que adquiría de la demandada.*

¹³ Anotándose que no aparece una cláusula distinguida como decimoquinta.

Procede entonces, esclarecer después de haber absuelto el primero de los problemas jurídicos planteados al tribunal, si la terminación del contrato que vinculó al actor con la convocada, se ajustó a las estipulaciones convencionales y, en defecto de éstas, a la ley.

LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Despachadas negativamente las pretensiones principales primera a quinta, sin lugar por ese motivo a efectuar análisis de las excepciones de mérito, al no configurarse los elementos estructurales de aquellas, deviene ineludible el escrutinio de las pretensiones subsidiarias, de una parte en el sentido de los fundamentos jurídicos invocados en ellas –sin sujeción a la interpretación propia de la demanda que ha encarado el tribunal- y, de otro, en el contexto de la interpretación del caso, escenario dentro del cual a los árbitros no les cabe duda que hubo contradicción y defensa y, por tanto, respeto por el debido proceso.

En el primero de los sentidos indicados corresponde establecer, con las voces de la demanda, si la sociedad demandada incurrió, al poner fin al contrato, que no fue de agencia mercantil en todo caso y menos de hecho, en un abuso del derecho o en un enriquecimiento sin causa.

Del abuso del derecho –cuya abstención es un deber según el artículo 95 de la Constitución de 1991- se ocupa el artículo 830 del Código de Comercio, cuando dispone que “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.” Por ende, la legislación colombiana eleva el abuso del derecho a la categoría de supuesto normativo, de cuya realización por un sujeto depende la consecuencia de indemnizar a otro que haya resultado perjudicado por la conducta del primero. Es decir, si el abuso del derecho produce perjuicios, deben ser éstos indemnizados. Por ende, podría darse un abuso del derecho inocuo¹⁴.

Para que se configure un abuso del derecho, se debe presentar una acción o una omisión, con la intención de dañar a otro, o muchas veces sin dicha intención, con una apariencia de legalidad, mas, necesariamente, con exceso

¹⁴ Para algunas teorías, el daño “no es un elemento del abuso del derecho, sino un presupuesto del efecto compensatorio”. Cfr. RENGIFO García, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso del aposición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Págs. 62 y 70

en el ejercicio de un derecho subjetivo. Con todo, y no por obvio se puede dejar de mencionar, para que se presente el abuso de un derecho, debe tenerse alguno: para el caso de autos, el tribunal analizará, entonces, algunos los derechos de la parte accionada, surgidos del contrato acordado con el demandante, para definir si su actuación fue excesiva.

Las circunstancias que supuestamente afectaron las ventas de motos para el demandante, en el establecimiento de comercio ZULETA MOTOS, no estaban ligadas a la exclusividad territorial en el Municipio de San Marcos. INCOLMOTOS YAMAHA S.A., en uso de la libertad contractual, estipuló un objeto similar con otro comerciante (AGROMOTOS) para que desarrollara la misma labor. Para el tribunal, no es esa una forma de obrar abusiva, puesto que el libre mercado permite desarrollar estrategias de ventas que posicionen una marca o producto en determinado lugar.

Cada competidor del mercado genera tácticas y formas de comercializar sus productos. Para el caso que se analiza, se optó por una figura, ya identificada como contrato de distribución, a la cual estaban atadas unas garantías de créditos y un servicio posventa (impuestas por normas como las del estatuto del consumidor, que contempla la garantía mínima del producto a favor del consumidor). Quien adquiría una motocicleta Yamaha del demandante, podía contar con el respaldo de la empresa demandada para reclamaciones, garantías y otros servicios, garantía mínima fijada por el citado estatuto en la intervención del estado y reflejada en una escala que va desde el productor hasta llegar al consumidor final (artículo 11 decreto 3466 de 1982).

INCOLMOTOS YAMAHA S.A., durante la relación comercial, le brindó todo el apoyo y soporte al convocante para que posicionara su negocio, le dio el sustento necesario para lograr que en San Marcos la marca Yamaha fuera mejor que otras que ya tenían más trayectoria. Pero la demandada, en tal sentido, no actuaba con la posición dominante que invoca la demanda, sino en desarrollo de su propio interés derivado del contrato de distribución, que para nada puede calificarse de abusivo.

En punto a la terminación del contrato, y dando por sentado que las cláusulas consignadas en el documento que aparece a folios 17 y siguientes del cuaderno número uno (1) orientaban el acuerdo de voluntades, es preciso señalar que en el texto fueron estipuladas, en las cláusulas 12 y 13, formas y

causas de extinción del convenio, que deben estudiarse para establecer si el comportamiento de la sociedad convocada en este aspecto se ajustó a lo pactado o a la ley.

Según se lee en la cláusula duodécima, las partes pretendieron fijar un término de duración del contrato que en última instancia no hicieron constar, por lo cual se puede asegurar, sin errores, que el contrato fue acordado a término indefinido. De igual modo, dispusieron que "no obstante", cualquiera de los contratantes pudiera dar por terminado el contrato con un preaviso escrito de 30 días, sin lugar a indemnización.

A folio 36 del cuaderno No. 1 del expediente, obra la comunicación de diez (10) de octubre de 2008, firmada por el representante legal de la sociedad demandada, mediante la cual enteró al actor de la determinación de poner fin al contrato, con una antelación de 60 días, y en la que expuso varias razones para su proceder, las cuales deben confrontarse con lo que el acuerdo mismo o la ley le permitían y que debían ser probadas por la misma accionada. No en otro escenario, entonces, podrá buscarse la conclusión sobre el cargo de abuso del derecho imputado por el accionante.

