

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA.

VS

COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

COOMEVA EPS S. A.

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de Junio de dos mil nueve (2009)

Agotado el trámite y estando dentro de la oportunidad legal, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y resuelve las diferencias surgidas entre la **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA.**, de una parte, y **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. COOMEVA EPS S.A.**, de otra,

I. DE LA CONTROVERSIA Y SUS ANTECEDENTES

1. La sociedad Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., en calidad de Contratista, suscribió con la sociedad Coomeva Entidad Promotora De Salud S.A. Coomeva EPS S.A. en calidad de Contratante, un **CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – ECOR** por Compensación, para el corretaje comercial y prestación de servicios.

En el citado contrato, se estableció en la cláusula DÉCIMO CUARTA: “Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre **COOMEVA EPS S.A.** y la **ECOR** con motivo de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de

este contrato y que no pudiesen ser solucionadas entre ellos, serán sometidas ante un Tribunal de Arbitramento designado por el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali que se regirá por lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil y Código de Comercio. Los árbitros deben decidir en derecho”

- 2 La sociedad Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., el 28 de Noviembre de 2007, a través de apoderado judicial, solicitó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la constitución de un Tribunal de Arbitramento, a fin de resolver en derecho las declaraciones y condenas solicitadas contra la sociedad Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. Coomeva EPS S.A., en virtud del citado contrato.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

1. HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

La demanda inicialmente presentada fue sustituida el 15 de Enero de 2008 y luego el 31 de enero de 2008; posteriormente el día 09 de Septiembre de 2008 el apoderado de la parte convocante reforma la demanda quedando esta como el texto definitivo, cuyos hechos se resumen de la siguiente manera:

- 1.1. En su primera parte de la demanda el convocante registra como antecedentes la ley 100 de 1993 que estableció el Sistema General de Seguridad Social en Salud y hace un recuento de cómo puede hacerse la vinculación, de la población, al sistema de Seguridad Social en Salud.
- 1.2. Posteriormente, relata cómo se constituyo la sociedad Grupo Ser y Vida Asesores Ltda. con el fin de vender los servicios de seguridad social; para finalmente entrar a detallar el contrato suscrito el 1 de febrero de 1.999 entre las partes convocante y convocada.
- 1.3. A continuación transcribe las parte mas relevantes del contrato como son sus las consideraciones previas, el objeto, la naturaleza, las obligaciones para cada una de las partes, la duración del contrato las causales de terminación.
- 1.4. Afirma el convocante que “el contrato celebrado entre las partes tuvo por objeto la permanente promoción y comercialización de servicios ofrecidos por **COOMEVA** al público y la conservación de sus clientes, a través de una organización estable dedicada causal y exclusivamente a la intermediación contratada, aunque en cumplimiento de las directrices impartidas por **COOMEVA**, a cambio de una remuneración consistente en una comisión preestablecida. El Contrato fue suscrito por **ECOR-SYVA** en los términos y cláusulas predispuestas por **COOMEVA**, configurando un contrato de adhesión, en el que ésta figura con posición contractual dominante.”

1.5. Sostiene el convocante que “a pesar de querer denominar el acto jurídico reseñado como CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN, por las obligaciones que impuso a cargo de ambas partes, éstas corresponden a un contrato de agencia mercantil, por las siguientes razones:

- a) La labor de intermediación de ECOR-SYVA: **ECOR-SYVA** actuó como intermediario de **COOMEVA**, y dicha labor no se reducía a poner en contacto a **COOMEVA** con el potencial cliente, sino que implicaba necesaria y adicionalmente lo siguiente:
- i) La promoción de los servicios de salud que **COOMEVA** ofrece como **Empresa Prestadora de Salud (EPS)**, bajo las instrucciones y condiciones establecidas por **COOMEVA**.
 - ii) La conquista de clientes de los servicios ofrecidos por la convocada.
 - iii) Acompañamiento y soporte durante y después del proceso de contratación, el cual se extendía hasta la duración del contrato entre el afiliado y **COOMEVA**
 - iv) **ECOR-SYVA**, actuaba en nombre y representación de **COOMEVA**, usando la imagen corporativa de **COOMEVA**, en sus avisos y en su papelería
 - v) **COOMEVA**, doto a la fuerza de ventas de **ECOR-SYVA**, de carnets que los identificaban en primer periodo como Asesores Comerciales de **COOMEVA**, y posteriormente como Asesores Comerciales de **COOMEVA** adscritos a **ECOR-SYVA**
 - vi) La labor de promoción de **ECOR-SYVA** fue reiterada, continua, permanente e ininterrumpida durante toda la vigencia del contrato.
 - vii) **ECOR-SYVA** mantuvo una organización de bienes propia y estable para promocionar los negocios de **COOMEVA** durante la vigencia del contrato: puntos de atención, áreas alquiladas, redes de telefonía fija y celular, asesores comerciales, actividades de telemarketing, personal administrativo, personal de la Mesa de Control de Afiliaciones, asesores para clientes especiales, etc.
 - viii) **COOMEVA** presta los servicios de salud promocionados por **ECOR-SYVA** y adquiere o aprovecha los efectos económicos de la actividad de intermediación.
 - ix) **ECOR-SYVA** actuaba por cuenta y riesgo de **COOMEVA**, toda vez que no suscribía contrato alguno con el suscriptor del servicio captado para **COOMEVA** por la labor comercial de **ECOR-SYVA**.

El contrato de prestación del servicio era suscrito entre éste y **COOMEVA**.

- b) Fijación de objetivos de venta por **COOMEVA**: **COOMEVA** fijaba a **ECOR-SYVA** objetivos de venta, así como directrices y políticas que debían ejecutarse por parte de **ECOR-SYVA** en cumplimiento del encargo conferido por la convocada.
- c) **ECOR-SYVA** ejecutó de manera estable, prolongada y exclusiva la promoción de los servicios de salud prestados por **COOMEVA** en las zonas de Santiago de Cali, Santander de Quilichao, Jamundí, Yumbo, Miranda La Cumbre, Vijes, recta Cali-Palmira y Zona Franca.
- d) Remuneración por la labor de intermediación: **COOMEVA** remuneraba a **ECOR-SYVA**, durante la vigencia del contrato, mediante el pago de una comisión, como contraprestación a la labor de intermediación realizada por ésta”.

1.6. Concluye en el capítulo 5 de la demanda que “**COOMEVA** incumplió grave y reiteradamente sus deberes contractuales y legales, al incurrir en las siguientes conductas principales:

- El Retraso Sistemático En El Pago De Las Comisiones A Que **ECOR-SYVA** Tiene Derecho

Esto se produjo ante la imposibilidad de **COOMEVA** de liquidar oportunamente el valor de las comisiones ante deficiencias tecnológicas imputables a esta, dado el colapso del programa **SIEPS** y la implementación del **COOEPS**.

La incertidumbre sobre el monto de las comisiones a que **ECOR-SYVA** tiene derecho, fue tal, que **COOMEVA** se vio obligada a sostenerle a **ECOR-SYVA** el promedio mensual de comisiones durante el año 2001.

Durante éste año no se pudo reclamar glosas ni inconsistencias alegadas injustificadamente por **COOMEVA** para abstenerse de pagar las comisiones, ya que el software de **COOMEVA** no lo permitió por problemas técnicos.

Esta limitación en el flujo de caja **ECOR-SYVA**, a pesar del crecimiento sostenido que adelantaba, la forzó a disminuir esfuerzos en personal e infraestructura, desacelerando la intensidad de la labor de intermediación comercial adelantada por **ECOR-SYVA**.

Inclusive, **ECOR-SYVA** tuvo que desplazar su sede administrativa a las oficinas de uno de sus socios para disminuir costos, dado el impacto negativo que venía sufriendo debido al incumplimiento de **COOMEVA** de su obligación de pagar oportunamente el valor de las comisiones.

- No Pago De Remuneración Por Digitación En El Afilco:

A partir del año 2002, **ECOR-SYVA** realizó la digitación de afiliaciones en el software **AFILCO** de **COOMEVA** para todos los formularios que se tramitaban.

COOMEVA ofreció el pago cada digitación a **ECOR-SYVA**, razón por la cual implementaron el montaje de una mesa de control (3 computadores, banda ancha y tres técnicos digitadores).

A pesar de lo anterior y de las múltiples reclamaciones de **ECOR-SYVA**, **COOMEVA** nunca pagó a **ECOR-SYVA** las sumas ofrecidas, y al contrario, estableció condiciones discriminatorias dentro de su propia fuerza de ventas, ya que a las ECOR de la Costa Atlántica sí les pagaban \$1.000 por cada formulario digitado.

- Acompañamiento De Ecor-Syva A Coomeva A Campañas De Promoción Y Prevención “Tren De La Vida Saludable”:

ECOR-SYVA en ejercicio de su labor de intermediación, presentaba propuestas a las empresas potenciales, para que **COOMEVA** organizara la campaña, con acompañamiento permanente de un funcionario de **ECOR-SYVA**.

El valor de aproximadamente noventa (90) campañas no fue cancelado por **COOMEVA**.

- Imposición De Directrices Y Políticas Gravosas Para Ecor-Syva Y Para La Sostenibilidad Del Sistema General De Seguridad Social En Salud (Sgsss):

COOMEVA incumplió sus obligaciones contractuales y legales al imponer como política a **ECOR-SYVA**, la no afiliación de potenciales clientes que representaran considerables riesgos de salud.

Esta conducta de **COOMEVA** afectó desfavorablemente el desempeño comercial de **ECOR-SYVA** disminuyendo el grupo de potenciales clientes de los servicios de salud que aquella presta dentro del **Régimen Contributivo**.

Además se resalta que la directiva impartida por **COOMEVA** no sólo afectó la labor de intermediación comercial de **ECOR-SYVA**, sino que también representó una conducta que lesionó el derecho a la **libre afiliación** de las personas, y los obligó a desplazarse a otras **Empresas Prestadoras de Salud (EPS)**.

La agravación injustificada del riesgo de aseguramiento en salud de otras **Entidades Prestadoras de Salud (EPS)** es una práctica que se denomina **selección adversa**, prohibida expresamente en la ley y que da lugar a la suspensión de la autorización de la respectiva **EPS**.

Estas prácticas, contrarias a la buena fe, causaron perjuicio injustificado a **ECOR-SYVA** que no han sido resarcidos a la fecha de presentación de la demanda arbitral.”

- 1.7. Finalmente en el capítulo 6 de la demanda se afirma que “**COOMEVA** en ejercicio indebido y abusivo de su posición contractual dominante presionó a **ECOR-SYVA** para la suscripción de un nuevo convenio con idénticas prestaciones a las contenidas en el Contrato (Contrato de Comercialización de la Afiliación – Régimen Jurídico 1/Feb/2005), pero que le sirvió básicamente para reducir sustancialmente el pago de comisiones.”

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Las pretensiones de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- 2.1 “Que se declare que **COOMEVA EPS S.A.** y **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA**, celebraron el 1º de febrero de 1999, el contrato denominado “**Contrato Comercial de Prestación de Servicios ECOR por Compensación**”, desde el 1º de febrero de 1999 hasta el 31 de enero de 2004, o durante el plazo y oportunidades que determine el Tribunal.

- 2.2** Que el contrato celebrado y ejecutado entre **COOMEVA EPS S.A.** y **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA** a que alude la pretensión anterior, es un contrato de Agencia Comercial para la promoción de la prestación de servicios prestados por **COOMEVA EPS S.A.**, con arreglo a los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, en que la sociedad convocante desempeñó la calidad de Agente.
- 2.3** Que se declare que **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA** tiene derecho a percibir la prestación comercial de que trata el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio.
- 2.4** Que se declare que **COOMEVA EPS S.A.**, incumplió de manera grave y reiterada las obligaciones contraídas por ella mediante el contrato mencionado y las demás contenidas en la ley al:

- a) No pagar las comisiones oportunamente durante el año 2.001 y abstenerse de reliquidar las mismas conforme a las ventas efectivamente realizadas.
- b) Al impartir instrucciones a la fuerza de ventas para no afiliar población catalogada por COOMEVA, como de alto costo.

Que como consecuencia de las declaraciones impetradas, se profieran en contra de **COOMEVA EPS S.A.**, las siguientes condenas:

- 2.5** Que se condene a pagar a **COOMEVA EPS S.A.**, y en favor de **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA**, la prestación establecida en el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, que asciende a la suma aproximada de doscientos diez millones quinientos nueve mil ciento dieciséis pesos (\$210.509.116,00), o la cifra que resulte probada dentro del proceso.
- 2.6** Que se condene a pagar a **COOMEVA EPS S.A.**, a favor de **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA**, la totalidad de las comisiones a las que tiene derecho producto de la no liquidación oportuna de las comisiones durante el año 2.001, así como su reliquidación., que asciende a la suma de Cien Millones de Pesos, (\$100.000.000) o la cifra que resulte probada dentro del proceso.
- 2.7** Que se condene a pagar a **COOMEVA EPS S.A.**, a favor de **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA**, la totalidad de las comisiones a las que tiene derecho producto de la selección adversa de clientes, al negarse a afiliar población catalogada por **COOMEVA**, como de alto costo.

- 2.8** Que se condene a pagar a **COOMEVA EPS S.A.**, a favor de **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA**, los intereses de mora por el no pago oportuno de las comisiones durante el año 2.001, los cuales los calculamos en una suma aproximada a los Cuarenta Millones de Pesos (\$40.000.000), o la cifra que resulte probada dentro del proceso.
- 2.9** Que sobre los montos de las condenas anteriores, se le obligue a **COOMEVA EPS S.A.**, a pagar a **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA**, la corrección monetaria y los intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, según corresponda.
- 2.10** Que se condene a pagar a **COOMEVA EPS S.A.**, y en favor de **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA**, las costas del proceso que incluirán los honorarios de los árbitros, del secretario, los gastos de administración así como los de protocolización, registro y otros, además de las agencias en derecho.
- 2.11** Que se ordene a **COOMEVA EPS S.A.** que todos los pagos derivados de las declaraciones y condenas precedentes, se efectúen dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral que los establezca, o en la fecha que determine el Tribunal, disponiendo la obligatoriedad de pagar intereses de mora a la tasa máxima legal permitida certificada por la Superintendencia Financiera o la actualización del valor de las condenas desde su causación según el Interés Bancario Corriente (IBC), según disponga el Tribunal.”

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la convocada contestó la demanda aceptando algunos hechos, aclarando otros y negando la mayoría de ellos. Especialmente con las manifestaciones que se resumen de la siguiente manera:

3.1 Respecto de los hechos

- “Entre la demandante y mi representada se suscribieron varios contratos a saber, advirtiendo que el contrato citado por la actora se terminó con el advenimiento del vencimiento del término pactado ocurrido el 31 de marzo de 2001:

- a. Contrato de corretaje y prestación de servicio celebrado el 01 de febrero de 1999, el cual terminó el 31 de marzo de 2001, según lo acordado en el otro sí suscrito el 20 de noviembre de 2000.

- b. Contrato de comercialización de afiliación al régimen contributivo celebrado el 01 de febrero de 2004, finalizado el 31 de enero de 2005, y que expresamente dejó sin efectos cualquier relación o contrato celebrado con anterioridad.
- c. Contrato de tercerización de servicios de cartera suscrito el 01 de febrero de 2004 y finalizado el 31 de enero de 2005.
- d. Contrato de comercialización de afiliación al régimen contributivo suscrito el 01 de febrero de 2005, y terminado por vencimiento de su término el 30 de abril de 2006, según otro sí suscrito el 31 de Enero de 2006.
- e. Contrato de tercerización de servicios de cartera suscrito el 01 de febrero de 2005 y terminado por vencimiento de su término el 30 de abril de 2006, según Otrosí suscrito el 31 de Enero de 2006.-
- f. Contrato de tercerización de servicios de cartera suscrito el 01 de mayo de 2006, y terminado el 01 de noviembre de 2006 por vencimiento del término.
- g. Contrato de comercialización de afiliación al régimen contributivo suscrito el 01 de mayo de 2006, y con prórroga hasta el 01 de diciembre de 2007 según otro sí suscrito el día primero (1) de diciembre de 2006.”

- En cuanto se refiere al contrato celebrado el 01 de febrero de 1999 y terminado el 31 de marzo de 2001 manifiesta: “El contrato celebrado era de corretaje comercial y de prestación de servicios en virtud del cual el demandante se obligó a poner en relación con la demandada personas naturales con el fin de que celebraran el contrato de afiliación y registro al sistema de seguridad social (objeto propio del contrato de corretaje) y a realizar una permanente actividad encaminada a administrar a las personas afiliadas a través de actividades como la entrega de carnés, llevar en medio magnético la información de los afiliados, etc. (obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios). Es importante aclarar que no riñe con la naturaleza del contrato de corretaje el asumir obligaciones como la de obtener la renovación de los contratos, tal como se señala expresamente en el artículo 1347 del Código de Comercio relacionado con los corredores de seguros”.

- Aclara algunas afirmaciones hechas por la parte convocante en los siguientes términos:

“ ...

- i) COOMEVA EPS, no es una entidad “Prestadora” (Sic) es Promotora de servicios salud, pues la primera corresponde a las IPS regladas para tal efecto en la Ley 100 de 1993.

Los servicios ofrecidos por COOMEVA EPS, corresponden a una respuesta de una función que de suyo corresponde al estado, y que es reglada por éste, no siendo exclusivo de mi representada.

iv) No es cierto, ECOR-SYVA en ningún caso actuaba en nombre y representación de COOMEVA, pues como por todos es sabido la función que prestan las EPS no puede ser delegada y como se verifica en el contrato, COOMEVA autorizaba el uso de imagen corporativa, pero el corredor tenía muy claro las condiciones en las que esto se permitía y la obligación que le asistía de devolver papelería y demás documentos que eran propiedad de COOMEVA, a la terminación del contrato.

viii) COOMEVA EPS para la época de vigencia no era prestadora de servicios de salud. En estricto sentido, COOMEVA EPS no obtiene provecho económico directo de la actividad de intermediación desplegada por el corredor pues los aportes que cancela el afiliado no son de propiedad de la EPS, por el contrario, pertenecen al sistema de seguridad social.

ix) ECOR-SYVA no actuaba por cuenta y riesgo de COOMEVA EPS, no tenía facultad alguna de representación de mi mandante. Se aclara que los contratos suscritos por los afiliados no se firman por Coomeva como contratante, los contratos representan el ingreso del usuario al sistema.

Las políticas de vinculación así como los objetivos de venta son definidas por el sistema, siendo de orden legal y en ningún caso pueden ser determinados por la EPS.

ECOR-SYVA no ejercía sus actividades como corredor de forma exclusiva, junto a ellos, otros corredores ofrecían el POS de COOMEVA EPS.”

3.2 Respecto de las pretensiones

La convocada se opone y rechaza todas y cada una de las pretensiones, por ser ellas contrarias a derecho, manifestando que:

- Entre la convocada y la convocante jamás existió contrato de agencia comercial, ya que esta no fue la intención al momento de suscribirlo y que en la relación comercial existente nunca se dieron los elementos propios para soportar la Agencia Comercial.

- Al no existir contrato de agencia regulado por el Código de Comercio es improcedente la aplicación del artículo 1324 del mencionado estatuto norma de aplicación exclusiva al contrato de agencia mercantil.

- COOMEVA E.P.S. S.A. no debe cantidad alguna de dinero a GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA., derivada del contrato Comercial de Prestación de Servicios ECOR por Compensación, habiendo sido canceladas la totalidad de las comisiones a su favor.

- Quien debe ser condenada al pago de las costas del proceso arbitral es la parte convocante.

3.3 Excepciones de mérito

El apoderado de la convocada adicionalmente a la contestación de la demanda propuso excepciones de merito con las manifestaciones que se resumen de la siguiente manera:

3.3.1 INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL O COMERCIAL.

Fundamentada básicamente en el hecho de que no existe un contrato de Agencia Mercantil puesto que este supone para su existencia que “se realice entre comerciantes, que el agente actúe como representante del empresario, para la promoción de los negocios de este y en una zona determinada por el agenciado, y finalmente que la fabricación o distribución corresponda a productos cuya propiedad pertenezca al denominado empresario”.

