

**CAMARA
DE COMERCIO
DE CALI**

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE
COMPOSICION**

RADICACION: 20111908/0496

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CARLOS ALBERTO CASTRO

CARLOS CASTRO ASESORES E.U.

VS

COOMEVA EPS S.A.

LAUDO ARBITRAL

MAYO 6 DE 2013



C524-3

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBI y CARLOS CASTRO ASESORES E.U****Vs.****COOMEVA E.P.S. S.A.****LAUDO ARBITRAL**

Cali, seis (06) de Mayo de dos mil trece (2013)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, y el Decreto 1818 de 1998, para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo en el proceso convocado para dirimir las diferencias entre CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBI y CARLOS CASTRO ASESORES E.U., parte convocante, y COOMEVA E.P.S. S.A., parte convocada, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES:**1. El pacto arbitral:**

Las controversias que se deciden mediante el presente Laudo se originan en un contrato denominado de "**corretaje**" celebrado el día 4 de Diciembre de 1997 entre **CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBI y COOMEVA EPS S.A.**, cuya cláusula décima segunda (12) contiene el siguiente acuerdo:

" CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA EPS S.A. y el CORREDOR con motivo de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionadas entre ellos, serán sometidos 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. SUJETOS PROCESALES:

2.1. Parte Convocante: CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBI, actuando en condición de persona natural y en ejercicio de derechos presuntamente derivados de la persona jurídica CARLOS CASTRO ASESORES E.U.

2.2 Parte Convocada: COOMEVA E.P.S. S.A.

3. RESUMEN DE LAS ETAPAS PROCESALES:

Se inició este proceso con la solicitud de convocatoria presentada en la secretaría del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el día 19 de agosto de 2011, la cual fue reformada el día 2 de Marzo de 2012.

El Tribunal se declaró legalmente instalado, y mediante Auto No. 02 del día 10 de octubre de 2011, resolvió admitir la demanda y ordenó notificar personalmente a la sociedad convocada COOMEVA E.P.S. S.A., diligencia que se realizó por secretaria el día 24 de octubre de 2011.

Una vez notificada la parte convocada, encontrándose dentro del término legal presentó recurso de Reposición contra el auto admisorio de la demanda, argumentando que la demanda involucraba pretensiones de dos personas diferentes, sustentando jurídicamente su posición en el numeral 3 del artículo 85 de Código de Procedimiento Civil. La parte Convocante, al recorrer el traslado del recurso, argumentó que lo pretendido en la demanda es que se declare que la relación contractual entre Coomeva E.P.S. S.A. y Carlos Castro Ayobi, ha sido una sola relación comercial y que con ese propósito y de acuerdo con el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, utiliza la cláusula compromisoria estipulada en los contratos celebrados entre Coomeva y la parte convocante. Con base en tal motivación el Tribunal procedió a resolver el recurso mediante auto número 04 del día 13 de diciembre de 2011, considerando la independencia de la cláusula compromisoria y que efectivamente las pretensiones iban encaminadas a la declaratoria de una sola relación contractual, no obstante, la existencia de distintos documentos que incorporan otros contratos, situación que no podía ser objeto de ningún debate o decisión en ese puntual momento procesal, por constituir asunto propio de un debate de fondo. Con base en las anteriores motivaciones, el Tribunal no revocó el auto admisorio y ordenó continuar con el proceso arbitral.

La parte convocada COOMEVA E.P.S. S.A., contestó la demanda el día 27 de diciembre de 2011, presentó excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado a la convocante, la cual recorrió el traslado dentro del plazo legalmente establecido para ello, procediendo el Tribunal a fijar fecha para la audiencia de Conciliación mediante Auto No. 04, para ser llevada a cabo el día 20 de enero de 2012, audiencia en la que las partes no pudieron llegar a un arreglo, por lo que el Tribunal declaró el fracaso de la misma mediante Auto No. 05, procediendo en consecuencia a fijar honorarios y gastos de administración y de funcionamiento, mediante Auto No. 06 de la misma fecha. Durante el término legal, los honorarios y gastos fijados fueron cancelados por la parte convocante en su totalidad.

3.1 Primera audiencia de trámite:

Se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, el 16 de febrero de 2012, según acta No. 05, dándose lectura a la cláusula compromisoria, que consta en el contrato de **corretaje comercial** persona natural de fecha 4 de diciembre de 1997, transcrita en el punto primero de estos antecedentes, y por auto No. 08 de la misma fecha, el Tribunal se declaró competente para decidir en derecho la controversia sometida a su consideración.

Para el mencionado estudio se tuvieron en cuenta los factores *territoriales, objetivo, y subjetivo*. En cuanto a lo *subjetivo*, se verificó la capacidad para transigir que tenían las partes, y su legítima o debida representación en el proceso. En cuanto al factor *territorial* se revisó la formulación de la demanda en el centro designado por las partes. Vista la competencia en lo *objetivo*, se estableció que los asuntos controvertidos eran susceptibles de transacción (art. 2470 Código Civil).

Examinados los aspectos de hecho y legales que anteceden, el Tribunal determinó su plena capacidad para asumir el conocimiento y proferir el fallo sobre las diferencias planteadas en la demanda, su contestación, y las excepciones de mérito presentadas, todas las cuales versan sobre materias susceptibles de transacción (art. 2470 C.C.), como quiera que la parte convocante aduce la celebración de un contrato denominado contrato de **corretaje comercial persona natural**, con base en el cual persigue las siguientes declaraciones:

(i) En relación con la existencia de ocho (8) contratos circunscritos a una sola relación contractual iniciada desde el **04 de diciembre de 1997 hasta el 31 de mayo de 2007**; (ii) Que la relación contractual corresponde a un contrato de "Agencia Comercial" ; (iii) Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca y se conceda el derecho a la denominada cesantía comercial de acuerdo con el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio; (iv) Que como consecuencia de la segunda declaración se reconozca y conceda derecho a la indemnización equitativa ordenada en el inciso segundo de artículo 1324 del Código de Comercio; (v) Subsidiariamente solicita indemnización por good will; (vi) Indemnización por abuso del derecho por parte de la convocada en ejercicio de su posición dominante dentro de la relación contractual, ordenada en el artículo 830 del Código de Comercio y (vii) Igualmente solicita declaraciones de condena.

La materia controvertida, básicamente el presunto incumplimiento de los contratos celebrados entre las partes por parte de la convocada, y la condena consecuencial en perjuicios, es propia de una controversia de conocimiento, que debe ser decidida por los árbitros en virtud de la cláusula compromisoria.

Contra el auto donde el Tribunal declaró su competencia, el apoderado de la parte convocada COOMEVA E.P.S. S.A., interpuso recurso de reposición, argumentando que los contratos no se encuentran suscritos por su representada, pretendiendo la apoderada de la parte convocante que se declare la existencia de una supuesta unidad contractual y para el efecto de la integración y competencia pretende la aplicación de la cláusula contenida en el documento denominado "SEPARATA INSTRUCTIVA DE LAS ECOR" Empresa de Corretaje – Ecor, publicada por COOMEVA E.P.S. S.A. en la que indica en su página 45 Normatividad área comercial numeral 5.3. solución de conflictos importantes:

"S) en la solución de conflictos en los cuales (...) b) las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre COMEVA E.P.S. S.A. y la ECOR con motivo de la celebración, ejecución y terminación del contrato y que no pudiesen ser solucionadas entre ellos, serán llevadas ante un Tribunal de Arbitramento (...)"

Igualmente alegó que el Tribunal no está integrado en debida forma y por lo tanto ha dado lugar a la causal segunda (2ª) de anulación frente a una eventual decisión que se llegare a producir.

La parte convocante recorrió el traslado en Audiencia, manifestando que en todos los contratos que el señor Carlos Alberto Castro Ayobi firmó con Coomeva E.P.S. S.A., aparece desde el inicio de la relación contractual, la Cláusula Compromisoria, como se puede constatar en el contrato suscrito con fecha 4 de diciembre de 1997 y que de todos los contratos forma parte el "Manual de Asesores".

Mediante auto número 13 de fecha 8 de marzo de 2012, el Tribunal confirmó en todas sus partes el auto No. 08 del 16 de febrero de 2012, considerando que era necesario resolver el fondo del litigio y el análisis de las pruebas que permitieran de manera definitiva solucionar las diferencias sustanciales suscitadas entre las partes. Igualmente, admite la reforma de la demanda presentada oportunamente por la parte convocante y ordena el traslado de la misma, siendo recorrido por la convocada dentro del término legal, quien no propuso excepciones de mérito, pero adjuntó como prueba un

documento titulado *CONTRATO COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACION – REGIMEN CONTRIBUTIVO ECOR PERSONA JURIDICA* de fecha 2 de septiembre de 2002.

Mediante auto No. 16 de fecha 20 de marzo de 2012, el Tribunal dio continuación a la primera audiencia de trámite, decretando las pruebas solicitadas y sobre lo resuelto en ese auto, las partes no presentaron recurso alguno.

4. CONTENIDO DE LA DEMANDA, SU REFORMA Y SU CONTESTACION:

La demanda inicialmente presentada, fue reformada el día 2 de marzo de 2012, quedando de esta manera conformado su texto definitivo, cuyos hechos se resumen de la siguiente manera:

4.1. En su primera parte, la parte Convocante narra en la demanda una breve historia de las actividades de Coomeva E.P.S. S.A., todas sus reformas como sociedad, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la que se estableció el régimen actual de la Seguridad Social y hace un resumen de cómo se realizan las relaciones contractuales con sus intermediarios, las ECOR, en un documento denominado *"Separata Instructiva de las Ecor o Normatividad del Área Comercial N.A.C."*

4.2. La Convocante dice que, inicialmente, COOMEVA EPS S.A. contrataba con personas naturales quienes

"actúan como intermediarias en la promoción y ventas, administración de la relación con los afiliados, recaudo, pago y transferencia de los recursos y mediante circulares reglamentarias sobre políticas Nacionales regula la relación con dichas personas naturales. Posteriormente, mediante un compilador llamado Separata Instructiva de las ECOR entrega este documento como de obligatorio cumplimiento, y desaparece la contratación con personas naturales."

4.3. Manifiesta que la relación entre Coomeva E.P.S. S.A. y las ECOR, se encuentra definida a través de un único contrato denominado de Corretaje Comercial, presentado bajo tres modalidades que ella enuncia así:

a) Contrato de Corretaje Comercial-ECOR por afiliación; b) Contrato de Corretaje Comercial y de Prestación de Servicios-ECOR Mixta y c) Contrato de Corretaje Comercial y de Prestación de Servicios-ECOR por compensación (pág. 33-38 del NAC).

4.4. Posteriormente, desarrolla la historia de "LOS CONTRATOS" y la relación contractual con Carlos Castro persona natural y como titular de los derechos de la empresa ECOR "Carlos Castro Asesores EU", resaltando que COOMEVA EPS S.A., a través de su gerente administrativo, contactó al señor Carlos Alberto Castro Ayobi persona natural, con el fin de contratar la intermediación comercial para esta, mediante un contrato denominado CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PERSONA NATURAL, firmando contrato el 4 de diciembre de 1997, en cuya cláusula "DECIMA SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA" fue pactado el arbitramento como mecanismo alternativo de solución de cualquier diferencia que pudiera presentarse con relación al citado contrato en los siguientes términos:

"Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA EPS S. A. y el CORREDOR 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." (Prueba 2, folio 155).

En la cláusula "DECIMA PRIMERA DURACIÓN" del mismo contrato, se convino que:

"el presente contrato tiene una duración desde la fecha de la firma del contrato, hasta el 31 de Enero de 1998, pero se entenderá prorrogado posteriormente en forma sucesiva por períodos de un (1) año, a menos que cualquiera de las partes contratantes manifiesten su deseo de darlo por terminado, mediante comunicación por escrito, con una antelación mínima de treinta (30) días calendario".

Entre COOMEVA EPS S.A., y Carlos Alberto Castro Ayobi se firmó un nuevo contrato el 01 de enero de 1998 con la denominación *CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PARA PERSONA JURÍDICA*. (Prueba 2, folio 159).

La denominación persona jurídica que se encuentra en la parte superior del citado contrato, no coincide con la naturaleza de la persona contratante, ya que Carlos Alberto Castro Ayobi lo suscribió obrando como persona natural y no obrando como representante legal de una sociedad.

En este nuevo contrato fue pactada una cláusula compromisoria del siguiente tenor:

"DÉCIMA TERCERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA EPS S. A. y el CORREDOR 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."

Se observa cómo, desde el año 1997, se celebró un contrato entre COOMEVA EPS S.A y CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBÍ, con el fin de que este último comercializara en el territorio asignado en dichos contratos los servicios de salud ofrecidos por COOMEVA EPS S.A. (Prueba 2, folio 162).

El 01 del mes de Febrero de 1999, fue celebrado un contrato escrito, entre COOMEVA EPS S.A., representada legalmente por su Gerente General, en ese entonces doctor Laureano Novoa Guevara y CARLOS CASTRO ASESORES EU, representada legalmente por CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBÍ, contrato que fue denominado por COOMEVA EPS S.A como "CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN", pero que tenía el mismo objeto de los contratos anteriormente citados, consistente en la comercialización en el territorio asignado en dichos contratos, de los servicios de salud ofrecidos por COOMEVA EPS S.A. (Prueba 3, folio 167 a 173).

En dicho contrato fue pactado el arbitraje en los siguientes términos:

"DECIMA CUARTA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: 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." (Prueba 3, folio 172).

Frente a este contrato vale la pena anotar que a pesar de indicarse como empresa contratante a la sociedad "CARLOS CASTRO ASESORES EU", en el espacio dispuesto dentro del documento para indicar el número de identificación tributaria de la supuesta sociedad, las partes señalaron el número de cédula del señor CARLOS CASTRO AYOBÍ, 16.499.488, y para la fecha indicada como de celebración del contrato, aun no había sido constituida la empresa unipersonal tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Buenaventura que obra a folio 103 del cuaderno 8.1, donde se observa que esa persona jurídica fue constituida

el 22 de Enero de 2004. En dicho contrato, las partes aceptaron que las discrepancias que surgieran en la interpretación, ejecución y terminación de este contrato serían conocidas y resueltas por un tribunal de arbitramento, designado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

La Empresa Unipersonal CARLOS CASTRO AYOBÍ EU tenía como NIT 835.001.891-1 y estaba representada legalmente por su gerente señor Carlos Alberto Castro Ayobí, titular de los derechos de la empresa unipersonal y fue declarada disuelta y liquidada por él mismo titular de los derechos de la EU, señor Carlos Alberto Castro Ayobí, el día 16 de Julio de 2001, de acuerdo con la escritura pública número 828 de la Notaría 2 del Círculo de Buenaventura.

En el contrato firmado "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN", el cual hace parte del designado por COOMEVA EPS S. A. como ECOR Mixta, ya se había advertido que ECOR POR COMPENSACIÓN y ECOR MIXTA tenían exactamente el mismo objeto porque la actividad de intermediación comercial involucra en ambos:

"(i) obtener afiliaciones al P. O. S., recibiendo una comisión por esta gestión, (ii) realizar actividades de mantenimiento, asesoría y gestión de cobranza sobre los aportes que realizan los afiliados al P. O. S., recibiendo una comisión sobre el valor de la compensación." (Pag.17 del NAC).

Si bien a la fecha de celebración del contrato anteriormente citado, la Empresa Unipersonal no había sido constituida, se aceptó desde ese momento que en el futuro, la persona natural Carlos Castro Ayobí se obligaba constituir y sería el titular de los derechos de esa Empresa Unipersonal, naciendo a partir de ese momento para esta todos los derechos y obligaciones que le estaban siendo reconocidos por la empresa contratante en la ejecución de este negocio jurídico. (Folio 167).

El 28 de Febrero del año 2001, fecha en la que no se había constituido la Empresa Unipersonal, se firmó un otrosí para prorrogar este contrato en mención por un plazo adicional de tres (3) meses contados a partir de su firma (Folio 161).

Durante este periodo los pagos pactados en contraprestación por las actividades contractuales se realizaron por promedio.

El 30 de Agosto de 2002, COOMEVA EPS S.A. y Carlos Castro *Asesores* EU con Nit 16.499.488-0" suscribieron un "ACTA DE TERMINACIÓN DE MUTUO ACUERDO DEL Contrato de Corretaje Comercial Persona Jurídica". En dicho contrato COOMEVA EPS S.A. reconoció la existencia de la ECOR y fue fijado como territorio para el desarrollo de las actividades de comercialización objeto de ese contrato, las zonas de influencia de Buenaventura, Bahía Málaga y Guapi. Se reitera que, en la fecha de celebración y terminación del citado contrato, la Empresa Unipersonal aún no existía, pero se quiere dejar una especial constancia que el contrato vigente era el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR por Compensación (prueba 3 folio 162) firmado entre COOMEVA EPS y Carlos Castro *Asesores*, que era el nombre comercial con el que se conocía a este último en el territorio donde prestaba sus servicios en virtud del plan de expansión de COOMEVA EPS S.A. sin tener que utilizar para ello recursos propios.

4.5. La convocante afirma que durante el desarrollo y ejercicio de esa relación contractual se firmaron varios contratos, reproduciéndose en ellos la mayoría de las cláusulas provenientes del contrato anterior al que se firmaba, salvo aquellas en donde se aumentaban la obligaciones para el Contratista.