En la cláusula decimotercera (folio 20 del cuaderno principal 1) se convinieron causas de terminación, por parte de cada uno de los contratantes. Para INCOLMOTOS YAMAHA S.A., que es lo que interesa, se previó que tuviera la facultad de finalizar el contrato si el señor ZULETA ZULETA incurría en procesos concursales o insolvencia (1), o en acciones u omisiones que afectaran gravemente a INCOLMOTOS YAMAHA S.A. (2), o muriera o se incapacitara (3), o girara cheques sin fondos o de fondos insuficientes o contra cuenta cancelada (4), o terminara sus actividades (5) o no constituyera las garantías que se le exigían (6).

Desde luego, no solo esas podrían ser causas de terminación del contrato, puesto que no sería de recibo afirmar que otros incumplimientos del mismo no pudieran ser considerados por las partes para extinguirlo o que su voluntad hubiera sido la de permanecer ligados a pesar de dichos incumplimientos.

INCOLMOTOS YAMAHA S.A. adujo en su comunicación de diez (10) de octubre de 1998, que el demandante no había cumplido en forma oportuna y fielmente las pautas publicitarias, ni los presupuestos asignados mostrando un

declive en ventas y en la prestación del servicio técnico, y que por catalogar el convocante su negocio como poco rentable y no contar con liquidez económica, todo ello implicaba insolvencia que, por estar consagrada como causa de terminación del contrato, era la que invocaba para su decisión. Se añadió en la referida carta que la cartera tuvo mora de más de treinta (30) días y que ello fue habitual en 2007.

En la respuesta a la demanda destacó la convocada, sobre "incumplimiento del objeto contractual", que las compras de motocicletas por parte del actor, para el año 2008 fueron cero los meses de febrero, abril, junio, julio, agosto y septiembre y que "la compra de repuestos no tuvo un panorama diferente, pues la compra de estos en Febrero, Marzo, Abril, Junio, Julio, Agosto, y Septiembre de dos mil ocho (2008) fue de 0, reportando una diferencia abismal con el otro concesionario de la zona, quien efectuó compras de repuestos el mes de Febrero por más de \$ 4.000.000, Marzo \$ 2.000.000 aproximadamente, Abril \$ 6.000.000 aproximadamente, Junio: \$ 2.000.000 aproximadamente, Julio \$ 2.000.000 aproximadamente, \$ Agosto \$ 4.000.000 aproximadamente, y Septiembre \$ 2.000.000 aproximadamente".

Acerca del incumplimiento en los pagos, apuntó la opositora que el señor RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA tuvo moras en 2008 de más de setenta y cinco días, "contraviniendo lo establecido en el literal c) de la cláusula cuarta del contrato" y relacionó las facturas y las moras reportadas en 2008, agregando que esa fue "situación acaecida igualmente en los años dos mil siete (2007) y dos mil seis (2006)".

Dijo la demandada, igualmente, que había una obligación de exclusividad en la marca, que no fue atendida por el demandante: "en el literal b) de la cláusula cuarta del contrato, las partes fijaron como obligación para el comprador (Concesionario), la de no promover ni vender en la zona que se determine artículos similares que signifiquen competencia para INCOLMOTOS YAMAHA S.A., estipulación que sin ningún tipo de recato incumplió el señor ZULETA al vender en los propios establecimientos del mismo y utilizados para la venta de productos marca Yamaha, motocicletas y bienes marca Jin Cheng y Jialing, lo cual además de la prueba testimonial, podrá determinar el Tribunal de los Certificados de Matrícula Mercantil de la Cámara de Comercio de Sincelejo que se incorporarán al proceso".

Adujo la sociedad accionada, asimismo, que hubo “incumplimiento de los requisitos y garantías exigidas” –obligación pactada “en el literal f) de la cláusula cuarta del contrato”, “requisitos dentro de los cuales se encontraba mantener asegurado (sic) contra incendio, terremoto e inundación los inmuebles dados como garantía real, lo cual fue incumplido cabalmente por el señor Zuleta”; e “incumplimiento de atención a las garantías de consumidores como política de conservación de marca”, porque

al no reportar compra de repuestos y aceites el señor Zuleta en el año dos mil ocho (2008), mucho menos tenía la posibilidad de dar cumplimiento a la obligación de garantía frente a los consumidores finales, incumpliendo así la obligación contractual y legal a su cargo, comprometiendo gravemente la imagen de la marca Yamaha, y el patrimonio económico de Incolmotos Yamaha S.A. y los demás concesionarios que conforman la red,

Concluyó la parte convocada su razonamiento, alegando en éste –a diferencia de como apareció en la carta de terminación del contrato -, que había dado aplicación a la cláusula cláusula duodécima del convenio, en tanto, señaló, “No obstante el incumplimiento cabal y reiterado de las obligaciones antes citadas por parte del señor ZULETA, la voluntad de las partes a la hora de suscribir el contrato fue fijarle una fecha de duración y terminación, la cual está contenida en la cláusula décimo segunda (sic) del contrato, y establece que **cualquiera de ellas**, (nótese bien, aplica para concedente o concesionario) podrá darlo por terminado en cualquier momento dando aviso a la otra parte con treinta (30) días, facultad que válidamente, sumado al incumplimiento contractual, aplicó mi mandante, quien adicional a lo anterior, y pese al constante y grave incumplimiento contractual del señor ZULETA, optó por darle sesenta (60) días y no treinta (30), tal como era su derecho”.

Estiman los árbitros que la revisión de la comunicación de terminación del contrato, permite confirmar que en ella INCOLMOTOS YAMAHA S.A invocó causas ajustadas al contrato y a la ley y por esto la pretensión indemnizatoria no puede tener éxito.

