

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

OLGA MARINA MARTINEZ URREA
vs.
COOMEVA EPS S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 28 de mayo de 2010

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento legal, la Ley 23 de 1.991 y los Decretos 2.279 de 1.989, 2.651 de 1.991 y 1.818 de 1.998, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1 Determinación del Asunto:

El asunto puesto a consideración del tribunal versa sobre la naturaleza, la ejecución y la terminación del contrato de corretaje celebrado entre la señora OLGA MARINA MARTÍNEZ URREA Y **COOMEVA EPS S.A.**, por contrato verbal celebrado el 05 de agosto de 1998, que consta en documento escrito el 01 de febrero de 1999.

1.2 Demanda:

El día 24 de septiembre de 2009 tuvo lugar la presentación ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali de la solicitud de convocatoria.

Fue señalada como convocada la sociedad **COOMEVA EPS S.A.**

1.3 Cláusula Arbitral:

Se encuentra prevista en la cláusula DÉCIMO CUARTA, del CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN, suscrito el 01 de febrero de 1999, cuyo texto es el siguiente:

*“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 pudieren 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”.

1.4 Hechos de la demanda:

Los hechos de la demanda se transcriben a continuación, de acuerdo con la demanda arbitral presentada por la apoderada de la convocante, pero de manera resumida:

“2.1 COOMEVA EPS S.A.

COOMEVA EPS S.A. grupo empresarial Vallecaucano, como respuesta al Sistema de Seguridad Social, creado por la ley 100 de 1993, constituye la Entidad Promotora de Salud denominada **COOMEVA EPS S.A.** con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en esta

EN QUÉ CONSISTE PARA COOMEVA EPS S.A. EL CONTRATO DE CORRETAJE

EMPRESAS DE CORRETAJE COMERCIAL SEGÚN COOMEVA EPS S.A. (Prueba 1) separata instructiva de las ECOR INTRODUCCIÓN

Hemos reunido las normas del Área de Mercadeo y Ventas en el Manual que hemos denominado el N.A.C. –Normatividad del Área Comercial y de éste hemos sustraído en forma ordenada y específica las normas e instructivos relacionados y aplicables a las ECOR, el cual será de obligada consulta en el diario acontecer del Área Comercial de **COOMEVA EPS S.A.**, en especial por quienes tienen la responsabilidad del crecimiento y mantenimiento de la población de afiliados y por los Gerentes de las ECOR en su calidad de administradores de la fuerza de Ventas, además por aquellos funcionarios que de una u otra manera con su lenguaje comunicacional, manejo publicitario y promocional, construyen la cultura del Servicio al Cliente, como fiel reflejo de la organización interna.

Con satisfacción ponemos a su disposición La Separata Instructiva de las ECOR “S. 1 de las ECOR”, la cual hace parte de la Normatividad del Área Comercial – N. A. C. (Pág. 1)

2.2 EN QUE CONSISTE EL MODELO ECOR

Es un esquema administrativo para el manejo de la Fuerza de Ventas, enfocado hacia el desarrollo de Empresas de Corretaje Comercial que tienen la responsabilidad de conformar sus propios grupos de vendedores, desarrollarlos y llevarlos a cumplir las metas de producción asignadas a las ECOR.

2.4 CARACTERISTICAS DEL MODELO ECOR

A) Es un modelo flexible y ajustable según las condiciones del mercado.

B) Debe responder a la filosofía de desarrollo empresarial establecida por la Gerencia General de **COOMEVA EPS S.A.** , la ECOR , los asesores comerciales y en especial el CLIENTE.

C) La relación con la ECOR es de carácter empresarial.

D) La figura jurídica de Contrato de Corretaje Comercial, no genera prestaciones sociales

3. CONDICIONES PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA ECOR

2.2 CONTRATOS SUSCRITOS

1. CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR por compensación Febrero 1 de 1999

A.-Regulación contractual específica entre la ECOR EL PRADO con COOMEVA EPS S.A.

1. La obligación de la ECOR EL PRADO E. U. durante su existencia, según el contrato de intermediación comercial, era obtener afiliaciones al Plan Obligatorio de Salud -P.O.S-; realizar actividades de mantenimiento, asesoría y gestión de cobranza sobre los aportes que realizaban los empleadores y/o sus afiliados al POS.