4.6. Sostiene la convocante que en los contratos siempre existió identidad entre las partes, del objeto y de las condiciones y que no hay prueba alguna que indique la

intención de dar por terminada la relación existente entre ellas, ni mucho menos que exista certeza sobre la liquidación del CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN, por lo que concluye que se trata de una sola relación contractual de principio a fin.

4.7. Dice la Convocante que desde el inicio de la relación comercial que existió entre las partes, a partir del contrato celebrado en el año de 1997 y hasta el año 2007, se dio una intermediación, la cual tuvo los siguientes elementos:

(i) La promoción de los servicios de salud que COOMEVA ofrecía como empresa prestadora de Salud (EPS); (ii) la conquista del cliente, es decir, lograr su afiliación a COOMEVA, y convertir a la empresa en la prestadora de los servicios ofrecidos; (iii) el acompañamiento, asesoría y soporte del afiliado durante y después del proceso de afiliación (información de coberturas y no coberturas del POS); (iv) Ser una intermediaria frente a las dificultades que enfrentaban los afiliados en la prestación del servicio por parte de COOMEVA; (v) Buscar, insistir, "reconquistar" al afiliado cuando se desvinculaba de COOMEVA; (vi) Adelantar todas las actividades para que los afiliados y/o sus empleadores se mantuvieran al día en sus aportes a la Seguridad Social en Salud, manteniendo las obligaciones para con COOMEVA dentro de márgenes de sanidad financiera. Se quiere insistir en que esta gestión siempre se realizó desde el primer día de inicio de la relación contractual hasta el último día de ejecución del contrato entre el convocante y COOMEVA.

4.8 La convocante hace referencia que su poderdante, señor Carlos Castro Ayobi, como persona natural, representante legal y titular de los derechos de la empresa unipersonal, terminó la relación contractual con COOMEVA EPS S.A. unilateralmente por documento escrito con fecha 31 de mayo de 2007, como consecuencia del *"abuso de la posición dominante cuando COOMEVA EPS el día 24 de mayo del 2007 presento un "otro sí No. 2" al CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- REGIMEN CONTRIBUTIVO NO. 76-109-CAF-0001, haciendo unas modificaciones al contrato que se tenía suscrito las cuales llevaban a la empresa a un desequilibrio económico total; terminación unilateral del contrato por causa imputable al empresario"* (folio 240) cuaderno 1).

4.9. Señala la convocante que la relación contractual entre COOMEVA EPS S.A. y la persona natural Carlos Castro Ayobi y, posteriormente, con la persona jurídica Carlos Castro *Asesores* EU, representada por el señor Carlos Alberto Castro Ayobi como titular de los derechos de la empresa unipersonal, siempre se realizó a través de negocios jurídicos de adhesión. Resaltando que existen diferentes cartas de reclamación de la Convocante, solicitando el pago de comisiones y la explicación de las glosas.

4.10. Afirma que a pesar del nombre dado por COOMEVA EPS S.A. a los contratos teniendo en cuenta la actividad desarrollada, estos corresponden, en realidad, a un contrato de Agencia Mercantil teniendo en cuenta que se cumplieron no solo labores de intermediación entre COOMEVA EPS S. A. y el potencial cliente, sino que también se realizaron labores de promoción en forma reiterada, permanente e ininterrumpida bajo la instrucción de COOMEVA; se conquistaban clientes por encargo de COOMEVA EPS S.A.; se promocionaba el servicio por encargo de COOMEVA EPS S.A.; se trabaja de manera independiente con personal propio, los cuales debían cumplir un perfil exigido por la empresa COOMEVA, la cual dotaba a esa fuerza de ventas de carnets que los identificaba en el primer periodo como asesores comerciales de la ECOR y posteriormente, como asesores comerciales de COOMEVA adscritos a la ECOR. La labor era estable, esto es, sin solución de continuidad y dentro de un territorio determinado por COOMEVA EPS S.A.; se hacían labores de acompañamiento y soporte a los clientes; frente al público se actuaba en nombre y representación de dicha entidad usando su imagen corporativa, papelería, y recibiendo remuneración por su labor de intermediación, se firmó contrato de concesión de espacio dentro de la misma

COOMEVA EPS S.A., se convino que fuera en lugar esquinero y en arrendamiento se tenía otra sede de la ECOR con el fin de generar comodidad a los afiliados, etc.

4.11. Afirmo la convocante que a través de "LA ECOR", ella:

"tuvo la responsabilidad de escoger a los asesores comerciales de acuerdo con los requisitos de perfil y ficha técnica exigidos por COOMEVA EPS S. A. (folio 135, prueba 1), capacitarlos y enviarlos a la capacitación que ofrecía igualmente la empresa contratante, éstos debían presentar las pruebas de calificación de conocimientos que realiza la institución COOMEVA EPS S. A.; cumplidos los requisitos anteriores, el asesor comercial queda acreditado ante COOMEVA EPS S.A., lo cual era el presupuesto para la expedición de un carné de acreditación por parte de esta entidad. Estos asesores trabajaban para la ECOR, y a su cargo."

4.12. Sostiene la convocante que el señor Carlos Alberto Castro Ayobi y "Carlos Castro Asesores EU", la ECOR, contribuyeron al posicionamiento de la imagen corporativa de COOMEVA en las brigadas, dando acompañamiento y soporte durante y después del proceso de contratación, el cual se extendía hasta la duración del contrato entre el afiliado y COOMEVA.

4.13. Afirmo la convocante que:

"el alto posicionamiento de COOMEVA EPS S.A. en el Departamento del Valle del Cauca municipio de Buenaventura y Cauca en sus municipios de Guapi y Bahía Málaga, con motivo de la labor desempeñada por la persona natural Carlos Alberto Castro (La Ecor), y Carlos Castro Asesores E.U. (La Ecor) produjo una gran cobertura para COOMEVA en el mercado de los municipios de Buenaventura (Valle del Cauca) Guapi (Cauca) y Bahía Málaga (Cauca) con todas sus zonas de influencia; en este sentido al resultar imposible la generación de nuevas afiliaciones con las exigencias en porcentajes exigidos por la empresa contratante."

4.14. La convocante igualmente afirma, que el contrato celebrado entre las partes estaba supeditado a la UPC (unidad de pago por capitación) que es la prima anual que el Estado paga a la EPS por la afiliación y atención de cada afiliado (un porcentaje de esta corresponde a lo que reconoce el sistema por la comercialización). La Unidad de Pago por Capitación está determinada por el sexo y edad de cada persona y de acuerdo a la ubicación geográfica del grupo familiar (artículo 182 de la ley 100 de 1993).

4.15. La convocante presentó un resumen de tabla de comisiones de la ECOR por compensaciones desde 1999.

4.16. La convocante relacionó también "otro sí" al contrato sobre el cumplimiento de metas para el pago de comisiones y presenta la tabla de las mismas.

4.17. Presentó igualmente una tabla relacionada con el contrato firmado en el mes de febrero de 2004, comisiones por novedades y metas de ventas, comisión de venta nueva compensada, comisión de traslado a la E.P.S., comisión por novedades, exclusiones de pago por comisión por venta, presentó la tabla de Otro Sí al contrato de febrero 01 de 2005 firmado el 01 de diciembre de 2006. También se refirió a la COMISIÓN POR EVALUACIÓN DE VENTAS NO COMPENSADAS, manifestando que mensualmente, COOMEVA EPS S. A. revisaba y clasificaba aquellas ventas radicadas a partir del primero de mayo de 2006 por LA ECOR y que no han sido objeto de pago de comisión, determinando en cada caso si es venta efectiva o no. En caso de ser venta efectiva, la misma se tendrá en cuenta para el cumplimiento de la meta de ventas del periodo objeto de la liquidación y se sumara a las ventas nuevas, aplicándose al rango de pago que corresponda.

4.17. Expuso los argumentos por los que sostiene que la actividad de su poderdante es comercial (CARLOS CASTRO AYOBÍ- CARLOS CASTRO ASESORES EU), manifestando que de acuerdo con el artículo 1317 del Código de Comercio, el contrato de Agencia Comercial es aquel por el cual:

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

4.18. Afirma que los elementos esenciales de la agencia son: La autonomía del agente, el encargo otorgado al agente para promocionar los negocios del agenciado y que esta gestión sea realizada por cuenta y en beneficio de este último.

4.19. Según ella, los hechos con base en los cuales se prueba la existencia de un contrato de agencia entre las partes intervinientes en el caso a que se refiere la presente demanda son los siguientes:

"Durante la relación contractual Carlos Alberto Castro Ayobí (la ECOR) y CARLOS CASTRO ASESORES EU, este desempeñó desde el inicio hasta la finalización de la relación contractual, el encargo de promover y explotar negocios para los productos EN SALUD de la convocada, bajo las modalidades de AFILIACIÓN, MANTENIMIENTO Y CARTERA. En consecuencia, actuó como agente mercantil (sin representación) de la convocada en el territorio del departamento del Valle del Cauca (Buenaventura) y Cauca (Bahía Málaga y Guapi) Colombia".

Desde 1997 hasta 2007, todos los productos ofrecidos por la convocada que se conocieron y se han conocido en el mercado de los departamentos del Valle del Cauca (Buenaventura) y CAUCA (Bahía Málaga, Guapi) por los profesionales de la salud, las instituciones gubernamentales y los consumidores, fueron introducidos y promocionados por Carlos Alberto Castro y Carlos Castro Asesores EU, salvo aquellos que la convocada ofreció por sí misma, como se ha visto, con desconocimiento flagrante de sus compromisos contractuales.

A partir de la iniciación del contrato y durante la ejecución del mismo, "Carlos Alberto Castro Ayobí, "Carlos Castro Asesores" y "Carlos Castro Asesores EU" constituyó y mantuvo un equipo de asesores encargados de promocionar los productos y crear y mantener una clientela interesada en adquirir los diferentes productos, y situarlos en el mercado consumidor. Dicha fuerza de venta estaba constituida por cuatro (4) vendedores quienes atendían visita de ofrecimiento para afiliación, mantenimiento, asesoramiento en las dificultades para citas tanto de médico general, especialistas, cirugías y cobro de cartera. Con ellos, la convocante, realizó más de 100.000 contactos anuales.

También dice que el listado de los clientes que obtuvo Carlos Alberto Castro Ayobí y la ECOR Carlos Castro Asesores EU, sus características y récord comercial, fueron utilizados por la convocada a la entrega del negocio.

Pero, según la convocante, la Agencia Comercial no sólo se hace patente en las actividades de promoción, conquista de mercados e introducción de los productos EN SALUD de la convocada en el mercado DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA (Buenaventura) y CAUCA (Bahía Málaga, Guapi), sino que también se manifiesta en la necesidad y realización del acatamiento de las instrucciones impartidas al agente; la convocada suministraba a LA ECOR, las instrucciones para la COMERCIALIZACIÓN y el análisis de sus productos de manera que también proporcionaba muestras de anuncios publicitarios y material técnico para la promoción de los productos en el territorio asignado.

Sostiene la convocante que durante más de 10 años el señor Carlos Alberto Castro Ayobi como persona natural y después titular de la empresa unipersonal, fue agente mercantil de la convocada en el territorio DEL VALLE DEL CAUCA (Buenaventura) y CAUCA (GUAPI, BAHIA MALAGA), conquistando para sus productos un importante y considerable mercado que reportó cuantiosos resultados de beneficio económico para la EMPRESA COOMEVA EPS S. A.

El Contrato entre Carlos Alberto Castro Ayobi y Carlos Castro Asesores EU y la convocada se caracterizó por la permanencia de la relación y la conquista del mercado de sus productos.

Plantea la convocante que Carlos Alberto Castro y Carlos Castro Asesores EU aceptaron repetidamente, acciones, solicitudes, sugerencias o recomendaciones de la convocada, incluso aquellas que obraban en detrimento de sus intereses, pero que podrían justificarse en aras de mantener las mejores relaciones posibles con quien, en efecto, consideraba su socio en un negocio que se preveía indefinido. Aunque onerosas a corto plazo, podían justificarse en una relación que brindaría crecimiento en el tiempo.

Además afirma que Carlos Alberto Castro Ayobi y Carlos Castro Asesores EU no ofrecieron en el mercado sus propios productos, ni productos que hubieran adquirido para revender, sino que ofrecía los productos de un tercero (el agenciado). De lo anterior se concluye que Carlos Alberto Castro y Carlos Castro Asesores EU estaba actuando en beneficio del agenciado. Y durante toda la relación contractual se evidencia LA ESTABILIDAD, LA PERMANENCIA y LA CONTINUIDAD.

En el caso concreto el beneficio económico de COOMEVA EPS S. A. estaba íntimamente ligado al éxito de la gestión y de la labor de promoción, difusión y venta de los productos de COOMEVA como EPS que realizara Carlos Alberto Castro y Carlos Castro Asesores EU, y en claro beneficio de aquella.

4.20. En un capítulo distinguido como III, la convocante presentó la relación de los contratos suscritos entre la convocada Coomeva E.P.S. S.A. y su poderdante, señalándolos de la siguiente forma:

4.21 CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PERSONA NATURAL:

COOMEVA EPS S.A. y Carlos Castro Ayobi, suscribieron este contrato el 04 de diciembre de 1997 y de acuerdo con su cláusula *"DÉCIMA SEGUNDA: Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA EPS y el CORREDOR con motivo de la celebración interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionados 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"* (folio 155) cuaderno 1 del expediente".

4.22 CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PARA PERSONA JURÍDICA

En los generales de ley de este contrato las partes se identificaron así:

"COOMEVA EPS S.A., representada en el citado contrato por FLORENCIA CAICEDO RAMOS, como gerente de la sucursal, en ejercicio del poder general otorgado por el Doctor Laureano NOVOA GUEVARA, en su condición de Gerente General y que consta en la escritura pública No. 1597 con fecha abril 7 1995, de la Notaria Sexta de la ciudad de Cali, que en adelante en este contrato se denominara COOMEVA EPS S. A sucursal

Buenaventura, por una parte; por la otra parte la sociedad Carlos Castro Ayobi, ECOR suscrito el 01 de enero de 1998".

También fue pactado en el citado contrato:

"DÉCIMA SEGUNDA: Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA EPS y el CORREDOR con motivo de la celebración interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionados 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."

4.23 CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN

El citado contrato fue celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y empresa ECOR Carlos Castro Asesores EU, el 01 de febrero de 1999 y de acuerdo con su cláusula décima (10ª).

"con duración de un año, prorrogado en forma sucesiva por el mismo período a menos que una de las partes comunique a la otra, por escrito, su decisión de darlo por terminado con antelación no menor de 30 días calendario".

En su cláusula catorce (14) expresamente se pactó la *Cláusula Compromisoria* y en su cláusula tercera (3ª) las OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR así:

"L) Cumplir con las normas y procedimientos para el desarrollo de las labores de corredor que determine la ley y con las que en cumplimiento de ésta expida COOMEVA EPS S.A, divulgadas en el NAC"

El 28 del mes de febrero del año 2001 las partes suscribieron un Otrosí:

"pactando una prórroga adicional al contrato inicial, por tres (3) meses contados a partir del 01 de abril de 2001. En consecuencia, la vigencia del contrato prorrogado será hasta el día 30 del mes junio del año 2001, fecha de su terminación."

4.24 CONTRATO No 2000-106 CAF- 0001 CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- RÉGIMEN CONTRIBUTIVO ECOR PERSONA JURÍDICA.

Suscrito entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU, el primero (1) de febrero de 2004 donde fue pactado en su cláusula DÉCIMA (10ª):

"la duración es por 1 año (...) No obstante la determinación de la duración del presente contrato ésta queda supeditada a la vigencia de las normas legales que lo hacen válido".

En dicho contrato, la cláusula compromisoria fue convenida de manera implícita toda vez que en la cláusula tercera (3) se convino:

"OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR: 3-12 Cumplir con las normas y procedimientos para el desarrollo de las labores de corredor que determine la ley y con las que en cumplimiento de ésta expida COOMEVA EPS S.A, divulgadas mediante comunicaciones escritas que ésta le envíe y que la ECOR manifiesta aceptar, las cuales hacen parte del presente contrato por ser disposiciones de orden legal."

En la cláusula DECIMA SEXTA (16ª)

"ANEXOS.- Forman parte del presente contrato los siguientes documentos (...) 16.5 Manual de Asesores".

Se firmó acta de terminación por mutuo acuerdo a los diecisiete (17) días del mes de enero de 2006.

4.25. CONTRATO No. 76-109- CAF-0001 CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- RÉGIMEN CONTRIBUTIVO.

Suscrito entre COOMEVA EPS S.A. y la empresa Carlos Castro Asesores EU, CÓDIGO DE LA ECOR: 1060000000001.

Fue convenida como fecha de iniciación 1 febrero de 2005, con un término de duración hasta el 31 de Enero 2006 y fue pactado en su cláusula décima (10ª):

"la duración es por 1 año (...) No obstante la determinación de la duración del presente contrato ésta queda supeditada a la vigencia de las normas legales que lo hacen válido".