Recalca que “...el contrato de agencia mercantil, es un tipo de contrato de mandato, según se desprende de su ubicación en el Código de Comercio (capítulo V del título XIII “Del mandato”) y de lo aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 02 de diciembre de 1980 proceso de Eduardo González contra ICO Pinturas SA). Todos los contratos de mandato se caracterizan porque el mandatario obra por cuenta ajena, es decir, que obra en beneficio directo de otro o más bien que los efectos de los negocios que celebra con los terceros son desviados hacia el mandante. Este obrar por cuenta ajena puede hacerse con o sin representación del mandante. En el primer caso, coexisten dos actos jurídicos que son el mandato como tal y la representación, de esta forma el mandatario realiza el encargo a nombre del mandante. Para que surja el mandato representativo es necesario entonces, que expresamente se señale que el mandatario tiene el poder

de representar al mandante, de lo contrario, deberá entenderse como un mandato sin representación.”

Precisa que nunca se le concedió poder de representación a la sociedad demandante, que la celebración de los contratos de afiliación sólo puede ser realizada directamente por la Entidad Promotora de Salud, sujeto calificado y autorizado por la ley en forma excepcional para suscribir dichos contratos y que no existe autorización legal que permita delegar la representación para la afiliación. El artículo 287 de la ley 100 de 1993, el cual sirve de fundamento legal para la suscripción de estos contratos, señala que se podrán contratar con terceros las actividades de “promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos...”, pero en ningún caso autoriza a que se delegue en un tercero la suscripción de los contratos que corresponde a la entidad exclusivamente. Que el mismo demandante señala que el contrato de afiliación era suscrito entre COOMEVA y el tercero.

Ratifica que en el mandato sin representación, el negocio jurídico (afiliación) se realiza entre el mandatario y los terceros, y en consecuencia, las partes del contrato serían el mandatario (la ECOR) y el tercero (afiliado). Al respecto, resalta que los contratos de afiliación al sistema general de seguridad social requieren la existencia de un sujeto calificado y debidamente autorizado, que en este caso es COOMEVA EPS.

Concluye que, siendo imposible, por la naturaleza propia del contrato de afiliación, que la sociedad demandante obrara por cuenta de COOMEVA EPS se desvirtúa la posibilidad de actuar por cuenta ajena y por ende, la existencia del contrato de agencia mercantil, subespecie del mandato. Lo que, conlleva a afirmar que la promoción de las afiliaciones que realizaba la sociedad demandante sólo podía establecerse en virtud de un contrato de corretaje, mediante el cual, la demandante acercaba a terceras personas con COOMEVA EPS para que entre éstas se celebrara el contrato de afiliación.

3.3.2 TODO CONTRATO VALIDAMENTE CELEBRADO ES LEY PARA LAS PARTES Y ESTAS DEBEN ESTARSE A LO DISPUESTO EN EL.

Se Fundamenta esta excepción en el artículo 1602 del Código Civil aplicable a las relaciones comerciales por expresa remisión del artículo 822 del Código de Comercio y dispone lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo

o por causas legales”. Advierte que la voluntad de las partes no puede desconocer la norma imperativa, estableciendo la preponderancia del principio de autonomía de la voluntad de los contratantes al momento de celebrar un contrato.

Se pregunta porqué razón la demandante pretende desconocer la naturaleza contractual del negocio jurídico de intermediación suscrito por COOMEVA E.P.S S.A. con algunos años de antelación? Afirma, que los contratos al momento de su celebración, ejecución así como a su terminación están regidos por el principio de la buena fe, y no concibe COOMEVA E.P.S. S.A. como ahora pretende el demandante que se declare que la relación comercial existente no era la de un contrato de corretaje, sino por el contrario la de un contrato de agencia comercial o mercantil, que en ningún caso fue lo acordado o convenido por las partes y regulado en un contrato cuya denominación y regulación fue aceptada por el ahora demandante.

Manifiesta que, si se aceptara que el contrato de corretaje era un contrato de adhesión, y que por tal razón el ahora demandante no pudo manifestar su posición respecto al negocio jurídico propuesto, no habría razón alguna para que este reincidiera año tras año en la misma modalidad contractual y no podría el Tribunal conocer de las diferencias surgidas perdiendo validez el pacto arbitral, tal y como lo ha considerado para ese tipo de contratos nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia.

3.3.3. FALTA DE CAUSA

Afirma, que la acción demandada carece de causa en razón a que la relación sostenida entre **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA.** y **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.** no acarrea jurídicamente las prestaciones invocadas en la demanda; por lo cual éstas son infundadas, Lo que conduce a una aspiración del demandante de enriquecerse sin causa justa y a costa de la parte convocada.

3.3.4. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA

Reafirma que **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S. A.**, no esta obligada a pagar a **GRUPO SER Y VIDA ASESORES LTDA.** prestación alguna, por cuanto:

1. No existió contrato de agencia mercantil, por lo tanto no hay lugar al pago de las prestaciones establecidas en el artículo 1324 del Código de Comercio, norma de aplicación restrictiva.

2. La terminación del contrato ocurrió por vencimiento del término en él previsto.
3. La parte convocada cumplió a cabalidad las obligaciones derivadas de la relación comercial convenida entre las partes, sin que pueda alegarse incumplimiento en el pago de las comisiones.
4. No existió terminación injustificada del último contrato celebrado, pues fue una facultad establecida por las partes y que no generaba indemnización alguna.

3.3.5. TERMINACIÓN LÍCITA Y JUSTA DEL CONTRATO

Informa que, la terminación de los contratos celebrados, bien por vencimiento del término, por mutuo acuerdo o por terminación unilateral con 30 días de antelación, se llevó a cabo en debida forma. Ajustada en todo al contrato convenido entre las partes.

3.3.6. BUENA FE CONTRACTUAL Y CARENCIA DE CULPA DE COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. obró de buena fe al momento de proponer los negocios jurídicos a la ahora demandante, cumpliendo a cabalidad con las obligaciones que a ella le correspondían, advirtiendo además, que nunca incurrió en culpa por acción u omisión que pudiera originar alguna responsabilidad.

3.3.7. INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO.

Resalta que durante toda la relación contractual la sociedad demandada fue respetuosa de los derechos de la demandante y cumplió cabalmente con sus obligaciones, razón por la cual no podría llegar a invocar abuso del derecho, que la terminación del contrato obedeció al acaecimiento del término para su vencimiento.

Afirma que, el hecho de que el contrato pudiera haber sido de aquellos denominados de adhesión, no le quita validez al mismo. Dicho tipo de contratos (de adhesión y de cláusulas uniformes) no se realizan con el ánimo de defraudar a la otra parte (lo contrario sería suponer la mala fe), sino buscando la eficiencia en las condiciones actuales del mercado que exigen celebrar contratos con rapidez y que sean de fácil manejo (en virtud de que son iguales para todos) para la entidad contratante. En los contratos de adhesión existe el acuerdo de voluntades así sea cuando uno se limita a aceptar, y más en este caso cuando la

misma parte demandante reconoció en COOMEVA EPS su actuación encaminada para tener condiciones de beneficio para ambas.

3.3.8. COBRO DE LO NO DEBIDO.

Anuncia, que **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.** no debe nada a la demandante. Por consiguiente, las pretensiones indemnizatorias del demandante constituyen un cobro de lo no debido.

3.3.9. FALTA O CARENCIA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR LAS PRETENSIONES.

Manifiesta, que la competencia de un Tribunal arbitral deviene de la cláusula compromisoria. Así las cosas advierte que la cláusula compromisoria se encuentra destinada para dirimir las diferencias surgidas con relación a la terminación o ejecución del negocio jurídico al cual se incorpora el mencionado pacto arbitral. Del análisis de las pretensiones propuestas por el convocante se infiere que su petición se fundamenta en un negocio jurídico distinto al cual se incorporó la cláusula compromisoria no estando facultado el Tribunal para resolver sobre la existencia de la relación comercial que se pretende por la convocante, pues insiste el pacto arbitral no los faculta para tal efecto.

Para el convocado, resulta contradictorio que el convocante, presente solicitud de demanda arbitral y manifieste en los hechos de la demanda que el contrato suscrito fue un contrato de “adhesión”, situación que de ser cierta impediría la inclusión de una cláusula compromisoria, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en múltiples decisiones.

Recalca que la cláusula compromisoria fue establecida en el contrato suscrito el 01 de febrero de 1999 y terminado el 31 de marzo de 2001, y que fue expresamente dejado sin efectos según consta en el contrato suscrito el 01 de febrero de 2004. Sin que posteriormente se pactaran cláusulas compromisorias.

3.3.10. PRESCRIPCIÓN.

Concluye el apoderado de la parte convocada que, en el hipotético y poco probable caso que el Tribunal se llegare a declarar competente para conocer de las diferencias surgidas entre las partes derivadas del contrato suscrito el 1º de febrero de 1999, denominado contrato de corretaje y prestación de servicios, terminado el 31 de marzo de 2001, deberá declarar prescritas las obligaciones

derivadas del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1329 del Código de Comercio.

3.3.11. OTRAS EXCEPCIONES.

Solicita al Tribunal, que de encontrar probada cualquier otra excepción, proceda a declararla, de conformidad con lo establecido en el estatuto procesal Art 306.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. INSTALACIÓN

- 1.1.** La Cámara de Comercio, mediante sorteo designó como árbitros a los Doctores MARLENE CARBALLO CANO, JORGE RESTREPO POTES Y OCTAVIO VÉLEZ PATIÑO.
- 1.2.** El 15 de enero del año 2.008, tal como aparece en el Acta No. 01, se instaló el Tribunal de Arbitramento, habiendo sido designada como presidente la doctora Marlene Carballo Cano, y como secretaria la doctora María del Pilar Ramírez Arizabaleta. Se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la secretaría, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.
- 1.3.** El 24 de Enero del año 2008, acta No.2, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral, concedió el termino legal para que fuera subsanada y reconoció personería al apoderado de la parte convocante.
- 1.4.** Subsana la demanda dentro del término, en acta No.03, el Tribunal admitió la demanda arbitral y concedió un término de traslado de diez días a la parte convocada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 428 del C.P.C., y dispuso la notificación personal de dicho proveído.
- 1.5.** Coomeva entidad Promotora de Salud S. A. Coomeva E.P.S. S.A., fue notificada de la demanda por intermedio de apoderado judicial, el día 22 de febrero de 2008 y dentro del término legal presento recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, del mismo se corrió traslado a la parte convocante, quien oportunamente contesto.
- 1.6.** Por auto de fecha 08 de Abril de 2008, acta No. 04 el tribunal resolvió el recurso de reposición No Revocando el auto admisorio de la demanda, ordenando reanudar el termino de traslado de la demandad y reconoce personería al apoderado de la parte convocada.
- 1.7.** Coomeva entidad Promotora de Salud S. A. Coomeva E.P.S. S.A., dentro del termino legal contestó la demanda y presentó excepciones de fondo
- 1.8.** Del escrito de excepciones se corrió traslado a la parte convocante, quien guardo silencio

- 1.9.** El 12 de junio de 2008 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación entre las partes, la cual fue declarada fracasada, mediante auto No. 07 de la fecha Acta No. 06, y a continuación mediante auto No. 08, fueron señaladas las sumas por concepto de gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal.
- 1.10.** Dentro del término legal la parte convocante consignó las sumas señaladas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, la parte convocada no consignó el monto que le correspondía por los citados honorarios y gastos y posteriormente dentro del término legal adicional, la parte convocante consignó la parte de honorarios y gastos que le correspondía pagar a la convocada.
Obra en el expediente constancia que Coomeva entidad Promotora de Salud S. A. Coomeva E.P.S. S.A., reembolsó a la convocante, las sumas de dinero que ésta pago por aquella.
- 1.11.** El 09 de Septiembre de 2008 el apoderado de la parte convocante presento reforma a la demanda, integrando en un solo escrito la demanda y su reforma, la cual fue admitida mediante auto de fecha Septiembre 18 de 2008, acta No.09 y se ordeno correr traslado de la misma a la parte convocada, el apoderado de la parte convocada, dentro del termino contesto la demanda y propuso excepciones de fondo.
- 1.12.** El día 30 de Septiembre de 2008 se fijo en lista el traslado de las excepciones de fondo a la reforma de la demanda. El día 03 de Octubre de 2008 el apoderado de la parte convocante contesto el traslado a las citadas excepciones.
- 1.13.** La primera audiencia de trámite se desarrolló el día 08 de octubre de 2.008, Acta No. 10, audiencia en virtud de la cual el Tribunal previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la convocante, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial contenidas en la demanda presentada por Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., contra Coomeva Entidad Promotora De Salud S.A. Coomeva EPS S.A., se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y las que se consideraron conducentes, útiles y pertinentes.
- 1.14.** . El 29 de Octubre de 2008, Acta No. 11 se inicio la practica de las pruebas decretadas; practica que se desarrollo a través de las audiencias programadas los días 30 de Octubre (Acta No 12), 31 de Octubre (Acta No.13), 06 de

Noviembre (Acta No. 14), 24 de Noviembre (Acta No. 15) y 12 de Diciembre (Acta No.16) del año 2008; así como en las audiencias programadas los días 23 de Enero (Acta No. 17), 29 de Enero (Acta No. 18), 19 de Febrero (Acta No. 19), 16 de Marzo (Acta No. 20), 17 de Marzo (Acta No. 21), y 05 de Abril (Acta No. 22) del año 2009.

1.15. El 29 de Mayo de 2009 (Acta No. 23) los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998.

1.16. Cómputo del término de duración del proceso:

Octubre 08 de 2008

Primera Audiencia de Trámite

Abril 07 de 2009

Vencen los seis meses

PRIMERA SUSPENSIÓN

20 días corrientes de 09 Oct./08 a 28 Oct./08
(Acta No. 10 de Octubre 8/2008 - Auto # 17)

SEGUNDA SUSPENSIÓN

41 días corrientes de Dic. 13/08 a Enero 22/09
(Acta No. 16 de Diciembre 12 /2008 – Auto # 26)

TERCERA SUSPENSIÓN

20 días corrientes de Enero 30/09 a Feb. 18/09
(Acta No. 18 de Enero 29/2009 – Auto # 29)

CUARTA SUSPENSIÓN

10 días corrientes de Feb. 20/09 a Marzo 01/09
(Acta No. 19 de Febrero 19/2009 – Auto # 31)

QUINTA SUSPENSIÓN

40 días corrientes de Marzo 18/09 a Abril 26/09
(Acta No. 20 de Marzo 16/2009 – Auto # 33)

TOTAL SUSPENSIONES

131 días

EN CONCLUSIÓN:

6 meses iniciales vencen en:

Abril 07 de 2009

Más 131 días corrientes de suspensión

Vencimiento final en:

Agosto 16 de 2009

Surtido el proceso, se procede a dictar el fallo, no sin antes advertir que por razones de metodología, el estudio de las excepciones de mérito se abordara dentro de la temática de cada uno de los puntos con ellas relacionadas:

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1- Cláusula compromisoria del contrato.

En el caso de autos las partes acordaron que:

“Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA EPS SA y LA-ECOR con motivo de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionadas entre ellos, serán sometidas ante un Tribunal de Arbitramento, designado por el centro de conciliación de la Cámara de comercio de Cali que se regirá por lo dispuesto en los códigos de procedimiento civil y código de comercio. Los árbitros deben decidir en derecho”.

Por razones de metodología se aclara que la sigla ECOR corresponde al nombre comercial Empresa de Corretaje; que SYVA Ltda.; es la sigla que utiliza la convocante Grupo Ser y Vida; que en términos generales cuando se use la expresión ECOR-SYVA Ltda.;. Se alude a empresas de corretaje Grupo ser y vida Ltda. y que Coomeva EPS SA., corresponde al nombre de la empresa promotora de salud pues así quisieron llamarse las partes en el contrato.

Corresponde entonces detenerse en el documento contentivo de la cláusula compromisoria.

1.1) La vinculación de las partes en forma ininterrumpida desde el 01 de Febrero del 1999 hasta el 31 de Enero de 2004: Una sola relación contractual.

En el contrato inicialmente suscrito del 01 de Febrero del año 1.999, en el cual se estipulo la cláusula compromisoria, las partes previeron:

(Cláusula 10) Duración del contrato.

“El presente contrato tiene una duración de un año contado a partir de la fecha de su firma prorrogado en forma sucesiva por el mismo periodo, a menos que cualquiera de las partes comunique a la otra, por escrito, su decisión de dar por terminado, con una antelación no menor de 30 días calendario a la fecha de su terminación”.

(Cláusula 11) Terminación del contrato

Las partes acuerdan que cualquiera de ellas puede dar por terminado el presente contrato, sin que por ello se cause indemnización alguna a favor de la otra. Para esto solo basta la manifestación escrita con una antelación no menor a 30 días calendario a la fecha en que se pretenda dar por terminada la relación contractual y entrega efectiva a satisfacción de COOMEVA EPS S.A., de toda la información, documentación y base de datos de su propiedad, recaudada con ocasión de la ejecución de este contrato”.

Antes del vencimiento del término inicialmente pactado, las partes en **OTRO SI** a este contrato acordaron:

“...De una parte Coomeva: Entidad Promotora de Salud S.A. que en adelante se denominará simplemente Coomeva EPS S.A., con Nit 805.000.427-1 representada en este acta por el Gerente de la Sucursal Dra. Lilibiana Patricia Guzmán González, identificado como aparece al pie de su firma; De otra parte la Sociedad Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., que en adelante se denominará simplemente la ECOR, con Nit 805.012.446-3, representada legalmente por su gerente Ana Milena Sánchez Lozano identificada como aparece al pie de su firma, convienen producir OTRO SI al contrato comercial de prestación de Servicios ECOR por compensación, pactando una prórroga adicional al contrato, de(2) dos meses contados a partir de la fecha de finalización de su vigencia. Se modifica como consecuencia del OTRO SI la prórroga pactada en la cláusula décima del contrato. En consecuencia la vigencia del contrato prorrogado será hasta el día 31 del mes Marzo del año 2001, fecha de su terminación. Como constancia de aceptación del contenido del presente OTRO SI, las partes lo suscriben en dos ejemplares del mismo tenor y contenido, uno para cada una, en la ciudad de Cali a los 28 días del mes de Noviembre del año 2000...”

Si bien en el contrato celebrado el 01 de Febrero de 1.999 se señaló como duración del mismo un año contado a partir de su firma, lo que sucedió en la práctica entre las partes fue que el contrato se prorrogó en el tiempo hasta el 31 de Enero de 2004; pues ya para el primero de febrero de 2004 fecha en la cual se suscribió un nuevo contrato denominado de Comercialización de Afiliación al Régimen

Contributivo con el que se terminaba el vínculo contractual iniciado el 01 de Febrero del año 99, que tuvo una prórroga mediante el OTRO SI del 28 de NOV de 2000, que lo llevo hasta el 31 de Marzo de 2001

Quiere decir que desde el 31 de Marzo se 2004 el contrato del 01 de Febrero de 1999 sin documento escrito, fue prorrogado por las partes, prórroga de la voluntad

contractual hasta el 31 de Enero de 2004 pues como ya se dijo al día siguiente se suscribe entre las mismas partes el contrato denominado de Comercialización de La Afiliación-Régimen Contributivo, así como el denominado Contrato de Tercerización de Servicios de Cartera Régimen Contributivo -, contratos estos que si bien mantienen algunas de las obligaciones que se dejaron plasmadas en el contrato inicial, ya estipulan obligaciones diferentes, **y que Dicho sea de paso no contemplan la cláusula compromisoria.**

1.2) Pero, ¿Qué sucedió entre este contrato inicial del año 1999 del cual se viene hablando y el del 1 de Febrero de 2004, fecha en la cual se suscribió por las partes un nuevo contrato?

Las obligaciones de las partes contenidas en el contrato del año 1.999 se fueron prorrogando, pues las partes continuaron inmersas en sus obligaciones, es decir continuaron ejecutando el contrato. El contrato del año 1999 con sus prorrogas sucesivas evidencia que la relación **fue una sola** hasta cuando decidieron la firma de otro contrato en el 1 de Febrero de 2004, en que, se repite , dejaron de lado la cláusula arbitral.

Ahora bien: indistintamente de que se hubiese previsto que el contrato se prorrogaría por anualidades, y luego mediante el “**OTRO SI**” se extendió a dos (2) meses, es lo cierto que aun no existiendo esta previsión contractual, la prorroga procede en forma automática en los mismos términos del contrato anterior, excepción esta del plazo al cual se sujeta lo pactado, y que para el caso concreto mediante el “**OTRO SI**” lo fue de dos (2) meses.

La parte convocada como eje central de su defensa siempre insistió en que el contrato del año 99 termino por vencimiento como consecuencia del OTRO SI en Marzo de 2001.