De la prueba practicada surge que RAFAEL ZULETA ZULETA constituyó unas garantías, como se demostró desde la demanda con los documentos de folios 22 a 27 del cuaderno No.1 (pagarés en blanco, carta de instrucciones, certificado de libertad que da cuenta de un gravamen hipotecario), pero no se demostró que, conforme a lo expuesto al explicarse la excepción, que en el literal f) de la cláusula cuarta del contrato, o en otra (la decimocuarta), se hubiera pactado que debía mantener asegurados contra incendio, terremoto e

inundación los inmuebles gravados como garantía real. Si bien con la demanda fue aportada una comunicación de veintidós (22) de octubre de 1998, en la que se lee que la revisoría fiscal de la demandada exigía ese seguro, no es ello suficiente para el tribunal concluir que fuera una obligación permanente, razón por la cual no hay lugar a entender que, por este aspecto, se hubiera configurado un incumplimiento justificativo de la ruptura contractual, máxime cuando en la comunicación que dio por finalizado el contrato no se mencionó para nada la circunstancia de no existir el amparo proveniente de un seguro sobre los bienes gravados y que, según el contrato, la obligación del demandante era constituir – solamente- unas garantías¹⁵.

Más aún: arribados a las causales de terminación del contrato, en la cláusula decimotercera, se pactó que la demandada podía poner fin al acuerdo por "La no constitución oportuna por parte de EL COMPRADOR de las garantías adecuadas que respalden el cumplimiento de sus obligaciones a favor de INCOLMOTOS, como el Pagaré en este caso". Subrayas y negrillas del tribunal. No se trataba de una obligación permanente y en lo pactado no había un ejemplo sino la especie en sí de la garantía: el otorgamiento de pagarés.

En tal sentido, entonces, no asiste razón a la compañía opositora en el planteamiento que hace en la contestación, en apoyo de la causa de terminación del contrato.

En la comunicación del diez (10) de octubre de 2008 (folio 36 del cuaderno principal 1) y tras de exponer las razones ya reseñadas, dijo la demandada:

Así las cosas, le notificamos en forma oficial la terminación del Contrato Comercial de Compraventa que se tenía suscrito por INCOLMOTOS YAMAHA S.A. con ZULETA MOTOS representada por RAFAEL ZULETA ZULETA, para la zona del municipio de San Marcos Sucre, para la Distribución de los productos YAMAHA, terminación que tendrá efectos a partir del día VEINTICUATRO (24) del mes de diciembre de 2008, es decir, dentro de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la fecha de ésta (sic) comunicación.

Examinado todo el contenido de la citada comunicación de 10 de octubre de 2008, no puede dejar de asumirse que INCOLMOTOS YAMAHA S.A. no procedió con la rigurosidad que podría esperarse, en el manejo de ciertos conceptos de técnica jurídica, tanto al referirse a la existencia de un contrato

¹⁵ Lo cual aparece de ese modo en la cláusula undécima del contrato y en la letra f) de la cláusula decimocuarta, en la que se dispuso que el contratante Zuleta debía "adjuntar" al contrato garantías exigidas por INCOLMOTOS. Esto es, al principio del contrato.

celebrado con un establecimiento comercial que, como es claro, carece de personalidad jurídica para ser parte de un acuerdo de voluntades y menos para ser representado por otra persona, como al mezclar elementos de hecho que estimaba válidos para no continuar en el contrato, con el ejercicio de una facultad que había sido pactada para poner fin al negocio jurídico, sin necesidad de fundarla en situaciones determinadas.

Pero esa que pudiera denominarse falta de técnica no podría ser abordada por el tribunal sin sujeción a la realidad, que es desde luego base del derecho. Del texto últimamente copiado se infiere que la demandada no quiso actuar sin argumentos, sino brindarlos para abundar en el cumplimiento de deberes naturales que surgen de los contratos – como la lealtad –, a pesar de lo cual empleó el atributo concedido por el mismo contrato de obrar unilateralmente y con antelación a la expiración de la relación jurídica.

Del conjunto de situaciones expuestas para terminar el contrato, no encuentra el tribunal que se acomoden por entero o estrictamente a las causas contenidas en la cláusula decimotercera. Por ejemplo, aunque es verdad que de la versión del demandante en su interrogatorio de parte y de otras declaraciones y documentos se infiere que atravesó por épocas de iliquidez y que los pagos de sus obligaciones fueron afectados (ver el relato de la señora Judy Zuleta y carta de esta de doce (12) de septiembre de 2008, visible a folios 230 y 231 del cuaderno principal 1), es claro que nada de ello puede tenerse como insolvencia, como dijo la convocada al terminar el contrato. La prueba en general no permite concluir que hubo tal insolvencia. La nombrada señora Zuleta, en la nota que se pone de relieve, aludió a no contar con recursos para pagos de contado, pero no aseguró que carecía de recursos para cumplir sus compromisos.

Pero esto no borra la realidad del incumplimiento por el demandante de sus obligaciones principales de adquisición y de pago de los productos fabricados por la demandada, por los años 2007 y 2008, como se demostró con la prueba pericial. Sin duda, el contrato entre las partes implicaba, por razón de su objeto, que el señor ZULETA hiciera pedidos y compras a la sociedad demandada y si los mismos no se presentaron, como repetidamente ocurrió en 2008, y está comprobado, no puede decirse que ello no causaba impacto en las expectativas comerciales de la accionada en cuanto dependiera de la distribución a cargo del demandante en la zona de San Marcos.

Cree el tribunal que esta situación, que en alguna medida puede enmarcarse en el numeral 2 de la cláusula decimotercera del contrato (cualquier acción u omisión que afectara gravemente los intereses de INCOLMOTOS), implicaba un motivo suficiente para que la demandada no continuara en el contrato, si el objeto de éste no venía cumpliéndolo el actor.

Bien analizados los medios probatorios, entonces, se concluye que el contrato que hubo entre RAFAEL ZULETA ZULETA e INCOLMOTOS YAMAHA S.A. terminó por causas imputables al primero, que impiden el reconocimiento de la indemnización pretendida en la demanda.