2. La remuneración que recibía la ECOR EL PRADO E. U. por el contrato de intermediación comercial era una comisión sobre dichos valores.

3. En los textos de los contratos de intermediación celebrados entre la ECOR EL PRADO E. U. y **COOMEVA EPS S.A.**, en la fecha del 1 de febrero de 1999 se establece:

Se firman más adelante diferentes contratos de comercialización de la afiliación- régimen contributivo ECOR PERSONA JURIDICA y contrato de Tercerización de cartera- régimen contributivo ECOR PERSONA JURIDICA los cuales deben entenderse como parte del contrato de agencia y los honorarios recibidos hacen parte de la liquidación base de esta demanda. En cualquier caso, leyéndose el contenido de estos contratos se evidencia la complementación entre el contrato de corretaje y el de tercerización de cartera y afiliaciones donde de hecho muchas obligaciones se duplican.

Año 2004- 01- de febrero:

CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA-Régimen contributivo.

Con fecha febrero 1 de 2005 se firma nuevamente CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN POR AFILIACIÓN REGIMEN CONTRIBUTIVO y terminación del contrato Enero 31 de 2006 **CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN- REGIMEN CONTRIBUTIVO Ecor persona jurídica.**

Fecha de iniciación contrato: febrero 01 de 2005 y terminación del contrato julio 31 de 2005. CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA-Régimen contributivo

III. LABOR REALIZADA POR LAS PARTES DURANTE LA RELACION CONTRACTUAL

3.1 Labor realizada por la ECOR EL PRADO

- La ECOR EL PRADO E. U. realizó las gestiones necesarias de promoción para atraer nuevos contratantes e implementa estrategias de mercadeo para conquistar y hacer presencia de **COOMEVA EPS S.A.** en el mercado de la salud en Popayán, Timbio, Piendamó, Bordo, Bolívar, Santa Rosa, Guapi, Cajibío, Timbiquí, San Sebastián, La Vega, Balboa, Toribio, Timba.
- Las políticas de mercadeo se incrementan pero siempre cumplimiento con los requerimientos de control impuestos por **COOMEVA EPS S.A.** Los ingresos por comisiones retribuyen los esfuerzos y gestión realizados hasta el año 2006.
- ECOR EL PRADO vincula 26.205 afiliados entre el mes de agosto 1998- y hasta 31 de abril de 2006
- Empiezan las modificaciones unilaterales al contrato a partir de 2004 por parte de **COOMEVA EPS S.A.** respecto del número de afiliados y comisión de los nuevos contratantes a los planes de salud.
- No obstante la modificación del esquema de remuneración desventajosa, pero con la esperanza de que esto mejoraría, la agente en las reuniones empieza a manifestar ante la Dirección General Comercial de **COOMEVA EPS S.A.** que los afiliados ya no están siendo atendidos en debida forma por las políticas que viene desplegando la institución frente a los vinculados o beneficiarios en la ciudad.
- A finales del 2003 principios del 2004 la situación para la agente de **COOMEVA EPS S.A.** con la modalidad ECOR MIXTA se vuelve muy crítica desde el punto de vista económico; se le informa a la jefe comercial de Cali (María Mery Castaño en ese momento) por parte de la representante de la ECOR EL PRADO, que las afiliaciones son cada vez más difíciles al darse el cumplimiento de ley por medio de las vallas de validación de acuerdo del artículo 3 del Decreto 1703 de 2002, las cuales rechazan vinculaciones nuevas pero al subsanarse la situación **COOMEVA EPS S.A.** EPS no paga a la ECOR estas comisiones,
- Se inicia por parte de los afiliados vinculados a **COOMEVA EPS S.A.** EPS S. A cartas de reclamaciones como consecuencia de la mala atención de la IPS Salud Médica Popayán quien no cumple con el producto ofrecido. En el año 2005 principios del 2006 en forma reiterativa la representante de la ECOR EL PRADO viaja a la ciudad de Cali y conversa con Martha Elena Patiño Directora Comercial Sur Occidente solicitando correctivos ya que cada vez la situación se hace más insostenible y la consecución de los objetivos establecidos es imposible, el mantenimiento de las afiliaciones se realiza por medio de servicio al cliente carga que cada vez es más onerosa para la ECOR EL PRADO E. U.
- En cuanto a los riesgos que tomaba la ECOR cuando se hacía una afiliación y el usuario resultaba con una enfermedad que no había sido informada en el momento de la afiliación, le correspondía a ésta asumir todos los gastos pues **COOMEVA EPS S.A.** tomaba esto como afiliación de mala fe y