La cláusula compromisoria está implícita toda vez que en la cláusula tercera (3) del contrato fue pactado:

"OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR: 3-12 "Cumplir con las normas y procedimientos para el desarrollo de las labores de corredor que determine la ley y con las que en cumplimiento de ésta expida COOMEVA EPS S.A, divulgadas mediante comunicaciones escritas que ésta le envíe y que la ECOR manifiesta aceptar, las cuales hacen parte del presente contrato por ser disposiciones de orden legal."

En la cláusula DECIMA SEXTA (16ª) se estipuló

"ANEXOS.- Forman parte del presente contrato los siguientes documentos (...) 16.6 Manual de Asesores".

Lo estipulado en ese contrato fue modificado a través del **OTRO SI No. 1 AL CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- REGIMEN CONTRIBUTIVO No. 76-109- CAF- 0001** suscrito entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU, suscrito 1 febrero de 2005, donde se convino en su cláusula

"DÉCIMA: Por mutuo acuerdo de las partes , convienen prorrogar el plazo del contrato suscrito el día primero (1) de febrero de 2005, por tres (03) meses más a partir del día primero (1) de febrero de 2006, finalizando automáticamente el día 30 de abril de 2006 (...)"

La cláusula compromisoria implícita continuó vigente durante la prórroga, toda vez que en el texto de ese Otro Sí se lee:

"(...) Las demás cláusulas del contrato inicial, conservan su validez...se firma a los veinticinco días del mes de enero de 2006".

OTRO SI No. 1 AL CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACION – REGIMEN CONTRIBUTIVO- No. 76-109-CAF-0001, ENTRE COOMEVA EPS S.A. y CARLOS CASTRO ASESORES EU.

Se pactó:

"DURACIÓN DEL CONTRATO: (...) por tres meses más a partir del Primero (1) de febrero de 2006".

Las demás cláusulas del contrato inicial siguen vigentes y la cláusula compromisoria está implícita en el texto.

OTRO SI No. 1 AL CONTRATO No. 76-109-CAF-0001, ENTRE COOMEVA EPS S.A. y CARLOS CASTRO ASESORES EU.

Aparece consignado en documento de fecha primero (01) de diciembre del año dos mil seis (2006). En este otrosí fue modificada la DURACIÓN DEL CONTRATO así:

"El presente contrato tiene una duración desde la fecha de su firma y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2007(...)"

En su cláusula CUARTA fue estipulado:

"Las demás cláusulas y anexos del contrato se mantienen inmodificables; la cláusula compromisoria está implícita en el texto".

El día 24 de mayo de 2007, COOMEVA S.A. EPS, presentó un otro si No. 2 modificando en forma sustancial las condiciones del contrato firmado, causando el presunto desequilibrio que según la Convocante, motivó la decisión del señor Carlos Castro de terminar unilateralmente el contrato por justa causa.

4.26. CONTRATO No. 2000-106 –TSC-0001 DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

Celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU. según documento que aparece suscrito el 01 de febrero de 2004.

La cláusula compromisoria está implícita en la medida en que la cláusula tercera (3) señala:

OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR: 3-12 Cumplir con las normas y procedimientos para el desarrollo de las labores de corredor que determine la ley y con las que en cumplimiento de ésta expida COOMEVA EPS S.A, divulgadas mediante comunicaciones escritas que ésta le envíe y que la ECOR manifiesta aceptar, las cuales hacen parte del presente contrato por ser disposiciones de orden legal." y en la cláusula 16- "ANEXOS.- Forman parte del presente contrato los siguientes documentos (...) 18.4 Manual de Asesores".

En la cláusula décima primera (11) fue pactada la DURACIÓN DEL CONTRATO: *"el presente contrato tiene una duración de un (1) año, contados a partir de la fecha de su firma (...)"*

4.27. CONTRATO No. 76-109 –TSC-0001 DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

Suscrito entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU, el 01 de febrero de 2005.

De acuerdo con su cláusula DÉCIMA SEPTIMA, la cláusula compromisoria está implícita en la medida que en la cláusula tercera (3) OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR: 3-12 se estipuló

"Cumplir con las normas y procedimientos para el desarrollo de las labores de corredor que determine la ley y con las que en cumplimiento de ésta expida COOMEVA EPS S.A, divulgadas mediante comunicaciones escritas que ésta le envíe y que la ECOR

manifiesta aceptar, las cuales hacen parte del presente contrato por ser disposiciones de orden legal."

En la cláusula 16, titulada "ANEXOS.- Forman parte del presente contrato los siguientes documentos (...) 18.4 Manual de Asesores".

En la CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA (11) titulada DURACIÓN DEL CONTRATO se estipuló que dicho contrato tenía una duración de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de su firma.

Las partes suscribieron un acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato a los 17 días del mes de Enero de 2005.

Dicho contrato fue modificado mediante el **OTRO SI AL CONTRATO No. 76-109 - TSC-0001 CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO** suscrito entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU, el primero (1) de febrero de 2005, en cuya CLÁUSULA DÉCIMA (10) fue estipulado que la duración de este contrato es de doce meses (12) meses. Queda implícita la cláusula compromisoria cuando se convino que:

"Las demás cláusulas y condiciones del contrato quedan con total validez del contrato inicial conservan su validez, con la modificación correspondiente a la cláusula relacionada con la duración inicial del contrato".

Dicho contrato fue modificado el día (31) del mes de julio del año dos mil tres (2005) mediante el **OTRO SI #2 CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO No. 76-109 -TSC-0001:**

"Este contrato tiene una duración de doce meses (12) meses"

Sigue implícita la cláusula compromisoria cuando las partes convienen que:

"Las demás cláusulas y condiciones del contrato quedan con total validez del contrato inicial conservan su validez, con la modificación correspondiente a la cláusula relacionada con la duración inicial del contrato"

4.28. CONTRATO No. 76-109 –TSC-0001 DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

Celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU, suscrito el 01 de mayo de 2006. En dicho contrato fue pactado en su cláusula "DÉCIMA SEPTIMA. La cláusula compromisoria está implícita en la medida en que la cláusula 3. OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR: 3-12 se estipula "Cumplir con las normas y procedimientos para el desarrollo de las labores de corredor que determine la ley y con las que en cumplimiento de ésta expida COOMEVA EPS S.A, divulgadas mediante comunicaciones escritas que ésta le envíe y que la ECOR manifiesta aceptar, las cuales hacen parte del presente contrato por ser disposiciones de orden legal."

En la cláusula decimosexta (16) fue pactado:

16- "ANEXOS.- Forman parte del presente contrato los siguientes documentos (...) 16.5 Manual de Asesores".

4.2 PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La parte convocante presenta las siguientes pretensiones:

PRIMERA. Declárese que los contratos celebrados: a) CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PERSONA NATURAL -COOMEVA EPS S.A. y Carlos Castro Ayobi, suscrito el 04 de diciembre de 1997; b) CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PERSONA JURIDICA COOMEVA EPS S.A. Representada y Carlos Castro Ayobi, suscrito el 01 de enero de 1998; c) CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN entre COOMEVA EPS S.A. y empresa ECOR Carlos Castro *Asesores* EU, suscrito en 01 de septiembre de 1998; d) CONTRATO no. 76-109 CAF- 0001 CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- RÉGIMEN CONTRIBUTIVO entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro *Asesores* EU, suscrito 1 febrero de 2004; e) CONTRATO no. 76-109 CAF- 0001 CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- RÉGIMEN CONTRIBUTIVO entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro *Asesores* EU, suscrito 1 de febrero de 2005; f) CONTRATO no. 76-109 CAF- 0001 CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- RÉGIMEN CONTRIBUTIVO entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro *Asesores* EU, suscrito 1 mayo de 2006; g) CONTRATO No. 2000-106 -TSC-0001 DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro *Asesores* EU suscrito el 01 de febrero de 2004.

h) CONTRATO No. 76-834 -TSC-0001 DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro *Asesores* EU suscrito el 01 de febrero de 2005 y con fecha de terminación julio 31 de 2005; son una sola relación contractual que se inició el 04 de diciembre de 1997 hasta el 31 de mayo de 2007.

SEGUNDA.- Declárese que la relación contractual entre COOMEVA EPS S.A como contratante con la persona natural Carlos Alberto Castro Ayobi y posteriormente Carlos Castro *Asesores* E. U. como contratista, es agencia comercial y que el contratista se desempeñó como agente.

TERCERA.- Como consecuencia de la anterior declaración: Reconózcase y concédase el derecho a la denominada cesantía comercial contemplada en el inciso primero del Art.1324 del C.de Co.

CUARTA.- Como consecuencia de la SEGUNDA DECLARACIÓN: Reconózcase y concédase derecho a la indemnización equitativa contemplada en el inciso segundo del Art.1324 del C. Co. por haberse visto obligado a no continuar con la relación contractual como consecuencia del cambio de condiciones por parte de COOMEVA EPS S.A. que le hacían imposible seguir y como retribución a sus esfuerzos para acreditar los servicios ofrecidos por COOMEVA EPS S.A.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

a) Reconózcase y concédase derecho a la indemnización por good will obtenido en el territorio asignado. B) Reconózcase y concédase derecho a la indemnización por abuso del derecho que por parte de COOMEVA EPS S.A en ejercicio de su posición dominante dentro de la relación contractual, contempla en el artículo 830 del C. de Co.

PRETENSIONES DE CONDENA

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita las siguientes o parecidas condenas a favor de la parte convocante:

PRIMERA.- Condénese a COOMEVA EPS S.A. a pagar por concepto de cesantía comercial señalada en el artículo 1324-1, la suma de \$90.000.000, o la suma que se demuestre, más la corrección monetaria.

SEGUNDA.- Condénese a COOMEVA EPS S.A. a pagar por concepto de la indemnización equitativa del artículo 1324-2 la suma de veinte millones de pesos o lo que se regule dentro del proceso; o, subsidiariamente a) por el good will obtenido \$20.000.000 o la cifra que se demuestre dentro del proceso;

TERCERA.- Condénese a COOMEVA EPS S.A. a pagar por concepto de comisiones dejadas de pagar, la suma de \$170.000.000 o lo que se demuestre dentro del proceso.

CUARTA.- Condénese a pagar por concepto de intereses de mora sobre las comisiones no pagadas a la tasa máxima legal permitida, la suma de \$20.000.000 o la suma que se demuestre.

QUINTA.- Condénese a COOMEVA EPS S.A. a pagar las costas del proceso arbitral incluidas las agencias en derecho.

5. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Frente a las pretensiones, la parte convocada, a través de su apoderado, se opuso a todas y cada una de ellas.

Asimismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes, pero se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, especialmente con las manifestaciones que se resumen de la siguiente forma:

5.1. Pronunciamiento general sobre la demanda

El apoderado de la convocada desde el inicio de su contestación niega la existencia de un contrato de agencia comercial con el señor CARLOS CASTRO AYOBÍ, tanto en su calidad de persona natural como de persona jurídica CARLOS CASTRO ASESORES E.U.

Aclara al Tribunal que la relación comercial existente entre su representada y el demandante se reguló por las normas del contrato de corretaje y aquellas aplicables a la prestación de servicios.

5.2. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA "COOMEVA E.P.S. S.A.":

5.2.1. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL O COMERCIAL.

Pasando a definir lo que es el contrato de Agencia Comercial y aclarando que al demandante nunca se le concedió el poder de representación y que los contratos de afiliación solo se pueden realizar por la Entidad Promotora de Salud, siendo éste el sujeto calificado y autorizado por la Ley en forma excepcional para suscribir esos contratos, pues no existe autorización legal que permita delegar la representación para la afiliación.

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

Sostiene que la parte demandante pretende desconocer el contrato suscrito el cual rigió la relación contractual, la cual fuera renovada en varias oportunidades. Cita los artículos 1602 del Código Civil y el artículo 822 del Código de Comercio.

5.2.3. FALTA DE CAUSA

Manifiesta que la acción carece de causa teniendo en cuenta que la relación sostenida entre las partes no acarrea jurídicamente las prestaciones invocadas en la demanda, siendo estas infundadas y conducen al demandante a enriquecerse sin justa causa a costa de su representada.

5.2.4. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION PRETENDIDA

Por cuanto según su dicho no existió contrato de Agencia Mercantil, no habiendo lugar al pago de las prestaciones establecidas en el artículo 1324 del Código de Comercio, siendo esta norma de aplicación restrictiva.

5.2.5. TERMINACION LÍCITA DEL CONTRATO

Sostiene que el contrato se terminó en debida forma y ajustado a lo pactado en todos los contratos suscritos por las partes.

5.2.6. COBRO DE LO NO DEBIDO

Afirma que las prestaciones indemnizatorias solicitadas constituyen un cobro de lo no debido.

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

Manifiesta que su representada nunca incurrió en culpa y siempre actuó de buena fe y por lo tanto esto no puede originar ninguna responsabilidad.

5.2.8. INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO

Sostiene que su representada siempre fue respetuosa de los derechos del demandante y cumplió cabalmente con sus obligaciones.

5.2.9. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION

Sostiene que las acciones dirigidas en procura de obtener declaración de Agencia Comercial, prescriben en cinco años contados a partir de la finalización de la relación contractual, siendo así que la relación contractual existente con Carlos Castro Ayobi estuvo vigente hasta el nacimiento de la persona jurídica Carlos Castro Asesores E.U, es decir, hasta el 22 de enero de 2004, que es la fecha partir de la cual se inicia la relación contractual con la persona jurídica, dejando a un lado la relación contractual que se tenía con la persona natural.

Anota, que respecto de la persona jurídica Carlos Castro Asesores E.U. no existe pacto arbitral por lo que el Tribunal Arbitral no podrá pronunciarse, debiendo declarar prescrita la acción pretendida por Carlos Castro Ayobi, como persona natural, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1329 del Código de Comercio.

5.2.10. CONTRATO DE AGENCIA ENTRE UNA EPS Y UN PROMOTOR DEL POS, ADOLECE DE OBJETO ILICITO, POR LO TANTO NO RESULTA PROCEDENTE SU DECLARACION

Manifiesta que la actividad de promotor no se puede delegar en una persona distinta a ellas mismas, por tener carácter de función pública, citando para tal efecto el Decreto Reglamentario 1485 de 1994.

Con base en lo anterior sostiene que el negocio jurídico de agencia comercial sería absolutamente nulo.

5.2.11. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Afirma que tan solo en dos contratos que suscribieron las partes se consagró la Cláusula Compromisoria, pero en el contrato denominado "Contrato Comercial de Prestación de Servicios Ecor por Compensación" de fecha 1 de Febrero del 1999, no podría derivarse competencia para el Tribunal, por cuanto la persona jurídica Carlos Castro Asesores E.U., tan solo nació a la vida jurídica el 22 de enero de 2005, luego y en virtud del principio de autonomía del pacto arbitral, no puede derivarse efecto alguno que vincule a quien para la fecha ni siquiera era sujeto de derechos y obligaciones.

5.2.12. OTRAS EXCEPCIONES

Solicita que, de encontrarse probada cualquier otra excepción, se proceda a declararla de acuerdo con el artículo 306 del C.P.C.

6. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS:

El Tribunal de Arbitramento practicó todas las pruebas solicitadas tanto por la convocante como por la convocada, de la siguiente forma:

6.1. Por la parte convocante:

Documentales:

Fueron aportados con la demanda los documentos descritos en el acápite de pruebas documentales (folio 022 Cdno 1 del expediente).

Testimonial:

Se ordenó la recepción de la testigo: 1.- Brenda Cecilia Ocampo Duque, testimonio que se recibió el día 10 de abril de 2012.

Interrogatorio de parte:

Se ordenó comparecer a la representante legal de Coomeva E.P.S. S.A., señora Janeth Mireya Cruz Gutiérrez, diligencia que se llevó a cabo el día 10 de abril de 2012

Inspección Judicial con exhibición de documentos:

Esta prueba se negó por considerarla el Tribunal superflua, toda vez que el dictamen pericial y la exhibición de documentos solicitados, cumplían con el propósito que buscaba la parte petente con esa prueba.

Exhibición de documentos

El Tribunal ordenó la exhibición de documentos relacionados en el literal A del numeral 1 del acápite "pruebas solicitadas" visible a folio 23 del cuaderno número uno (1) del expediente y lo solicitado en la reforma de la demanda presentada visible a folio 002 del cuaderno número seis (6), diligencia que se llevó a cabo el día 24 de abril de 2012, contenida en el acta número 11, la cual fue terminada el día 4 de julio de 2012.

Dictamen pericial

El dictamen fue rendido dentro del término legal y fue objeto de aclaración por solicitud de la parte convocada, de conformidad con lo obrante en el Cuaderno No. 9, folios 287 a 288.

Se ordenaron los oficios a:

La Notaría 13 del Círculo de Cali, solicitando que se expidiera copia auténtica de los contratos celebrados entre Coomeva EPS y la Ecor el Prado E.U, prueba que fue allegada al expediente el día 14 de mayo de 2012, visible a folios 033 a 070 del cuaderno No. 8 del expediente.

Coomeva EPS S.A, solicitando informe al Tribunal si reposaban en alguna de sus dependencias los contratos de corretaje comercial persona natural de fecha 4 de diciembre de 1997 donde las partes enunciadas son Carlos Alberto Castro Ayobi y Coomeva EPS S.A. La respuesta al mencionado oficio no fue allegada al proceso.