No sobra agregar, empero, que la referencia a la exclusividad en ventas de productos YAMAHA a cargo del actor, aunque consta en la letra del contrato, se desvirtuó con la prueba testimonial, por lo que por este aspecto lo alegado como excepción sobre incumplimiento del contrato no se configuró. Para ilustrar esta afirmación basta consultar, entre las diferentes declaraciones, las que enseguida se destacan.

Diego Solarte señaló a folio 322 del cuaderno principal 2:

PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Usted pasó muy rápidamente de compraventa a decir "distribuidores". Yo todavía no capto bien. Quiero exprésalo con esta pregunta: ¿podía el señor ZULETA vender motos de una marca distinta a YAMAHA?
CONTESTO: Sí, claro, él de hecho lo hacía, él tenía otras dos marcas en San Marcos.
PREGUNTADO: ¿Qué eran cuáles? **CONTESTO:** Creo que eran Jialing y Jincheng.
PREGUNTADO: ¿Por todo el tiempo que usted conoció, que tuvo que ver con ello?
CONTESTO: Sí, claro, él tenía otras marcas, es que nosotros nunca le decimos a un distribuidor nuestro en qué invierte su dinero; él tiene nuestro negocio y puede tener otros negocios.

Ángela María Hoyos dijo a folio 392 del cuaderno principal 2:

PREGUNTADA: Cuando a ustedes les dieron la distribución de los productos YAMAHA para San Marcos, ¿hubo alguna cláusula o alguna promesa en el contrato, que estipulara la exclusividad de ustedes en el mercado? **CONTESTO:** No. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR JUAN CARLOS GAVIRIA:** Perdón, un momento, pero usted dijo no conocer el texto del contrato celebrado. **CONTESTO:** Por eso le digo que no, no hay texto. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR HUMBERTO JAIRO JARAMILLO:** Entonces organice la respuesta; ¿usted dice: "no hubo exclusividad", o no conoce que haya habido exclusividad? **CONTESTO:** No conozco que haya habido exclusividad; es que no conozco ningún texto.

Carmen Elena Ruiz Jiménez, por su parte, manifestó a folio 369 del cuaderno principal 2:

PREGUNTADA: ¿En el establecimiento de comercio del señor ZULETA se distribuían o vendían motocicletas de marca diferente a YAMAHA? **CONTESTO:** No señor, el señor

ZULETA – hago la aclaración – en el año 2005 adquirió una distribución de motocicletas Jialing y Jincheng, pero eran establecimientos comerciales independientes a ZULETA MOTOS. **PREGUNTADA:** ¿Cómo se llamaba ese establecimiento comercial, indíqueme al Tribunal por favor? **CONTESTO:** De la marca de Jialing el establecimiento se llamaba "Rafa Motos". **PREGUNTADA:** ¿Y funcionaba en una sede diferente, o en la misma sede? **CONTESTO:** En una sede diferente a ZULETA MOTOS, y la otra marca era Jincheng, que el local, el establecimiento se llamaba "Juancho Motos", y también funcionaba en un establecimiento diferente a ZULETA MOTOS.

Juan Diego Fernández comentó a folio 350 del cuaderno principal 2:

PREGUNTADO: ¿Y de qué se trata ese contrato que tiene usted con INCOLMOTOS?
CONTESTO: El contrato es que yo le compro a INCOLMOTOS motos, ellos me dan un margen y yo vendo precio público sugerido. Ese es como el contrato, y repuestos también, yo vendo motos, repuestos y presto servicio técnico. **PREGUNTADO:** ¿Y es con exclusividad la marca? **CONTESTO:** Con exclusividad de la marca, sí, sólo YAMAHA.
PREGUNTADO: ¿Y puede vender otro tipo de motocicletas? **CONTESTO:** Pero no lo hago, sólo YAMAHA, yo sólo vendo YAMAHA. **PREGUNTADO:** ¿Podría? **CONTESTO:** Podría sí, pero no lo hago, solo tengo YAMAHA; es la marca que más me gusta y con la marca que he corrido y todo, entonces es la marca como más confiable para mí.

Este recuento persuade al tribunal de que pese a la letra del documento que recogió el contrato, no existía una real obligación, para el demandante, de distribuir únicamente motocicletas y productos Yamaha. En esa dirección, entonces, no podía asegurarse que incumplió alguna obligación y, por ese motivo, no acepta el tribunal la defensa de la demandada sustentada en dicho supuesto incumplimiento, además de no haber sido éste enunciado en la carta de terminación del contrato.

Mas no se infiere por esto que la conducta de la convocada, por esta vía, hubiera sido abusiva, porque lo habría sido si hubiera tenido como base las causales específicas acordadas con el demandante y se hubiera excedido en el ejercicio de su derecho; en cambio, acudió a causales vinculadas a la relación contractual misma, fincadas en su razón de ser, que desaparece si una de las partes la deja de cumplir y afecta la finalidad pactada.

Con la interpretación de la demanda y de las pretensiones, entonces, se dirá en la resolución que no hubo abuso del derecho en la terminación del contrato, como literalmente se pidió en la parte primera de la pretensión subsidiaria. Y no se acogerá, de ésta, la súplica dirigida a la calificación del obrar de la convocada como conducta desplegada sin justa causa.

Descartada la declaración derivada de un abuso del derecho, las peticiones consecuenciales de la misma, por daño emergente y por perjuicios morales – además no comprobados-, están destinadas al fracaso.

Acerca de la pretensión segunda subsidiaria vinculada al enriquecimiento sin causa atribuido a INCOLMOTOS YAMAHA S.A. por el actor, “al apropiarse – según la demanda – de la información, que éste le suministró como reservada, acerca de los clientes de Zuleta Motos”, cabe decir que tampoco se abre paso.

Conforme al artículo 831 del Código de Comercio, nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro. El enriquecimiento sin causa se configura cuando hay un desequilibrio patrimonial capaz de desplazar un bien al patrimonio de una parte y empobrecer a la otra, en razón a un nexo causal (relación de correspondencia) de la actuación, pero sin que medie una fuente obligacional (contrato, ley, etc.) que explique el desplazamiento.