se descontaba dicha afiliación. Las afiliaciones realizadas y que presentaban glosas no se cancelaban a la ECOR EL PRADO E. U. muy a pesar de que con el tiempo se redimía la situación.

- El servicio al cliente fue clave para LA ECOR EL PRADO E. U. en su crecimiento, dependencia que con el transcurrir de la relación contractual se vuelve una nueva carga para ésta, puesto que debe contratar un empleado con el fin de hacer el seguimiento día a día a los afiliados sobre el servicio recibido (la representante de la ECOR tenía que interceder por los afiliados ante la IPS con el fin de que se les concediera fechas para atención médica de consulta, hospitalización y cirugía) con el único fin de mantener el estándar de calidad ofrecido.
- Los asesores de LA ECOR EL PRADO E. U. mantienen una capacitación permanente de los productos en salud que ofrece **COOMEVA EPS S.A.** por medio de viajes a la ciudad de Cali, para de esta forma realizar la venta con claridad y certeza de lo que exige la empresa contratante; LA ECOR EL PRADO E. U. debe realizar visitas permanentes a las empresa para la venta del producto y su mantenimiento el cual se hace mediante un seguimiento de la satisfacción del cliente.
- Puede constatarse el grado de colaboración y permanente interrelación comercial que se mantenía con **COOMEVA EPS S.A.**, en la consecución del certificado de la ISO 9001 de la calidad de servicios otorgada a la institución (ver anexo asunto nivel de desempeño, nivel aptitud calidad).
- Existe en los contratos celebrados, y durante su ejecución, la obligatoriedad de unas cantidades mínimas de vinculación de afiliados, con el objetivo de mantener y acrecentar la clientela.
- La relación contractual para la ECOR EL PRADO E.U. se vuelve de mayor responsabilidad, cuando realiza la vinculación debe hacer la digitación en AFILCO para esto debe contratar un nuevo empleado (Durante la relación contractual se le asignan situaciones de manejo que no están descritas en el contrato pero que pueden ser constatadas por las cartas prevenientes de **COOMEVA EPS S.A.** a LA ECOR)
- La evolución del margen de comisiones otorgadas con ocasión de la ejecución del contrato, fue evidentemente decreciente; la exigencia del mínimo de vinculados se incrementa -El último contrato es firmado en enero de 2005 el cual es prorrogado con otro sí el veinticinco (25) de enero de 2006 hasta el 30 de abril de 2006.
- La labor de la ECOR se medía por el crecimiento de la población, por la gestión de cobranza para lograr mensualmente el pago oportuno de aportes y por el mantenimiento que permanentemente ofrecía a través de su gerente y asesores.

3.2 LABOR REALIZADA POR COOMEVA EPS S.A. DURANTE LA RELACION CONTRACTUAL

En materia de instrucciones, éstas eran emanadas de **COOMEVA EPS S.A.**, quien siempre otorgaba directrices y capacitación en forma generales procurando el buen resultado de la actividad de colocación del producto, objetivos de penetración, modalidad de contrato (ver pagina 12 tabla 3 de la prueba 1)

Para la vinculación de un asesor a la ECOR, se exigía Hoja de vida, utilizándose para esto la ficha técnica del formato oficial que entregaba

COOMEVA EPS S.A. (ver pagina 9 - FIGURA No. 3 normatividad área comercial, prueba 1)

La convocada empresa **COOMEVA EPS S.A.** exige informes mensualmente sobre nuevos afiliados, cartera recolectada, hace entrega de la documentación que debe ser utilizada en la afiliación y demás actos materiales para llevar a cabo la gestión; a la terminación de la relación contractual la empresa **COOMEVA EPS S.A.** solicita mediante comunicación escrita la entrega de todos los documentos pertenecientes a la institución.