Coomeva E.P.S. S.A., para que informara al Tribunal si con fecha 22 de noviembre laboraba en esa empresa el señor Félix Riascos Brome, su cargo y funciones y si tenía acceso a la entrega de los documentos denominados Contrato de Corretaje Comercial para Persona Jurídica de fecha 1 de enero de 1998, donde las partes enunciadas son Carlos Alberto Castro Ayobi y Coomeva EPS S.A, documento aportado con la presentación de la demanda a folio 136 del cuaderno principal. La respuesta al mencionado oficio no fue allegada al proceso.

6.2 Por la parte convocada:

Documentales:

Los documentos aportados con la contestación de la demanda, descritos en el acápite de pruebas documentales, capítulo VII punto A); y el aportado con la contestación de la reforma de la demanda, folios 005 al 013 del cuaderno No. 6 del expediente.

Interrogatorio de parte:

Se ordenó comparecer al señor Carlos Alberto Castro Ayobi, diligencia que se llevó a cabo el día 10 de abril de 2012.

Testimonios de:

Nancy Patricia Ramos Hernández, testimonio que fue desistido por el apoderado de la parte convocada de acuerdo con el auto No. No. 23 del día 4 de julio de 2012.

William Javier Vega Vargas, testimonio que se recibió con fecha 24 de abril de 2012.

Yolanda Suarez Niño, testimonio que se recibió con fecha 10 de abril de 2012.

Se ordenaron los oficios a:

La Cámara de Comercio de Buenaventura (Valle), para que certificara si aparecen registrados contratos de Agencia Mercantil entre Carlos Alberto Castro Ayobi, Carlos Castro Asesores E.U, y Coomeva Entidad Promotora de Salud Coomeva EPS S.A. y la fecha de dichos contratos. La respuesta al oficio fue allegada al proceso y está visible a folios 102 103 del cuaderno No.8.1 del expediente.

El Ministerio de Protección Social, para que remitiera copia del concepto de fecha 9 de octubre de 2009, en respuesta a la radicación No. 267759 denominado "*Consulta*

mecanismos de remuneración de promotores". Respuesta al oficio que fue allegada al proceso y se encuentra visible a folio 005 al 010 del cuaderno No. 8.1 del expediente.

PRUEBAS DE OFICIO:

El Tribunal mediante auto No. 17 de fecha 10 de abril de 2012, ordeno citar de oficio como testigo a la señora Luz Karime González Betancourt, testimonio que se recibió el día 4 de julio de 2012.

7. AUDIENCIA DE ALEGACIONES FINALES:

En audiencia que tuvo lugar el día 25 de febrero de 2013, los apoderados de las partes presentaron verbalmente sus alegaciones finales, y entregaron un resumen escrito de las mismas para ser agregado al expediente.

7.1. De la parte Convocante:

Se alega por la abogada del convocante, la existencia de una relación contractual de la cual hizo parte tanto CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBÍ, como la persona jurídica denominada ECOR CARLOS CASTRO ASESORES E.U.

Hace referencia a que nació el vínculo contractual el cuatro (4) de Diciembre de 1997, con la suscripción de un contrato de CORRETAJE COMERCIAL PARA PERSONA NATURAL, con la Convocante que actuaba como persona natural.

COOMEVA EPS S.A y CARLOS CASTRO ASESORES E.U, desde la fecha de 1997 anteriormente citada hasta el año del 2007 sostuvieron una relación contractual constante, por medio de varios contratos los cuales se auto-prorrogan por medio de "otros sí".

Después de la exhibición de cada cláusula objeto de cada contrato, se alega que CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBÍ Y CARLOS CASTRO ASESORES E.U desempeñó desde el inicio hasta la finalización de la relación contractual el encargo de promover y explotar negocios para los productos en salud de la convocada, bajo las modalidades de afiliación, mantenimiento y cartera, con lo cual se demuestra que su representado actuó un agente mercantil (sin representación) de la parte convocada en el territorio del Departamento del Valle del Cauca (Buenaventura) y Cauca (Bahía Málaga y Guapi) Colombia.

Para la competencia del presente tribunal anexa las cláusulas compromisorias de varios contratos, los cuales le dan la facultad para poder dirimir esta controversia a través de la decisión de un tribunal de arbitramento.

CARLOS ALBERTO AYOBÍ Y CARLOS CASTRO ASESORES E.U, conformó y mantuvo un equipo de asesores encargados de promocionar los productos, para crear y mantener una clientela interesada en adquirir los diferentes productos de COOMEVA y situarlos en el mercado.

A la misma vez, que se puede ver como durante mas de diez (10) años el señor CARLOS CASTRO AYOBÍ, obrando como persona natural y después titular de la empresa unipersonal, fue agente mercantil de la convocada en el territorio del Valle del Cauca (Buenaventura) y Cauca (Guapi, BAHIA MALAGA), conquistó para sus productos un importante y considerable mercado que reportó cuantiosos resultados de

beneficio económico para la empresa COOMEVA EPS S.A (sustentado lo anterior en el testimonio del doctor William Javier Vega Vargas. Página 13)

Se recuerda que la agencia comercial no exige representación, ya que no es de su esencia como si lo es la intermediación por encargo del agenciado; en el caso de autos, intermediación autorizada por el artículo 287 de la ley 100 de 1993 la cual expresa; *"Actividades propias de los intermediarios en las Entidades de Seguridad Social: "Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de cesantía y /o Pensiones, podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de su relación con los afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar las actividades propias de los servicios que ofrezcan."*

En el contrato de agencia mercantil, el agente actúa por cuenta del empresario, no necesariamente en representación de éste, lo cual, naturalmente, no impide que frente al tercero, el agente actué en su nombre y por su cuenta; al final, lo que importa es que los riesgos, respecto al producto o servicio ofrecido, los asuma el empresario.

El agente comercial se caracteriza por tres elementos que aunque alguno de ellos pueda hallarse en el mandato, son tan diferentes en sus varios aspectos, que es un error confundir agencia comercial y mandato. Las características son; a) el agente es un intermediario, en esto se parece al mandatario, es una forma de intermediación comercial, b) es una forma de intermediación autónoma, esto es, el agente no es dependiente del principal o empresario, sino que es un profesional comerciante independiente. La autonomía o independencia, que también encontramos en el mandato, es otra característica de la agencia comercial, pero ya veremos que hay diferencia entre la autonomía de un mandatario y la autonomía de un agente, c) la estabilidad, en la agencia comercial, es de una naturaleza muy diferente a la estabilidad del mandato. Constituye un error que, por la circunstancia de que estos tres factores (intermediación, independencia y estabilidad) puedan hallarse, en cierto modo, en el mandato, se confunda la agencia comercial con el mandato. En ambos casos hay un encargo. Pero no son iguales ya que el agente comercial obra por cuenta del principal o empresario, pero a riesgo del agente; el mandatario obra por cuenta y riesgo del empresario.

Las comisiones dejadas de pagar por el contrato de tercerización de cartera, en el año de 2005 fueron por valor de 14.725.552, página 60 del dictamen pericial. Y en el año 2006 fueron por valor de 31.680.802.

Se hace necesario que se tenga muy presente que el convocado se negó sistemáticamente a los requerimientos de información sobre los años de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, informada la anomalía en varias oportunidades por los peritos a este tribunal y en su informe pericial la señora perito MIRYAM CAICEDO ROSAS, página 40, la negativa sistemática de COOMEVA EPS S.A, distorsiona factores económicos y financieros; el suministro de información de calidad es deber y una obligación de una empresa obligada a esto según la normatividad vigente.

Para concluir, se le recuerda a los árbitros, que CARLOS ALBERTO CASTRO, estuvo en un estado de indefensión, pero afortunadamente la justicia permite que en caso del no pago total de las obligaciones por la parte demandada, el señor CARLOS ALBERTO CASTRO, podrá llamar nuevamente hasta que se le pague todo lo adeudado.

7.2. De la parte Convocada:

El abogado de la parte Convocada, presenta como premisa mayor que dentro del proceso arbitral, se deben probar los hechos que versan sobre los fundamentos de la parte Convocante, lo que lleva por ende, a que COOMEVA EPS S.A. deba ser absuelta pues no hay material probatorio que permita despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

Hace unas precisiones al contrato de agencia mercantil, exponiendo que ese negocio jurídico presupone la actuación por cuenta de un tercero donde:

"(...) el empresario nacional obra por cuenta del agenciado, a través de la promoción o explotación de sus negocios, con carácter independiente y con o sin representación del mandante (...)"

Termina concluyendo, que la agencia mercantil es una especie de mandato que se configura con la unión de los elementos diseñadores señalados en el artículo 1324- siendo la actuación por cuenta de otro la característica dominante, pero no la única, lo que en el sentir de la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia y diversos laudos arbitrales, sirve para establecer si el contrato puede ser o no tipificado como uno de agencia mercantil.

Posteriormente, la parte Convocada por medio de su apoderado alega que la real intención de COOMEVA EPS S.A, fue dotar a CARLOS CASTRO AYOBÍ Y CARLOS CASTRO ASESORES E.U de una total independencia en la ejecución de la labor contratada, situación que se verifica a partir de la simple lectura de los diferentes apartes de los contratos que obran como prueba dentro del expediente. Por ejemplo, el Contrato de Corretaje Comercial Persona Jurídica del 17 de febrero de 1998, en su cláusula segunda (2) estipula que:

"CARACTERÍSTICAS DEL CORREDOR: LA ECOR ejecutara el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnica administrativa y sin tener vinculaciones con las partes motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación."

Con el testimonio de la señora Luz Karime González se puede demostrar la independiencia de los dos sujetos procesales pues esta declaró que:

"Son una empresa independiente y hacen su proceso de contratación. Nosotros tenemos un contrato con CARLOS CASTRO AYOBÍ, y esa pues era sobre lo que nosotros trabajamos tanto en las características de la relación contractual como las comisiones; de ahí en adelante no."

Según la Convocada, faltó uno de los elementos esenciales que alega la parte Convocante para que se configure el contrato de Agencia Comercial, cual es la estabilidad, característica de ese contrato, pues cada uno de los contratos en los que la parte Convocante fundamenta la presente acción arbitral, tuvo una

duración determinada, aun cuando la vigencia de dichos contratos haya sido prorrogada a través de la herramienta del "Otro Sí", tal y como sucedió en los contratos de Corretaje del 4 de Diciembre de 1997 y 1998, al igual, que con el contrato comercial denominado como "*prestación de servicios ECOR por compensación*" del 1 de Febrero de 1999.

No se puede negar que la relación comercial que sostuvieron los sujetos procesales se caracterizó por haber estado contenida en diversos negocios jurídicos, sin embargo, se debe tener en cuenta que fueron actos jurídicos con objetos distintos, con excepción de los contratos de corretaje comercial persona natural/jurídica y el contrato de comercialización de la afiliación-régimen contributivo, cuyos objeto y principales prestaciones tuvieron relación entre sí.

Al no ejecutarse una operación material similar, se puede afirmar sin duda alguna que no se está en presencia de un mismo contrato. Además, debe tenerse en cuenta, que fueron celebrados varios negocios jurídicos que involucran diferentes partes, como por ejemplo, el contrato de Corretaje Comercial Persona Natural entre COOMEVA EPS S.A y CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBÍ como persona natural celebrado el 4 de Diciembre de 1997, pero el 17 de Febrero de 1998, se celebró un Contrato denominado por las partes como de Corretaje Comercial Persona Jurídica entre COOMEVA EPS S.A y la sociedad CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBÍ, ECOR, Empresa de Corretaje (sin contar con certificado de existencia y representación de la sociedad.)

Se hace precisión en el hecho que se desconoce que la promoción de la afiliación al sistema de Seguridad Social en Salud se realizó en representación o por cuenta de COOMEVA EPS S.A. Además se expresa que, la labor realizada por CARLOS CASTRO AYOBÍ y CARLOS CASTRO ASESORES E.U, solo fue una labor de intermediación entre COOMEVA EPS S.A y terceras personas con el objetivo de promocionar el contrato de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, pero esa "promoción" no fue realizada por cuenta o en representación de COOMEVA EPS S.A, pues como el servicio de salud se trata de un servicio que tiene una reglamentación especial, por ser un servicio público esencial (Art. 365 C.N), solo puede ser promocionado por las Entidades Promotoras de Salud, de conformidad con el Decreto 1485 de 1994. Por consiguiente, es preciso tener claro, que si bien las entidades promotoras de salud pueden contratar con terceros la promoción de la afiliación al Plan Obligatorio de Salud, ello no implica que tales terceros realicen por cuenta de las Entidades Promotoras de Salud labores de afiliación.

Los artículos, 18, 21 y 23 del Decreto 1485 de 1994, muestran como para la promoción que se realice por conducto de vendedores personas naturales, las Entidades Promotoras de salud verificarán la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la labor que desarrollarán.

Lo anterior permite anotar, cómo la ley exige a las Entidades Promotoras de Salud que cumplan unos requisitos especiales, pero esto sin que implique la transformación de la labor de intermediación en otras figuras mercantiles.

CARLOS CASTRO AYOBÍ, CARLOS CASTRO ASESORES E.U. y COOMEVA, tuvieron una relación contractual, donde los primeros actuaron como intermediarios, no como "representantes" del segundo. Esto porque en primer lugar, la ley prohíbe que las Entidades Promotoras de Salud hagan uso de figuras como la agencia mercantil para desarrollar sus labores de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En segundo lugar, si bien COOMEVA EPS S.A permitió el uso de su marca y de su nombre, dictó capacitaciones a los asesores, exigió para la contratación de asesores exámenes de conocimiento y permitió que se identificaran como asesores por parte de COOMEVA EPS S.A, ello obedeció a la especialidad del producto, el cual era el Plan Obligatorio de Salud y las características exigidas por el Decreto 1485 de 1994 fueron otras exigencias que la corporación obligó a la parte Convocante que cumpliera para poder contratarla.

De esta forma, resalta la falta de los elementos necesarios para que nazca a la vida jurídica el contrato de agencia comercial, sin que esto signifique que no haya existido una relación contractual, lo que ocurre es no surgió el contrato de Agencia Comercial predicado en los hechos de la demanda, sino un contrato de Corretaje Comercial para la promoción de la afiliación al sistema general de Seguridad Social en Salud, el cual, por tratarse de un contrato celebrado entre las partes sin ningún vicio, es ley para ellas (Art. 1602 C.C y Art. 822 C.CO) y por ende estas deben aceptar sus términos y condiciones sin que les sea dable desconocer o desnaturalizar el contrato celebrado entre ellas, al pretender darle una naturaleza jurídica completamente ajena.

En lo que se refiere a la competencia de este honorable tribunal, reiteró que carece de ella, ya que el pacto arbitral invocado como fundamento para tramitar las pretensiones del convocado no le permite al fallador derivar competencia para resolver el presente asunto, toda vez que no existe cláusula compromisoria expresa de la que derive dicha competencia de la manera como lo exige el principio de habilitación o voluntariedad. Si se llegare a alegar que existe una cláusula compromisoria como la contenida por el contrato de Tercerización de servicios de cartera- régimen contributivo, ECOR persona jurídica del 2 de Septiembre de 2002 celebrado entre COOMEVA EPS S.A y CARLOS CASTRO ASESORES, se incurriría en un error, ya que dicha cláusula que es la décimo cuarta (14) en ese cuerpo contractual, expresa que el tribunal será conformado por un (1) arbitro.

Entonces, con el respeto debido, si el tribunal asume la competencia para dirimir la presente controversia, no solo estaría vulnerando las garantías del debido proceso, sino que tal actuación daría lugar a la causal segunda (2ª) de anulación del laudo arbitral por indebida integración.

Acerca de la prescripción, según el artículo 1329 del Código de Comercio las acciones que tengan su causa en los contratos de Agencia Mercantil tienen como término de prescripción o caducidad de cinco (5) años. La presente acción fue presentada en julio de 2011, por ende esta acción esta prescrita o ha caducado, debiéndose pronunciar el Tribunal en ese sentido.

Ninguno de los contratos suscritos entre las partes se constituyó bajo la figura de la agencia mercantil, por carecer de los elementos de permanencia en la relación y explotación o promoción de negocios por cuenta del empresario, por ende, no cabe la posibilidad de reconocimiento de la denominada cesantía comercial, ni de la indemnización equitativa contemplada en el inciso segundo del Art. 1324 del C.Co.

Con sus pretensiones indemnizatorias, la Convocante busca cobrar lo no debido. Conducta que va contra la buena fe contractual de COOMEVA, exaltando además que dicha entidad no incurrió nunca en culpa por acción u omisión o sea que no se puede derivar responsabilidad alguna en su contra que desemboque en alguna clase de indemnización. Finalmente, la convocada insiste en la inexistencia de un contrato de agencia comercial, lo que se traduce en pretensiones infundadas, con las cuales se pretende que el convocante se enriquezca sin justa causa a costa del convocado.

8. Término para decidir.

Las partes señalaron como término para la duración del proceso arbitral, seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se deben adicionar los días que por causas legales se interrumpió o suspendió el proceso. Es decir que en el presente proceso arbitral, el término cuenta a partir del día 20 de marzo de 2012.