La acción de enriquecimiento sin causa pretende restablecer el equilibrio entre dos patrimonios y que, en esa medida, se fijen consecuencias (indemnización o reembolso) que permitan superar la ruptura del equilibrio patrimonial, afectado por la conducta del otro.

El convocante no demostró que INCOLMOTOS YAMAHA S.A., se hubiera lucrado de la información que le suministraba (bases de datos) el señor ZULETA. No reveló la prueba, entonces, el desequilibrio patrimonial imaginado en la pretensión. Según lo expresa el convocante, fueron algunas situaciones externas, ajenas a INCOLMOTOS YAMAHA S.A., las que ocasionaron la baja en las ventas (fenómenos ambientales, mototaxismo, ingreso de nuevas referencias, etc.), que tampoco demostró que tuvieran relación de causalidad directa con la actividad desarrollada por otro distribuidor de productos Yamaha (AGROMOTOS).

LA OBJECCIÓN A LA PRUEBA PERICIAL

Obra igualmente en el plenario prueba pericial como se anotó en otro capítulo.

Primeramente, un dictamen rendido por CESAR MAURICIO OCHOA PÉREZ, obrante a folios 427 y siguientes del Cuaderno No. 2, cuyo objeto consistió en la revisión de los estados financieros, libros y documentos contables de la parte actora, para establecer “El monto que le corresponde a RAFAEL ZULETA ZULETA, por concepto de prestaciones comerciales por la terminación del contrato de agencia, como lo dispone el artículo 1324 del C.Co; los perjuicios materiales sufridos por RAFAEL ZULETA ZULETA por la terminación del

contrato de agencia celebrado con INCOLMOTOS YAMAHA S.A.; el lucro cesante y el daño emergente sufrido por RAFAEL ZULETA ZULETA por cierre del establecimiento de comercio ZULETA MOTOS ubicado en San Marcos (Sucre).”

Esta pericia fue objetada por error grave por la parte accionada, lo que dio paso al trámite legal correspondiente.

Y otro dictamen, de fecha 1 de septiembre de 2010, sobre la revisión de libros contables, mayor y diario, de la demandada, con el fin de determinar las ventas entre 2005 y 2008 por INCOLMOTOS YAMAHA S.A. al actor y después de 2008 a Agromotos. Esta segunda peritación no fue objetada.

Dispone el ordinal 6 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil que la sentencia, en este caso el laudo, es la oportunidad para resolver sobre la objeción planteada. En consecuencia, se procede al análisis que manda el ordenamiento, que no puede soslayarse no obstante que la prueba en sí no será finalmente apreciada, por la desestimación de las pretensiones.

Sabido es que una objeción a un dictamen de un experto es el reparo o reproche, no una crítica o solamente la expresión de un desacuerdo, que se formula, a modo de cargo, contra el concepto del auxiliar. Pero, además, la objeción debe fundarse en el señalamiento concreto de un error grave, con la sustentación respectiva.

Para la jurisprudencia colombiana un error es grave cuando recae sobre las cualidades esenciales del objeto examinado en la pericia, cuando ésta peca contra la lógica, cuando es de tal magnitud que es fuente de conclusiones equivocadas o cuando afecta o altera la naturaleza del objeto, o sus cualidades propias, o el que ha debido analizarse es otro.

La parte opositora formuló objeción por error grave, en escrito presentado el 15 de julio de 2010, visible a folio 454 y siguientes, claridad hecha de que la objeción como tal consta desde el folio 463; y en memorial de dieciocho (18) de agosto de 2010, que obra a folios 541a 549, todos los folios indicados del Cuaderno principal No. 2. Consideró la sociedad objetante que el peritaje había incurrido en error grave, por las siguientes razones que se resumen:

a) En criterio de la convocada, el perito debió emitir su opinión con base en la cifra de utilidades brutas arrojada y discriminada por él, en cuanto a venta de motocicletas, por cuanto "el concepto de utilidad para el caso concreto, no puede segregarse para cada una de las actividades económicas que desarrolla el establecimiento de comercio Zuleta Motos (venta de motocicletas, repuestos, prestación de servicio técnico, sumado al financiamiento de los productos que olvidó el perito mencionar), tal como se efectuó, pues dicho establecimiento es un "ente económico", "es una unidad", que comprende todas las actividades comerciales desarrolladas en conjunto, y no consideradas individualmente".

b) Además, dijo la objetante

(ii) Al tomar el perito solamente la actividad de venta de motocicletas, se tergiversa cualquier resultado contable del establecimiento de comercio Zuleta Motos, puesto que, y de acuerdo a la forma de manejo del negocio demostrada en la forma de llevar su contabilidad, existe la posibilidad que las otras dos ramas de negocio que son la venta de repuestos y servicios técnico, estuvieren dando pérdidas.

(iii) De acuerdo a lo manifestado por el mismo perito, y los documentos soporte del dictamen, el señor Rafael Zuleta contaba con una contabilidad vetusta que no permitía obtener la información requerida, por tanto es un error grave del perito establecer una utilidad bruta en la venta de motocicletas sin los documentos requeridos (libros de cartera debidamente llevados que reflejen clara y fielmente el estado de los negocios, libros diarios y menores, inventarios inicial y final, facturación, etc), ya que tomar factura de compra y factura de venta es demasiado simplista al no tenerse en cuenta los conceptos antedichos como son gastos generales, gastos fijos, pago de impuestos, que de haberse hecho daría una cifra real.