Dentro de los contratos suscritos encontramos “las partes aceptan que para el seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente contrato y sus anexos, a cargo de la ECOR, **COOMEVA EPS S.A.** queda expresamente autorizada, para la producción de Circulares Reglamentarias con destino a **la ECOR**, durante la vigencia del contrato, las cuales hacen parte del mismo para todos sus efectos”

CONTRATO AÑO 2005 - con vigencia MES DE SEPTIEMBRE- firmado por el entonces Gerente General de **COOMEVA EPS S.A.** EPS S. A Jorge Humberto Céspedes y la señora Olga Marina Martínez U representante legal **ECOR EL PRADO E. U.**

LOS TERMINOS SON IGUALES, las partes continúan siendo las mismas y el objeto igual; **AL CONTRATO CELEBRADO EL 28 DE ENERO 1999 CON LA SOLA DIFERENCIA DE INCLUIR NUEVAS TABLAS DE PAGO.**

LOS TERMINOS SON IGUALES A LOS DEL 28 DE ENERO DEL AÑO 1999 CON LA SOLA DIFERENCIA DE RETIRAR LA CLAUSULA COMPROMISORIA DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y MODIFICACIÓN DE LA TABLA DE COMISIONES.

CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA INICIO.- FEBRERO 01 DE 2005...TERMINO DURACIÓN DE CONTRATO JULIO 31 DE 2005

SE FIRMA OTRO SI AL CONTRATO DE FEBRERO 1 DE 2005 EN EL MES DE ENERO DE 2006, TANTO PARA EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE AFILIACIONES COMO CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE CARTERA.

V. RELACIÓN CONTRACTUAL FACTICA

Y en este orden de ideas, es importante tenerse en cuenta las situaciones fácticas que se crearon y esclarecer realmente la naturaleza jurídica de la relación contractual objeto de esta reclamación.

En el derecho de los contratos los empresarios han pretendido esquivar las prestaciones finales de la agencia comercial denominando sus contratos de otra manera pero en éste –el contrato- las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

Partiendo de este esquema contractual y con los diferentes conceptos jurisprudenciales y doctrinales que aportaré a este documento deseo mostrar el

verdadero contrato realizado entre las partes el cual según sus elementos esenciales corresponde al **de AGENCIA COMERCIAL**.

- Cuando la señora Olga Marina Martínez Urrea asumió el encargo de la afiliación y registro al Sistema general de Seguridad Social en Salud, y el cobro de cartera para **COOMEVA EPS S.A.** esta era muy reducida. La campaña emprendida por la señora Olga Marina Martínez Urrea a través de su empresa ECOR EL PRADO E U. implicó la promoción, con exclusividad en el territorio del departamento del Cauca, con claras instrucciones de venta y estratificación del mercado.
- El compromiso de la señora Olga Marina Martínez Urrea a través de la ECOR EL PRADO EU , de promoción y ventas, la administración de la relación con los afiliados, el recaudo pago y transferencias de los recursos, le exigió una fuerza comercial exclusiva en el ámbito departamental, integrada por seis asesoras, debidamente entrenados sobre el buen uso de todos los productos, fue esta una inversión dispuesta por la señora Olga Marina Martinez Urrea, para el buen éxito de la labor de promoción de los productos y explotación del negocio para **COOMEVA EPS S.A.**
- Para ello fue necesario adelantar una gran labor con todas las empresas estatales y privadas, adelantar acciones para su promoción, con esfuerzos intensos y costosos de venta, porque se trataba de ofrecer al posible vinculado que la atención y servicio ofrecido por **COOMEVA EPS S.A.** era el mejor para la población.
- A lo largo de toda la ejecución del contrato, **COOMEVA EPS S.A.** le envió a la señora Olga Marina Martinez Urrea, las listas de precio, el valor de las comisiones, de modo que la realidad de las relaciones no eran otras que las de agencia comercial, por cuanto la labor o función de la señora Olga Marina Martinez . a través ECOR EL PRADO E. U era la de promover negocios del empresario, a quien garantizaba el pago del precio correspondiente de su vinculación por medio del cobro de cartera que vendía por cuenta de este, dentro de la figura conocida como cláusula de “star del credere” esto es, aquella por la cual el agente asume personalmente ante el empresario la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones de los vinculados compradores de los productos promovidos y vendidos por conducto de ella.
- Durante la ejecución del contrato **COOMEVA EPS S.A.** determinó los requisitos y condiciones de vinculación el cobro de cartera; es más regulaba el cubrimiento y la presencia de sus productos en el mayor número de instituciones por medio de la meta de nuevos cotizantes para de esta forma comprobar el cumplimiento de sus instrucciones de penetración en el mercado.
- La señora Olga Marina Martinez Urrea debía rendir a **COOMEVA EPS S.A.** un informe mensual detallado, no solo de sus nuevos afiliados (volumen de ventas), sino de todos los aspectos y minucias de gestión, y así fue el comportamiento durante todo el contrato
- La señora Olga Marina Martinez Urrea designó y mantuvo personal suyo, bajo sus ordenes y remunerado por ella, para que trabajara en las instalaciones y dependencia de LA ECOR EL PRADO E U, pero la vinculación de los asesores era dirigida por **COOMEVA EPS S.A.**, mirar ficha técnica del Asesor Comercial pagina nueve (9) de la normatividad comercial prueba uno (1).