A esa fecha se le suman las suspensiones (ambas fechas inclusive) que son siete (7) así:

1.- Acta 11 de fecha 24 de abril/12

Se suspendió desde el día 25 de abril/12 al día 13 de junio/12: suman: 50 días

2.- Acta 13 de fecha 4 de julio/12

Se suspendió del 5 de julio/12 al día 8 de agosto/12: suman: 35 días

3.- Acta 15 de fecha 10 de septiembre/12

Se suspendió del 12 de sep./12 al día 12 de octubre/12: suman: 31 días

4.- Acta 19 de fecha 14 de diciembre/12

Se suspendió del 15 de diciembre/12 al día 13 de enero/13: suman 30 días

5.- Acta 21 de fecha 21 de enero/13

Se suspendió del 22 de enero/13 al día 20 de febrero/13: suman 30 días

6.- Acta 22 de fecha 20 de febrero/13

Se suspendió del 22 de febrero/13 al día 24 de febrero/13: suman 3 días

7.- Acta 23 de fecha 25 de febrero/13

Se suspendió del 26 de febrero/13 al día 05 de mayo/13: suman 69 días

TOTAL DE DÍAS..... 248 DÍAS

En conclusión los seis meses iniciales vencieron el día 20 de septiembre de 2012 mas los 248 días de suspensiones, siendo el vencimiento final del día 26 de mayo de 2013

Al día 20 de septiembre de 2012 se le suman los 248 días correspondientes a las suspensiones solicitadas por las partes lo que llevó al tribunal a concluir que estaba aún dentro del término para laudar y fijó fecha para proferir el laudo el seis (6) de Mayo de 2013.

9. Audiencia para proferir laudo.

El Tribunal, mediante auto de fecha 25 de febrero de 2013, señaló el día Seis (6) de Mayo de 2013 a las 3:00 p.m., para llevar a cabo la audiencia de fallo.

Expuesto lo anterior, pasa el Tribunal de Arbitramento a resolver el fondo del litigio que le fue planteado, haciendo previamente las siguientes

II. CONSIDERACIONES:

I). LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS:

Se aborda el análisis de los distintos elementos de juicio que inciden en el laudo, partiendo del ámbito de jurisdicción y competencia de este Tribunal respecto de la controversia sometida a su conocimiento, que es precisamente aquel que las partes en ejercicio de su autonomía le han delegado por medio de la cláusula compromisoria aplicable, en la cual fijan la naturaleza y límites que este Tribunal debe observar, no en lo que a procedimiento se refiere, porque este está llamado a suceder de conformidad con las normas que lo regulan por no haber sido pactado uno especial, sino con relación al asunto sometido a su conocimiento y a la decisión que debe proferir.

1). El pacto arbitral y sus elementos esenciales:

Dada la naturaleza del asunto, el presente proceso arbitral tiene carácter voluntario y contractual (art. 117, Decreto 1818 de 1998). Lo primero, porque deviene de la autonomía de la voluntad de las partes ahora en conflicto, quedando derogada la jurisdicción ordinaria en sentido particular. Lo segundo, porque el arbitraje está planteado para dirimir una controversia que nace de uno o varios contratos celebrados entre Convocante y Convocada. Dicho pacto, por la oportunidad en que las partes lo celebraron adopta la modalidad de *cláusula compromisoria* (art. 117 ibídem), cuyo efecto consiste en determinar un modo específico de solución de controversias respecto de una situación eventual, que trae aparejadas dos consecuencias de orden primordial: excluir del conocimiento de la justicia ordinaria el conflicto que vincula a las partes y establecer una relación jurídica obligacional y vinculante entre quienes lo acuerdan.

La cláusula compromisoria, como forma particular del pacto arbitral, para que adquiera validez jurídica debe reunir los elementos esenciales que son comunes a todo contrato, y los que su propia naturaleza impone. A tales requisitos o elementos de la esencia de la institución arbitral se contrae el Tribunal para evaluar y concluir acerca de su

competencia para decidir el fondo de la demanda y su contestación, con mérito de cosa juzgada formal y material. Son ellos:

1.a). La supremacía del Orden Público:

Ello es así porque, como es bien conocido en la doctrina arbitral, la cláusula compromisoria, nacida de la autonomía de la voluntad de las partes, tiene como límite el orden público, porque, en esencia, es lícito pactar el arbitraje como una alternativa de la jurisdicción soberana del Estado para administrar justicia, en un caso particular y concreto. El primer deber del Tribunal a este respecto, es indagar si la celebración del negocio jurídico arbitral viola el interés público. Tal interés, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra consagrado en normas de igual carácter que prescriben ciertos actos como contrarios al derecho público o al interés público (artículo 1519 C.C.), o cuando las referidas actuaciones resultan contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Hecho el análisis pertinente, el Tribunal estima que el acto jurídico que dio origen al convenio de la cláusula compromisoria (contrato denominado de corretaje), se encuentra prohijado y reglado por la legislación mercantil, y como tal, puede ser objeto de declaración de voluntad con alcance jurídico. No existe disposición legal alguna que prohíba a los particulares celebrar contrato de esta naturaleza, ni que establezca que celebrarlo conlleva violación al derecho público o al interés público, como tampoco existe norma legal que niegue a las personas jurídicas de derecho privado, la posibilidad de celebrar el pacto arbitral. Bajo esta perspectiva, tanto el contrato "fuente" como la cláusula compromisoria están en armonía con el interés público (Ver, artículos 968 a 980 del Código de Comercio).

1.b). La declaración de voluntad de las partes:

Limitándose el Tribunal al análisis de los Contratos de Corretaje que involucran al Convocante como persona natural, por razones que luego aparecen explicadas, encontramos que la declaración de voluntad de las partes en cuanto a la cláusula compromisoria, está revestida de licitud, a la luz de la doctrina civil (art 1495) y comercial (art 864), para lo cual, basta ver que la cláusula compromisoria, a más de estar acorde con el orden público, ha sido celebrada por una persona natural y una jurídica de derecho privado que, dentro de los límites precisos de la autonomía de la voluntad personal –para la persona natural– y de su objeto social –para la jurídica–, podían convenirla. De otro lado, ninguna de las partes de la cláusula compromisoria cuestionó en el proceso la capacidad para obrar y el consentimiento real y libre de vicios de la otra parte, pues los cuestionamientos de la Convocada se reducen a atacar los contratos presentados de objeto y causa ilícitos en el supuesto de que el análisis de los mismos pueda desembocar en la tipificación de un contrato de agencia.

1.c). La capacidad dispositiva:

Por disposición legal las partes vinculadas a la Cláusula Compromisoria deben tener capacidad dispositiva respecto a la materia que someten a la jurisdicción arbitral. En estricto rigor, en el presente caso la controversia se suscita alrededor de varios contratos denominados de corretaje, legalmente reglados, y concretamente a las circunstancias atinentes a su terminación, y a la discusión de los perjuicios reclamados. El carácter patrimonial de la controversia planteada sobre la vida jurídica de los mencionados contratos, pone de presente que el interés jurídico que se predica del pacto arbitral es enteramente *privado*, la discusión sólo afecta el patrimonio de la persona natural Convocante y la sociedad anónima convocada. Así las cosas, la cláusula aludida gira en la esfera de los derechos patrimoniales privados que, por no encontrarse "afectados" por la ley o la autoridad judicial, bien podía ser objeto específico de declaración de voluntad la de someter a la jurisdicción transitoria y

excepcional de los árbitros la controversia sobre dicho interés patrimonial (artículo 116 C.N.). En consecuencia, el contenido de la cláusula compromisoria en los contratos a que se limita la competencia por las razones posteriormente expuestas, se encuentra singularizado, y ello le proporciona eficacia a la decisión arbitral.

1.d). La transigibilidad del conflicto:

La ley dispone que la materia del conflicto debe ser transigible, porque de no tener ese carácter no habría posibilidad jurídica de pactar el arbitraje. Tal cosa implica que en el asunto *subjudice*, deben los árbitros detenerse en el examen de la naturaleza jurídica del asunto que da origen al presente arbitraje. Tres son las cuestiones atinentes al punto: La primera indagación que el Tribunal hace sobre este particular está referida a la capacidad de las partes para ejercer derechos por sí mismas, sin el ministerio ni la autorización de otra, que es lo que caracteriza la capacidad de ejercicio. En orden a resolver este primer interrogante, el Tribunal encuentra probado que las partes gozan de plena capacidad para obrar, porque actuaron en el ámbito de la autonomía de la voluntad personal – la persona natural- y del objeto social – la persona jurídica- al celebrar un contrato expresamente reglado por la legislación mercantil, y estuvieron representadas en tal acto jurídico por quienes tenían la capacidad para obrar, bien sea en sí mismos o en representación de la persona jurídica involucrada en el conflicto. El segundo presupuesto que detiene la atención de los Árbitros es la capacidad de los contratantes para disponer de su derecho, esto es, que ellos tengan legalmente la posibilidad de transferir sin impedimento normativo ni judicial sus derechos a terceros. Ninguna de las partes desconoció procesalmente la capacidad dispositiva del derecho de la otra parte. Finalmente, último punto para considerar es la *transigibilidad* del asunto y la inexistencia de norma que excluya expresamente la materia en discusión de la posibilidad de ser definida por la justicia arbitral. No cabe duda que el Tribunal está en presencia de pretensiones presuntamente insatisfechas, de tipo declarativo, lo que significa que la eficacia de lo decidido en el laudo no requiere trámites adicionales para que el derecho sustancial nazca a raíz de la declaración de condena si hay lugar a ella.

1.e). La patrimonialidad del conflicto:

El conflicto que por esta vía se decide es eminentemente patrimonial, en su origen y en sus efectos, luego tiene carácter transigible. Basta recabar que a partir de la solicitud de existencia de un contrato de agencia mercantil, se busca el reconocimiento y pago de tal modalidad de contrato [Ver en este sentido Roberto VALDES S, (*La transacción*, pág. 156, 2ª edición, Legis Editores, Bogotá, 1998) y la Corte Constitucional, *Sentencias C-226 de 17 de junio de 1993 y C-242 de 17 de 20 de mayo de 1997*].

1.f). La forma solemne:

El Tribunal considera que el pacto arbitral, bajo la modalidad de Cláusula Compromisoria, cumple con el requisito de la solemnidad previsto por los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, y conforme a la doctrina existente sobre el particular, de la que es ejemplo la respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado dada en concepto de 24 de junio de 1996, radicación 838. Es evidente, por consiguiente, que las partes contratantes han expresado su voluntad de acogerse a ella, y en tal virtud concurren al proceso arbitral.

Viene al caso en este punto, con respecto al requisito de la solemnidad escrita que debe caracterizar la cláusula compromisoria (Art. 118 del Decreto 1818 de 1998), la decisión adoptada por este Tribunal el 8 de marzo de 2012, en virtud de la cual, resolvió el recurso interpuesto en su momento por la Convocada contra el auto admisorio de la demanda, que entre sus fundamentos descalificaba por improcedente la aplicación de la cláusula compromisoria invocada por la Convocante para establecer la competencia de este Tribunal, por falta de solemnidad, aduciendo para tal efecto, que varios de los contratos en los que la cláusula compromisoria aparece consignada, no habían sido rubricados por la Convocada. Dicha providencia dice en su parte pertinente:

“Refiriéndose el Tribunal a la forma escrita en materia de cláusula compromisoria, observa que indudablemente ella ha sido establecida según lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, que ordena que debe estar contenida en un contrato o en un documento anexo a él, condicionando la existencia y validez del consentimiento de las partes, a dicha forma – la escrita –.

Asunto muy distinto es que el documento que incorpora la cláusula compromisoria no haya sido rubricado por la Convocada, como ocurre con dos de los documentos que incorporan algunas de las cláusulas compromisorias invocadas para fijar competencia, específicamente los que instrumentan los contratos denominados “Contrato de Corretaje Comercial Persona Natural” de fecha 4 de diciembre de 1997 y “Contrato de Corretaje Comercial para Persona Jurídica” de fecha 1 de enero de 1998. Al respecto, debemos tener en cuenta que la ley no exige dicha formalidad para la validez del acto, dejando al arbitrio de los sujetos procesales el uso de cualquiera de los medios consagrados por la legislación procesal civil colombiana para demostrar su voluntad de acogerse a las cláusulas compromisorias que allí aparecen.

En línea con la pretensión de unidad contractual, la Convocante en el acápite competencia del escrito de demanda, cita las Cláusulas Compromisorias invocadas para convocar este tribunal, las cuales están contenidas en los documentos que seguidamente se relacionan con la denominación asignada para su correspondiente redacción:

- (1) *“Contrato de Corretaje Comercial Persona Natural” de fecha 4 de diciembre de 1997. Este documento es visible a folios 137 a 140 del expediente, no está firmado por la Convocada y está aparejado del “Anexo No. 1 que también carece de dicha firma.*
- (2) *“Contrato de Corretaje Comercial para Persona Jurídica” de fecha 1 de enero de 1998. Este documento es visible a folios 144 a 147 del expediente, aparece firmado por ambas partes y está aparejado con dos anexos, uno sin firma de las partes visible a folios 151, 148 y 149, denominado “Anexo No. 1” y un compromiso de afiliación mensual que contiene la firma de tres personas, al parecer del señor Carlos Castro Ayobi y las señoras Mariela Restrepo Directora Comercial Sucursal Cali y María Mery Castaño Jefe de Ventas, funcionarias de Coomeva EPS S.A.*
- (3) *Contrato Comercial de Prestación de Servicios ECOR por Compensación” de fecha 1 de Febrero de 1999. Este documento es- visible a folios 152 a 158 del expediente y está firmado por ambas partes, lo mismo que el “Anexo No. 1”, el “Otro Si” y el “Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo ...”, visibles a folios 159 a 162 del expediente; y*
- (4) *El denominado “Normatividad Área Comercial” presentado como Prueba No. 1 – visible a folios 35 a 134 del expediente, en el cual la Convocante destaca el Literal “B” del numeral “5.3. Solución de Conflictos”, citando el folio 84 ibidem–.*

Como elemento de juicio adicional a los documentos atrás relacionados, tenemos que a folio 136 del expediente aparece un escrito impreso en papelería de Coomeva EPS con fecha 22 de noviembre de 2010, en el que el señor Felix Riascos Brome, identificado allí como “Director de Oficina” atiende una solicitud del señor Castro Ayobi, entregando copia de “los contratos celebrados entre COOMEVA EPS SA y la ECOR Carlos Castro Ayobi Asesores entre el 15 de diciembre de 1997 y el 30 de junio de 2007”.

Abordando el argumento del recurrente basado en la falta de firma de la Convocada, es, por decir lo menos, contradictorio el cargo del impugnante con la conducta de su representada, cuando: (i) es un funcionario de la misma Convocada quien hace entrega de los documentos atrás

relacionados; (ii) es evidente la existencia de una relación comercial entre las partes durante la época indicada por la Convocante; (iii) contrario a la negación absoluta del recurrente, aparece la firma de la Convocada en el denominado "Contrato Comercial de Prestación de Servicios ECOR por Compensación" de fecha 1 de febrero de 1999; y (iv) el compromiso de afiliación mensual que al parecer se relaciona con el denominado "Contrato de Corretaje Comercial para Persona Jurídica" de fecha 1 de enero de 1998, está firmado por dos personas que al parecer son funcionarias de la Convocada.

Empero, es conveniente hacer un pronunciamiento acerca de la tesis jurídica esgrimida por la parte convocada según la cual, la ausencia de la aceptación escrita de la cláusula compromisoria a través de su firma, implica la falta de voluntad de su parte de acogerse a la justicia arbitral.

Aunque en principio la ausencia de firma en el contrato por parte de la contratante sugiere causa suficiente para que un Tribunal de Arbitramento decline su competencia, el análisis de la misma debe extenderse a todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean los contratos que incorporan la cláusula y su ejecución.

Observa el Tribunal que, en principio, el comportamiento de la Convocada alrededor de los citados contratos siguió su sentido literal, en el que aparece claramente estipulada la cláusula compromisoria que ahora desconoce contrariando su conducta antecedente, considerando que fue ella misma (la Convocada) quien propuso por escrito los términos y condiciones que debían regir la relación negocial que se desarrollaría entre ella y la Convocante, entre los cuales, se repite, estaba incluida la cláusula compromisoria como fórmula contractual para resolver los conflictos que pudieran presentarse entre las partes. Fue a partir de dicha propuesta y bajo los términos y condiciones planteados por COOMEVA S.A E.S.P, incluyendo la cláusula compromisoria, que la Convocante accedió a vincularse a ese negocio jurídico, sin que ninguna de ellas hiciera reserva alguna frente a la Cláusula Compromisoria. La contratante Convocada, porque la propuso en documento de su propia redacción y el Contratista Convocante, porque expresó su voluntad con su firma y ejecución, conducta compatible con la de COOMEVA S.A E.S.P, en la medida en que confirmó la voluntad expresada en la propuesta de celebrar el contrato, ateniéndose en su ejecución a los términos y condiciones del documento propuesto. Valga decir también frente a la falta de rubrica de la Convocada en algunos de los documentos que contienen cláusulas compromisorias, que en ninguna de las cláusulas de tales documentos o en pacto posterior, se condicionó su perfeccionamiento a la solemnidad de la firma del contrato por ambas partes, circunstancia que permite plenos efectos vinculantes a la mencionada cláusula compromisoria, cuando la conducta desplegada por la Convocada en la ejecución del contrato, hace las veces de expresión inequívoca de voluntad, que es precisamente el propósito de la rúbrica.