Concluyó, después de una argumentación, que "El error grave en que se incurrió en el dictamen, entre otros, fue el de apreciar unas pruebas que a la vista saltan como inconducentes, improcedentes, faltas de claridad y demostrativas de la ligereza con que se elaboró la contabilidad para cumplir con un requisito ante el señor perito". Y añadió:

(iv) Otro de los errores en que incurrió el perito fue fijar una utilidad bruta sin tener en cuenta los lineamientos legales establecidos por el decreto 2649 de 1993, puntualmente en el artículo 14, pues dicha normatividad es clara en cuanto a que un ente económico solo obtiene utilidades después de que su patrimonio al inicio del periodo ha sido mantenido o recuperado, situación que obvió el auxiliar de la justicia,...

En cuanto a lo expresado en el memorial de dieciocho (18) de agosto de 2010, que obra a folios 541 a 549, en que se manifestó que se objetaban unas respuestas de aclaración consignadas por el perito, la convocada señaló que el error grave por el examen que el experto hizo de documentos contables, dada la indivisibilidad de la prueba contable, se estructuró porque

la contabilidad del señor Zuleta no permite ni el fácil conocimiento ni un historia clara, completa y fidedigna de los asientos contables, y si la contabilidad es una sola y se rige por el principio de la indivisibilidad de la contabilidad según lo ordenan los artículos 48 y 72 del Código de Comercio, mal podría tomarse parcialmente (documentos contables fuente) sin tener en cuenta el todo del negocio del señor Zuleta, específicamente del establecimiento de comercio "Zuleta Motos". Por lo que debemos insistir en que los cálculos realizados por el señor perito para determinar "indemnizaciones" son manifiestamente contrarios a la realidad ya que la contabilidad es única, sistémica, en donde cada uno de sus elementos llámese asientos contables, estados financieros, balances, libros, son pilares y redes capilares ya que unos dependen de los otros para poder reflejar el estado real de los negocios, en donde si falla uno o se obvian su resultados, va a estar tergiversado...

E insistió en la indivisibilidad de los libros:

El error grave en que incurrió el perito esta dado en primer lugar en el hecho de tener sólo en cuenta los documentos fuentes de un área del negocio (venta de motocicletas), apartándose de su contabilidad en general conformada por los balances, estados financieros, libros, y demás documentos fuente, dando una base para el dictamen errónea, alejada de la realidad al no tener respaldo de las otras áreas (compra y venta de repuestos, servicio técnico y financiamiento) que dieran como resultados unas utilidades, que para el caso que nos ocupa pueden ser pérdidas.

Se configura así el error grave, ya que la contabilidad del señor Zuleta no permite ni el fácil conocimiento ni un historia clara, completa y fidedigna de los asientos contables, y si la contabilidad es una sola y se rige por el principio de la indivisibilidad de la contabilidad según lo ordenan los artículos 48 y 72 del Código de Comercio, mal podría tomarse parcialmente (documentos contables fuente) sin tener en cuenta el todo del negocio del señor Zuleta, específicamente del establecimiento de comercio "Zuleta Motos". Por lo que debemos insistir en que los cálculos realizados por el señor perito para determinar "indemnizaciones" son manifiestamente contrarios a la realidad, ya que la contabilidad es única, sistémica, en donde cada uno de sus elementos llámese asientos contables, estados financieros, balances, libros, son pilares y redes capilares ya que unos dependen de los otros para poder reflejar el estado real de los negocios, en donde si falla uno ose obvia, su resultados va a estar tergiversado.

Una primera lectura a las denominadas objeciones pone de presente que en las mismas no se hicieron reproches como los que la jurisprudencia identifica como verdaderas objeciones. Si un reproche es una crítica, es claro que la parte accionada consignó objeciones, en tanto manifestó desacuerdos con el experto; pero el reproche que es objeción a un dictamen consiste, como se anotó de la mano de la doctrina judicial más conocida, en el señalamiento de una equivocación de magnitud en el fundamento y en la conclusión. A la hora del examen concreto, puede afirmarse que lo realizado por la parte convocada ha consistido más bien una calificación del valor mismo del dictamen practicado, frente al poder de convicción que pudiera tener éste al haberse basado en unos documentos que, según la apreciación del objetante, no satisfacen suficientemente la característica de la indivisibilidad y otras notas más que debe reunir la contabilidad para ser confiable.

En efecto, un repaso de la lista de las llamadas objeciones, da cuenta de que se le imputa al experto haberse apartado de imperativos legales sobre el valor probatorio de la contabilidad. Pero tales reparos no estructuran verdaderas

objecciones, en tanto muestran apenas un disentimiento frente al parecer del auxiliar, sin contener un ataque directo a las bases de la pericia y, a partir de él, a las conclusiones.

No obstante, en aras de una solución de más fondo al asunto debatido alrededor del peritaje, estiman los árbitros que es necesario revisar si la discusión planteada por la parte podría tener razones que merecieran acogerse, teniendo a la vista como un posible error configurado el de haber versado la experticia sobre un objeto diferente al que debía haber conceptuado.

Para responder, entonces, se pone de presente que lo que se deduce del dictamen no es que la parte convocante no lleve en absoluto libros de contabilidad – es decir, que carezca de ellos - o que la información contable estudiada por el experto hubiera sido una correspondiente a un ente económico diferente al de la actividad comercial del actor desarrollada con ocasión del contrato celebrado con la parte demandada. De haber sido de esta manera, la objeción del apoderado sería de pleno recibo.

Sucedo, en cambio, que el accionante sí tiene contabilidad, pero, como advirtió el perito, “es llevada de forma manual, mecanismo vetusto para nuestros tiempos, pero completamente legal...”. El auxiliar acudió a las fuentes contables, que no sirven, en su concepto, “para obtener información según las necesidades del usuario”, porque ello “solo permite cotejar los saldos, haciéndose necesario elaborar los informes requeridos también de forma manual,...”.