Sin embargo otra es la situación para el tribunal, pues de un lado estamos frente a un contrato de ejecución sucesiva, las relaciones comerciales no fueron objeto de interrupción ni se suspendieron, el hecho de no haberse documentado estas relaciones comerciales entre las partes en modo alguno tiene la fuerza para predicar de ella que la relación quedó sin un marco definitorio.

Vista así las cosas, la situación jurídica no fue otra **que el contrato continuó en las mismas condiciones** , que la relación contractual no fue interrumpida, sumado a que la actitud de los contratantes y la conducta ejecutada no fue otra que la de dejar entrever su intención, de continuar con el contrato firmado en el año 99.Fue solo ya

en el año 2004 cuando las partes **deciden suscribir un nuevo contrato y de paso eliminan la cláusula compromisoria tal y como sucedió con los posteriores contratos suscritos, en los cuales denotan su clara intención de no someter las diferencias entre ellas surgidas al trámite arbitral, pues no estipularon la cláusula.**

No se diga aquí, que es menester para que operara la prorrogación tacita del contrato, la manifestación escrita por las partes, ni como lo advierte el apoderado de la convocada que “la ley no faculta al fallador a extender los términos de un contrato terminado a una relación posterior” (Cfr alegato de conclusión Pág. 11), pues lo cierto es que las mismas con su proceder demostraron otra querencia como fue la de continuar con el contrato.

Prorrogándose así el contrato este lo es con todas y cada una de sus cláusulas, **incluyendo la compromisoria**, cláusulas que estuvieron vigentes hasta la suscripción del contrato del 01 de Febrero de 2004(Contrato de comercialización de la afiliación régimen contributivo;) y los posteriores que a este siguieron, como el de tercerización de servicios de cartera régimen contributivo, (01 de feb de 2004) y el de tercerización de servicios de cartera régimen contributivo de 2005.

Y es que el contrato no puede escindirse, el principio de la unidad contractual no puede romperse, porque si bien se previó una terminación, es lo cierto que el contrato se prorrogó como ya se dijo y la voluntad y conducta de las partes asumidas demuestran que ese fue su querer, su intención, pues a lo largo del proceso quedo establecido que las relaciones entre el año 1999 y 2004 siguieron ejecutándose. Y es este contrato inicial prorrogado en el tiempo el que se convierte en norte para precisar el alcance de las obligaciones de las partes y es aquí en esta unidad de relación, de la conducta de las partes, de donde se predica la competencia del tribunal, y la validez no solo de la cláusula compromisoria sino la plena competencia del tribunal para abordar el tema de decisión.

Los argumentos que se dejan expuestos, llevan al Tribunal a despachar en forma desfavorable las excepciones denominadas “TERMINACIÓN LICITA Y JUSTA DEL CONTRATO (excepción 5)”, así como la (excepción 7) denominada INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO, pues ha quedado claro para el tribunal, de un lado la prorrogación del contrato del año 1999 y que el hecho de haber firmado ahora sí un nuevo contrato en el año 2004 el 1 de febrero es más que indicativo que entre las partes se surtieron conversaciones (costumbre de los comerciantes), que permitieron sin cruce de comunicaciones plasmar en este ultimo contrato su voluntad que por lo demás se extendió a no pactar cláusula compromisoria.

1-3) Es imperativo para el Tribunal adentrarse en el examen de la interpretación de las reglas contractuales.

Dentro del marco de interpretación contractual, es sabido que el principio rector del mismo viene dado por la voluntad de las partes, entre otros. La tesis rectora de la Corte Suprema de Justicia sobre las reglas de interpretación ha sido la siguiente:

“...1. En numerosas ocasiones la Corte ha precisado que la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la “...cordura, perspicacia y pericia del juzgador” (CVIII, 289), a su “discreta autonomía” (CXLVII, 52), razón por la cual, el

resultado de ese laborio “no es susceptible de modificarse en casación sino a través de la demostración de un evidente error de hecho” (CXLII 218 Cfme.: CCXL, 491, CCXV, 567).

Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, per se, tenga plena o irrestricta libertad para buscar la comunis intentio de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que , articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su interprete.

Desde luego que si el juez, tras examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en si misma considerada, no puede ser enjuiciada ante la Corte, so pretexto de una construcción mas elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato.

Ahora bien, el criterio basilar en esta materia –mas no el único, útil es memorarlo – es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, **“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella mas que a lo literal de las palabras”**, en cuya puesta en practica sirve de fundamento, entre otras

pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ibidem, **a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretaran “por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.**

Esa búsqueda – o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión,

pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, “la letra mata y el espíritu vivifica”.

El mismo artículo 1622-ya citado- sienta otras reglas más de acentuada valía, como aquella que prevé que **“las cláusulas de un contrato se interpretaran unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”**, en clara demostración de la relevancia que tiene la interpretación sistemática y contextual, brújula sin par en estos menesteres.

O, en fin, la contemplada en el artículo 1621, que dispone que cuando no aparezca “voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”, sin dejar de tener su propia fuerza y dinámica, en veces definitiva para casos específicos, la asentada en el artículo 1620, según la cual, “el sentido en que una cláusula pueda producir efecto alguno”, lo que significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría-o cercenaría- efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina.

Todas estas directrices, en últimas, tienen el confesado propósito de evidenciar la común voluntad de los extremos de la relación negocial, lo mismo que fijar unos derroteros enderezados a esclarecer la oscuridad o falta de precisión que, in casu, puede presentar el texto contractual, bien desestimando interpretaciones que, inopinada o inconsultamente, conduzcan a privar de efectos a la cláusula objeto de auscultación, ya sea otorgándole relevancia a la naturaleza del contrato, bien interpretándolo de modo contextual, esto es, buscando armonía entre una cláusula y las demás, etc.

Por eso la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha resaltado que “Si la misión del intérprete, es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborio debe circunscribirse, únicamente, a

la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas” (Cas. Civil, ago. 14 de 2000, Exp. 5577). De allí que “la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él” (CVLV, 568).

A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el código civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios -o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse **de buena fe**, y en consecuencia, obligarán no solo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a **todo lo que corresponde a su naturaleza**, según la ley, la costumbre o la equidad natural”(se destaca) , o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aun la exenta de culpa ...”(Cfr. exp. 7504 de 28 02 2005.MP. Carlos Ignacio Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina Abril de 2005 Pág.462).

Por su parte el tratadista Renato Scognamiglio, sostiene sobre las normas de la interpretación del contrato que estas

“...dictan el conjunto de reglas de alcance general, que deben aplicarse siempre con el fin de fijar el significado del contrato según el punto de vista de los estipulantes, a la luz de los elementos que suministra el contenido contractual (interpretación llamada subjetiva).

Entre estas reglas, tiene un valor a su turno preliminar, la contenida en el art 1326¹ que aplica a los contratos el criterio fundamental de la hermenéutica de los actos que

¹ Scognamiglio Renato TEORIA GENERAL DEL CONTRATO, Bogotá edición Universidad Externado de Colombia 1.982 p 238 – 239. Traducción Fernando Hinestrosa. (i) Código Civil italiano.

establecen una determinada regulación de intereses. Establece dicha norma en su primera parte, que para una correcta interpretación del contrato, el interprete no debe limitarse al sentido literal de las palabras sino que debe averiguar la común intención de los contratantes, lo que quiere decir, precisando mejor el alcance de este principio, que al proceder a la interpretación debe darse prioridad al significado correspondiente al espíritu que inspira el acto, sobre aquel, eventualmente divergente, que pueda resultar a primera vista, del solo examen de su tenor literal. (C.C. col. Art 1618).

La doctrina predominante se empeña en atribuirle a esta disposición el mérito de una expresa toma de posición del legislador en favor de la tendencia voluntarista en la interpretación del contrato (y por consiguiente, de una confirmación cierta del fundamento de la teoría voluntarista del negocio)(112), resultante con toda evidencia de la solución que se da al problema de la interpretación al ordenar que en caso de contraste entre la voluntad y la declaración, para determinar el significado del contrato , debe acudirse a la búsqueda de la intención real de los estipulantes.

De ahí que nos parezca indispensable tener bien presente la diferencia entre la regla surgida por el buen sentido e impuesta por la ley, de que en caso de duda debe preferirse el significado real del contrato sobre las expresiones literales, y aquella otra de acudir al querer interno, que incautamente se proclama...”.

Pues bien, siendo coherentes con lo que venimos diciendo la intención de los contratantes no fue otra como se repite, que la de prorrogar el contrato, prórroga que se fue dando en forma tácita como ya se dejó expresado no obstante haber “escrito” que el contrato del año 1999 terminaba el 31 de marzo de 2001.

Y es que este criterio basilar- como lo dice la Corte- de auscultar la intención de las partes frente al tenor literal de las palabras del contrato, se despeja con las pruebas arrimadas a la instancia:

A una pregunta en concreto que le formulara el apoderado de la parte convocante en el interrogatorio a la representante legal de la convocada sobre si era cierto si o no “...que SYVA ejecutó la labor contratada con Coomeva E.P.S S.A. de manera ininterrumpida desde el día primero de Febrero de 1999 hasta el día primero de Febrero de 2004, “la representante legal de Coomeva EPS respondió: “...aquí debe estar la fecha de inicio del contrato, voy a ver, sí, aquí, de acuerdo,... con lo que veo en los documentos la fecha de inicio está primero de Febrero de 1999 y dice que se prorroga un año contado a partir de la fecha de su firma, prorrogado en forma

sucesiva,” y agrega que “...efectivamente esta es la fecha de inicio y entiendo que fue hasta el 2004.

Y en cuanto a la continuidad de la labor contratada con SYVA, cuando el apoderado de la parte convocante le pregunta que si la labor comercial adelantada por SYVA era permanente, contestó: “Entiendo que así fue porque hubo los pagos de comisiones por el trabajo que realizara”.

Ese dicho suyo queda ratificado al responder “es cierto” a esta pregunta del apoderado de la convocante: “Diga como es cierto si o no que la labor comercial adelantada por SYVA para Coomeva E.P.S S.A. era de manera permanente” (Cfr pregunta #8 interrogatorio de parte practicado a **Piedad Cecilia Pineda Arbeláez**).

Tenemos entonces, que si comparan las tesis expuestas por el tribunal frente a la (excepción²) denominada “TODO CONTRATO VALIDAMENTE CELEBRADO ES LEY PARA LAS PARTES Y ESTAS DEBEN ESTARSE A LO DISPUESTO EN EL”. no son de recibo los argumentos planteados en la excepción, en la medida en que al estudiar las reglas de interpretación contractual, para el tribunal el principio rector viene dado por la voluntad de las partes, predicándose la buena fe contractual no solo dentro del ámbito del derecho negocial , sino - y lo más importante-como principio constitucional .tampoco está llamada a prosperar esta excepción.

2): Requisitos esenciales de la Cláusula compromisoria

“...Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que pueden surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral. Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal...”.

“..PAR-La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y de la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente. (Art 116 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 2A del Decreto 2279 de 1989).

“...En general la cláusula compromisoria, tiene las siguientes características que la diferencian claramente del compromiso.

a) Tiene relación directa e inmediata con un contrato. Por lo tanto a través de la cláusula compromisoria no se puede someter a decisión de los árbitros, asuntos o diferencias meramente extracontractuales.

b) Se debe pactar antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes. Es decir, la esencia misma de la de la cláusula compromisoria nos indica que opera únicamente para diferencias futuras

c) Si nada se expresa, se entiende que ésta, se extiende a cualquier conflicto o diferencia, que directa o indirectamente tenga relación con el contrato al cual se refiere. Esta presunción general de competencia arbitral fue consagrada por el inciso segundo artículo 2, D.2279 de 1989.

La previsión legislativa de que “se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual”, nos indica que el pacto arbitral cubre los diferendos que se presenten, no solamente durante la ejecución o cumplimiento del contrato, sino igualmente, los que tengan relación con la extinción, terminación o liquidación del contrato, aspectos estos, que en ninguna forma pueden calificarse como ajenos a la relación contractual.

Existen otros aspectos anexos o complementarios al contrato mismo que también deben ser dirimidos a través del arbitraje como lo sería lo referente a la interpretación y alcance de sus cláusulas (Gil Echeverry, Jorge Hernán .Curso Práctico de Arbitraje ed. Librería del profesional Bogotá 1993, p.16).

De lo expuesto hasta aquí despréndase que en virtud de la prórroga del contrato a la que se ha hecho referencia, la cláusula arbitral tiene plena operancia para dirimir los asuntos sometidos a consideración del tribunal, cláusula arbitral que por lo demás reúne los requisitos de acuerdo al doctrinante citado y así se abordara el Thema Decidendum.

De lo señalado en los puntos 1 y 2, colígese que tampoco esta llamada a prosperar la excepción FALTA O CARENCIA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR LAS PRETENSIONES. (excepción 9) y LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION (excepción 10). En cuanto a la primera tenemos abundando en lo dicho que el contrato contentivo de la cláusula compromisoria se fue prorrogando, que la relación contractual no fue interrumpida y que el hecho de encontrarnos frente a un contrato de ejecución sucesiva, conlleva a que su prórroga lo sea en las mismas condiciones, **incluyendo la cláusula compromisoria que es lo que el Tribunal ha denominado el principio de la unidad contractual.**

No comparte el Tribunal el argumento de que el convocante finca sus pretensiones en un negocio jurídico distinto. No. El convocante en su demanda en la pretensión primera apoya la misma en el contrato firmado el 01 de febrero de 1999, solicitando que su existencia se prolongue hasta el día 30 de junio de 2007 “ o durante el plazo y oportunidades que determine el Tribunal”, y a este plazo precisamente se ha venido refiriendo este laudo al señalar: “el contrato del año 1999 con sus prorrogas sucesivas evidencia que la relación **fue una sola** hasta cuando decidieron la firma de otro contrato el 1 de Febrero de 2004, en que, se repite, dejaron de lado la cláusula arbitral”.

De otro lado, que se haya utilizado la expresión contrato de adhesión tampoco resulta atentatorio de la cláusula compromisoria, pues el contrato tantas veces citado no es no típico de adhesión como ocurre en los contratos de seguros o de fideicomiso de inversión, a manera de ejemplo, que son a los que se refiere la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal reitera así su competencia como lo dijo al resolver el recurso de reposición que formulara contra el auto que admitió la demanda arbitral. Por lo demás llama la atención que en el mismo recurso en que se impugnara en ese entonces la jurisdicción y competencia del Tribunal, dijo así el apoderado de la convocada:

“ Si bien el fundamento de la competencia del Tribunal deriva del pacto arbitral, que para el caso en estudio resulta estar contenido en la cláusula compromisoria, a la que se refiere la cláusula 1414 del contrato denominado Contrato Comercia de Prestación de Servicios ECOR por Compensación , no es menos cierto, que la referida cláusula fue convenida dentro del contrato suscrito por las partes el 01 de febrero de 1999, cuya vigencia terminó en 1 de febrero de 2004 , fecha en la que las partes suscribieron un nuevo contrato, estipulando de manera expresa su intención de dejar sin efectos cualquier relación contractual anterior incluyendo por supuesto con el referido pacto arbitral. Basta para confirmar lo dicho con la sola revisión del segundo párrafo de la denominada cláusula final del contrato suscrito en el 2004 que al respecto indica ‘El presente contrato deja sin efectos cualquier contratación anterior verbal o escrita con objeto, obligaciones y derechos iguales o similares, a los contenidos en el presente documento’”

(Cfr memorial de febrero 27 de 2008 folio 002) (negrillas fuera del texto).

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN (# 10)

El tribunal se declaró competente para conocer de las diferencias surgidas entre las partes derivadas del contrato suscrito el 01 de febrero de 1999 en razón de haber establecido que el contrato celebrado fue de agencia comercial. En este orden de ideas y de conformidad con el Artículo 1329 del Código de Comercio la acción

que emana del contrato de agencia comercial prescribe en 5 años. Y si se tiene que el convocante presentó la demanda arbitral en el año de 2007 (diciembre), restarían dos años para que la acción prescribiera, razón que lleva el tribunal a declarar no probada esta excepción.

3-) Contrato de Agencia Comercial Características

Teorías jurisprudenciales y doctrinales.

“...Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante -el agente- asume “en forma independiente y estable” el encargo de promover o explotar negocios de un empresario-el agenciado-, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia-sustancial-se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda al agente, es decir, **en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios –así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención o mantenimiento y preservación de esa clientela y el incremento de la misma**, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como “mercadeo” que en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que -hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada.

Dicho en otros términos lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino

el hecho mismo de la promoción del negocio de este, lo que supone una ingente actividad dirigida - en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe-luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada-a través de él- por el agenciado, de forma tal, que una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso. **De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amen de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no solo en beneficio del agente, sino también del agenciado.**

Sobre la relevante característica que se comenta, señaló la Corte recientemente que hay razones de orden público económico, pero también de linaje privado, que “justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado **a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es mas específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de este o como fabricante o distribuidor de sus productos.**” (Cas. Civil, oct.20 de 2000; Exp.5497).

Tan cara es la estabilidad al contrato de agencia mercantil, **que no obstante ser una especie de mandato**, no es posible finiquitarlo por causa de la revocación que haga el agenciado. (C. Co., Artículos 1279 y 1330), toda vez que se trata de un negocio jurídico que interesa a ambos contratantes. De allí que el legislador, de una parte, se hubiere ocupado de establecer “las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato” (C. Co. Artículo 1325), **y de la otra, que haya establecido el derecho a una “ indemnización equitativa”** a favor de aquella parte -agente o agenciado- a quien “se revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada”. (Art.1324 ibíd.,inc.2do), previsiones estas que no solo develan que la estabilidad no es un mero enunciado teórico, sino que, de paso, evidencian, también que no se trata de una característica absoluta y, por ende, infranqueable, **pues habrá casos en que, pese al plazo de duración que inicialmente haya sido acordado para el agenciamiento, podrán los contratantes ponerle fin a la relación negocial, si se presenta una de las especiales y excepcionalísimas circunstancias que- ex lege- habilitan la terminación...**”. (Cfr. exp. 7504 de 28 de Febrero de 2005. MP. Carlos Ignacio

Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina Abril de 2005 Pág.466-467 negrillas fuera del texto).

El contrato de agencia comercial definido en nuestro Código de Comercio como aquel por medio del cual,

“... un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios de 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 persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente. (Art. 1317 del C. Co).

“...La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de este o como fabricante o distribuidor de sus productos. O, como a dicho Joaquín Garrigues, el agente comercial, en sentido estricto, es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o

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

Mas adelante dice la providencia comentada:

“Y aunque en la definición no está expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el Contrato de Agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que este ha de celebrar directamente si al agente no se le dio la facultad de representarlo, es lo cierto que estas características surgen de lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio, donde se estatuye, **sin perjuicio de la independencia de que goza, que el agente debe ceñirse, al**

ejecutar el encargo, a las instrucciones que le haya dado el empresario a quien debe rendir “las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada a (sic) las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”; que el agente tiene derecho a la remuneración pactada aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario o cuando este efectúe directamente...o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”, todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo, y que los negocios que para este fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente actuando a su nombre, si para ello tiene facultad” (resalta la Corte).

Citando a Ferrara, la sentencia comenta: “El agente comercial asume precisamente el deber de organizar a su propio riesgo y en condiciones de autonomía la colocación de los productos o servicios ajenos”. Para la Corte, las consecuencias del negocio de agencia comercial no admiten duda: “...las pérdidas que pudieron arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las cargaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce de lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover negocios de un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor “de uno o de varios productos del mismo”. Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otros, al realizar su venta en una determinada zona, no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios. (Subraya el Tribunal).

“La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad en éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario pasa al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos.

Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después de que sean suyos, lo beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial entonces que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos, no propios” (Subraya el Tribunal).

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

“Finalmente,-dice la Corporación-como el agente promueve negocios de productos ajenos y no propios, se explica por qué el artículo 1326 ibidem le concede el derecho de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición...”. (Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 2/Diciembre/1980, Cacharrería Mundial S.A. V. Jorge Iván Merizalde Soto y Gilberto Merizalde Uribe. MP: DR. German Giraldo Zuluaga, en Jurisprudencia Actualizada, Editorial Dikè, 1981, Págs.583 y ss. Negrillas fuera del texto).