Lo expuesto hace que para este Tribunal sea inaceptable la tesis de que la aplicación de la Cláusula Compromisoria es improcedente por no haber sido firmado el Contrato en cuestión por parte de COOMEVA EPS S.A., cuando precisamente fue ella quien propuso la Cláusula Compromisoria y reafirmó su deseo de acogerse a ella con una serie de actos posteriores suyos, en los cuales acoge el contenido contractual sin excluir el pacto arbitral."

Es claro entonces para este Tribunal, que la cláusula compromisoria cumple con el requisito de solemnidad, en tanto consta en escritos (de los cuales se hablará en detalle en el siguiente capítulo), con efectos vinculantes para las partes, por efecto de la rúbrica o por fuerza de la ejecución de las prestaciones a que se comprometieron según los correspondientes Contratos.

1.g). La fijación del alcance de la cláusula compromisoria:

Merece especial tratamiento este asunto, considerando que una de las pretensiones de la demanda, si no la más importante, está dirigida a que se declare la que se ha llamado "unidad contractual", que en contexto entendemos como la existencia de un solo negocio jurídico entre las partes durante la relación que sostuvieron, independiente de los varios documentos que instrumentaron la relación y las distintas

personas que ocuparon la posición de contratista, por cuanto de la prosperidad de tal pretensión penden las demás pretensiones.

En cuanto a los distintos documentos que instrumentaron la relación, llamados por la denominación que recibieron y clasificados por la inclusión expresa de la cláusula compromisoria, tenemos:

Contratos que consagran cláusula compromisoria:

El denominado **Contrato de Corretaje Comercial Persona Natural** celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y Carlos Castro Ayobi, con fecha 04 de diciembre de 1997, en el cual se pactó duración hasta el 31 de enero de 1998.

El denominado **Contrato de Corretaje Comercial para Persona Jurídica** celebrado entre "COOMEVA EPS S.A., y Carlos Castro Ayobi, suscrito el 01 de enero de 1998, con duración pactada hasta el 31 de mayo. Es de resaltar que en este documento no se indicó el año en la fecha de vencimiento del término de duración, pero en la misma cláusula se establece la renovación automática por periodos anuales. Se anota también con relación a este documento, que vincula como contratista a Carlos Castro Ayobi como persona natural, en tanto para entonces no existía la empresa unipersonal que en él se anuncia, tal como quedó plenamente demostrado con las pruebas allegadas al proceso.

Contratos que no incluyen en su texto la cláusula compromisoria:

Contrato Comercial de Prestación de Servicios Ecor por Compensación celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y la empresa ECOR Carlos Castro Asesores EU, con fecha 1 de febrero de 1999, que no obstante haber sido pactado a un año, posteriormente convinieron extender hasta el 30 de junio de 2001 y posteriormente dieron por terminado con fecha 7 de agosto de 2002.

Contrato de Comercialización de la Afiliación- Régimen Contributivo Ecor Persona Jurídica No 2000-106 CAF-0001 celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU, con fecha 1 de febrero de 2004, en el cual se pactó un término de duración de un (1) año. Este contrato terminó por virtud del acta suscrita por mutuo acuerdo el (17) de enero de 2006.

Contrato de Comercialización de la Afiliación- Régimen Contributivo No. 76-109-CAF-0001 suscrito entre COOMEVA EPS S.A. y la empresa Carlos Castro Asesores EU, para una duración que se extendía entre el primero (1) de febrero de 2005 y el 31 de Enero de 2006, que posteriormente extendieron las partes hasta el 31 de diciembre de 2007.

Contrato No. 2000-106-TSC-0001 de Tercerización de Servicios de Cartera – Régimen Contributivo, celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y la empresa Carlos Castro Asesores EU. Según documento que aparece suscrito el 01 de febrero de 2004, en el cual se pactó duración hasta el 1 de febrero de 2005.

Contrato No. 76-109-TSC-0001 de Tercerización de Servicios de Cartera – Régimen Contributivo, suscrito entre COOMEVA EPS S.A. y empresa Carlos Castro Asesores EU el 1 de febrero de 2005. Las partes suscribieron un acta de terminación de este contrato por mutuo acuerdo el 17 de Enero de 2005.

Contrato No. 76-109-TSC-0001 de Tercerización de Servicios de Cartera – Régimen Contributivo celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y Empresa Carlos Castro Ayobi EU, con fecha 1 de mayo de 2006 para una duración de 6 meses.

Bien importante resulta en esta oportunidad dejar claro que la competencia de este Tribunal está confinada a las diferencias suscitadas en los contratos celebrados por el señor Carlos Castro Ayobi como persona natural, en tanto: (i) como se concluye posteriormente, no existe la pretendida unidad contractual y (ii) no se allegó prueba que demuestre de manera confiable la sucesión de derechos de dicha empresa unipersonal (Carlos Castro Asesores EU) a la persona natural del Convocante (Carlos Castro Ayobi), que le otorguen a éste el interés jurídico para actuar dentro del presente proceso con relación a tales derechos (los que dice tener la empresa unipersonal), excluyendo con ello el ejercicio jurisdiccional del Tribunal con relación a los denominados "Contrato Comercial de Prestación de Servicios Ecor por Compensación", "Contrato de Comercialización de la Afiliación- Régimen Contributivo Ecor Persona Jurídica No 2000-106 CAF-0001", "Contrato de Comercialización de la Afiliación- Régimen Contributivo No. 76-109-CAF-0001", "Contrato No. 2000-106-TSC-0001 de Tercerización de Servicios de Cartera - Régimen Contributivo", "Contrato No. 76-109-TSC-0001 de Tercerización de Servicios de Cartera - Régimen Contributivo" y "Contrato No. 76-109-TSC-0001 de Tercerización de Servicios de Cartera - Régimen Contributivo".

Finalmente y por considerar el Tribunal que no existe entre los diferentes negocios jurídicos presentados ante este Tribunal la Unidad Contractual cuya declaratoria pretende la parte Convocante tal y como se explica más adelante, el Tribunal considera que su competencia queda circunscrita a las diferencias derivadas de los denominados (i) **Contrato de Corretaje Comercial Persona Natural** celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y Carlos Castro Ayobi, con fecha 04 de diciembre de 1997 y (ii) **Contrato de Corretaje Comercial para Persona Jurídica** celebrado entre "COOMEVA EPS S.A., y Carlos Castro Ayobi, suscrito el 01 de enero de 1998, con duración pactada hasta el 31 de mayo, los cuales, coincidencialmente **son los únicos en que se pacto en forma expresa la cláusula compromisoria** (resalta el Tribunal).

2). El término de duración del proceso arbitral:

El término de duración del presente proceso por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991, es de seis (6) meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, y su cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 20 de marzo de 2012, venciendo los 6 meses el día 20 de septiembre de 2012 y sumando a ese término las suspensiones solicitadas por las partes, tendríamos, como se dijo anteriormente, que el término vence el día 26 de mayo de 2013. Por lo anterior, y bajo esta específica consideración de tiempo, la expedición del presente laudo es oportuna, en tanto se hace dentro del término consagrado en la ley.

(II) DE LA UNIDAD CONTRACTUAL

Tratándose de varios contratos consecutivos y algunos de ellos simultáneos, para dilucidar si existe entre ellos unidad contractual, es decir, si se trata de una misma relación contractual presentada en varias etapas y bajo diferentes formas o modalidades, se hace preciso revisar (A) si tienen la misma nominación, (B) si involucran a las mismas personas en cada extremo del contrato, (C) si tienen idénticos objetos o, por el contrario, versan sobre objetos diferentes y (D) qué hay en ellos respecto a su duración, prórrogas y terminación, etc., de manera que se pueda concluir

si existe entre ellos unidad o, por el contrario, independencia y autonomía y por consiguiente "solución de continuidad".

- A) Como se observa, estas relaciones contractuales se dieron en desarrollo de varios contratos denominados a) "**CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PERSONA NATURAL**" (04 de Dic. 1997); b) "**CONTRATO DE CORRETAJE COMERCIAL PERSONA JURIDICA**" (01 de En. 1998); c) "**CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACION DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACION**" (01 de Feb. 1999); d) "**CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACION DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN**" (28 de Feb. 2001); e) "**CONTRATO DE COMERCIALIZACION DE LA AFILIACION REGIMEN CONTRIBUTIVO**" (01 de Feb. 2002); y f) "**CONTRATO DE TERCERIZACION DE SERVICIOS DE CARTERA – REGIMEN CONTRIBUTIVO**" (02 de Set. 2002).

El art. 1618 del Código Civil dispone: "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*".

La nominación diferente de estos contratos ya adelanta un indicio del querer de los contratantes en el sentido de contratos distintos, así en un momento dado, tengan alguna conexión por tratarse en un grupo de ellos de las mismas partes, pero sus objetos, que se encuentran claramente especificados en cada uno de ellos, son diferentes.

El art. 1621 *ibídem*, prevé: "*En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*".

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".

Resulta así claro que la intención de las partes, al nominarlos en forma distinta desde un principio, fuera la de celebrar varios contratos diferentes.

- B) Identidad en las personas que ocupan los extremos del contrato:

Como ya se dijo, los dos (2) primeros contratos fueron celebrados en condición de Contratista por el Convocante Carlos Alberto Castro Ayobi –Persona Natural- estos son: (i) **Contrato de Corretaje Comercial Persona Natural** celebrado entre COOMEVA EPS S.A. y Carlos Castro Ayobi, con fecha 04 de diciembre de 1997 y (ii) **Contrato de Corretaje Comercial para Persona Jurídica** celebrado entre "COOMEVA EPS S.A. y los demás lo fueron todos por la empresa unipersonal CARLOS CASTRO ASESORES EU. Con lo anterior, se rompió la tesis de unidad contractual de la Convocante, en la medida en que existe plena independencia entre la persona natural de Carlos Alberto Castro Ayobi y la jurídica de CARLOS CASTRO ASESORES EU., ese es el

sentido claro del Artículo 71 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con los Artículos 80 y 98 del Código de Comercio.

C) Identidad en el objeto contractual.

Al observar el "objeto" de cada uno de estos tipos contractuales y que está transcrito en la parte introductoria de este Laudo, se encuentra que existe entre ellos dos grupos de contratos, el primero de ellos corresponde a los contratos de corretaje y el segundo a los de tercerización, no obstante que el último grupo de contratos (los de tercerización) podrían resultar complementarios del primer grupo (los de corretaje).

En este punto vale tener presente lo dispuesto en el art. 1619 del Código Civil:

"Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

También se tiene presente lo dispuesto en el Art. 1622 ibídem:

"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte".

Así, las partes vinculadas a cada uno de estos contratos han querido que los objetos de estos sean independientes unos de otros y la verdad es que ellos pueden subsistir de esa manera, aunque se complementen en algunos casos. Por ejemplo, al tiempo que el Contratista recibe la encomienda o encargo de atraer a los usuarios (como corretaje) para que tomen la seguridad social en salud a través de esta EPS, cumple esta función de administrar el recaudo per cápita de estos usuarios, que bien podría también hacerlo sin necesidad de haber mediado la otra vinculación. Lo que quiere decir que para hacer lo uno no requiere haber hecho lo otro.

El Art. 1501 del Código Civil dispone: *"Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.*

*Son de la **esencia** del contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro tipo de contrato diferente; son de la **naturaleza** de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son **accidentales** a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".*

El objeto que a cada uno de estos contratos, le asigna el tipo contractual, es exactamente la esencia de los mismos y así, no habiendo identidad en el objeto

de todos los contratos, menos aun habrá unidad entre estos. Son, así, independientes y esto resulta claro sin necesidad de adentrarse en los demás detalles contractuales, tales como los asuntos que resultarían de su naturaleza y los meramente accidentales.

Ahora bien, el hecho de que los pagos se hubieren efectuado siempre al señor Castro Ayobi, respecto de todos los contratos, como lo plantea la actora, no necesariamente refleja que exista la pretendida unidad contractual, porque este podría recibir a su nombre los que, como persona natural le corresponden y también los que están destinados a empresas que él mismo representa.

No existe entonces tampoco identidad en el objeto.

D) Con relación a la vigencia

Si bien en algunos de estos se expresa que no habrá en ellos prórrogas automáticas, en otros sí se tiene prevista esta modalidad, pero todos estos contratos han establecido una fecha de inicio y terminación diferente, y esta demostrado que, en forma independiente, algunos han sido prorrogados mediante OTRO SI y tales prórrogas hacen referencia a cada uno de estos contratos en forma individual y en ningún caso se hace en forma colectiva, como si se hubiera pensado que se tratara de una sola relación contractual. En otras palabras, frente a las prórrogas se les da un tratamiento individual, conservando así la intención inicial de las partes contratantes de que se trata de varios contratos individualmente considerados. Igualmente, las terminaciones que se hacen, de común acuerdo, a los diferentes contratos, se hacen en forma individual para cada uno y no un solo acuerdo que los cubra a todos.

No existe tampoco identidad en sus plazos, iniciación y vencimientos, así la terminación, efectuada de común acuerdo, se haya hecho en la misma fecha para varios de ellos.

Por consiguiente, habrá de concluir este Tribunal que no existe la pretendida unidad contractual.

III). LA NATURALEZA Y CARÁCTER DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL OBJETO DEL DEBATE:

Las pretensiones de la convocante tienen como eje fundamental la supuesta existencia de un contrato de Agencia Comercial entre ella y la parte convocada. Esto hace indispensable para la solución de fondo a la presente contienda, hacer el ejercicio de adecuación de los negocios jurídicos que se sucedieron entre las partes al contrato de Agencia Comercial, para concluir si en el presente caso se dan los elementos esenciales de ese tipo de convención y si así es, si es válido a la luz de la ley colombiana.

Definición del Contrato de Agencia Comercial.

El contrato de agencia comercial se encuentra definido en el artículo 1317 del Código de Comercio de la siguiente manera:

"Artículo 1317. Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como

representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo" (el Tribunal subraya y resalta).

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

De la anterior definición podemos sustraer como *principales características* del contrato de agencia comercial, las siguientes:

El contrato es una especie de mandato

Dentro del Código de Comercio, el contrato de agencia comercial es considerado como una especie de mandato, habiendo sido clasificado en el título XIII (referente al mandato) del libro IV, junto con los contratos de comisión y preposición.

El contrato de mandato comercial se encuentra tipificado en el artículo 1262 del Código de Comercio así:

"El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. Conferida la representación, se aplicarán las normas del capítulo II del título I de este libro".

Como se lee de su definición, el mandato comercial tiene por objeto la celebración o ejecución de actos de comercio por cuenta de otra persona, siendo de la esencia de dicho contrato, la ejecución de esos actos.

De lo anterior, podemos concluir que la agencia comercial es una especie de mandato, porque reúne la característica de ser un encargo para promover un acto de comercio, que en el caso de la agencia *se concreta en la promoción o explotación de los negocios de un empresario*. En conclusión, la agencia es una especie del género, que es el mandato.

Aunque la agencia comercial sea considerada como una especie de mandato, entre ambas figuras existen diferencias tal como lo manifiesta el profesor ÁLVARO PÉREZ VIVES en el siguiente extracto de su concepto, cuando reconoce que, aunque la tendencia a considerar la agencia comercial como una forma de mandato es notoria en países como Francia y Estados Unidos, entre estas dos figuras hay diferencias evidentes.

"No obstante, las diferencias entre una y otra figura son evidentes. En primer lugar y aunque tanto el mandatario como el agente reciban un encargo, el objeto de éste es diferente y el alcance de la intermediación diverso en uno y otro caso. En la agencia comercial, la promoción y la explotación de negocios que desarrolla el agente tienen por fin conquistar, ampliar o reconquistar para el principal un mercado, meta que no persigue el mandatario, aun en el caso de que se le hubieran confiado varios negocios de un mismo mandante, pues ejecutados éstos, el lazo entre mandante y mandatario y entre éste y su ocasional cliente se extingue. En tanto que el agente busca crear una clientela para las cosas o servicios que distribuye, coloca o promueve por encargo del principal o empresario; de allí, la estabilidad de esta forma de intermediación, en contraste con la transitoria actividad del mandatario, por el hecho de que terminado el contrato de agencia, subsistan las relaciones entre el principal y la clientela formada por el agente, en beneficio de aquel".

De otra parte, es importante destacar el hecho de que el mandato en la agencia comercial puede ser con o sin representación. A este respecto, el profesor BONIVENTO JIMÉNEZ afirma:

"Nótese eso sí, que se exige que el agente actúe por cuenta de otro y no en nombre de otro. La primera formulación, como es bien sabido, hace referencia a un fenómeno general de intermediación; la segunda, implica un fenómeno específico de representación que no es, como veremos, de la esencia del contrato de agencia. El agente, en síntesis, tiene que obrar por cuenta del agenciado, pero puede o no hacerlo en su nombre. Puede o no ser su representante. Y actuar por cuenta de otro, en la estructura legal del contrato de mandato –civil y comercial, y en la agencia como especie de éste– exige, inexorablemente para nosotros, que los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el intermediario (mandatario o agente) se trasladen o se deban trasladar a aquel por cuya cuenta se actúa (mandante o agenciado)".