- Olga Marina Martinez Urrea fue agente comercial exclusivo en el departamento del Cauca de **COOMEVA EPS S.A.**

VI. VALORACIÓN DE LAS CONDUCTAS DESPLEGADAS POR LAS PARTES EN LOS CONTRATOS CELEBRADO

6.1 Independencia: la señora OLGA MARINA MARTINEZ URREA por medio de La ECOR EL PRADO E.U. organiza su empresa con infraestructura propia para el desarrollo de la gestión de promoción de los servicios de la salud, lo cual no puede ser desvirtuada por recibir directrices de gestión comercial y operativa por parte de **COOMEVA EPS S.A.**, es una persona jurídica independiente, con su patrimonio propio, organización y elementos, la cual asume por sí misma los riesgos de la operación encomendada.

Las personas que trabajaban para la ECOR tenían un perfil identificable, poseían toda la capacitación necesaria y exigible sobre la ley 100 del 93 y eran sometidos a las pruebas de calificación sobre estos conocimientos por **COOMEVA EPS S.A.** la cual era la encargada de llenar la ficha técnica para que se le entregara el respectivo código.

Respecto a las exigencias sobre los afiliados, beneficiarios de los servicios de salud LA ECOR conseguía el cliente con su fuerza de venta, llenaba los documentos que la EPS exigía, presentaba estos documentos ante la entidad **COOMEVA EPS S.A.**, la cual verificaba la información, aprobaban al afiliado y una vez realizado el procedimiento sino se reportaba una novedad en las mallas del Fosyga se pagaba o reconocía la comisión.

Mi representada no solo lograba la vinculación del usuario y de su familia a **COOMEVA EPS S.A.** sino que le acompañaba dentro de su relación contractual para lograr una buena y pronta atención médica, además le hacía un acompañamiento en el momento de la solicitud de exámenes y si era necesario la oportuna práctica de cirugía...

La dirección del manejo del mercado lo hacía LA ECOR EL PRADO E.U., y **COOMEVA EPS S.A.** hace el control de este y los planteamientos generales.

6.2 Estabilidad la ECOR EL PRADO E. U. a través de la señora OLGA MARINA MARTINEZ URREA, desplegando sus mejores esfuerzos desarrolló una actividad permanente, por lo tanto no desarrolla un negocio concreto sino que logra la vinculación del mayor número de afiliados durante la vigencia de la relación contractual.

6.3 Promover negocios: las vinculaciones siempre fueron producto de una gestión eficiente y permanente de la fuerza de ventas vinculada con la ECOR quienes trabajaban las personas naturales y jurídicas ya fueran particulares u oficiales dentro de la circunscripción territorial asignada, el departamento del Cauca.