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

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

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

En igual sentido, Francois Collart Dutilleul y Philippe Delebecque explican que el agente es en primer lugar, un mandatario que obra en nombre y por cuenta de una empresa industrial o comercial; que representa a dicha empresa y debe negociar o concluir operaciones en su nombre. Y en segundo lugar, es un mandatario independiente que organiza su trabajo como le parezca, salvo en lo que atañe a las directivas del agenciado, las cuales debe respetar. Tratadistas de otros países como Manuel Broseta Pont, comparten la concepción francesa y consideran así mismo que

la agencia comprende no solo la gestión de negocios ajenos, sino también la representación del empresario. Por ello este profesor español define la agencia como “El contrato por el cual un empresario mercantil asume, y de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover o de concertar contratos en nombre y por cuenta de otro”.

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

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

En efecto, el primero encuentra que el contrato de agencia “es, al igual del mandato y formas derivadas, dirigido a procurar a una de las partes (preponente) un **resultado (opus)** por obra del agente; tal resultado consiste **en promover por cuenta** del preponente, la conclusión de contratos en una **zona determinada**”. Pero distingue aquel convenio de este, “por el dato decisivo de que el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso del agente con representación” (Negrillas del texto).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En su monografía sobre la agencia mercantil, Juan Pablo Cárdenas Mejía también considera que "el agente cumple una función de intermediación en la celebración de contratos por el agenciado. Esta actividad la desarrolla cuando recibe, o mejor consigue ofertas de negocio de terceros y las comunica a su agenciado, para que éste decida sobre el negocio y lo celebre él mismo o lo perfeccione el agente cuando tenga el poder de representarlo". Y observa que "el contrato de agencia no implica necesariamente la representación del agenciado, pues cuando el agente promueve no es indispensable que realice otros actos jurídicos en nombre del agenciado. Así, el agente podrá, en su propio nombre, celebrar un contrato de publicidad para el producto cuya venta quiere estimular, o limitarse a visitar la clientela para fomentar las ofertas; no es necesario que celebre actos jurídicos.

La representación es apenas una posibilidad, y la falta de ella no afecta el contrato de agencia.

"En Colombia, explica, tal posibilidad surge de la definición de agencia, en cuanto se dice que el agente puede actuar como agente o representante".

Coincide el autor en señalar la deficiencia que otros le atribuyen a nuestra definición de agencia, en el sentido de que, si bien la ley colombiana no exige que el agente actúe por cuenta del empresario, "...es necesario concluir que la actuación por cuenta del agenciado es un requisito indispensable, porque si, de acuerdo con la legislación colombiana, el contrato de agencia es una forma de mandato, este implica la actuación por cuenta de otro". Ahora bien, el hecho de que el agente obre como mandatario no implica, como ya quedó establecido, que tenga la representación de su mandante. Ello se desprende de las normas generales sobre mandato, a las cuales está expresamente sometido el contrato de agencia, las cuales prevén que éste puede conferirse con representación o sin ella...". (Laudos Arbitrales Cámara de Comercio de Bogotá ed. 1996 Págs. 208-212).

Tal promoción consiste, en Palabras de Cárdenas Mejía, en: *"...desarrollar una actividad dirigida a crear, aumentar, o mantener una clientela para el agenciado"*.

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

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

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

intermediación, con una función o tarea específica en el campo de la distribución de bienes y servicios”.

En últimas, con mandato o sin él, sin duda el agente obra por cuenta de otro empresario y su trabajo consiste en efectuar para este la mayor cantidad de negocios que le sea posible, siempre dentro de la independencia que la naturaleza de su encargo le otorga. Lo anterior para significar que, aun si la agencia comercial no hubiera sido incorporada en nuestro Código como una especie de mandato, en todo caso tendría que darse la mediación, fundamento esencial de aquella...” (Ibí Pág. 214-216)

“...De la legislación, la jurisprudencia y la doctrina se sigue que estos son los elementos esenciales del contrato de agencia comercial: A) La independencia del agente; B) La estabilidad del encargo; C) El encargo de promover o explotar los negocios del empresario o agenciado; D) Una forma de “mandato comercial”; E) Asunción del cargo por cuenta del agenciado (Es decir, que los efectos del negocio afecten el patrimonio del empresario y no del agente); y F) La remuneración del agente (Laudo Tecnoquimicas S.A. vs. SmithKline Beecham Cámara de Co., Cali, 30-Sep-2004)

4-) La Agencia comercial en el caso a estudio.

Acorde con los criterios que se han dejado expuestos examinaremos la relación contractual entre las partes, con los medios probatorios obrantes en el expediente **Para concluir o no si lo que hubo entre las partes en contienda fue un contrato de agencia comercial o de corretaje**

4.1-) La independencia del Agente.

Está probado en el expediente que en el contrato celebrado el 01 de Febrero-1999 la intención de las contratantes fue la de precisamente dotar a SYVA de una total independencia, efectivamente, en la cláusula 2ª. como característica de la ECOR se precisó:

“...LA ECOR, ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico administrativa y sin tener con La Contratante relaciones de dependencia o subordinación jurídica de tipo laboral...”

Así mismo obra en autos que SYVA ejecutaba su labor a través del tipo societario de una sociedad limitada.

Se dejó dicho como, el agente está en la obligación de organizar su propia empresa de una manera independiente y estable. Pues bien, SYVA, acreditó, durante el proceso su independencia, elemento del cual venimos hablando, pues así lo enseñan el certificado de Cámara de Comercio que prueba como esta se organizó bajo la forma societaria de una sociedad limitada., de como aparece registrada en la Cámara de Comercio en la Calle 8# 3-14 de cómo figura a su nombre un establecimiento de comercio denominado Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., elementos estos totalmente diferenciadores del domicilio social de Coomeva EPS. S.A. (Carrera 39 5A-66).

Y si bien estamos hablando de documentos sujetos a registro como son los establecimientos de comercio y las sociedades, lo cual de suyo excluiría la necesidad de explorar otros medios probatorios, encuentra el Tribunal una corroboración de lo que se viene hablando en los testimonios de: Nubia Figueroa Cuartas, quien explica de cómo SYVA tenía que pagar arrendamiento a COOMEVA si quería utilizar “cubículos” ubicados dentro de aquella y como tenía un territorio asignado, en otras palabras, la testigo manifiesta que SYVA debía trabajar una determinada área local, que para el caso concreto era la ciudad de Cali.

LYDA MARTHA CRUZ: quien expresó: “...Solo podía vender el servicio de Coomeva EPS en la ciudad de Cali. Dentro de la casa comercial de Coomeva, SYVA tenía 3 cubículos para la atención al público, además de unos turnos especiales que Coomeva asignaba a cada ECOR para la atención al público...”.

Independientemente de que SYVA tuviese sus propias oficinas como está demostrado, tomaba en arrendamiento cubículos o espacios dentro de la sede de Coomeva EPS SA por estrategia de mercadeo, pero lo cierto es que ese espacio le era concedido a SYVA a título de arrendamiento lo que se demuestra también con el dictamen pericial contable, rendido por el perito Luís Alexander Gómez Bonilla, que no fue objetado en este punto, que enseña unas cifras pagadas, descontadas por arrendamiento entre los años 2002 y 2003 de \$19.587.559. Estos descuentos por arrendamiento los efectuaba Coomeva en relación a los “cubículos” a que se refieren las testigos.

El hecho de que SYVA tuviese puntos de venta de servicios dentro de las mismas instalaciones de Coomeva no le resta la autonomía que se predica de la agencia comercial.

En síntesis pues SYVA **a través de su propia empresa, en forma independiente promovía los negocios de Coomeva EPS SA, en el ramo de las afiliaciones al sistema de seguridad social**

4.2) Estabilidad del cargo

Si bien en el contrato celebrado el 01 de Febrero de 1999 se señaló como duración del mismo un año contado a partir de su firma (cláusula 10) lo que sucedió en la práctica entre las partes fue que el contrato se prorrogó en el tiempo hasta el 31 de Enero de 2004; fecha en la cual se suscribió un nuevo contrato denominado de Comercialización de la Afiliación-Régimen Contributivo con el que se terminaba el vínculo contractual iniciado el 01 de Febrero de 1999, que tuvo una prórroga mediante el OTRO SI del 28 de Noviembre de 2000, que lo llevó hasta el 31 de Marzo de 2001.

De allí en adelante, sin documento escrito, las partes prorrogaron su voluntad contractual hasta el 31 de Enero de 2004 pues como ya se dijo al día siguiente se suscribe entre las mismas partes el contrato denominado de Comercialización de la afiliación-Régimen Contributivo, así como el denominado Contrato de Tercerización, contratos estos que si bien mantienen algunas de las obligaciones que se dejaron plasmadas en el contrato inicial, ya estipulan obligaciones diferentes, **y que, dicho sea de paso, no contienen cláusula compromisoria.**

Y es que esta estabilidad en el cargo que constituye elemento característico de la agencia, es apenas predicable de SYVA, que tenía a su cargo esta promoción de los negocios de Coomeva EPS SA., en cuanto al Plan Obligatorio de Salud, de ahí la importancia del plazo de duración del contrato, porque como se dejó dicho atrás, este plazo tiene la virtud de “blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas”.

Ahora bien, teniendo claro el Tribunal que operó la prórroga tácita del contrato también es claro que no hubo una terminación abrupta, unilateral, intempestiva del mismo, lo que se deduce de la misma conducta de las partes pues si bien no hay en el plenario una comunicación en el sentido de dar por terminado en forma expresa el contrato de 1999, ni documento alguno que recoja la intención de firmar un nuevo contrato para el año 2004 el mero hecho de haberse firmado no uno sino varios contratos en ese año, constituye un indicio de que las partes necesariamente llegaron a un acuerdo, previas conversaciones, para que SYVA continuara ejecutando su labor ya dentro de otros parámetros distintos. Y a esta conclusión arriba el Tribunal pues estando probada la suscripción de los nuevos contratos, las

reglas de la lógica y de la experiencia lo llevan a concluir que existieron conversaciones entre las partes, que necesariamente tuvieron que discutir y verbalizar sus obligaciones que dieron lugar a los nuevos contratos precitados.

Una de las características propias del contrato de agencia mercantil es la estabilidad:

“...Conforme a la definición legal, según lo ha entendido la corporación (sentencias., diciembre.2/80 y enero.26/82), el agente comercial asume el encargo de manera **estable**, siendo esta una diferencia esencial entre el agente y el simple mandatario, pues mientras que este no tiene encargo duradero, es decir, carece de estabilidad, porque “el objeto de la gestión que se le encomienda es la celebración de uno o más actos de comercio que agotados producen la terminación del mandato”, el agente comercial gestiona la promoción o explotación de negocios de manera sucesiva e indefinida, lo cual indica estabilidad, que es característica que igualmente permite diferenciarlo del comisionista, como también la ha precisado la Corte.

Es entonces, la propia definición legal la que ofrece como características del contrato de agencia comercial, la exclusividad subjetiva de la intermediación e independencia del agente, de un lado y la estabilidad de la relación contractual del otro.

La estabilidad, que es la característica que interesa para el caso sub. examine, significa continuidad en el ejercicio de la gestión, excluyente por ende, de los encargos esporádicos, ocasionales o eventuales. Razones de orden público económico, pero también de linaje privado, justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos.

Con todo, la estabilidad nunca puede asimilarse a perpetuidad o permanencia, porque esta característica no se opone a una vigencia temporal del contrato, por cuanto el artículo 1320 del Código de Comercio, expresamente consagra como uno de los contenidos del contrato de agencia “el tiempo de duración” de “los poderes y facultades” conferidas al agente. De ahí, que anteladamente se haya dicho que la estabilidad excluye los encargos ocasionales o esporádicos, pero no la delimitación

temporal del contrato, que la norma antes citada remite a la autonomía de las partes...” (Sentencia de casación, Oct 20 de 2000 exp. 5497. Magistrado ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez. En revista Jurisprudencia y Doctrina Tomo XXIX-N 348 Bogotá Colombia p.2391-2392.

4.3) Encargo de promover o explotar los negocios del empresario o agenciado.

Es este efectivamente el fin del contrato en cuestión, pues como modalidad especial del mandato, la agencia comercial se caracteriza por tener como objeto que el agente promueva o explote negocios del agenciado; su finalidad constituye entonces la conquista, conservación, o la ampliación de un mercado específico, en este caso la vinculación de usuarios al sistema de Servicios de Salud POS, por parte de SYVA.

Valga resaltar, que el Tribunal no encuentra acertada la tesis del apoderado de la parte convocada en el sentido de “...que la afiliación como tal a dicho sistema corresponde al Estado, que delega dicha facultad en las Entidades Promotoras de Salud, que son estas últimas, las únicas autorizadas para realizar las afiliaciones al sistema de seguridad social.

Ha de precisarse, que una cosa bien distinta es que la afiliación este inmersa en el sistema de seguridad social a través de la política de Estado y que este último pueda delegar en entidades autorizadas en este caso las EPS – como lo prevén las normas que regulan el sistema de seguridad social – la forma de vinculación, pero esto no significa en modo alguno que la EPS (entidad promotora de salud) en quien el Estado delega la facultad de afiliación no pueda celebrar el contrato que más se ajuste dentro de lo permitido por la Ley a sus requerimientos, llámesele corretaje, llámesele Agencia comercial. Así como el mismo apoderado señala la similitud que existe entre el sector asegurador y la seguridad social en virtud del contrato de seguros, no se olvide, que de igual forma este último contrato, también es susceptible de manejarse a través del corretaje o de la agencia comercial siendo diferentes las obligaciones de la modalidad contractual escogida.

Mucho se ha hablado a lo largo del proceso de lo que el Tribunal cataloga como, “sentido de pertenencia” que para el Tribunal no es otra cosa, que la discusión de las partes de a quien le pertenece el listado de usuarios al sistema que sería o no objeto de vinculación.

Independientemente de que el potencial de afiliados lo obtenga la EPS a través del Ministerio de Salud y se lo traslade al corredor a al agente- según el contrato acordado-, para que se logre la vinculación al sistema en ningún caso ello constituye

un elemento contradictor de la labor de promoción o explotación. Dicho de otra forma: si la EPS entrega un listado o bien a su corredor, ora a su agente, ese sentido de pertenencia al que nos hemos referido no va más allá de un listado de un potencial de clientes que el mismo corredor o el mismo agente puede ampliar.

Y es que no se olvide que en ningún caso SYVA mal podría conquistar un mercado para si misma como agente comercial, ya que de un lado no solamente la propia definición de agencia se lo impide pues como se ha dicho, "...el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario no para el mismo, la clientela del ramo, y que los negocios que para este fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario o por el agente actuando en este caso si para ello tiene facultad.

Las partes han centrado su atención de un lado en si el asunto en contienda tratase de **un contrato de agencia comercial o un contrato de corretaje**, al respecto tráese a colación el Art 1340 del Código de Comercio .que señala:

“se llama corredor a la persona que, con su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”.

Y en cuanto a remuneración, el artículo 1341Ibi. expresa que “el corredor tendrá derecho a remuneración estipulada; a falta de estipulación, a la usual y, en su defecto, a la que se fije por peritos. Salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales, y la del corredor de seguros por el asegurador. El corredor tendrá derecho a su remuneración en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga. Cuando en un mismo negocio intervengan varios corredores, la remuneración, se distribuirá entre ellos por partes iguales, salvo pacto en contrario.

Así las cosas, se deduce de lo anterior en síntesis que en el corretaje al comerciante se le es retribuido su esfuerzo cuando promueve y finiquita los negocios que se le han encomendado.

4-3.1) Pero, ¿Cuál es la diferencia entre el Contrato de Agencia Mercantil y el corretaje, cuál el sutil elemento diferenciador, ¿Cuándo todo apunta a que al igual que el agente, el corredor tiene como función la de recibir una remuneración, por contactar a dos extremos interesados en un negocio?.

Sobre el particular expresa el doctor Arrubla Paucar:

*“El corretaje y la agencia se parecen en una de esas modalidades en la cual puede consistir la labor del agente mercantil, como es la de simple promover o facilitar negocios, dejando su conclusión al empresario de quien recibió el encargo. Hasta este punto nada diferenciaría las dos figuras contractuales, pues en ambas se estarían realizando meros actos materiales tendientes a que otros concluyan los negocios. **Pero la nota distintiva se centra en la vocación a la duración que inspira a la agencia y en la momentaneidad que caracteriza al corretaje. El corredor no establece relaciones duraderas entre el mediador y quien hace el encargo, en cambio, la agencia es un contrato caracterizado por la duración que implica la función económica pretendida con la figura”.** Negrillas fuera del texto)*

(Jaime Alberto Arrubla Paucar Contratos Mercantiles (Pág. 452- 1a Ed 1987 Biblioteca Jurídica,)

La parte convocada en su contestación sostiene que la convocante celebró un contrato de corretaje “comercial” (sic). Sin embargo para el Tribunal esa apreciación no es válida en la medida, en que como se dejó explicado la función de SYVA, no fue transitoria ni su gestión era momentánea, sino extendida en el tiempo, al punto que cubrió un periodo comprendido entre el 01 de Febrero de 1999 y el 31 de Enero-2004, tal como lo reconoció el propio **apoderado de la parte convocada** al formular el recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda que dio origen a este proceso. Dijo en ese momento el representante procesal de la convocada al cuestionar la competencia del Tribunal lo siguiente:

*“...Si bien el fundamento de la competencia del Tribunal deriva del pacto arbitral, no es menos cierto, que la referida cláusula fue convenida dentro del contrato suscrito por las partes **el 1.-Febrero de 1999, cuya vigencia finalizó el 1-Febrero de-2004...**” (Cfr memorial fecha 27 de Febrero de 2008) Negrillas del Tribunal.*

Así las cosas, es claro que no puede predicarse de SYVA una actividad cíclica, temporal, transitoria, y mucho menos de corta duración como quiera que su labor se prolongaba en el tiempo como ya se dejó explicado, y como lo acepta el mismo apoderado de Coomeva EPS SA.

Estas notas distintivas de la diferencia entre la agencia y el corretaje, de cómo la agencia es un contrato caracterizado por la duración, la estabilidad, la independencia se encuentran en el acuerdo de voluntades plasmado por las partes en el contrato

(valga la pena anotar que a este lo denominaron las partes “Contrato Comercial de prestación de servicios ECOR por compensación”).En este contrato previeron las partes el objeto y las características de la ECOR (SYVA) en los siguientes términos:

Primera.-Objeto: La ECOR se obliga, para con COOMEVA E.P.S S.A., a efectuar y prestar las siguientes gestiones y servicios:

A. Como agente intermediario, **LA CONTRATISTA se obliga a poner con relación a terceras personas con COOMEVA E. P. S. S.A., con el fin de que celebren el contrato de afiliación y registro al Sistema General de Seguridad Social en Salud-Régimen Contributivo.**

B. LA CONTRATISTA, se obliga a cumplir las metas de captación de usuarios de COOMEVA E. P. S. S. A.- Régimen Contributivo, con base en el presupuesto pactado

con la gerencia de su Sucursal y/o la Dirección Comercial de la Sucursal. Estas metas mensuales hacen parte de este contrato y su incumplimiento en la evaluación anual, es causal de terminación unilateral del mismo por parte de la CONTRATANTE.

C. Efectuar la entrega de carnés de afiliación a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen Contributivo, afiliados a COOMEVA E. P. S. S.A., previa verificación del diligenciamiento correcto de dichos documentos.

PARAGRAFO: En caso de que los carnés presenten inconsistencias LA CONTRATISTA es responsable de efectuar ante COOMEVA E. P. S. S. A., en un término no mayor a dos (2) días hábiles, las correcciones a que haya lugar, para seguidamente proceder a la entrega de esos documentos a los usuarios.

D.. A realizar las acciones necesarias para que el empleador y/o el cotizante cumplan con el pago oportuno de los aportes, dentro de los términos de ley y de acuerdo con los lineamientos que para el efecto haya determinado COOMEVA E. P. S. S.A., a través de sus circulares.

E. A efectuar una permanente labor de mantenimiento y conservación, de la población afiliada a COOMEVA E. P. S. S.A., mediante su intermediación.

PARAGRAFO: La población de usuarios de que habla esta cláusula es de COOMEVA E. P. S. S.A., que delega su administración, mantenimiento y crecimiento en las ECOR, reservándose el derecho de disponer de la población,

incluidos los nuevos usuarios que se captan durante la administración de la CONTRATISTA, y asignarlos a otra ECOR, o a quien COOMEVA E. P. S. S.A., determine para el efecto, en caso de incumplimiento de este contrato, de cancelación unilateral del mismo por cualquiera de las partes o de cualquier forma de finalización de la relación comercial entre la ECOR y COOMEVA E.P.S. S.A.; también podrá disponer parcialmente de la población, en el caso de empresas que hayan sido deficientemente atendidas por la ECOR a juicio de COOMEVA E. P. S. S.A., que podrá asignar la administración y atención de la población afiliada y potencial a otra u otras ECOR.