Así, se lee en el dictamen:

Es necesario informar que la contabilidad de RAFAEL AUGUSTO ZULETA ZULETA, es llevada de forma manual, en ella se consolidan diferentes negocios y actividades desarrolladas en diversos establecimientos de comercio, en sus declaraciones de renta y libros oficiales no solo se incluyen las operaciones del establecimiento de comercio dedicado a la “distribución” de productos YAMAHA. Al no contar con un sistema digital que permita obtener información por centro de utilidad, es decir por cada establecimiento de comercio, el perito toma solo los documentos fuente correspondientes al establecimiento de comercio “ZULETA MOTOS”.

Igualmente, aparece en la experticia que

Para obtener conclusiones, la información evaluada se tomo (sic) de los archivos del establecimiento de comercio ZULETA MOTOS, se verificaron los libros de contabilidad, de los que se solicitó copia del denuncia por perdida (Anexo 1), certificación de los libros de comercio registrados en la cámara de Comercio de Sincelejo (Anexo 4), se tomaron

cópias de los libros de comercio "DIARIO" y "MAYOR Y BALANCES" (Anexo 3) reconstruidos, libros de los cuales se verificó su inscripción conforme al certificado expedido por la Cámara (sic) de Comercio. Se requirió al contador del señor ZULETA el balance de los periodos 2006, 2007 y 2008 (Anexo 2).

De manera que, si bien una buena contabilidad será la que "permite identificar, medir, clasificar, registrar, interpretar, analizar, evaluar e informar, las operaciones de un ente económico, en forma clara, completa y fidedigna" (artículo 1 del decreto 2649 de 1993), de que la misma se realice por medios manuales no se sigue que no pueda atenderse.

Tras de su labor de auditoría, el perito cumplió su encargo, en el objeto que constituía la pericia y que, en el terreno de las cifras, coincidió, en lo sustancial o mínimo, con las que pudieron obtenerse de la inspección judicial practicada y del dictamen del perito realizado con apoyo en la inspección.

Las observaciones del objetante vinculadas a la estimación de las utilidades brutas con desconocimiento de las normas del artículo 14 del decreto 2649 de 1993, y a la indivisibilidad de los libros contables, tampoco alcanzan a configurar una objeción, tanto porque el perito previno al tribunal en torno a la imposibilidad de lograr un resultado que cobijara todas las áreas del servicio (ventas, repuestos y taller) presentado por el demandante en su establecimiento comercial, como porque los aspectos subrayados por el apoderado de la convocada no se desconocieron en la pericia. La indivisibilidad de los libros se refiere a la prueba única aportada por ellos, que no puede fraccionarse en el sentido de creer lo que reflejan, en parte, vgr., la favorable, e ignorarlos en otra, por ejemplo, la desfavorable. Los árbitros no encuentran que el auxiliar haya pasado por alto ese postulado y, entonces, juzgan que no hubo error grave de su parte.

Finalmente, cabe resaltar que el perito no liquidó ninguna indemnización, como sugiere la objeción formulada por la parte convocada, porque no era de su competencia hacerlo. Precisamente, el propio perito, en este punto, señaló que

El perito no es quien imputa los "perjuicios", tampoco "falla" cual (sic) es la "indemnización" que corresponde al "agente", labores que corresponden al tribunal, por ello el perito hará todos los cálculos necesarios, con los documentos que le fueron presentados y entregará las cifras para que el tribunal decida, califique e impute a quien corresponda; por ello los términos usados entre comillas son los que usó la parte al solicitar la prueba decretada, o los que usa la

norma, en ningún caso el perito afirma o califica un valor determinado. El perito solo expone las cifras desde el punto de vista técnico-contable o financiero.

Todo lo indicado, en consecuencia, constituye el fundamento para que se declare, como se hará, que no prospera la objeción por error grave propuesta contra el dictamen pericial rendido el treinta (30) de junio.

DE LAS SÚPLICAS RELACIONADAS CON LA CANCELACIÓN DE UNAS GARANTÍAS

De los documentos aportados con la demanda (folios 22 a 28), de la respuesta a la misma y de la prueba testimonial, aparece evidente que RAFAEL ZULETA ZULETA constituyó garantía hipotecaria a favor de INCOLMOTOS YAMAHA S.A, para amparar las obligaciones a su cargo surgidas del contrato que tuvieron celebrado y que terminó, por la decisión unilateral de la demandada, en diciembre de 2008.

Expirado el contrato, es apenas natural afirmar que la garantía constituida para respaldar su cumplimiento perdió su razón de ser. Por ello, era lógico que de la finalización de la relación contractual se siguiera la cancelación de la hipoteca y la devolución de documentos de garantía, siempre y cuando no hubiera ninguna obligación a cargo del demandante y a favor de la accionada.

La hipoteca aludida fue constituida, según prueba del proceso (certificado de libertad de folio 27, comunicación de 22 de octubre de 1998 visible a folio 28 y respuesta al oficio No 002 de 14 de abril de 2010, emitida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Marcos – Sucre, folio 401), mediante la escritura pública No. 321 de 14 de mayo de 1998¹⁶ otorgada en la Notaría Única de Sabaneta y no había sido cancelada para el momento de la formulación de la demanda.

En la declaración numerada como SEXTA principal, del capítulo primero de las pretensiones, se pidió

Declarar que INDUSTRIA COLOMBIA DE MOTOCICLETAS S.A. (INCOLMOTOS YAMAHA S.A.) está en mora de cumplir las obligaciones de hacer (cancelación de hipoteca y devolución de los pagarés) desde el día en que dio por terminado el contrato

¹⁶ No de 14 de abril de 1998, como equivocadamente reza el hecho 11 de la demanda (folio 1 vuelto del cuaderno principal) y el documento de 22 de octubre de 1998, suscrito por JUAN ESTEBAN RODRIGUEZ (folio 28 del mismo cuaderno principal); y a pesar de la aceptación como cierto, de ese hecho de la demanda, en la contestación (folio 153 cuaderno principal).

por lo tanto deberá cancelar (condena en abstracto) los perjuicios materiales, que ha ocasionado con su omisión, a RAFAEL ZULETA ZULETA y a la señora MERCEDES EUFEMIA MARQUEZ GUENZATI.