Lo anterior es un desarrollo de la interpretación que sostiene que la representación no es un elemento esencial del mandato. Para ilustrar esta afirmación, FELIPE VALLEJO sostiene:

"Ni la representación es de la esencia del mandato ni todo mandato es representativo. La representación no está necesariamente unida al mandato. Cabe perfectamente mandato sin representación. Nuestro Código Civil sancionó esta diferencia en su artículo 2177, cuando dispuso: El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo (sic: encargo), contestar (sic: contratar) a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante. Y también previó sus distintos efectos; especialmente en el artículo 2180, donde claramente se refirió al mandatario que se ha obligado personalmente, es decir, que ejecuta un mandato sin representación. La distinción entre las dos especies de mandato –el mandato representativo y el mandato no representativo– fue consagrada con mayor energía en el artículo 1262 del Código de Comercio: El mandato puede conllevar o no la representación del mandante".

La actuación por cuenta de otro (esencia del mandato) es considerada por la mayoría de la doctrina como un elemento esencial del contrato de agencia, y por ende, lo analizaremos con mayor profundidad más adelante.

El contrato es ejecutado por un comerciante

El agente comercial debe tener la calidad de comerciante, esto es, que debe ser una persona que profesionalmente se ocupe en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

De lo anterior se colige que el agente comercial es una persona calificada dentro del mundo de los negocios, al ocuparse en forma profesional de una actividad mercantil. (Resalta y subraya el Tribunal).

Así como es explícita la exigencia de que el agente debe ser un comerciante, el artículo 1317 también establece que el agenciado debe ser un empresario. Lo anterior lo explica, a continuación, BONIVENTO JIMÉNEZ:

"Resulta, sin embargo, que a la luz de la ley mercantil, tanto en el agente como en el agenciado deben concurrir circunstancias subjetivas específicas para que puedan tener legalmente tal carácter. Es así como el artículo 1317 habla de comerciante, refiriéndose al agente, y empresario, hablando del agenciado. En consecuencia, puede ser agenciado toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que tenga el carácter de empresario, característica ésta que se determina a través de la calificación de la actividad que el sujeto desarrolla, comparada con la definición del artículo 25 del Código de Comercio, según la cual, empresa es "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio". En este orden de ideas, la agencia se convierte en

mecanismo importante al servicio del desarrollo de la empresa. Por lo que toca con el agente, puede tener tal calidad cualquier persona natural o jurídica siempre que sea comerciante, esto es, al decir del artículo 10º del Código de Comercio, persona que profesionalmente se ocupa de las actividades que la ley considera mercantiles”.

El agente comercial es independiente

La independencia es una característica esencial del contrato de agencia comercial. Si el agente no fuere independiente en el desarrollo del contrato de agencia, este contrato se clasificaría con mayor facilidad dentro del ámbito laboral que dentro del ámbito comercial.

Por tratarse de un elemento esencial del contrato, profundizaremos en el desarrollo de este punto más adelante, cuando hagamos la exposición de los elementos esenciales del contrato de agencia comercial.

El contrato está llamado a tener estabilidad en el tiempo

El contrato de agencia es un contrato llamado a tener estabilidad en el tiempo, y esta característica es la que lo diferencia del mandato mercantil, donde el mandatario se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta del mandante, sin necesidad de que el contrato deba permanecer en el tiempo, ya que el mandato se agota con la ejecución del acto o actos de comercio encargados.

La estabilidad en el contrato de agencia comercial es considerada un elemento esencial, el cual desarrollaremos más adelante.

El objeto del contrato es promover o explotar negocios de un determinado ramo, dentro de una zona prefijada en Colombia.

El contrato de agencia comercial es una especie de mandato cuyo objeto fundamental consiste en la promoción o explotación, por parte del agente, de negocios de un determinado ramo dentro de una zona prefijada del territorio nacional.

El objeto característico de la agencia comercial consistente en la promoción o explotación de negocios; esto es lo que diferencia este contrato de otros tipos de mandato, configurándose como un elemento esencial del contrato de agencia, del cual hablaremos con mayor profundidad más adelante.

El mandato se ejecuta a título de representante o de agente, ya sea de un empresario colombiano o extranjero o como fabricante o distribuidor de productos de ese empresario.

En la agencia comercial, el encargo de promover o explotar negocios puede ejecutarse en las siguientes calidades:

i) en calidad de representante o agente de un empresario extranjero o nacional, ii) como fabricante o distribuidor de uno o varios productos de un empresario extranjero o nacional.

En todo caso, ya sea que el mandatario obre en calidad de representante, agente, fabricante o distribuidor de los productos de un empresario, lo fundamental para que se configure el contrato de agencia comercial es que estos ejecuten la promoción o explotación de los negocios del empresario.

La obligación de promover o explotar los negocios de un empresario, es lo que diferencia a un agente comercial de un simple representante, fabricante o distribuidor de productos.

A continuación transcribimos un aparte de una sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia donde la Corte desarrolla, en forma amplia y clara, el anterior argumento, ilustrándolo con un ejemplo donde explica la diferencia entre un agente que distribuye los productos de un empresario y un simple distribuidor de productos.

En esta sentencia la Corte desarrolla el argumento de que el agente es aquel que promueve los negocios de otro comerciante (aunque en forma independiente y a través de su propia empresa), mientras que aquel que fabrica, distribuye, agencia o representa sin ser agente, lo hace, no para promover el negocio de otro empresario sino su propio negocio o productos de su propiedad, así estos hayan sido fabricados por un tercero. Es así como la mencionada sentencia establece:

"La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos(...)".

En caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nueva clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuir, o reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o en aumentarla; pero resultaría claro que las pérdidas que pudieran arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las soportaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor "de uno o varios productos del mismo". Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al promover su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios.

La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario los productos se desplazan 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 que sean suyos, los beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial que distribuye, coloca pues en el mercado productos ajenos, no propios".

No obstante que todas las anteriores se consideran características del contrato de agencia comercial, no todas son vistas como elementos de la esencia del contrato. A continuación se listarán y explicarán los elementos esenciales del contrato de agencia comercial.

Elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial.

Los elementos *esenciales* de un contrato, tal como aparece consagrado en el artículo 1501 del Código Civil, son aquellas cosas sin las cuales un contrato o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.

Como elementos esenciales del contrato de agencia comercial podemos listar los siguientes:

Independencia

El agente comercial es un profesional que ejerce su oficio de manera independiente y, para que pueda hablarse de independencia, es fundamental que no exista subordinación entre agente y agenciado.

La no existencia del elemento subordinación en la relación empresario-agente es lo que determina que entre estos no se llegue a configurar una relación de tipo laboral, u otro tipo de relación que vaya más allá del mandato para actuar como agente comercial.

Es por lo anterior, que la "no subordinación" del agente frente al empresario se constituye en elemento fundamental para que la relación entre estos sea una relación comercial de agencia y no una relación entre empleador y trabajador regida por el derecho laboral.

No se presenta subordinación entre el empresario y el comerciante auxiliar, no obstante que éste realiza una actividad que interesa al primero. Un agente de comercio y un empleado de una compañía pueden realizar perfectamente las mismas actividades, pero precisamente la nota de autonomía que acompaña al agente le sirve de distintivo frente al trabajador subordinado. Trabajador y agente pueden actuar por cuenta ajena, pero el primero siempre será subordinado al empresario. Obviamente que en el encargo que realice el agente pueden aparecer instrucciones, e incluso presentarse ellas en forma bastante concreta, lo cual podrá dar lugar a pensar en la subordinación, pero dichas instrucciones sólo pueden recaer sobre la naturaleza o condiciones del encargo, de lo contrario quedaría desvirtuada la figura del agente de comercio.

Otros autores ven en la "iniciativa", interpretada como libertad de actuación del agente para efectos de obtener los mejores resultados para sí mismo y para el agenciado, otra de las facetas del elemento independencia dentro del contrato de agencia comercial. Es así como CARDOZO expone lo siguiente:

"Otra de las manifestaciones de la independencia es la iniciativa. El agente no sólo se limitará a la promoción del negocio, sino que, independientemente del agenciado, puede realizar toda clase de actos conducentes a obtener el mejor beneficio para su mandante y para sí mismo, y esa capacidad de iniciativa, tan importante en el comercio moderno, será factor de relieve para que agente y agenciado se vinculen jurídicamente por medio de un contrato. No será difícil afirmar que el contrato de agencia comercial puede ser intuitus personae, desde el punto de vista práctico, ya que las capacidades que posea el agente o se presume que tiene, motivan la vinculación jurídica, pues absurdo sería que un comerciante buscara como agente a persona inexperta para encargarla de la promoción, distribución, explotación de un negocio suyo en una zona determinada".

Es claro que aunque el agente ejecuta un encargo por cuenta del empresario, este lo hace en forma independiente y a través de su propia empresa. BONIVENTO así lo expone cuando afirma que:

"...esta independencia debe trascender en el desarrollo del contrato y se manifiesta, por ejemplo, a través de la apertura de oficinas, locales y establecimientos de comercio por parte del agente, vinculación de empleados y, en general, por la realización de actos propios del agente, encaminados a procurar el debido cumplimiento del encargo..."

De lo anterior concluimos que, la independencia es un elemento esencial del contrato de agencia comercial, sin el cual este contrato, o no produciría efectos, o degeneraría en una relación regida por el derecho laboral.

Estabilidad

La estabilidad es uno de los elementos esenciales del contrato de agencia, pues sin la concurrencia de este elemento el contrato podría derivar en una comisión, un corretaje o en un mandato simple.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo expone así en su Sentencia del 2 de diciembre de 1980 de la cual extractamos el siguiente aparte:

"Al puntualizar el legislador que el agente comercial asume el encargo de manera estable, con ello precisa que éste se diferencia del simple mandatario, ya que el segundo no tiene encargo duradero, carece de estabilidad [...] Al agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad... (...)"

En términos generales, la estabilidad supone la continuidad en el oficio del agente, pero esto no significa la duración prolongada del contrato o la infinitud en su término.

JUAN PABLO CÁRDENAS se refiere a la estabilidad:

"La estabilidad, la permanencia, se derivan de la obligación del agente; éste se obliga a promover el negocio del agenciado y no uno o más contratos individualizados. De suerte que no existe una solución de continuidad, por cuanto el agente no se obliga a fomentar determinado contrato, celebrado el cual debe promover otro. Como lo explica GARRIGUES: "La estabilidad se centra sobre el hecho de que mientras dura su relación con el comerciante ha de ocuparse de la promoción de contratos que solo se determinan por su naturaleza y no por su número. Desde otro punto de vista, la estabilidad significa no solo que el agente promueva el negocio del agenciado y no uno o más contratos determinados, sino que tal actividad deba desarrollarse con cierta continuidad. En efecto, solo cuando la actividad del agente tiene esta característica, ella puede constituir una verdadera labor de creación de una clientela y, por consiguiente, de promoción de contratos indeterminados. De esta manera, solo en cuanto haya alguna continuidad, el agente podrá cumplir su obligación de promoción."

La estabilidad es un factor que permite al agente conocer mejor el mercado en beneficio de un empresario y en el suyo propio, ya que al no limitarse el agente a ejecutar un encargo esporádico, éste puede profundizar en el conocimiento del mercado y en la manera de hacer la mejor promoción o explotación del mismo.

Encargo de promoción o explotación de los negocios del empresario

El encargo de promocionar o explotar los negocios del empresario también se configura como un elemento esencial del contrato de agencia, sin el cual el contrato podría derivar en otra modalidad de mandato diferente.

Este encargo especial de promoción o explotación es un elemento diferenciador de otras figuras contractuales tales como el mandato y la comisión. HERNANDO CARDOZO LUNA así lo indica cuando dice:

"el encargo de promocionar o explotar un negocio implica, necesariamente, una modalidad de intermediación diferente a la del mandato y la comisión. En la agencia comercial la intermediación no es para uno o varios actos, sino que va formando una cadena a través de la cual se persigue vincular una clientela, acreditar una marca, ampliar y mantener constante un mercado, etc., al paso que en el mandato las relaciones entre el mandatario y cliente son ocasionales y esporádicas, ya que finalizado el encargo, termina su relación con mandante y cliente".

En síntesis:

"el agente comercial se encarga de promover o explotar el negocio del agenciado conquistando, ampliando o reconquistando un mercado en beneficio del principal".

De lo anterior se concluye que, la función del agente va mucho más allá de vender un producto o recibir ofertas, dado que debe actuar sobre la clientela para conquistar, ampliar o reconquistar un mercado a favor del empresario. El agente es fundamental para lograr el desarrollo del negocio del empresario, pues éste no se limita a cerrar o facilitar el cierre de una o varias ventas, sino que abre mercados, los mantiene, los amplía o los recupera, aportando en forma fundamental a la prosperidad del negocio del agenciado.

Actuación por cuenta de otro

Gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia colombiana sostiene que la actuación del comerciante por cuenta del empresario es elemento esencial del contrato de agencia comercial, opinión que compartimos plenamente.

En este sentido, JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ destacó que la misma Corte Suprema de Justicia consideró la *"actuación por cuenta de"*, como elemento esencial del contrato de agencia cuando expuso lo siguiente:

"En forma más explícita, aunque con otras connotaciones que destacaremos cuando abordemos el tema de la relación de la agencia comercial con otras figuras afines o similares, la Corte, en sentencia del 31 de octubre de 1995, aludió directamente a la actuación por cuenta de como elemento tipificador de la entidad contractual en cuestión:

"Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de su actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de 'promover o explotar negocios' del empresario 'en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional' (art. 1317 C. Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona".

El anterior argumento también se ve consignado en el Proceso Arbitral de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. contra Fiberglass Colombia S.A., cuando el mencionado laudo expone lo siguiente:

"(...) como la agencia es una forma de mandato, esto significa la actuación por cuenta de otro. Aunque no debemos soslayar algunas tesis que sostienen que el elemento la actuación por cuenta de, no es de la esencia del contrato de agencia, somos de la opinión de que esta modalidad contractual exige la actuación del agente por cuenta del agenciado(...)".

En el mismo sentido de apoyar la tesis de que, *"la actuación por cuenta de"*, es elemento esencial de la agencia comercial, transcribimos el siguiente aparte del libro Contratos Mercantiles de Intermediación de JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ:

"Sin entrar en consideraciones de conveniencia sobre cuál debería ser la regulación legal sobre la materia, estrechamente ligadas, por lo demás, a la equilibrada aplicación de fundamentales principios de justicia y equidad, tema intrínsecamente complejo en nuestro sentir, lo cierto es que encontramos una realidad jurídica irrefutable, y suficiente –pensamos– para encuadrar cabalmente la discusión: el Código de Comercio tipificó la agencia comercial como una modalidad –al lado de la comisión y la preposición– del contrato de mandato mercantil, a la luz del cual, con presencia de los

elementos propios de la modalidad específica en cuestión (encargo de promover o explotar, independencia y estabilidad), es imprescindible la actuación del intermediario –agente en este caso– por cuenta de quien realiza el encargo –agenciado, en nuestra hipótesis–, de modo que se debe concluir que estamos ante un elemento que sí es de la esencia de la forma contractual sub-examine. Por fuera de esa consideración, la relación contractual vinculada a actividades de intermediación en el campo de la fabricación y distribución de bienes de un empresario, no podrá calificarse con el rótulo de la agencia comercial y deberá analizarse, bien como otra forma contractual típica (suministro con distribución, por ejemplo), ora como una modalidad contractual atípica, no por ello desprovista, así sea con contenido diferente, de reconocimiento legal”.

En cuanto a la utilidad y los riesgos del negocio ejecutado por el agente, estos corren por cuenta del agenciado, en el sentido de que el riesgo de los negocios que celebre el agente comercial por cuenta de éste y la utilidad que generen los mismos, recaerán sobre el empresario agenciado.

No obstante, y tal como lo expone JUAN PABLO CÁRDENAS, lo anterior no implica que el agente comercial no corra con algunos riesgos:

“Que se actúe por cuenta de otro significa que se pretende obtener para un tercero, en este caso el agenciado, las utilidades del negocio. Esto no quiere decir que el agente no corra con algunos riesgos, porque su independencia implica que asume los peligros de su propia gestión, pues, por lo general, su remuneración dependerá de los negocios celebrados, y por ello, si no se perfecciona ninguno, sufrirá los gastos de promoción sin obtener utilidad. Si bien el agente recibe una remuneración por el negocio celebrado, la utilidad o la pérdida propiamente dicha que de aquel se deriven corresponden al agenciado, porque el agente actúa por cuenta de aquél”.

De lo anterior podemos concluir categóricamente que, la actuación por cuenta de otro es uno de los elementos esenciales del contrato de agencia comercial, sin el cual éste no se podría tipificar como contrato de agencia comercial o no produciría efecto alguno.

A manera de corolario de los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial, el Tribunal hace suyo un aparte del laudo arbitral proferido dentro del proceso arbitral iniciado por Tecnoquímicas en contra de SmithKline Beecham en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, donde señaló:

“(…)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 Tecnoquímicas S.A. vs. SmithKline Beecham Cámara de Co., Cali, 30-Sep-2004).