A llevar en medio magnético, que sea compatible con los sistemas de información de COOMEVA E. P. S. S. A., toda la información que requiera de cada uno de los usuarios de su población asignada y población que haya agregado a ésta por razón y efecto de su gestión como ECOR. Este sistema de información deberá contener como mínimo: nombre completo y domicilio de los usuarios que aparezcan en los contratos, fecha de iniciación con la cobertura de los mismos, clase de contrato, nombre completo y cédula o identificación del cotizante y beneficiarios adicionales, periodo y valor que corresponde a los aportes por recaudar. Es responsabilidad de la ECOR mantener actualizada esta base de datos y reportar periódica y oportunamente a COOMEVA E. P. S. S.A. las novedades o modificaciones a los mismos. La ECOR deberá organizar su base de datos geográficamente, buscando concentrar sus usuarios en tal forma en que le sea más económica su administración, y asignará al personal a su cargo, el mantenimiento y control de la población.

SEGUNDA-CARACTERISTICAS DE LA ECOR:

LA ECOR, ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico administrativa y sin tener con La Contratante relaciones de dependencia o subordinación jurídica de tipo laboral...” (Negrillas fuera del texto)

De estas notas distintivas también dan cuenta los testimonios de:

Nubia Figueroa Cuartas quien trabajó en Coomeva EPS. S.A. entre los años 1995 y 2000 explica que inicialmente no había contratos y que luego se fueron dando los que ella denomina contratos de corretaje, no sabe de fechas exactas de dichos contratos, explicando que la instrucción dada por COOMEVA era que se vendiera “el grupo COOMEVA, que se presentasen a nombre de COOMEVA, no de SYVA

añadiendo que COOMEVA entregaba manuales: Manual del usuario y daba capacitación. (Preguntas 2, 3, 6).

Agrega como SYVA o las empresas similares no podían vender otro producto diferente a los servicios de COOMEVA EPS. o de lo contrario se les cancelaba el contrato (p. 14); de cómo había capacitación sobre aspectos relacionados con la ley 100 de 1993 cuya asistencia por parte de SYVA y de las otras empresas que desempeñaban funciones similares, era obligatoria...

Sobre esta testigo se predica una fundamentada razón de la ciencia de su dicho en la medida en que durante el tiempo del 95 al 2000, conoció dadas sus actividades como coordinadora operativa, tuvo conocimiento de la mesa de control de las afiliaciones y su labor principal era filtrar la información, realizar los formularios de afiliación, verificar que estuvieran bien diligenciados y reportar al Departamento Comercial y a La Gerencia Comercial las ventas de los Asesores Comerciales y darle capacitación a los mismos.

A una pregunta de la parte convocada sobre el servicio por parte de las ECOR en el sentido de que: “podría afirmarse que el servicio que se ofrecía por parte de las ECOR era la vinculación al plan obligatorio de salud, la declarante manifestó: “...básicamente el servicio que ellos debían ofrecer era hacer vinculación, ya lo demás era la postventa, el mantenimiento...”.

TESTIMONIO LYDA MARTHA CRUZ: Trabajó en SYVA como asesora comercial (representante) de Coomeva durante los años May 2000 – Jun 2007. Efectuaba afiliaciones, incapacidades, cartera, campaña de promoción y prevención...Argumenta que representaba a Coomeva en el sentido que SYVA vendía el sistema EPS de Coomeva de manera exclusiva.

Se retiró de SYVA en el 2007 debido a la cancelación del contrato que SYVA tenía con los asesores.

Afirma que el contrato entre SYVA y Coomeva era de corretaje, entendido éste como un servicio ofrecido por SYVA, a través de sus asesores, a Coomeva en realizar afiliaciones al Servicio de la Seguridad Social y atención de clientes.

Desconoce la diferencia entre agencia comercial y corretaje. Pero asegura que su principal labor como asesora comercial de SYVA era la de salir a buscar clientes, hacer llamadas telefónicas, mercadeo, y una vez conseguido el cliente, realizar visitas y obtener los datos y registrarlos en una ficha técnica y suministrarla a Coomeva...Una vez el usuario era afiliado al sistema, los

asesores de SYVA tenía que entregarle las afiliaciones, carnés, ayuda con inconsistencias, cartera, incapacidades, y cualquier ayuda requerida por el afiliado, lo que significa que posterior a la venta del Servicio de Seguridad Social de Coomeva y a la afiliación, continuaba la labor a favor de Coomeva del asesor comercial de SYVA.

Recalca que su labor era permanente y constante todos los días. Que recibió capacitación por parte de Coomeva en ventas, estrategia y alcance de la ley 100 y sus modificaciones. En la capacitación de ventas, Coomeva les dio instrucciones para evitar afiliar a usuarios con embarazo o enfermedades de alto costo, y la manera de hacerlo era pidiendo mucha información para que la persona desistiera de entrar al sistema. Afirma que Coomeva la carnetizó como Asesora Comercial de Coomeva, y que al momento de presentarse ante una empresa o cliente, siempre se identificaba como asesora comercial de Coomeva, Grupo SYVA, y por lo tanto las empresas siempre la asociaron como empleada y funcionaria de Coomeva. Manifiesta que durante su labor como asesora comercial de SYVA, no podía ofrecer EPS distintas a Coomeva EPS, debido a la exclusividad que SYVA tenía con Coomeva, y de hacerlo podían cancelarles el código.

Los locales y oficinas de SYVA siempre tenían tanto el logo de SYVA como el de Coomeva., lo mismo que la papelería que SYVA tenía con sus clientes...

Coomeva imponía cumplimiento de metas, con respecto al número de afiliaciones, a SYVA. Y a su vez, SYVA establecía metas a sus asesores...Coomeva, a través del Jefe de Ventas, suministraba un código a los asesores comerciales de SYVA, para poder entrar las afiliaciones al registro de Coomeva, y registrar la venta. El código se obtenía luego de capacitarse y presentar evaluaciones ante Coomeva...Afirma que durante su vinculación a SYVA nunca dejó de trabajar, ni hubo paro en las actividades ejercidas por SYVA en la promoción y venta de los servicios de Coomeva EPS. La Sra. Cruz deja en claro que los asesores comerciales de SYVA no hacían parte en las negociaciones efectuadas entre SYVA y Coomeva, ni se enteraban de modificaciones, prorrogas a los contratos entre ellos...

PIEDAD FERNANDEZ VIVAS inicialmente laboró durante diez años con el Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., hasta junio del 2007. Era asesora comercial. Sus funciones eran manejar las diversas empresas a las cuales se les hacía una asesoría, preguntándoles qué necesidades tenían, si había de pronto alguna persona interesada en afiliarse a la EPS de nosotros. Buscaba hacer afiliaciones para Coomeva. Buscaba clientes...Afirma que SYVA era una empresa de corretaje. En relación con la naturaleza del contrato entre SYVA y Coomeva EPS, respondió: "no

estoy clara con esta pregunta, me parece que era un contrato por corretaje “no tiene el conocimiento para diferenciar un contrato de corretaje con uno de otra naturaleza”. Ingresó en junio de 1998 hasta junio del 2007.

De junio de 1998 al mes de febrero del año 1999, Grupo Ser y Vida ya ejercía actividades hacia Coomeva E.P.S. S.A. Eran exclusivos de Coomeva únicamente. Se hacían ventas para la E.P.S. por parte de SYVA...Manejaba determinadas empresas. Se llamaba a la persona encargada de recursos humanos para decirle qué necesidades tenía el empleado y la empresa. Se manejaba un código que lo entregaba directamente Coomeva E.P.S S.A.,recibió capacitación por parte de Coomeva, capacitación en ventas, estrategias de ventas, el contenido de la ley 100 y demás normas. Se hacían evaluaciones. Eran obligatorias esas capacitaciones. No se podía hacer parte de la ECOR sin haber recibido la capacitación...Recibió un carné por el tiempo desde el año 98 hasta el 2007 donde me identificaba como asesora comercial de Coomeva. Se le ponen de presente los carnés del cuaderno numero 8 folio 025 y los reconoce como validos...Desde el momento de las capacitaciones se les indicó a los asesores de SYVA que solo podían vender Coomeva E.P.S. Dentro de los funcionarios que impartieron las capacitaciones estaba Marta Patiño. Terminaba el contrato si se ofrecían otras E.P.S. Así lo dijo Coomeva...En los locales decía Coomeva Grupo Ser y Vida. Tenía el logo de ambos.

Infiérese entonces no solo de lo que plasmaron las partes en su acuerdo de voluntades, sino también de los testimonios reseñados que SYVA intermediaba entre Coomeva E.P.S. S.A. y los terceros. Para nada incide ni desvirtúa el carácter de agencia el hecho de que Coomeva E.P.S. capacitara, instruyera al personal de la convocante, pues se ha dicho a lo largo de este proveído que el empresario o agenciado presta su concurso en el cometido final, encomendado al agente, de cómo el agente debe seguir las instrucciones de su representado y del deber de información. A ello responde el principio de “colaboración” que informa este tipo de contratos. SYVA a través de su personal y con la colaboración -se repite- que Coomeva E.P.S. ajustaba su conducta a la promoción, a la búsqueda, al aumento de una clientela para el agenciado, sin que en ningún momento los riesgos del negocio que SYVA fomentara, recayeran sobre ella misma, riesgos que solo podan competerle a la E.P.S. dada su naturaleza.

Lo que sucede en el sub.-examine es que el negocio a promover en virtud, de la ley de seguridad social solamente esta atribuido a las empresas prestadoras de salud, en este caso la convocada.

4.4-) LA FORMA DE MANDATO COMERCIAL.

La Agencia Mercantil., se tiene como una forma de mandato, no solo por estar debidamente reglamentada en el título XIII del Libro Cuarto del Código de Comercio que se refiere al “Mandato”, sino por las actuaciones que debe cumplir el agente, cuyo objeto es la explotación o promoción de los negocios del mandante.

A través de la agencia mercantil se promueven los negocios de un comerciante cuando “se inicia o adelanta una cosa, procurando su logro, o se toma la iniciativa para la realización o el logro de algo y se explotan esos mismos negocios cuando “se aprovechan las cosas ajenas para extraer de ellas alguna utilidad”, según resulta de todas las acepciones menos una que a los verbos “promover” y “explotar “da respectivamente el diccionario de la lengua de la Real Academia Española.

El texto del artículo 1317 del C. de Co que define este contrato, conlleva la calidad de Mandatario pues expresa “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 dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero como fabricante de uno o varios productos del mismo”. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.

Y es que para el Tribunal las palabras “cargo”, “encargo” o “mandato” significan lo mismo, cuando se hace referencia a que SYVA aceptó, a solicitud de Coomeva EPS S.A., llevar a cabo las actividades a las cuales se contrae el objeto del contrato celebrado entre las partes de fecha 01/ Febrero /1999 . Y no podría entenderse de otra manera diferente, porque los actos mercantiles o de comercio que cumplió el agente SYVA todos realizados en nombre del empresario o agenciado, COOMEVA EPS. S.A., son simple desarrollo de una especie de mandato comercial que, para los efectos que estudiamos se denomina “Agencia Comercial “

En el laudo que desató la controversia suscitada entre Preparaciones de Belleza S.A. Prebel y L’Oreal, se consideró:

“...No solo en el artículo 1317 del Código de Comercio se establece que la agencia es un encargo dado por un comerciante a otro para promover o explotar los negocios del primero, sino que se llama precisamente agente a la persona que

recibe dicho encargo, esto es, a la que asume y por tanto se obliga a cumplirlo en interés del mandante Y para no dudarlo termina ese capítulo estableciendo que al agente se le aplicarán, en lo pertinente, o sea en lo adecuado conforme a esa cualificación, las normas de los capítulos I a IV de este título relativo al mandato comercial, esto es, todas las reglas del capítulo Primero sobre las generalidades del contrato de mandato; las del Capítulo Segundo que regla los derechos y obligaciones del mandatario y del mandante y las del capítulo Tercero que toca con la extinción del mandato. Es entonces por orden del propio legislador que se aplican a la agencia las reglas que rigen el mandato comercial y no solo las que tipifican el contrato y precisan cuáles son las obligaciones del mandatario mercantil, sino aún las que regulan la extinción del contrato. Se reitera de este modo que así no lo haya dicho expresamente el Código de Comercio para la agencia comercial, resulta ser esta figura de la intermediación comercial una variedad del contrato de mandato...”
(Consúltese Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogota D.C.).

Encuentra este Tribunal en el proceso algunas evidencias que acreditan que COOMEVA E.P.S S.A., confirió “**un mandato**” a SYVA para que ésta ejecutara en su nombre, los actos de comercio descritos en el objeto del contrato celebrado primariamente en el año de 1999, a saber: la promoción de los servicios de salud que la E.P.S. ofrece como empresa Promotora de Salud, bajo las instrucciones y condiciones que ésta le determinara, así como la conquista de clientes de los servicios ofrecidos y el acompañamiento y soporte durante y posteriormente al proceso de contratación, el cual se prolongaba en el tiempo durante la vigencia del contrato entre afiliado y COOMEVA E.P.S. S.A.

Una de las características más sobresalientes del mandato civil, del mandato comercial y por ende de la Agencia Mercantil es la de tener que obrar el mandatario, por cuenta y riesgo de quien le confiere el encargo, como lo dice el Código Civil, o por cuenta de otro, como lo precisa el Código de Comercio para el mandatario comercial, o en la promoción o explotación del negocio ajeno, como resulta de los textos legales sobre la agencia, el que se mantenía desde la afiliación del usuario hasta la vigencia del contrato de Afiliación respectiva.

“...en diferentes pronunciamientos judiciales y arbitrales se ha reconocido que la promoción es la prestación esencial de la agencia.....”, que precisan como la actividad:“...encaminada a través de múltiples acciones y gestiones, a

conseguir clientes, sin referirse tales pronunciamientos a la necesidad de un mandato conferido al agente para la celebración de los contratos, bien en nombre o por cuenta del agenciado”.

Abundan en el proceso pruebas, tanto documentales así como testimoniales que evidencian las labores de promoción efectuadas por parte de SYVA de los servicios del contrato y que dejan entrever la existencia de un mandato

I- DOCUMENTALES

a) Del contrato celebrado entre las partes.

Dispone la Cláusula Tercera del mismo, refiriéndose a las OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA:

“...Realizar con toda la diligencia y cuidado que caracteriza a un comerciante todas las actividades necesarias y a utilizar todos los medios de que disponga con el fin de poner en contacto con COOMEVA E.P.S. S.A., a personas que puedan estar interesadas en celebrar los contratos descritos en la Cláusula primera...”.

En el Contrato se establecen elementos que configuran la actividad realizada por SYVA como una actividad de agencia comercial a favor y beneficio de COOMEVA EPS SA., como los siguientes:

- La EPS. pretende aumentar con SYVA su clientela y no la del sistema de seguridad social
- El cumplimiento de metas como una característica que da cuenta de la permanencia de la relación contractual que permite evaluar la obligación de promover el negocio que tenía SYVA y a su turno representaba para COOMEVA E.P.S S.A. un indicador de su gestión de Coomeva como empresario a SYVA.
- El cumplimiento promedio del 80% del presupuesto en ventas del año inmediatamente anterior, porcentaje alto en la medida en que Coomeva EPS SA consideraba como parte de su filosofía empresarial ofrecer un servicio cada vez mejor.

b) Una de las normativas internas de COOMEVA del área comercial estableció en la misión “ **alcanzar 1.000.000 de afiliados en 1998 para los regímenes contributivo y subsidiario, ofreciendo el plan obligatorio de salud de cada régimen en condiciones sorprendentes de calidad y oportunidad en el servicio; para ello**

nuestra fuerza de ventas estará organizada en un modelo de estructura comercial, audaz, idóneo y profesional, comprometidos con nuestra empresa y el cliente , convencidos de que ofrecemos el mejor servicio del mercado”. Esta normativa continuaba vigente en 1999.

c) Circular reglamentaria CR 1199

En dicha circular se afirma que “La ECOR debe realizar las acciones que considere necesarias para lograr el pago oportuno de los aportes”. “La ECOR debe efectuar permanentemente labor de mantenimiento y conservación de la población haciendo presencia con su fuerza de ventas en las empresas que se les han entregado, acudiendo sin tardanza a las solicitudes que dichas empresas estén tramitando ante las E.P.S. as inquietudes y dando o agilizando la solución de problemas que se presenten.

d) El Tren de Vida saludable

Se presenta esta estrategia de Mercadeo por parte de COOMEVA EPS. SA., en la cual se plantean los lineamientos de la participación en el mismo por parte de LAS ECOR, mantenimiento de la clientela, ofrecimiento de servicios, saneamiento de inquietudes y de dificultades, entre otras

I. TESTIMONIALES.

De otra parte el acervo testimonial muestra igualmente que SYVA actuó en beneficio y en promoción de los negocios que llevaba a cabo COOMEVA EPS SA., para afiliar usuarios a su Sistema de Salud.

Así quedó demostrado con los testimonios de:

Nubia Figueroa Cuartas quien declara. “...en varios de los apartes del interrogatorio, que dentro de las funciones de las ECOR, entre ellas SYVA, era vender afiliaciones a la E.P.S, hacerle mantenimiento a las empresas, tramitar los carnés de las empresas, las incapacidades, diligenciarles las planillas de autoliquidación y hacerles básicamente posventa”.

La función de las ECOR, incluida SYVA, no solamente se limitaba a promover un servicio de COOMEVA y así lograr un vinculo contractual entre el usuario y COOMEVA, sino también la de permitir que esta relación se mantuviera en el tiempo (actividad de posventa), con el único fin de que la población de usuarios de

COOMEVA EPS SA. aumentara y no la del Servicio de la Seguridad Social en general.

Manifestó también la deponente que Coomeva EPS SA., impartía instrucciones de ventas al Grupo Ser y Vida, para que supieran como vender el producto a las empresas. Afirmó igualmente que COOMEVA entregaba un manual del usuario con las instrucciones de tramitación de afiliaciones, ventas y la ley 100. Dijo también que la obligación de SYVA era realizar como las demás ECOR, la labor de post-venta.

Julia Mariela Restrepo quien declara:“.....Ese modelo llamado ECOR, era un modelo para poder nosotros delegar en ellos la venta y poder hacer el posicionamiento de COOMEVA EPS SA en el mercado, estoy hablando del año 1996”...Con relación a la figura de las ECOR manifestó...“ La ECOR era nuestro funcionario por decirlo así, no en el término de régimen laboral, sino que eran las personas que iban a las empresas y hacían toda la labor de captación, suena feo decir captación, no de conquista de la empresa hasta la renovación no, su obligación no paraba en traernos la venta, como el modelo ya traía implícito la parte de recaudo, tenían que asignar asesor de ellos en la empresa llamada X, donde debían de estar pendientes de las afiliaciones que entraban, de cómo compensaban, de si tenían algunas diferencias en la parte de las compensaciones, en recoger las planillas y llevarlas a Coomeva EPS para que en su defecto se validaran y poder Coomeva hacer la compensación respectiva”.De otra parte al referirse al direccionamiento otorgado por COOMEVA E.P.S S.A., la testigo afirma:

“...Podrán corroborar, está en Coomeva EPS, donde inicialmente manejábamos algo que se llama circular reglamentaria. La circular reglamentaria es como la política interna de Coomeva EPS para todos sus departamentos. Al darnos cuenta que teníamos algunas falencias al interior de Coomeva EPS para que no guerrearán las ECOR entre sí, creamos algo que se llamó normatividad área comercial, el NAC un manual que también reposa en Coomeva EPS, sus originales.

Este manual determina el proceso comercial que va desde la definición y cuantificación del mercado, hasta la renovación, nosotros diseñábamos a qué mercado objetivo debía llegar la población, la parte de segmentación de mercado objetivo, el contacto inicial y la elaboración de la ficha técnica a través de las ECOR, el análisis y la evaluación de la información completa, aquí nosotros eso lo cabíamos para poder ir con la IPS...I referirse en su declaración la forma como Coomeva E.P.S. S.A., manejaba el cumplimiento y rendimiento de las ECOR redireccionando la población, según los niveles de venta, la generábamos una serie de, también le

quitábamos población a ala ECOR cuando ésta no cumplía los estándares que nosotros estábamos pidiendo. Si usted como ECOR no llegaba a un porcentaje determinado en el recaudo, primero en la venta y después en el recaudo, y en el mantenimiento, simplemente le decíamos a la ECOR que esa población pasaba a ser de otra ECOR.