6.4 Por cuenta ajena: los afiliados que se conseguían para la prestación de los servicios eran para **COOMEVA EPS S.A.** y era esta entidad quien recibía el precio que se estipulaba. La comisión era reconocida o quedaba supeditada a que se cumplieran o no surgieran contingencias frente a Fosyga u otras exigencias. Esto es compatible con la figura del contrato de agencia, teniéndose

en cuenta que este contrato se caracteriza por la función económica de crear y mantener una clientela para el empresario, es decir, aquella que permanece, en este caso para **COOMEVA EPS S.A.**

6. 5 La dedicación a un ramo determinado y una zona prefijada: Se desplegaba la mayor diligencia para efectuar el encargo encomendado y aunque no se exige este elemento para hacer existente el contrato de agencia comercial siempre se realizó en Popayán Timbio, Piendamó, Bordo, Bolivar, Santa Rosa, Guapi, Cajibío, Timbiquí, San Sebastial, La Vega, Balboa, Toribio, Timba , zonas que fueron determinadas por **COOMEVA EPS S.A.** dentro del desarrollo de la relación contractual se respeto la zona asignada

6. 6 Inscripción en el registro mercantil: se inscribió el contrato con una denominación diferente pero ante las circunstancias fácticas nos encontramos frente al desarrollo de un contrato de agencia mercantil.

La actividad comercial siempre se realizó a nombre de **COOMEVA EPS S.A.**, con facturas de ésta, y terminado el contrato puede observarse según anexo la exigencia de entregarse toda la documentación perteneciente a **COOMEVA EPS S.A.**

Terminación unilateral del contrato: el cual es aceptado por **COOMEVA EPS S.A.**, las obligaciones cada vez más asfixiantes de la entidad para con la ECOR, y el quebranto de la relación contractual económicamente hablando de la parte que representa el empresario o sea en este caso **COOMEVA EPS S.A.**; siendo reiterativos en nuestras posiciones la relación contractual se rompe unilateralmente por el cambio de las condiciones económicas”.

1.5.- Antecedentes del Trámite ante la Jurisdicción

- Por medio de escrito radicado el 2 DE Octubre de 2006 ante la entidad **COOMEVA EPS S.A.** se solicita prestaciones e indemnización por terminación del contrato de acuerdo a la normatividad vigente comercial.
- Se recibe respuesta del documento petitorio en octubre 10 de 2006 negando lo pedido.
- Se solicita audiencia de conciliación ante el Centro de Conciliación de la Universidad del Cauca, el día 11 de junio de 2008, en la cual no hay ánimo conciliatorio.

1.6.- Pretensiones de la Demanda

Como consecuencia de los hechos relacionados se solicita al Tribunal las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que la relación contractual entre OLGA MARINA MARTÍNEZ URREA representante legal de la ECOR EL PARDO E.-U. y titular de la empresa unipersonal durante su existencia y **COOMEVA EPS S.A.**, desde el 5 de agosto de 1998 en adelante, fue de agencia comercial; regido por las normas del capítulo V, título XIII del libro IV del Código de Comercio.

2.- Que en consecuencia, habiendo terminado dicha relación, **COOMEVA EPS S.A.** debe reconocerle y pagarle a la señora Olga Marina Martínez Urrea

(representante legal de la ECOR E PRADO E.U.), de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o sea del 5 de agosto de 1998 hasta el 30 de abril de 2006, una suma no inferior a trescientos setenta y nueve millones novecientos ocho mil quinientos cincuenta y un pesos moneda corriente (\$379.908.551)

3.- Que las cláusulas décima y décima primera del contrato suscrito 1 de febrero de 1999, y los subsiguientes que disponen, en su orden, que la duración del contrato es de un (1) año contado a partir de la fecha de su firma prorrogado en forma sucesiva por el mismo periodo, a menos que cualquiera comunique a la otra, por escrito, su decisión de dar por terminado, con una antelación no menor de treinta (30) días calendario a la fecha de su terminación, se consideren ineficaces

4.- Que de todos modos, e independientemente de la calificación jurídica del contrato, **COOMEVA EPS S.A.** está obligada a indemnizar a OLGA MARINA MARTINEZ URREA titular de la empresa unipersonal durante su existencia y representante legal de la misma durante la relación contractual los perjuicios (interés positivo o lucro cesante) preceptuados en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio; que le ha ocasionado su terminación unilateral sin justa causa, en cuantía no inferior a la suma de doscientos setenta y cuatro millones quinientos sesenta y dos mil quinientos cuatro pesos moneda corriente (\$274.562.504)