La Agencia comercial en el caso sujeto 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 hubo entre las partes en contienda un contrato de agencia comercial.

A partir de la definición contenida por el artículo 1317 del Código de Comercio colombiano y la identificación que la doctrina y la jurisprudencia han hecho de los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial, el Tribunal procederá a analizar el negocio jurídico ejecutado entre los sujetos contractuales e inferir a partir de allí, la existencia o no de un contrato de la estirpe de la Agencia Comercial.

Veamos:

La independencia del agente

Se desprende de la prueba documental aportada oportunamente al proceso, los diferentes testimonios y el reconocimiento que hacen los representantes legales tanto de la parte Convocante como Convocada al absolver el interrogatorio de parte que les fue formulado en las respectivas diligencias, que entre ellas hubo una absoluta independencia, donde el Agente Comercial asumía el riesgo de su negocio y en términos generales tenía absoluta autonomía directiva, técnica y financiera en el desarrollo de sus actividades, así, en ocasiones, la Convocada lo invitara a participar en eventos que ella organizaba según los criterios de mercadeo establecidos por la Convocada.

La estabilidad del encargo

El Tribunal colige de la valoración del recaudo probatorio, que efectivamente la relación jurídico comercial existente entre los sujetos procesales y que la parte Convocante presenta como una relación de Agencia Comercial única, sucedió en distintos contratos de corretaje hubo identidad en el encargo, en los diferentes estadios contractuales su objeto fue previsto para ser ejecutado por personas diferentes, en unos contratos por parte de CARLOS ALBERTO CASTRO AYOBÍ y en otros por CARLOS CASTRO ASESORES E.U. De todas formas, independiente de la discusión sobre cuál de estas personas deriva derechos a su favor del negocio jurídico, o si éste se encontraba instrumentado en uno o varios contratos, lo que interesa frente al cumplimiento del requisito de la estabilidad del encargo, es que a lo largo de la relación jurídica que sostuvieron los sujetos contractuales, siempre estuvo presente el mismo encargo, cual era la promoción y la vinculación de afiliados al Plan Obligatorio de Salud, en el que la convocada COOMEVA E.P.S. S.A., es partícipe. De ahí que se pueda predicar su existencia.

El encargo de promover o explotar los negocios del empresario o agenciado;

Como lo expuso el Tribunal cuando presentó de cómo, a su juicio, se encuentra estructurado legal, doctrinaria y jurisprudencialmente el contrato de Agencia Comercial, es basamento indispensable para la existencia del contrato de Agencia Comercial que el Agente promueva negocios de los que es titular el Agenciado o productos de su propiedad. O si el Agente adquiere los productos para revenderlos, se considera Agencia cuando en el proceso de la reventa se promociona y mercadea el negocio ajeno, es decir, que para la existencia de un contrato de Agencia Comercial no basta de una simple compra para la reventa, sino que debe haber todo un esfuerzo de promoción.

Según se identifica en los diferentes contratos de corretaje que fueron aportados como prueba al expediente, en el asunto sujeto a este debate, el objeto de la prestación contractual era la promoción para la afiliación al Plan Obligatorio de Salud en Seguridad Social a través de COOMEVA E.P.S. S.A.

Esto hace que, como primer punto de análisis, se deba dilucidar si el Servicio objeto de la promoción es o no un Servicio propio de COOMEVA E.P.S. S.A. o por el contrario, ella simplemente representa, como delegataria, el Sistema de Seguridad Social en materia de Salud.

De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política Colombiana, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio, que se debe prestar bajo la coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. En materia de Salud,

legalmente se encuentra previsto que este servicio será prestado a través de las entidades promotoras de servicios de salud constituidas y organizadas de conformidad con la ley.

De acuerdo con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993:

*"Las entidades promotoras de salud **son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía.** Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente ley". (Subraya el Tribunal).*

El artículo 178 de la Ley 100 de 1993, establece que son funciones de las entidades promotoras de salud, entre otras:

1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.
2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.
3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.

A su vez, el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, señala que las cotizaciones que recauden las **Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud**, por consiguiente, el pago que ellos hacen no entra a engrosar el patrimonio de la Entidad Promotora de Salud, sino los fondos del Sistema de Salud conformado por la gran bolsa nutrida de las afiliaciones que pagan los usuarios de las diferentes Entidades Promotoras de Salud, permitiéndoles a cambio a estas EPS, hacer uso de un porcentaje de los recursos del Sistema de Salud recibidos a través de las Unidades de Pagos Por Capitación asignadas, para atender a sus respectivas poblaciones. (Subraya y Negrillas del Tribunal)

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema, en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad. (Resaltado del Tribunal)

En ese orden de ideas, la correcta interpretación del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, es que las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud, en consecuencia, las entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de esos recursos, no pueden confundirlos con propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio, según la norma en comento. (Ver jurisprudencia que seguidamente se cita)

Las normas anteriormente citadas permiten a este Tribunal arribar de manera suficiente a la conclusión, que la actividad desplegada por las EPS en lo que se refiere a la captación de afiliados, no lo hacen para ellas mismas con criterio mercantil, sino que obran como delegadas del Sistema de Seguridad Social, que es el receptor final de los recursos que pagan los afiliados y de donde nace la delegación en las Entidades Promotoras de Salud para la prestación del Servicio de Salud.

De ahí que, legalmente, el servicio de afiliación al sistema de salud no puede ser considerado como una actividad mercantil, ni afirmarse que el Plan Obligatorio de Salud se trata de un negocio propio de las Entidades Promotoras de Salud, lo que hace que, en este caso, no se pueda hablar de la promoción o explotación de un negocio propio del Agenciado como elemento esencial del contrato de Agencia Comercial, quitándole de contera al objeto del contrato en litigio, la naturaleza de Agencia Comercial, dejando por ende sin fundamento alguno la causa petendi de las pretensiones de la convocante que apuntan a la existencia de un contrato de esa naturaleza y así habrá de declararse en la parte resolutive de este laudo.

Nutrió también el convencimiento de este Tribunal en la materia traída para su decisión, la tesis de la Corte Constitucional colombiana, contenida en la Sentencia de Unificación SU-480 de 1997, cuando al plantear lo pertinente a la AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SALUD dijo:

"(...) Particular importancia para los casos materia del presente fallo tiene la afiliación al P.O.S. Hay que decir que el afiliado lo es al sistema y no a una determinada EPS. Su cotización es al Sistema, esto tiene implicaciones en el factor temporal de cotización, ya que hay unos periodos mínimos que influyen en la prestación de los servicios como lo indica el artículo 26 del decreto 1938 de 1994 (...)"

Cuando esa alta Corporación analiza en la sentencia atrás anotada la relación ESTADO EPS señala que:

"Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una ganancia legítima. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entre al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. (.....)"

En sentencia diferente, la de Constitucionalidad C-8247/2004, la mentada alta corporación dejó claramente establecido el carácter no mercantil de la afiliación al sistema de salud, cuando señaló que las ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD ejecutan en unas oportunidades actividades mercantiles, pero cuando se trata de afiliaciones al Plan Obligatorio de Salud, no lo hacen:

"(...)26- La Corte considera que los recursos propios de las EPS y las ARS producto de sus ganancias, de los contratos de medicina prepagada, publicidad y demás actividades son ingresos que pueden ser gravados ya que específicamente esos dineros no son de la seguridad social. Esta tesis la ha sostenido la Corte en múltiples oportunidades, en la medida que estos, al no ser recursos del sistema sino propios de la actividad mercantil de esas entidades, no llevan implícita la destinación específica dirigida específicamente hacia la protección de la salud. En ese sentido, nada limita al legislador para que decida gravar este tipo de recursos que se insiste, no forman parte del sistema de seguridad social y por ende nada tienen que ver con los gastos propios de la actividad compleja que suscita el engranaje de la seguridad social. Son los recursos después del ejercicio los que claramente están en cabeza de las EPS o de la ARP, y sobre ellos es libre el

legislador para imponer los gravámenes que considere necesarios, respetando evidentemente los principios tributarios y los criterios de proporcionalidad (...)”.

Así las cosas, se reitera que al pertenecer los afiliados al Sistema, no a la EPS y no tener dicha afiliación la connotación de un negocio comercial como lo exigen las normas vigentes en materia de Agencia Comercial, no se configura en este caso un contrato de esta naturaleza, sin que eso signifique que comerciantes independientes no puedan promover en nombre de las EPS la afiliación al sistema de seguridad social en salud, bajo otras figuras contractuales, recibiendo la remuneración que ellas convengan.

(IV) ABUSO DEL DERECHO

Fundamenta la parte demandante una de las pretensiones subsidiarias en el principio general denominado Abuso del Derecho, construcción de carácter jurisprudencial que permite la aplicación casuista del mismo frente a eventos donde la conducta de una de las partes, aunque se enmarca dentro del ordenamiento jurídico, lesiona de manera injustificada los derechos de la otra parte.

En términos generales, se considera ABUSO DEL DERECHO, la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho. Igualmente, es el accionar de quien en ejercicio de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros.

La misma construcción teórica de este principio general del derecho, no hace que los presupuestos que lo constituyen se presuman. Estos deben ser demostrados por quien alega su existencia de conformidad con las reglas generales sobre la carga de la prueba contenida por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que establece: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de la normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Esta norma señala la importancia que en un proceso enmarca la parte probatoria, pero no determina a cuál de los sujetos procesales corresponde la actividad probatoria, más bien parecería indicar que ambas partes deben velar por suministrar el material probatorio requerido en el proceso, por consiguiente podría entenderse que la norma bajo estudio adopta el criterio que la Doctrina y la Jurisprudencia han denominado *“la carga dinámica de la prueba”*, pues ambas partes deben aportar material probatorio al proceso judicial, más aún, aquella que se encuentre en mejores condiciones.

De otro lado, el ordenamiento legal impone a los asociados cargas de sagacidad o vigilancia, de conocimiento y de claridad expresiva para asegurar la validez del negocio jurídico y evitar que sus efectos trasciendan más allá de sus propósitos.

En ese sentido expresa Emilio Betti:

“Desde la stipulatio del derecho romano, es sabido que las partes de un contrato asumen alternativamente la función, la una de estipular a su favor una obligación a cargo de la otra, y esta, la de asentir o aceptar la obligación estipulada a su cargo; de donde se deriva que “es interés y carga del proponente formular claramente las cláusulas insertas a su favor; si no lo ha hecho, debe soportar las consecuencias”.¹

En tales circunstancias cualquier desmedro económico le es imputable a quien obró de manera negligente frente al deber de sagacidad para velar por sus propios

¹ Emilio Betti, *Ob. Cit.* página 266

intereses al momento de suscribir esos nuevos contratos que desmejoraron proporcionalmente sus ingresos con relación al que respectivamente le antecedió.

No se trata, tampoco, de una circunstancia sobreviniente generadora de un desequilibrio económico que amerite la verificación de eventuales perjuicios, como equivalente funcional de la revisión del contrato para los que se mantienen vigentes, porque como ya se dijo, la reducción de tarifas se dio al inicio de nuevos contratos y no en el curso de alguno de ellos.

Tenemos entonces, que la valoración de las pruebas presentadas en este proceso, no permiten concluir que en la formación, celebración, terminación o sustitución de cualquiera de los contratos se presentó una conducta de la Convocada COOMEVA E.P.S. S.A. que pueda tildarse como abusiva. Por el contrario, los hechos alegados comprometen la lealtad y buena fe contractual del Convocante, en la medida en que no se opuso a la celebración de contratos que supuestamente le eran desfavorables, lo cual se traduce en una actitud negligente frente al deber de sagacidad.

(V) PAGO DE COMISIONES PENDIENTES

De la prueba pericial decretada y practicada en el proceso, se concluye que si bien efectivamente existieron unas comisiones pendientes de pago por parte de COOMEVA E.P.S. S.A., estas corresponden a un contrato diferente de aquel a cuyo análisis se circunscribe este laudo en razón a la limitación de su competencia en los términos atrás explicados, de donde no les es dable a este Tribunal pronunciarse sobre tales pretensiones.

Con base en los puntos anteriormente expuestos, el Tribunal se pronuncia sobre el pedimento de la parte Convocante concluyendo, frente a las PRETENSIONES PRINCIPALES, que por no tratarse la naturaleza jurídica del contrato objeto del debate, la propia de uno de Agencia Comercial, desaparece la médula que sostiene la *causa petendi* de las PRETENSIONES PRINCIPALES, lo que llevará al Tribunal a negarlas.

Frente a las pretensiones subsidiarias, encontró el Tribunal que no fueron demostrados los presupuestos constitutivos de la responsabilidad contractual de COOMEVA E.P.S. S.A., por abuso del derecho. Esa orfandad de pruebas lleva al Tribunal a desestimar las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS formuladas por la parte Convocante.

III. LIQUIDACION DE COSTAS

1. Costos del Tribunal:

Honorarios árbitros: \$6.750.000 c/u. x 3	\$ 20.250.000
IVA honorarios árbitros: \$1.080.000 c/u x 3	\$ 3.240.000
Honorarios Secretaria	\$ 3.375.000
IVA honorarios Secretaria:	\$ 540.000
Gastos de administración (Cámara de Comercio)	\$ 3.375.000
IVA gastos de admón. (Cámara de Comercio)	\$ 540.000
Gastos de Funcionamiento	\$ 3.000.000
Total costos Tribunal:	\$ 34.320.000

2. Honorarios y Gastos de Peritos:

Sufragados por la parte Convocante Carlos Alberto Castro Ayobi:

Honorarios perito Contador	\$ 5.000.000
----------------------------	--------------

TOTAL \$ 5.000.000

3. Agencias en Derecho:

Agencias en derecho a favor de Coomeva E.P.S. S.A. y a cargo de Carlos Alberto Castro Ayobi \$ 6.750.000

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

\$ 46.070.000

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito propuesta por la parte convocante, denominada "INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL".

SEGUNDO: Por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo y considerando la prosperidad de la excepción antes citada, **NEGAR** las pretensiones principales de la demanda.

TERCERO: NEGAR las pretensiones subsidiarias, absolviendo a la convocada COOMEVA E.P.S. S.A., por las razones expresadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte Convocante Carlos Alberto Castro Ayobi, a favor de la Convocada COOMEVA E.P.S. S.A., de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente laudo, así:

Por costas, la suma de DIECISIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$17.160.000) Moneda corriente, y por agencias en derecho la cantidad de SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$6.750.000,00) Moneda Corriente.

QUINTO: ORDENAR que por la secretaría del tribunal se expida copia certificada del presente laudo con destino a la parte convocada, con la previsión de ser primera copia y prestar merito ejecutivo. Expídase copia auténtica del laudo a la parte Convocante.

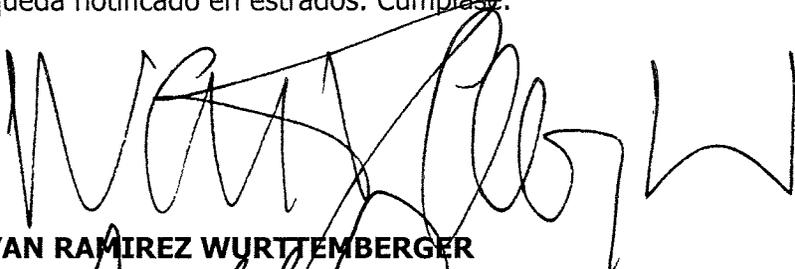
SEXTO: ORDENAR la protocolización del expediente en una notaría pública de la ciudad de Cali (art. 159, Decreto 1818 de 1998).

SÉPTIMO: ORDENAR el depósito de copia del presente laudo ante la Cámara de Comercio de Cali, Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición.

OCTAVO: DECLARAR el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria, y autorizar al presidente del tribunal para que realice los pagos correspondientes (art. 168 Decreto 1818/98).

El presente laudo arbitral queda notificado en estrados. Cúmplase.

El Presidente,

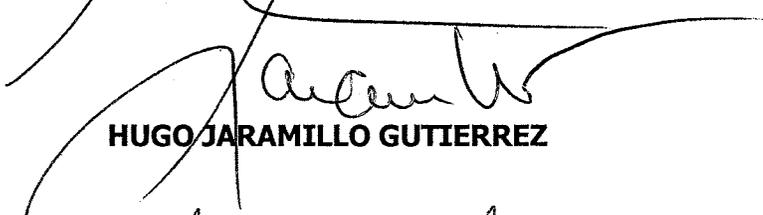


IVAN RAMIREZ WURTTENBERGER

Los árbitros,

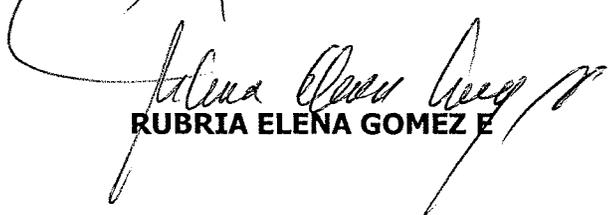


HERNANDO ALFONSO DIAZ QUINTERO



HUGO JARAMILLO GUTIERREZ

Secretaria



RUBRIA ELENA GOMEZ E