Esta testigo fue **tachada por** el apoderado de la convocada en los términos del (Art. 218 del C.P.C.). Analizado en todos sus términos este testimonio por el Tribunal, encuentra este que dicha tacha no prospera, debido a que su testimonio fue responsivo, dio razón de sus dichos y correspondió a hechos que le constaban y a apreciaciones de la forma como se desarrollaron las relaciones contractuales entre las partes. El Tribunal afirma que la simple circunstancia de haber sido empleada de la convocada, no es motivo suficiente para inhibirla como testigo. Los empleados de una compañía pueden declarar con suficiente conocimiento de causa, porque son precisamente estos que han trabajado como dependientes y les consta los hechos, materia del debate, lo cual no exime al Tribunal del análisis de la veracidad de su declaración y la confrontación con las demás pruebas presentadas.

Estas mismas razones se aplicaran para el caso de los testigos Luís Fernando Millán y Luz Carime González Betancourt tachados por el apoderado de la parte convocante quienes de igual forma, dieron razón de sus dichos y de las circunstancias conocidas por ambos en relación con las pretensiones y los hechos alegados, materia sometida a decisión de este tribunal, razones estas entonces, que lleva, al tribunal a concluir que no prospera la tacha de estos testigos.

Lyda Martha Cruz Ruiz, al ser interrogada sobre la labor por ella desarrollada afirmó

“Sí, la labor que yo hacía era buscar clientes, llamar por teléfono a hacer mercadeo, conseguirlos y hacerles visita y llenarles una ficha técnica con todos los datos de cada cliente. No solo se hacía afiliación, sino que había que estar pendiente de entregarles las afiliaciones, los carnés, ayudarlos a las inconsistencias en cartera, ayudarles con las incapacidades, o si tenían algún inconveniente pues, ayudarles a resolverlos”.

Jorge Iván Obonaga Duque al referirse a la labor desempeñada, el testigo, manifestó:

“...Nosotros como asesores buscábamos empresas nuevas, salíamos a buscar empresas nuevas, cuando conseguíamos una empresa nueva, le abríamos una ficha técnica, la ficha técnica la grabábamos en la oficina y ya

cuando la ficha técnica entraba a Coomeva quedaba dentro de las empresas que estaban bajo el grupo SYVA, quedaba a nombre del Grupo SYVA”.

“... mantenimiento de las empresas, íbamos todos los días, no a todas las empresas todos los días, pero si teníamos algunas plantas por ejemplo, habían empresas que nos dejaban hacer planta, yo tenía que ir por ejemplo, todos los días a una misma empresa y allí realizábamos las afiliaciones de las personas que entraban a la empresa, mirábamos si era cambio de empleador, si era un reingreso, si era un nuevo, si era un traslado, llevaba, manteníamos

problemas de cartera, había problemas de cartera....” Declara también la labor de post-venta que debían hacer todos los asesores comerciales para resolver cualquier inconveniente que se presentara con las empresas afiliadas”.

Aclara también la existencia de instructivos por parte de Coomeva para direccionar la venta y la relación con el usuario.

Piedad Fernández Vivas: “...Depone al ser interrogada sobre la labor de mantenimiento de la población encargada, a través de la atención directa de las empresas y del programa llamado TREN DE VIDA SALUDABLE. Afirma también la testigo que era obligación de los funcionarios de SYVA atender al público en general en los cubículos de la casa comercial de COOMEVA, CUBÍCULOS, CUYO ARRENDAMIENTO ERA PAGADO POREL GRUPO SYVA. ...” La empresa nos daba un lugar para hacer este tipo de eventos y se les llevaba también propaganda a los empleados de esa empresa y se le hacía el chequeo permanente, pertinente...”.

Así mismo los testigos: María Mery Castaño Herrera y Luís Fernando Millán refieren hechos y circunstancias que enseñan sin duda alguna que la labor desarrollada por SYVA fue la de un mandato de Coomeva E.P.S. S.A., para acrecentar el negocio de la E.P.S. Para el Tribunal las actividades anteriores referidas por los testigos adelantados por el Grupo Ser y Vida para Coomeva E.P.S. fueron acciones múltiples tendientes a conseguir clientela para Coomeva E.P.S. a través de las promociones de los servicios que dan cuenta tanto las pruebas documentales como las testimoniales.

Como también es claro que Coomeva E.P.S. S.A., aumentó su clientela y el mercado de usuarios de afiliación al régimen de salud ejecutando labores de promoción y de mercadeo, no independientemente, sino como mandataria de Coomeva E.P.S. S.A.

Luís Alexander Serna López El testigo fue **tachado** de sospechoso por el apoderado de la convocada al considerar que el señor Serna tiene interés en el resultado de este proceso por ser representante legal de la Sociedad Intermediaria de Servicios SIS Ltda., que en una época tuvo contrato de corretaje con Coomeva , y que por diferencias surgidas de ese contrato existe una constancia de no acuerdo en la conciliación que se tramitó en la Cámara de Comercio de Cali , en donde actuó como su apoderado el ahora representante procesal de SYVA en este Tribunal, circunstancia de la que surge, según el mandatario judicial de la convocada, el interés del testigo para que se declare la existencia de una agencia comercial en este proceso.

El testigo acepta que el 23 de abril de 2007 dentro de la audiencia convocada para buscar conciliación entre SIS Ltda. , y Coomeva EPS SA, debido a que no hubo ánimo conciliatorio, tal como se estableció en esa oportunidad, por tanto en este momento de su declaración no existe proceso alguno en que sean partes las mencionadas compañías, por lo que estima que no existe razón para la tacha .

El apoderado de SYVA intervino para refutar la tacha propuesta, y dice que lo sucedido en una audiencia de conciliación es de carácter confidencial y no puede ser usado en otro proceso.

El Tribunal, al sopesar los argumentos esgrimidos tanto por los apoderados de las partes, como del propio testigo, estima que a este sí le puede asistir un interés en las resultas de este proceso arbitral, pues el señor Serna tuvo –o tiene –diferencias comerciales con Coomeva EPS S.A., por lo que la tacha prospera y por tanto el Tribunal no tiene en cuenta lo dicho por el declarante, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

De lo expuesto, dedúcese que no está llamada a prosperar la excepción nominada “ **INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL O COMERCIAL,(excepción 1)** como quiera que para el Tribunal SYVA actuó como mandataria de coomeva E.P.S. S.A., ahora bien, como esta excepción también se arraiga en que la afiliación solo la pueden hacer las e.p.s. ya se dejó dicho al estudiar el punto 4.3, que el tribunal considera que las entidades promotoras de salud, pueden celebrar los contratos que mas se ajusten a sus requerimientos en cuanto al contrato de corretaje, que también soporta este medio exceptivo, se dejó explicado en el punto 4.3.1, , cual era para el tribunal la diferencia entre agencia mercantil y el corretaje, encontrando el tribunal, que lo convenido por las partes fue una agencia mercantil, independiente de la denominación que las partes le dieron a su acuerdo de voluntades. en lo que respecta a la exclusividad en que también se

afianza la defensa, se explicitó en el punto 3 al referirnos a las características del contrato de agencia comercial, que el agente puede actuar con o sin exclusividad y teniendo, eventualmente, la facultad de representar al principal, tratándose entonces de un contrato de colaboración, de intermediación, con una función o tarea específica en el campo de la distribución de bienes y servicios, tal como se expuso en el laudo allí citado que existieran otras ECOR, para nada desvirtúa la calidad de agente en cabeza de **SYVA**.

4.5-).ENCARGO POR CUENTA DEL AGENCIADO

Del contrato suscrito el 01 de Febrero de 1999 se desprende que allí hubo un encargo por cuenta del agenciado, en este caso Coomeva EPS S.A., pues la cláusula primera sobre el Objeto que puede verse en el cuerpo de este laudo, dice que la ECOR, como agente intermediario, “se obliga a poner en relación a terceras personas con Coomeva E.P.S. S.A., con el fin de que celebren el contrato de afiliación y registro al Sistema General de Seguridad Social en salud, - régimen contributivo-”. Y en ese mismo contrato se establecen las obligaciones especiales de la ECOR, con una función inequívoca de encargo por cuenta del agenciado.

Y en la cláusula tercera del documento contentivo del contrato, que trata de las obligaciones generales de la contratista, se expresa textualmente: “la ECOR adquiere además de la obligación de realizar la intermediación de que trata el presente contrato ejecutándolo en la forma y términos estipulados y con sujeción a la ley, las siguientes de carácter general:

A) “...Realizar con toda la diligencia y cuidado que caracteriza a un comerciante todas las actividades necesarias y a utilizar todos los medios de que disponga con el fin de poner en contacto con Coomeva E.P.S. S.A. a personas que puedan estar interesadas en celebrar los contratos descritos en la cláusula primera.”Sobre este particular, es de destacar lo dicho por la señora **PIEDAD CECILIA PINEDA ARBELAEZ.-**, Representante legal de Coomeva E.P.S., quien hizo una amplia exposición sobre todo el universo que maneja Coomeva en cuanto E.P.S. y las diferentes modalidades para pagar los contratos de corretaje. Y dice que la relación contractual fue ininterrumpida desde 1 de febrero 1999 hasta el año 2004, aunque adelante dijo no tener conocimiento de la forma ininterrumpida en el que se desarrolló el contrato. Hizo un explicación pormenorizada de las cuotas moderadoras y de los copago para la liquidación de las comisiones a que tienen derecho las empresas corredoras, y que a veces ha habido cambio en el esquema de las comisiones en busca de incentivos para captar un mayor número de afiliados.

De esta declaración, hecha en el interrogatorio de parte a que fue sometida por la convocante, se desprende que entre Coomeva E.P.S. S.A. y SYVA – ECOR, hubo un encargo que esta última cumplía por cuenta del agenciado, es decir la parte convocada.

Todos los testimonios recaudados apuntan en el mismo sentido, o sea que SYVA – ECOR desempeñaba el encargo de lograr afiliaciones para Coomeva EPS S.A., tales los casos de **LUZ CARIME GONZÁLEZ BETANCOURT.-** , quien en su testimonio manifiesta conocer la relación contractual entre el Grupo Ser y Vida y Coomeva EPS porque trabaja con esta última desde el año 2000 y que SYVA en su calidad de corredora ofrecía el Plan Obligatorio de Salud a través de Coomeva EPS, desarrollando labores como la búsqueda del cliente, diligencia del formulario de afiliación, solicitud de los soportes y documentos requeridos para hacer legal el formulario de afiliación, y amplía su declaración explicando todo el sistema de ese plan obligatorio de salud en Colombia; de **MARTHA ELENA PATIÑO PELAEZ.-** quien también manifiesta que la relación entre Coomeva EPS, de la cual fue jefe de ventas, con SYVA era de corretaje con el propósito de hacer afiliaciones al sistema de seguridad social a través de Coomeva, y que nunca a través de los distintos contratos que hubo se cambió el sistema de corretaje, desde luego apoyados por Coomeva. Que en el contrato de corretaje se hacían las estipulaciones en cuanto al acercamiento del cliente y la forma de vender las afiliaciones, y que para ese efecto la empresa hacía capacitaciones; de **JULIA MARIELA RESTREPO VELASCO.-** , que en su doble condición de funcionaria de Coomeva y de hija de uno de los socios fundadores de SYVA, ya fallecido, hace una amplia exposición de la manera como se implementó la E.P.S de Coomeva y como se entró a trabajar conjuntamente con las empresas encargadas de captar afiliados. Manifiesta que el contrato entre Coomeva E.P.S. y SYVA era de corretaje; y así sucesivamente todos los deponentes hablaron del encargo que por cuenta de Coomeva EPS S.A. hacía SYVA – ECOR, tendiente a conseguir el mayor número de afiliados, y su permanencia en el sistema que por delegación del Estado cumple aquella empresa.

El Tribunal observa que pese a que los testigos se refieren indistintamente a la labor desarrollada por SYVA refiriéndose a esta labor como de “corretaje”, la calificación que estos le dan a dicha actividad en ningún momento desvirtúa las características de la agencia que el Tribunal ha encontrado, pues el calificativo de estos testimonios sobre la relación contractual no incide en los elementos que son de la esencia del contrato de agencia comercial, máxime cuando este calificativo obedece a contratos nominados así imperativamente por el agenciado.

4.6) REMUNERACIÓN DEL AGENTE

El tantas veces citado Contrato comercial de prestación de servicios ECOR por compensación, que constituye el inicio de la relación que hubo entre Coomeva EPS S.A. y SYVA – ECOR, en su cláusula Octava al hablar del Precio, dice que este se determinará así: Honorarios por Administración, Mantenimiento y Crecimiento de afiliaciones, y aclaran que es el porcentaje en dinero, del recaudo efectivo, que Coomeva EPS S.A. pagará a la ECOR , de acuerdo al cumplimiento de las metas de recaudo después de las compensaciones de cada mes, según lo estipulado en la Tabla No. I del Anexo No. I (metas y honorarios por cumplimiento en la compensación).

La mencionada tabla y anexo forman parte del contrato acercado al proceso. Naturalmente la remuneración del agente, en este caso SYVA – ECOR se pone de manifiesto al observar los varios paz y salvos extendidos por la convocante en los que se expresa haber recibido a satisfacción los honorarios que le correspondían por el trabajo realizado. Y si tomamos al azar uno de los muchos testimonios que hablan de la relación comercial Coomeva EPS SA y SYVA, como es el caso de la señora **LILIA MARMOLEJO COBO**, esta manifiesta que Coomeva pagó todas las comisiones que se generaron en la relación contractual con SYVA y que cuando hubo algún inconveniente se pactaba la forma de pago y que nunca hubo conflictos por ese motivo. Que para Coomeva era muy importante la buena relación con los corredores pues era la fuerza comercial y la puerta de entrada del afiliado a Coomeva. Por último tenemos el testimonio de **LUIS FERNANDO MILLÁN GONZÁLEZ.-**, quien era el encargado por Coomeva E.P.S. S.A. de introducir en la base de datos lo necesario para liquidar las comisiones que recibían las ECOR, entre ellas SYVA, de donde se desprende nítidamente que Coomeva E.P.S. S.A., remuneraba a SYVA con el pago de las comisiones que le correspondían una vez hechas las liquidaciones en las fechas previstas. Y la doctora **PIEDAD CECILIA PINEDA ARBELAEZ.-** representante legal de la entidad convocada, al responder una de las preguntas a que fue sometida en la diligencia de interrogatorio de parte, expresó que entre Coomeva E.P.S. S.A. y SYVA, en desarrollo del contrato que nos ocupa “hubo un pago de comisiones”.

No obstante que el tribunal se ha referido a los paz y salvos por comisiones, esta probanza tiene como finalidad explicitar la remuneración del agente , mas no debe entenderse como el finiquito de las sumas a deber por la agenciada, tema que será abordado en el análisis del dictamen pericial.

Estudiados todos y cada uno de los elementos que regulan la agencia comercial en desarrollo de este numeral, el Tribunal considera que no prospera la excepción

denominada “FALTA DE CAUSA”, (excepcion3) por cuanto que al evidenciarse el contrato de agencia, surgen necesariamente las prestaciones que se derivan del mismo.

Por tanto esta excepción está llamada **a no prosperar, como también la denominada “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION PRETENDIDA”** (excepción 4), pues los argumentos esgrimidos por el Tribunal se hacen extensivos a esta excepción, dada la conexidad del tema tratado e igualmente extensivos se hacen a las denominadas BUENA FE CONTRACTUAL Y CARENCIA DE CULPA DE COOMEVA EPS. S.A. (excepción 6) así como la denominada COBRO DE LO NO DEBIDO (excepción 8), no sin antes anotar que el principio rector es la buena fe

5-) De las excepciones propuestas por la convocada.

De lo anteriormente expuesto, analizados los medios probatorios, los requisitos sustanciales de la acción, encuentra el Tribunal que no prosperan las excepciones de mérito que fueron analizadas:

Inexistencia del contrato de Agencia Mercantil o Comercial

- Todo contrato válidamente celebrado es Ley para las partes y éstas deben estarse a lo dispuesto en él- Falta de causa.- Inexistencia de la obligación pretendida.- Terminación lícita y justa del contrato.- Buena fe contractual y Carencia de culpa de Coomeva Entidad Promotora de Salud. S.A.- Inexistencia de abuso del derecho.- Cobro de lo no debido.- Falta o carencia de competencia del Tribunal para decidir las pretensiones.- Prescripción.

Como tampoco encuentra el Tribunal causal que dé lugar a otra excepción que deba reconocer oficiosamente del análisis reseñado. (Art. 306 del C.P.C).

6-) Dictamen pericial.

En el auto de apertura a pruebas se decretó a solicitud de la parte convocante un dictamen pericial con intervención de perito contador a fin de determinar:

“...la existencia y monto de las comisiones a que tiene derecho SYVA, producto de la selección adversa de usuarios, de los perjuicios que le

fueron ocasionados como consecuencia de los incumplimientos Coomeva EPS SA. Para tal efecto el auxiliar de la justicia deberá consultar la contabilidad de las partes y sus respectivos asientos”.

“El valor de la prestación comercial establecida en el inciso primero del Art. 1324 del Código de Comercio.”

Igualmente se decretó:

“la práctica de un dictamen pericial con la intervención de un perito experto en sistemas para que examine las bases de datos de Coomeva relacionada con ventas, reintegros y traslados única y exclusivamente entre las partes aquí intervinientes y por los años 2000 y 2001, con el objeto de establecer el pago de comisiones efectuadas durante ese periodo.”

Se negó la práctica de inspección judicial con exhibición de documentos por no reunir los requisitos de los Art. 245, 283, 284 del CPC y 65 del C de Co., que no fue objeto de recurso. De oficio el Tribunal dispuso que el perito contador dictaminara sobre las ventas, reingresos y traslados con el objeto de establecer el pago de comisiones efectuadas durante los años 2000 y 2001 entre Coomeva y SYVA.

Fue así como rituada la instancia y notificada en estrados las providencias referidas a las pruebas de que se viene hablando, tomaron posesión los peritos Luís Alexander Gómez Bonilla (perito contador) y Luís Eduardo Pérez Fernández (experto en sistemas), quienes en audiencia tomaron posesión de sus cargos, se les ilustró sobre los puntos materia del dictamen incluyendo el cuestionario adicional presentado por el apoderado de la parte convocante, cumpliéndose las exigencias previstas en los Arts 236 y 237 .6 del CPC; por lo demás las hojas de vida que acreditan la idoneidad de los peritos ,fueron conocidas por las partes y glosadas a los autos sin que se hiciera reparo alguno a los nombramientos.

6.1-) Dictámenes contables y de sistemas.(cuaderno No. 13 pruebas de la parte convocante-2. Sus aclaraciones y Objeciones por error grave:

Se evidencia en el plenario las diferentes comunicaciones que tanto el perito contador y el de sistemas demandaron la colaboración de la convocada para ejecutar su labor. En la comunicación de noviembre 7 el perito contador entre otras solicitudes demanda de Coomeva E.P.S. S.A. “acceso a la documentación soporte, número de sedes..., sitio de trabajo..., términos contractuales.... El perito mediante correo electrónico (folio 009) allega a los autos información en el sentido de que Coomeva E.P.S. solo puede darle la información el día 29 de diciembre; corroborando este

dicho a través de memorial dirigido al Tribunal (Cfr folio 005) solicitando ampliación del plazo y aclarando que “el trabajo se ha adelantado en la parte del Grupo Ser y Vida Ltda., SYVA.”.

Pues bien, efectivamente observa el Tribunal que en comunicación de noviembre 10 de 2008 (folio 006), Coomeva E.P.S. responde que, “la gerencia de operaciones ha conformado un grupo de personas...que han iniciado el trabajo..., han definido que su labor se demorará un mes y medio a partir de la fecha **por lo tanto le entregarán la información correspondiente el día 29 de diciembre del año en curso...término que usted deberá tener en cuenta para efectos de solicitar al Tribunal la ampliación del plazo para rendir su informe...**” Finaliza la comunicación adjuntado la copia del contrato entre el Grupo Ser y Vida SYVA y Coomeva.