5.- Que se tase el dinero dejado de pagar a la señora Olga Marina Martínez Urrea en comisiones durante los dos últimos años por retraso en las vallas validadotas, pero que el sistema de seguridad social si le pago a **COOMEVA EPS S.A.**

6.- Que el monto de las condenas sea cancelado dentro del término que fije el laudo, con corrección monetaria o actualizado, especialmente el del artículo 1324 (1) C. de Co., de acuerdo con el índice de inflación, conforme a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 6892 de 18 de marzo de 1993.

7.- Que la convocada demandada pagará las costas del proceso.”

1.4 Actuaciones del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali dispuso lo necesario para que tuviera inicio el trámite solicitado, mediante la conformación, previo sorteo, del Tribunal de Arbitramento que quedó conformado así:

1.- **MARTA ISABEL NAVIA RAFFO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 38.978.950 expedida en Cali, con tarjeta profesional No. 31.042 del Consejo Superior de la Judicatura, en su carácter de árbitro nombrada por la Cámara de Comercio de Cali, quien a su vez actúa como Presidente del Tribunal de Arbitramento.

2.- **JAIME OLANO MARTÍNEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.877.645 expedida en Bogotá, con tarjeta profesional No. 99.080 del Consejo Superior de la Judicatura, en su carácter de árbitro nombrado por la Cámara de Comercio de Cali.

3.- **JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.536.467 expedida en Popayán, con tarjeta profesional No. 28.991 del Consejo Superior de la Judicatura, en su carácter de árbitro nombrado por la Cámara de Comercio de Cali.

1.8.- Designación del secretario del Tribunal

En la audiencia de instalación del tribunal, éste designó a LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO, como secretario del tribunal. El secretario tomó posesión del cargo como consta en dicha acta.

1.9.- De la admisión de la demanda:

Mediante el auto No. 02 del 27 de octubre de 2009, el Tribunal de Arbitramento admitió la demanda arbitral y ordenó su notificación a la entidad convocada y el traslado legal de diez (10) días.

Contra la mencionada providencia, el apoderado de la parte convocada, estando presente en la audiencia, interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, argumentando “que los hechos no se encuentran clasificados, determinados y numerados como lo exige el numeral citado”.

Por medio del auto No. 03 de fecha 27 de octubre de 2009, contenido en el Acta de Instalación del Tribunal de la misma fecha, el Tribunal de Arbitramento emitió pronunciamiento y sobre el particular resolvió:

“Confirmar el anterior auto mediante el cual se admitió la demanda arbitral presentada por la señora Olga Marina Martínez Urrea, propuesta a través de apoderada judicial, doctora María Nydia Salazar de Medina, contra **COOMEVA EPS S.A.**”

2.0.- Medios de defensa de la parte convocada:

La sociedad **COOMEVA EPS S.A.** ejerció su defensa por intermedio de apoderado, de un lado presentando contestación a la demanda arbitral y planteando excepciones, cuyos argumentos principales se transcriben textualmente:

“1º INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL O COMERCIAL.”

Es importante aquí precisar que nunca se le concedió el poder de representación a la sociedad demandante, y de igual forma es claro anotar que la celebración de los contratos de afiliación solo puede ser realizada directamente por parte de la Entidad Promotora de Salud, siendo este el sujeto calificado y autorizado por la Ley en forma excepcional para suscribir estos

contratos¹, y que no existe autorización legal que permita delegar la representación para la afiliación.

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

En consecuencia, siendo imposible por la naturaleza propia del contrato de afiliación, que el demandante obrara por cuenta de **COOMEVA EPS S.A.**, se desvirtúa la posibilidad de actuar por cuenta ajena y por ende, la existencia de contrato de agencia mercantil, subespecie del mandato.

Lo anterior conlleva a afirmar que la promoción de las afiliaciones que realizaba el demandante solo podría establecerse en virtud de un contrato de corretaje, mediante el cual, la demandante acercaba a terceras personas con **COOMEVA EPS S.A.** para que entre estas se celebrara el contrato de afiliación.