La petición que viene de copiarse debe ser despachada en forma desfavorable, con base en las siguientes consideraciones:

- a) No puede el actor deprecar pronunciamientos a favor de la señora MERCEDES EUFEMIA MARQUEZ GUENZATI, pues no actúa como su representante y ésta, a su vez, no es parte en el presente proceso arbitral, como que tampoco hubiera podido serlo, por no haberse ligado por la cláusula compromisoria.
 - b) La condena que en abstracto se busca, por perjuicios materiales, es improcedente, no solamente no solamente en virtud de la regla general contemplada en el ordenamiento procesal civil colombiano (artículo 307 del Código de Procedimiento Civil), sino de manera particular en el proceso arbitral, por mandato del artículo 154 del decreto 1818 de 1998 (artículo 33 del decreto 2279 de 1989).
 - c) Toda condena por perjuicios debe partir de la prueba de los mismos. Para el caso de autos, no demostró el actor cuáles eran esos perjuicios que se le habrían causado como consecuencia de no haberse cancelado la garantía hipotecaria ni devuelto los pagarés que firmó cuando suscribió el contrato de distribución.
 - d) Finalmente, no puede declararse, que la demandada se encuentra en mora de cancelar la garantía hipotecaria aludida, pues obra prueba en el expediente de haberse ya cancelado la hipoteca (folio 401 del cuaderno No. 2, oficio 232 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Marcos, Sucre, de 25 de mayo de 2010, conforme al cual la escritura No. 321 de 14 de mayo de 19989 se canceló por medio de la escritura pública No. 185 de 18 de febrero de 2010, de la Notaría Única de Sabaneta, y se registró en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 346-0003765 y 346-0007206). De allí que con base en el inciso cuarto del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, no se accederá a la pretensión, puesto que la sentencia debe tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versee el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca
-

probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en el alegato de conclusión, o que la ley permita considerarlo de oficio.

Lo anterior no obsta para disponer que por la sociedad convocada se devuelvan al demandante los títulos valores con espacios en blanco cuya existencia fue corroborada en el plenario.

LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

Por la decisión que se adopta, al no prosperar las pretensiones por no hallarse configurados sus elementos constitutivos, no hay lugar al estudio de las excepciones de mérito.

COSTAS

Por la decisión que se adoptará, que implica el fracaso de las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte demandante al pago de las costas.

Por lo concerniente a los gastos del proceso, deberá la parte demandante reembolsar:

- a) Dieciocho millones cuatrocientos sesenta mil quinientos cuarenta y siete pesos (\$18.460.547), depositados por la parte demandada por concepto de honorarios de los árbitros y gastos del proceso, como parte a su cargo.
- b) Dos millones de pesos (\$2.000.000), de honorarios del perito, cuyo pago fue ordenado por auto de seis (6) de septiembre de 2010, folio 681 del cuaderno No. 2 del expediente.

Como agencias en derecho a favor de la parte accionada, se fija la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000).

El pago de las costas deberá efectuarse en el término de diez (10) días, contado a partir de la ejecutoria de este laudo.

CAPITULO III**DE LA DECISION ARBITRAL**

Por lo expuesto y sin necesidad de mas consideraciones, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Se declara que no prospera, por lo expuesto en la parte motiva, la objeción que por error grave fue propuesta contra el dictamen pericial presentado por el auxiliar CESAR MAURICIO OCHOA PÉREZ.

SEGUNDO: Por las razones consignadas en la motivación de este laudo, no se acogen las pretensiones de la demanda, pero se dispone que por la sociedad convocada se devuelvan al demandante los títulos valores con espacios en blanco cuya existencia fue corroborada en el plenario, a saber, los originales de los pagarés Nos. 0009254 y 0009255, cuya copia obra a folios 22 y 24 del cuaderno principal No. 1 del expediente.

TERCERO: Se condena en costas a la parte convocante, y a favor de la sociedad convocada, de la siguiente manera:

- a) Por la suma de dieciocho millones cuatrocientos sesenta mil quinientos cuarenta y siete pesos (\$18.460.547), depositada por la parte demandada por concepto de honorarios de los árbitros y gastos del proceso, como parte a su cargo.
- b) Por la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), de honorarios del perito, cuyo pago fue ordenado por auto de 6 de septiembre de 2010, folio 681 del cuaderno No. 2 del expediente.
- c) Por la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000), como agencias en derecho.

La parte deudora deberá efectuar el pago a la sociedad demandada, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

CUARTO: Ejecutoriados el laudo, el presidente del tribunal hará la liquidación final de los gastos, entregará los honorarios adeudados, cubrirá los gastos pendientes y presentará cuanta razonada de la gestión obligándose a devolver el saldo si lo hubiere.

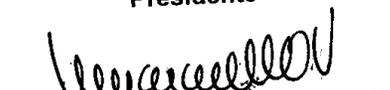
QUINTO: Agotado el trámite antes señalado, el presidente del tribunal protocolizará el expediente en una de las notarías de Medellín.

SEXTO: Expídase y entréguese a cada una de las partes, copia auténtica del presente laudo. La copia que corresponda a la parte convocada deberá llevar la constancia de que es primera copia, con mérito ejecutivo y con nota de ejecutoria del laudo puesta por la Secretaría del Tribunal, una vez que el mismo haya quedado en firme.

NOTIFÍQUESE.


JORGE PARRA BENITEZ
Presidente


JUAN CARLOS GAVIRIA GOMEZ
Arbitro


HUMBERTO JAIRO JARAMILLO
Arbitro

CLAUDIA BOTERO M
Secretaria