Igual suerte corrió el perito de sistemas: en comunicación del 4 de noviembre de 2008 (folio 010) solicita la información que requiere para cumplir su trabajo: la base de datos en archivos de Excel, aclarando que la información debe de respetar los formatos estándar “que permitan ordenamientos automáticos”. En noviembre 14 de 2008 el mismo perito insiste ante Coomeva en el envío de la información (folio 012 - 013) y ya el 19 de noviembre de 2008 en memorial dirigido al Tribunal (folios 003-004) **solicita ampliación de término** argumentando que Coomeva no le ha enviado la información, “aunque sí recibí una llamada el día 28 de noviembre de la secretaria de la Dra. Yolanda Suárez Niño explicándome que antes del 21 de noviembre recibiría una respuesta...en el día de hoy, dice el perito: “me han informado que quieren discutir la información solicitada sin que me quede claro cual inconveniente se ha presentado”. **Con respecto a SYVA señala que el 10 de noviembre recibió respuesta** de SYVA junto con anexos recibiendo información”

Coomeva E.P.S S.A., le responde al perito Luís Eduardo Pérez en los mismos términos que le contestó al perito contable, es decir que han conformado un grupo de personas, que su labor demora un mes y medio y que se entregará la labor correspondiente el día 29 de diciembre del año en curso.

Rendido el dictamen del perito contable, y en relación con el periodo comprendido entre el 1 de Febrero de 1999 hasta el 31 de Enero de 2004, (punto I) a fin de determinar las comisiones reconocidas y pagadas por la convocada y determinar si hubo variaciones de liquidación de las mismas, por el mismo periodo, el perito dictaminó en forma anualizada:

AÑO	VALOR COMISIONES	RETENCIONES	CREDITOS	DESCUENTOS ARREND/TOS	ANTICIPOS	VALOR PAGADO	SALDO DE CARTERA
1999	235,006,905	(27,203,818)				184,219,182	23,583,905
2000	366,314,108	(42,403,615)				328,309,780	19,184,618
2001	308,539,728	(35,715,795)				249,806,782	42,201,769
2002	325,316,074	(37,657,784)	(14,303,077)	(1,206,295)		262,939,421	51,204,971
2003	467,107,604	(48,280,702)	0	(18,381,264)	(70,151,660)	287,567,825	93,931,124
2004	27,891,838	(3,375,648)				62,436,807	56,010,507
TOTAL	1,730,176,257	(194,637,362)	(14,303,077)	(19,587,559)	(70,151,660)	1,375,279,797	56,010,507

El peritaje en este punto enseña que durante los años 1999 a 2004 el valor total de las comisiones ascendió a 1.730'176.257, a estas comisiones se les practicaron los descuentos por arrendamiento que ascienden durante dichos años a \$19'587.559 (lo que coincide con el haz probatorio analizado en punto a los cánones de arrendamiento cancelados por SYVA a Coomeva E.P.S. S.A. por los llamados cubículos), aplicándose también descuentos a estas comisiones, por concepto de retenciones, créditos y anticipos, que en su orden fueron:

Retenciones,	\$ 194'637.362,
Créditos	\$ 14'303.077
Anticipos	\$ 70'151.660

Deducidas esas partidas el valor pagado a SYVA entre 1999 y 2004 fue de \$1.375'279.797; para cada anualidad. Como se observa en el cuadro, quedaba pendiente un saldo de cartera que para los años de los que venimos hablando era de \$56'010.507 a cargo de Coomeva E.P.S. S.A.

El perito para determinar el valor reconocido y pagado por Coomeva E.P.S. S.A. durante este periodo entre el **01 de Febrero de 1999 hasta el 31 de Enero de 2004** efectúa su trabajo teniendo en cuenta los auxiliares, los documentos de intercambio y proceso de registro, el cruce de cada uno de los soportes con los registros contables, la base de datos suministrada por Grupo Ser y Vida Ltda., así como la información que suministrara el perito de sistemas.

La documentación fuente para determinar las comisiones fueron las facturas emitidas por SYVA de acuerdo a la relación de liquidaciones de comisiones ECOR por recaudo elaboradas por Coomeva E.P.S. S.A., (prefacturas Cfr. prueba documental aportada por el perito al resolver la solicitud de aclaración del apoderado de la parte convocada, (Literal C folio 044), anexo 13 del expediente contentivo de los documentos requeridos que soportan la facturación de SYVA y los comprobantes de egreso de Coomeva –entre otros- documentos estos, que fueron **suministrados** por SYVA según lo informa el perito y a los que probatoriamente deben darse el alcance del Artículo 271 del C.P.C. en armonía con el Artículo 59 del Código de Comercio.

Es así como si se examina la aclaración que solicitara el apoderado de la parte convocada al dictamen contable, en esta el perito se refiere de un lado a que durante los años 1999 al 2001 el registro contable de SYVA se efectuaba de acuerdo a la prefactura emitida por COOMEVA E.P.S. S.A. A partir del 2002 el registro contable lo era de acuerdo con la factura emitida por SYVA “la cual contenía los mismos valores reportados por la E.P.S”. **(Literal a de la aclaración).**

En cuanto a los documentos examinados en lo que se refiere al punto I de la experticia (**valga la pena aquí señalar que la aclaración de la convocada en lo que hace relación al peritaje contable solamente se circunscribe al punto I de la experticia**), el perito informa que cotejó los libros auxiliares de contabilidad que le fueron impresos del año 2000 en adelante... y que para el año 1999 realizó un procedimiento alterno “que consistió en verificar la documentación soporte de COOMEVA E.P.S. S.A. (prefactura), recepcionada por SYVA la cual hace parte del intercambio.

Ya en cuanto a los documentos que sirvieron de sustento para rendir la experticia los acompaña el perito como anexo de la aclaración debidamente foliados.

Teniendo en cuenta lo que se viene diciendo el Tribunal apoyado en los documentos que sirvieron de soporte a la experticia, documentos que, se repite, fueron pedidos en la aclaración y con el objeto de verificar las conclusiones del perito en cuanto a la unidad de valores prefacturados por COOMEVA E.P.S. S.A. y facturados por SYVA, en forma aleatoria encontró que le asiste razón al perito en lo que hemos llamado unidad de valores:

Así por ejemplo en el documento visible a folio 29 de los documentos que pidió el convocado se encuentra la liquidación de comisiones correspondiente al mes de marzo de 2002 a favor de grupo SYVA Ltda. por un valor neto a pagar de 35'863.281 y a folio 7 del mismo cuaderno se encuentra la factura # 125 expedida por SYVA a Coomeva la cual coincide con el mismo valor de 35'863.281.

En el documento visible a folio 32 de los documentos que pidió el convocado se encuentra la liquidación de comisiones correspondiente al mes de abril de 2002 a favor de grupo SYVA Ltda. por un valor neto a pagar de 38'055.641 y a folio 8 del mismo cuaderno se encuentra la factura #126 expedida por SYVA a Coomeva la cual coincide con el mismo valor de 38'055.641.

En el documento visible a folio 34 de los documentos que pidió el convocado se encuentra la liquidación de comisiones correspondiente al mes de mayo de 2002 a favor de grupo SYVA Ltda. por un valor neto a pagar de 38'661.016 y a folio 9 del mismo cuaderno se encuentra la factura #127 expedida por SYVA a Coomeva la cual coincide con el mismo valor de 38'661.016.

En cuanto a las aclaraciones solicitadas por el convocante, en primer término el perito deja en claro para el punto IV del experticio que se refiere “al periodo comprendido entre el **01 de Enero de 2001 hasta el 30 de Enero de 2004**”. En cuanto al punto III complementa la información en el sentido **de que Coomeva E.P.S. S.A. tuvo lista la información para su revisión el día 11 de Diciembre de 2008; día en el cual se vencía el plazo...para la entrega del informe....** sin embargo realicé un procedimiento alterno que consistió en la verificación de los documentos fuentes, entregadas por Grupo Ser y Vida para realizar la prueba pericial...”; estos documentos son las prefacturas y comprobantes de egreso de las liquidaciones de comisiones por parte de Coomeva E.P.S. S.A. que entregaba a SYVA Ltda. Concluye el perito que este se constituye (refiriéndose al procedimiento alterno) en un medio de registro, el del intercambio entre las partes lo cual genera una base razonable para emitir concepto sobre la operación.

Lo que concierne a la información soporte de los descuentos el auxiliar contable expresa que estos eran incluidos entre las prefacturas de Coomeva E.P.S. S.A....y SYVA registraba con estas prefacturas a lo que él le llama “corresponsabilidad de la información entre las partes”.

Detiéndose aquí el Tribunal para señalar en su apreciación que el trabajo del perito se sujetó a las normas de auditoria generalmente aceptadas de que trata la Ley 43 de 1990 y a los pronunciamientos del Consejo Técnico de la Contaduría Pública en particular el Artículo 61.B (pronunciamiento 4) que determinan, en punto a la ejecución de las transacciones el “obtener una seguridad razonable”, y para el Tribunal los documentos estudiados por el perito tienen este calificativo pues se trata si se quiere, de que SYVA asumía los valores que le eran proporcionados por la misma Coomeva E.P.S. S.A. .

Por lo que atañe a la complementación solicitada por la parte convocante, a fin de establecer los gastos operacionales en los que incurrió SYVA durante la ejecución del contrato esto es desde el 01 de Febrero de 1999 hasta el 31 de Enero de 2004, incluyendo gastos de arrendamiento, personal, etc., el perito con base en el registro contable de la convocante y su Estado de Resultado para dichos periodos dictaminó según el cuadro que se observa lo siguiente:

	<u>1999</u>	<u>2000</u>	<u>2001</u>	<u>2002</u>	<u>2003</u>	<u>2004</u>
Gastos de Personal	107,957,054	133,669,222	88,847,631	58,401,828	45,703,268	47,873,971
Honorarios	24,395,972	6,980,000	3,480,000	14,560,200	16,930,157	8,177,440
Impuestos	151,000	19,500	0	5,496,500	8,888,566	2,017,371
Arrendamientos	70,992,982	129,264,270	119,653,320	86,476,580	53,591,567	45,884,227
Contribuciones y Afiliaciones	0	0	0	0	0	2,251,198
Seguros	367,628	625,734	345,397	331,406	0	0
Servicios	17,045,911	40,252,951	114,483,285	212,564,639	193,981,588	219,959,823
Legales	307,175	851,440	1,346,401	746,957	1,023,202	757,408
Mantenimiento y Reparaciones	2,714,470	2,217,900	751,722	791,321	962,000	1,732,797
Adecuación e Instalación	9,475,184	740,730	556,930	1,472,851	2,521,609	20,509,979
Gastos de Viaje	337,500	2,043,600	1,490,000	0	0	879,000
Depreciaciones	1,816,942	4,575,060	4,799,240	4,209,677	5,635,450	3,289,766
Diversos	40,933,908	37,880,663	54,827,234	88,390,305	23,943,538	23,672,486
Financieros	1,469,236	3,155,108	5,510,623	5,174,780	5,555,367	5,657,753
Extraordinarios	4,351,312	12,726,148	200	192,095	7,341,763	1,755,902
Impuesto de Renta	7,773,000	20,313,651	41,228,000	43,019,000	0	19,446,000
	<u>290,089,274</u>	<u>395,315,977</u>	<u>437,319,983</u>	<u>521,828,139</u>	<u>366,078,075</u>	<u>403,865,121</u>

Este cuadro enseña la composición de los gastos de administración, en donde se toman como fuente los gastos operacionales de SYVA. Pero para el Tribunal la información no representa un punto significativo en el peritaje como quiera que este tipo de información cobra relevancia para analizar desde el punto de vista financiero la relación costo beneficio, el margen de operación del negocio, la composición de gastos, el punto de equilibrio, la rentabilidad de la inversión y el rendimiento de patrimonio, entre otros. Mírese como en la aclaración solicitada por el convocante no se pide un análisis del estado financiero ni del costo de la operación, que es hacia donde conduce un estudio como el representado en el cuadro que se deja transcrito y que resulta de la aclaración.

En este tipo de información para el experto llegar a esta cifra y a manera de ejemplo, a los gastos de publicidad en que incurrió SYVA, el perito con base en el libro auxiliar, los gastos de publicidad se cruzan con los documentos soportes, los cuales son facturas de proveedores y los comprobantes de egreso, y si vamos a los gastos de elaboración de avisos se acude al libro auxiliar de propiedad planta y equipo, cruzándolos con los valores de las facturas del proveedor respectivo.

Siguiendo con el análisis de la aclaración SYVA incurre en gastos publicitarios según se expresa en el punto III y IV de la aclaración y las pruebas documentales como los carnés, papelería con el logo del agenciado, las diferentes campañas publicitarias como el Pos, los requisitos de afiliación, la forma de acceder a los servicios, y demás documentos, que se ordenaron tener como prueba en el auto de apertura.

En el orden en que el Tribunal viene estudiando el dictamen contable presentado, las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes y la respuesta a las mismas, es de acotar, **que no fue objetado por error grave**, la objeción como se

verá más adelante recayó sobre aspectos tales, como el valor de la UPC promedio certificada por Superintendencia de Salud para el año 2001 y la liquidación de las comisiones.

6.2-) Peritaje en sistemas:

El objeto de esta prueba va encaminada a potenciar la población manejada por SYVA Vs. lo compensado por el FOSYGA a Coomeva E.P.S., sin olvidar que FOSYGA compensa por varios conceptos. Dentro del sistema general de afiliación a la seguridad social algunos de los puntos básicos de tener presente son:

1. No tener multiafiliados.
2. Llevar la documentación correctamente ajustada a los parámetros legales.
3. Que la afiliación no este en mesa de negociación.
4. Que no se este en mora en los pagos, por eso se habla de compensación sobre la población manejada.

De la lectura del peritaje se infiere que no obtuvo una información completa ni de la convocante ni de la convocada; que solo pudo tener una cifra cierta de los afiliados compensados por el FOSYGA a Coomeva E.P.S. durante el periodo de Julio a Diciembre de 2001, lo que lo lleva a utilizar como criterio de cálculo esta información pues, concluye que es la única opción para ejecutar su trabajo. Así las cosas, el perito en sistemas hace su trabajo tomando los meses de Julio de 2001 a Diciembre de 2001 con el fin de extrapolar los valores que debieron ser cancelados a SYVA, en otras palabras, el perito estadísticamente obtiene el estimado del primer semestre de 2001 (Enero a Junio de 2001 y el Mes de Diciembre de 2000).

Al dar respuesta a la complementación y a la aclaración solicitada el perito confirma que la información entregada en la base de datos de Coomeva E.P.S. S.A. es incompleta y que su propósito es aportar una alternativa de solución “para estimar la población base de liquidación” conforme al Numeral 6 del dictamen pericial, “la extrapolación se refiere a utilizar el promedio de afiliaciones y retiros para estimar el comportamiento de los meses previos asumiendo que ningún evento extraordinario ha distorsionado dicha muestra y teniendo en cuenta que la desviación estándar de la muestra no es trascendental”.

Absuelve los interrogantes formulados por SYVA en síntesis manifestando que la información contenida en el Disco Compacto no se considera una base de datos consistente...pero que sin embargo el archivo se puede filtrar **obteniendo datos validos del mismo con los cuales se puede filtrar información**; que Coomeva

E.P.S. S.A. no tiene información correspondiente a Diciembre de 2000...y que como el criterio a utilizar para liquidar las comisiones se obtiene solo con base en los archivos de la población compensada, es absolutamente necesario utilizar la información generada por el FOSYGA.

Después de explicar en síntesis que no tiene una información completa de ninguna de las partes concluye presentando varias alternativas para el cálculo de los afiliados la que presenta en los numerales i, ii, iii, iv, y v, **recomendando la utilización de la opción i ya que para el perito “es la más razonable desde el punto de vista estadístico”**.

“...la metodología se confirma al tener en cuenta el registro detallado sobre los afiliados entregados por SYVA el día 29 de Enero. En este archivo se presenta un total de 47.956 registros de afiliados de los cuales 670 no son aceptables dado que no presentan identificación y adicionalmente 2.120 afiliados se encuentran duplicados arrojando un saldo final presentado de 45.166 afiliados que corresponden a un 99.66% del estimado obtenido en la opción (i). Esto es un diferencial del 0.34%”. (Cfr. Escrito del 05 de Febrero de 2009).

Si se tiene en cuenta la idoneidad del perito y los conocimientos que le asisten para rendir el dictamen y si bien no pudo obtener información completa de las partes en contienda, pues de la E.P.S. obtuvo un semestre, y de SYVA recibió alguna en forma extemporánea, es lo cierto que el perito precisamente dado el conocimiento que le asiste en el tema, presenta diferentes alternativas para poder llegar al cálculo de los afiliados, que no es nada diferente de lo que se espera del perito de conformidad con el Artículo 237.6 del C.P.C. De otro lado lo que se espera es la solución al conflicto, obviamente no con fórmulas o presupuestos que no tengan un sustento válido, y es que aquí encontramos que si bien la base de datos de la población de afiliados que le fue suministrada por las partes no le fueron suficientes al perito, este en cumplimiento de la labor encomendada y con los conocimientos del tema acude a otras fuentes que le permiten presentar el número de 45.166 afiliados, después –se repite- de presentar varias alternativas y que el considera la más razonable desde el punto de vista estadístico.

Ahora bien, como el segmento poblacional que arroja la opción (i) de afiliados compensados por el mes de Diciembre de 2000, y los meses de Enero a Diciembre de 2001 resulta definidor para el cálculo de las comisiones que debía cancelar la E.P.S. a SYVA, y es sobre este segmento con el cual se llega al total de la comisión que según el perito contador debió reconocer Coomeva E.P.S. S.A. que es \$374.638.095 para el año del 2001 y es sobre esta suma (es decir lo dejado de pagar

por Coomeva E.P.S. S.A. en el año 2001 que se calculan los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida.

Estos dos resultados se ilustraron de la siguiente manera:

Calculo de las comisiones:

Mes	Afiliados	Compensados	% Cump.	% Comisión	Comisión
Enero	50,548	45,410	89.84%	3.5%	58,034,888
Febrero	50,625	45,487	89.85%	3.5%	58,133,296
Marzo	50,702	45,564	89.87%	3.5%	58,231,703
Abril	50,779	45,641	89.88%	3.5%	58,330,111
Mayo	50,856	45,718	89.90%	3.5%	58,428,518
Junio	49,346	45,795	92.80%	4.0%	66,887,915
Julio	49,702	45,720	91.99%	4.0%	66,778,371
Agosto	49,621	43,181	87.02%	3.0%	47,302,441
Septiembre	49,186	43,254	87.94%	3.0%	47,382,409
Octubre	49,993	45,483	90.98%	3.5%	58,128,184
Noviembre	50,199	44,738	89.12%	3.5%	57,176,059
Diciembre	50,245	44,150	87.87%	3.0%	48,363,928
Total Calculado					683,177,823
Reconocido por COOMEVA año 2001					308,539,728
Diferencia					374,638,095

Calculo de Intereses:

	2002	2003	2004	2005	
Tasa de Interés EA	29.54%	29.72%	29.24%	26.24%	
Diferencia	374,638,095	110,668,093	111,342,442	109,544,179	98,305,036
	2006	2007	2008	2009	Total Intereses
Tasa de Interés EA	22.61%	28.52%	31.53%	30.71%	
Diferencia	374,638,095	84,705,673	106,846,785	118,123,392	28,762,840
					768,298,440
					Total Capital
					374,638,095
					Total Capital más Intereses
					1,142,936,535

Posteriormente el perito utilizando las cifras de las comisiones reconocidas y canceladas a SYVA por Coomeva E.P.S. S.A. por los años 1999 a 2003 enfrentadas con las comisiones del año 2001 efectúa la liquidación solicitada en el Punto VIII de la solicitud de la aclaración. (Cfr. Memorial del 12 de Febrero de 2009 Punto 8 de la Aclaración).

Y es aquí donde surge la objeción por error grave que plantea el apoderado de la convocada que dio lugar al nombramiento de un nuevo perito previo el procedimiento del Artículo 238 del C.P.C.

7-) Objeción por error grave .

Haber utilizado el escenario (i) propuesto por el perito de Sistemas y haber hecho el cálculo con una UPC diferente a la asignada a Coomeva EPS por el Ministerio de Salud ya que esta última corresponde a \$23.342.74 y no a \$36.515, cifra esta última sobre la cual se efectuó la liquidación inicial.

Se dejó explicado, por qué el perito contable utilizó el escenario (i). El perito de sistemas, después de escenificar las diferentes opciones para la liquidación, trabaja con arreglo a este, y por ende el experto contable, **acomete su trabajo, sobre dicho escenario.**

Ahora bien, la perito Yohana Elizabeth Bermúdez, nombrada en el trámite del artículo 238 del CPC., **corrobora que el escenario debió utilizarlo el perito contador, Luis Alexander Gómez**, como quiera que la información suministrada al perito en sistemas por Coomeva E.P.S. S.A., solo fue documentada para el segundo semestre del 2001 mas no, para el primero. La misma perito señala que no incurre en error grave el perito contable. Independiente del concepto de la perito, para el Tribunal es apenas lógico que el perito contable desarrolle su trabajo en este escenario, pues si no era este escenario, **¿cuál?**.

Ya se dijo cómo este representa el mínimo margen de error en la amplia explicación dada por el experto en sistemas. (Recuérdese que el perito diseñó 5 escenarios distintos como se dejó dicho).

No acata el Tribunal el fundamento de la objeción en este punto, pues precisamente para realizar su labor el perito contable Luís Alexander Gómez necesitó del auxilio de un experto en otra área, como era la de sistemas, que precisamente le da el apoyo para poder realizar su trabajo; por lo demás el perito contable realiza su informe de arreglo a lo dispuesto en el Art. 237.2 Ibi.

A lo que se viene diciendo se suma que los peritos manifestaron su inconformidad con la actitud asumida por COOMEVA EPS SA., en punto al suministro de la información tal como se ha dejado reseñado Este comportamiento de la convocada será valorado como indicio en su contra al tenor del Art. 242 del CPC, amén de que uno de los deberes de las partes en proceso es su deber de colaboración según el Art. 71.6 Ibi.

Ya con respecto al **cálculo de la UPC** que utilizó el perito Luis Alexander Gómez al momento de rendir su experticia, la perito dictamina que Coomeva EPS SA., no

mencionó en las planillas de liquidación emitidas cual era la UPC utilizada. Explicita la perito:

“...Cooameva E.P.S. S.A. no entregó al señor perito Luis Alexander Gómez sobre la manera y bases de liquidación de la comisiones; adicionalmente la fuente era la correcta “(sic) (Cfr documento de fecha abril 01 de 2009)

Para el cálculo de comisiones, la perito explica que el procedimiento fue adecuado. En esta pregunta, la convocada anota que la liquidación de comisiones no era un proceso lineal. Pero es que para el Tribunal es claro que el proceso es lineal en cuanto a la comisión pactada, esta no era variable, la variable o fluctuación se presenta cuando se aplica la comisión a la población compensada que manejaba SYVA, pues esta población sí representa un índice variable.

Llama poderosamente también la atención al Tribunal que solo en la objeción la convocada haga la manifestación de la UPC aplicable a Coomeva E.P.S. S.A., por FIDUFOSYGA en otras palabras solo hasta el momento de conocerse el peritaje se esgrime esta prueba, cuando en su deber de colaboración para con el Tribunal ha debido proceder de conformidad al decretarse la misma o en la oportunidad de complementación y aclaración.

Ahora bien, si el perito contable no tuvo en cuenta el comprobante de pago, acompañado a la objeción por error grave presentado por Coomeva E.P.S S.A., **mal podría imputársele error grave al dictamen pericial** bajo este argumento, pues el mismo argumento anterior, se predica de esta situación con la gran diferencia que la convocante para esa anualidad se soportaba en la información suministrada por la E.P.S.; mientras que el documento indicativo de FIDUFOSYGA es emanado de un tercero. También se destaca, que pese a la expedición de los llamados paz y salvos al terminar la anualidad, quedó demostrado que estas conciliaciones no se hacían puntualmente a la fecha de la supuesta terminación del contrato.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de Coomeva EPS deprecó de la perito abstenerse de emitir juicios de valor sobre la experticia,(literal a), solicitando una nueva liquidación de comisiones para 2001 tomando como sustento el escenario (i), adoptando la UPC certificada por FOSYGA . (Literal b), solicitando además si hubo pagos adicionales en 2001 imputables a reajuste de comisiones a SYVA, derivados del contrato que contiene el pacto arbitral que según el apoderado estuvo vigente hasta marzo del 2001.

Pues bien, allegada a los autos, la comunicación de FIDUFOSYGA que obra en el cuaderno de objeciones y tomando como promedio el valor de \$ 23,342,74 la perito

recalcula la comisión para el año 2001 (pregunta 09 del cuestionario), los intereses por mora (pregunta 10), y finalmente la liquidación de la agencia comercial (sic,) (pregunta 13).

Presentado el trabajo por la perito arrojó el siguiente resultado.

	2001	2002	2003	Promedio últimos tres años	Promedio / 12	Años	Total Liquidación
Comisiones sin peritazgo	308.539.728	325.316.074	467.107.604	366.987.802	30.582.317	5	152.911.584
Comisiones con peritazgo	429.437.706	325.316.074	467.107.604	407.287.128	33.940.594	5	169.702.970

Para este trabajo la perito tuvo en cuenta la opción (i) utilizando el insumo promedio suministrado por FIDUFOSYGA la que le arroja un recalcu de comisiones para el 2001 de \$429.437.706 MM. Y ya en la liquidación, de la agencia arroja un valor final de \$169.702.970 MM.

Analizado el primer experticio rendido por la perito, así como su aclaración frente al rendido por el perito Luís Alexander Gómez, el Tribunal no encuentra **probada la objeción por error grave al peritaje** contable habida cuenta de que la fuente tomada por este, fue el indicativo de FIDUFOSYGA a nivel nacional que es una información confiable. **Ambos peritos sustentaron sus experticios en el de sistemas, peritaje este último que no fue cuestionado por ninguna de las partes** el Tribunal apreciando los dos dictámenes llevará a cabo la liquidación y tomará las cifras consideradas en el peritazgo rendido por la perito Yohana Bermúdez sin que esto signifique que se acepte el error grave pues como ya se dijo ambos peritos se apoyaron en el experticio en sistemas.

Y es que a manera de ejemplo, si se hace el ejercicio entre el menor valor de los afiliados compensados a diciembre de 2001 por 44.150 y el mayor valor de la población afiliada compensada de 45.795 a junio de 2001(datos en los que fluctúa el escenario (i)), y tomáramos verbigratia un intermedio de 44.100 usuarios el ejercicio nos arrojaría que ni siquiera Coomeva EPS SA cancelaba la UPC que alega, ejercicio que hace el Tribunal y que se ejemplariza así:

	% COMISION	TOTAL COMPENSACION PROMEDIO MES	UPC RECONOCIDA POR COMMEVE A SYVA	UPC FOSYGA	DIFERENCIA
308.539.728	3,0%	857.054.800	19.434	23.342,74	3.908,39
	3,5%	734.618.400	16.658	23.342,74	6.684,73
	4,0%	642.791.100	14.576	23.342,74	8.766,98
	4,5%	571.369.867	12.956	23.342,74	10.386,51
	5,0%	514.232.880	11.661	23.342,74	11.682,13

Por las razones expuestas, se reitera la improcedencia de la objeción por error grave formulada por el apoderado de la convocada con relación al dictamen pericial contable. Se recalca que no aparece constancia del pago por parte de COOMEVA EPS SA., a la perito contable.

8-) LIQUIDACIÓN DE COSTAS

1.- Costas:

Honorarios árbitros: \$15.750.000 c/u. x 3	\$ 47.250.000
IVA honorarios árbitros: \$2.520.000 c/u x 3	\$ 7.560.000
Honorarios Secretaria	\$ 7.875.000
IVA secretaria	\$ 1.260.000
Gastos de administración (Cámara de Comercio)	\$ 7.875.000
IVA gastos de admón. (Cámara de Comercio)	\$ 1.260.000
Gastos de Funcionamiento	<u>\$ 10.000.000</u>
SUBTOTAL 1.:	\$ 83.080.000

De la suma anterior deberá deducirse la suma pagada por Coomeva EPS S.A. a Grupo Ser y Vida Asesores Ltda, que asciende a la suma de Cuarenta y Un Millones Quinientos Cuarenta Mil Pesos (\$41.540.000) , por lo que este subtotal es:

SUBTOTAL 1. \$ 41.540.000

2.-Gastos de peritación:

Gastos Sufragados por Grupo Ser y Vida.

Honorarios peritos Dr. Luís Edo. Pérez	\$ 4.500.000
Honorarios perito Dr. Luís Alexander Gómez	<u>\$ 4.500.000</u>
SUBTOTAL 2.:	\$ 9.000.000

TOTAL COSTAS (SUBTOTAL 1. + SUBTOTAL 2.) \$ 50.540.000

El Tribunal estima las agencias en derecho a cargo de la parte convocada en la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000). Como no todas las pretensiones de la parte convocante prosperaron, condenase a Coomeva E.P.S. S.A. a pagar a Grupo Ser y Vida Asesores Ltda, el Setenta por ciento (70%) de la suma señalada por concepto de agencias en derecho, porcentaje que equivale a la cantidad de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35.000.000)

3. Agencias en derecho: \$ 35.000.000

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: \$ 85.540.000

8.1 Bases de cálculo para la condena

El Tribunal para el efecto de la condena tomo en cuenta los dictámenes de la perita Yohana Elizabeth Bermúdez dejando explicado como, no había lugar a la declaratoria de error grave como ya se dijo rendido por el perito Alexander Gómez porque ambos tomaron el mismo escenario del perito de sistemas, y la metodología para el cálculo fue la misma variando solamente el valor de la UPC. Las bases del cálculo operan así, para las comisiones dejadas de percibir para el año 2001: se tomo el escenario i del informe planteado por el perito de sistemas y con base a los usuarios compensados se comparaba con la tabla de comisiones y se la aplicaba la UPC por el número de usuarios compensados. Eso arroja la suma de \$120.897.978.(CUADRO #1).

CUADRO # 1 CALCULO DE COMISIONES DEJADAS DE PERCIBIR POR SYVA AÑO 2001.

Mes	Afiados		Nuevos afiliados			Afiliados recuperados			Totales
	Compensados	Porcentaje compensados	% de Comisión	Valor UPC	Valor Comisión	% de Comisión	Valor UPC	Valor Comisión	
Enero	5,138	88.7%	3.5%	23,342.74	35,902,068	1.8%	23,506	603,046	36,505,114
Febrero	5,138	88.7%	3.5%	23,342.74	35,964,977	1.8%	23,506	603,046	36,568,023
Marzo	5,138	88.7%	3.5%	23,342.74	36,027,885	1.8%	23,506	603,046	36,630,932
Abril	5,138	88.7%	3.5%	23,342.74	36,090,794	1.8%	23,506	603,046	36,693,840
Mayo	5,138	88.8%	3.5%	23,342.74	36,153,703	1.8%	23,506	603,046	36,756,749
Junio	3,551	92.2%	4.0%	23,342.74	41,390,413	2.0%	23,506	689,196	42,079,609
Julio	3,982	91.3%	4.0%	23,342.74	41,320,385	2.0%	23,506	689,196	42,009,581
Agosto	6,44	85.1%	3.0%	23,342.74	29,458,771	1.5%	23,506	392,785	29,851,557
Septiembre	5,932	86.3%	3.5%	23,342.74	33,760,722	1.8%	23,506	794,327	34,555,048
Octubre	4,51	90.1%	3.5%	23,342.74	35,330,988	1.8%	23,506	920,612	36,251,600
Noviembre	5,461	87.8%	3.0%	23,342.74	30,771,100	1.5%	23,506	281,014	31,052,114
Diciembre	6,095	86.2%	3.0%	23,342.74	30,043,507	1.5%	23,506	440,032	30,483,539
Calculo Perito									429,437,706
Pagado por Coomeva									308,539,728
Diferencia									120,897,978

CUADRO # 2 CALCULO DE INTERESES DE MORA A LA TASA MAXIMA LEGAL PERMITIDA DE 2002 A 2009.

Para el cálculo de los intereses se tomo la diferencia de las comisiones dejadas de pagar por COOMEVA EPS. S.A. a Grupo Ser y Vida Ltda. (SYVA), por valor de \$120.897.978, CIENTO VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS, aplicándole la tasa máxima legal permitida desde el 01 de enero de 2002 a 24 de junio de 2009, a la fecha de este fallo según se observa el siguiente cuadro, sin capitalización de intereses.

Año	Capital	Tasa de Interés	Interés
2002	120.897.978	29,54%	35.713.263
2003	120.897.978	29,72%	35.930.879

2004	120.897.978	29,24%	35.350.569
2005	120.897.978	26,24%	31.723.629
2006	120.897.978	22,61%	27.335.033
2007	120.897.978	28,52%	34.480.103
2008	120.897.978	31,53%	38.119.132
2009	120.897.978	30,71%	16.707.496

Total Intereses	255.360.105
------------------------	--------------------

CUADRO # 3 CALCULO DE LA PRESTACION DEL INCISO 1 DEL ARTICULO 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO.

Para el cálculo de la prestación comercial derivada del contrato de agencia el monto liquidado es el que rigió la perito, toma el valor de las comisiones pagadas en los tres últimos años, promedia el monto anual a fin de aplicar la doceava parte y multiplica por el numero de años.

CALCULO DE LA INDEXACION

AÑO	IPC	2001	2002	2003
Base para el Calculo		429.437.706	325.316.074	467.107.604
2002	4,00%	17.177.508	0	0
2003	2,60%	11.165.380	8.458.218	0
2004	3,20%	13.742.007	10.410.114	14.947.443
2005	3,70%	15.889.195	12.036.695	17.282.981
2006	2,70%	11.594.818	8.783.534	12.611.905
2007	4,20%	18.036.384	13.663.275	19.618.519
2008	4,40%	18.895.259	14.313.907	20.552.735
2009	2,70%	11.594.818	8.783.534	12.611.905
Totales		547.533.075	401.765.351	564.733.093

LIQUIDACION CON INDEXACION

	2001	2002	2003	Promedio últimos tres años	Promedio / 12	Años	Total Liquidación
Comisiones con peritazgo	547.533.075	401.765.351	564.733.093	504.677.173	42.056.431	5	210.282.156

9-) PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal de arbitramento en razón a lo anteriormente expuesto administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley dicta el siguiente laudo:

RESUELVE.

Primero. –Declarar no probadas las excepciones de:

Inexistencia del contrato de Agencia Mercantil o Comercial. Todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes y éstas deben estarse a lo dispuesto en él- **Falta de causa.- Inexistencia de la obligación pretendida.- Terminación lícita y justa del contrato.- Buena fe contractual y Carencia de**

culpa de Coomeva Entidad Promotora de Salud. S.A.- Inexistencia de abuso del derecho.- Cobro de lo no debido- Falta o carencia de competencia del Tribunal para decidir las pretensiones.- Prescripción.

Como tampoco encuentra el Tribunal causal que dé lugar a otra excepción que deba reconocer oficiosamente. (Art. 306 del C.P.C)

Segundo. Por las razones expuestas, se niega en su totalidad la tacha propuesta a los testigos: Julia Mariela Restrepo y Luis Fernando Millán así como se rechaza la objeción por error grave al dictamen pericial contable.

Tercero. Se acepta la tacha del testigo Alexander Serna López por los motivos expuestos.

Cuarto.- Declárase que Coomeva E.P.S S.A. Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., celebraron el 1º de febrero de 1999 cuya vigencia terminó el 31 de enero de 2004 el contrato denominado por las partes “CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACION DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACION “(Pretensión primera)

Quinto.- Declárase que el contrato a que se refiere el punto anterior es un contrato de AGENCIA COMERCIAL, celebrado entre Coomeva E.P.S S.A., como agenciado, y Grupo Ser y Vida Ltda. , como Agente.(Pretensión segunda)

Sexto.- Consecuentemente con la declaración anterior, condénase a COOMEVA EPS S.A. a pagar a Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., la suma de: (\$210.282.156). DOSCIENTOS DIEZ MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS por concepto de la prestación a que se refiere el inciso primero del Artículo 1324 del Código de Comercio.(Pretensión tercera)

Séptimo.- Niégase la pretensión Cuarta de la demanda, por cuanto que COOMEVA EPS S.A. no dio por terminado el contrato de agencia comercial de manera unilateral e injustificada., tal como se dejó explicado en la parte motiva de esta providencia.

Octavo... Declárase que Coomeva E.P.S. S.A. incumplió las obligaciones contraídas por ella en el contrato de agencia comercial. (Pretensión quinta)

Noveno.-Declárase que Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., no tiene derecho a recibir la indemnización de que trata el inciso 2º del Artículo 1324 del Código de Comercio.(Pretensión sexta).

Décimo - Condénese a Coomeva E.P.S. S.A. a pagar a favor de Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., la suma de \$(120.897.978).CIENTO VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS por concepto de comisiones dejadas de percibir, derivadas del contrato de agencia comercial celebrado el primero (1) de febrero de 1999 que expiró el 31 de enero de 2004. (Pretensión séptima)

Undécimo.- No hay lugar a condenar en perjuicios a COOMEVA EPS SA, en favor del Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., derivados de la terminación injustificada y anticipada del contrato de agencia comercial; como tampoco hay lugar a condenar a Coomeva E.P.S S.A. a pagar en favor del Grupo Ser y Vida Ltda.. la indemnización fijada en el inciso segundo del Art.1324 del Código de Comercio, conforme se dejó expuesto en el punto Séptimo de la parte resolutive. (Pretensiones octava y décima)

Duodécimo.- Condénase a Coomeva E.P.S. S.A. , a pagar a favor del Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., intereses moratorios sobre la suma de \$120.897.978 CIENTO VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO (no indexada) que a la fecha de este laudo, a la tasa máxima permitida por la ley, ascienden a la suma de: (\$255.360.105).DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL CIENTO CINCO PESOS.

Décimo tercero.- Condénase a Coomeva E.P.S. S.A. a pagar en favor de Grupo Ser y Vida Asesores Ltda. , las costas del proceso, de acuerdo con la liquidación que aparece en el punto 8 de la parte motiva de este laudo se exponen así.

Honorarios árbitros: \$15.750.000 c/u. x 3	\$ 47.250.000
IVA honorarios árbitros: \$2.520.000 c/u x 3	\$ 7.560.000
Honorarios Secretaria	\$ 7.875.000
IVA secretaria	\$ 1.260.000
Gastos de administración (Cámara de Comercio)	\$ 7.875.000
IVA gastos de admón. (Cámara de Comercio)	\$ 1.260.000
Gastos de Funcionamiento	<u>\$ 10.000.000</u>
SUBTOTAL 1.:	\$ 83.080.000

De la suma anterior deberá deducirse la suma pagada por Coomeva EPS S.A. a Grupo Ser y Vida Asesores Ltda, que asciende a la suma de Cuarenta y Un Millones Quinientos Cuarenta Mil Pesos (\$41.540.000) , por lo que este subtotal es:

SUBTOTAL 1. \$ 41.540.000

2.-Gastos de peritación:

Gastos Sufragados por Grupo Ser y Vida.

Honorarios peritos Dr. Luís Edo. Pérez	\$	4.500.000
Honorarios perito Dr. Luís Alexander Gómez	\$	<u>4.500.000</u>
SUBTOTAL 2.:	\$	9.000.000

TOTAL COSTAS (SUBTOTAL 1. + SUBTOTAL 2.) \$ 50.540.000

El Tribunal estima las agencias en derecho a cargo de la parte convocada en la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000). Como no todas las pretensiones de la parte convocante prosperaron, condenase a Coomeva E.P.S. S.A. a pagar a Grupo Ser y Vida Asesores Ltda, el Setenta por ciento (70%) de la suma señalada por concepto de agencias en derecho, porcentaje que equivale a la cantidad de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35.000.000)

3. Agencias en derecho: \$ 35.000.000

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: \$ 85.540.000

Décimo cuarto.- Las sumas resultantes de las condenas en este laudo, las deberá pagar COOMEVA EPS. S.A., a favor de Grupo Ser y Vida Asesores Ltda., SYVA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

Decimo Quinto. En firme este laudo, ordénase la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo de Cali.

Décimo sexto. Por la Secretaría expídanse copias del presente laudo con destino a las partes, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. En la copia de la parte convocante se hará constar la ejecutoria del laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

El presente laudo se notifica en audiencia hoy veinticuatro (24) del mes de junio de dos mil nueve (2009)

MARLENE CARBALLO CANO
Presidenta.

JORGE RESTREPO POTES
Arbitro

OCTAVIO VÉLEZ PATIÑO
Arbitro

MARÍA DEL PILAR RAMIREZ ARIZABALETA
Secretaria.