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

La parte demandante pretende desconocer el contrato suscrito y que rigió la relación comercial que existió y que fuera renovada en varias oportunidades. El artículo 1602 del Código Civil, aplicable a las relaciones comerciales por expresa remisión del Artículo 822 del Código de Comercio dispone lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. La norma antes transcrita advierte que la voluntad de las partes no puede desconocer la norma imperativa, estableciendo la preponderancia del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes al momento de celebrar el contrato.

3.- FALTA DE CAUSA.

La acción demandada carece de causa en razón a que la relación sostenida entre la Sra. OLGA MARINA MARTINEZ URREA, en su calidad de representante legal de la ECOR EL PRADO E.U. y **COOMEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.** **COOMEVA EPS S.A.**, no acarrea jurídicamente las prestaciones invocadas en la demanda por lo cual estas son infundadas, lo que conduce a una aspiración del demandante de enriquecerse sin justa causa y a costa de mi representada.

4.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION PRETENDIDA.

COOMEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. COOMEVA EPS S.A. no está obligada a pagar a OLGA MARINA MARTINEZ URREA en su

calidad de Representante Legal de la ECOR EL PRADO E.U., prestación alguna, en efecto:

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

2.- La terminación de los contratos celebrados ocurrió por cumplimiento del termino de su vigencia y mutuo acuerdo entre las partes, autorizada expresamente en le contrato y que según disposición de las partes no generaba ninguna indemnización. Por esta razón no se entiende que ahora se pretenda desconocer el pacto y alegar perjuicios que las partes aceptaron que no se causarían.

3.- Mi representada cumplió a cabalidad las obligaciones derivadas de la relación comercial convenida entre las partes, sin que pueda alegarse incumplimiento en el pago de las comisiones.

5.-TERMINACION LÍCITA DEL CONTRATO.

La terminación de los contratos suscritos, bien por vencimiento del término o por mutuo acuerdo, se llevo a cabo en debida forma ajustada en todo a los contratos suscritos por las partes.

6.- COBRO DE LO NO DEBIDO.

Es claro que **COOMEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. COOMEVA EPS S.A.**, no le debe nada al demandante, por consiguiente las pretensiones indemnizatorias del demandante constituyen un cobro de lo no debido.

7.- BUENA FE CONTRACTUAL Y CARENCIA DE CULPA DE COOMEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

COOMEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., obro de buena fe al momento de proponer los negocios jurídicos a la ahora demandante, cumpliendo totalmente con las obligaciones que el corresponden, advirtiendo además que mi representada nunca incurrió en culpa por acción u omisión que pudiera original alguna responsabilidad.

8.- INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO.

Durante toda la relación contractual la sociedad demandada fue respetuosa de los derechos de la demandante y cumplió cabalmente con sus obligaciones, razón por la cual no podría llegar a invocar abuso del derecho.

Es preciso indicar que la terminación de los contratos suscritos, y en particular el contrato suscrito el día primero (1º) de febrero de 1999, acaeció en virtud de la terminación del plazo fijado, plazo este que según los otrosí suscritos, y en particular el de fecha Veintiocho (28) de Febrero de 2001, se fijo hasta el día Treinta (30) de Junio de 2001, fecha de su terminación.

9.- PRESCRIPCION DE LA ACCION.

Las acciones derivadas de un contrato de agencia comercial prescriben en cinco años, contados a partir de la finalización de la relación contractual, es así como el Contrato Comercial de Prestación de Servicios Ecor por Compensación, celebrado el primero (1º) de Febrero de 1999, el cual termino el día Treinta de Junio de 2001, según lo acordado en el otrosí suscrito el día Veintiocho (28) de Febrero de 2001, y los que fueren pertinentes hasta el año 2004; se deberán declarar prescritas las obligaciones derivadas de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1329 del Código de Comercio.

10.- CONTRATO DE AGENCIA ENTRE UNA EPS Y UN PROMOTOR DEL P.O.S, ADOLECE DE OBJETO ILICITO, POR LO TANTO NO RESULTA PROCEDENTE SU DECLARACION.

La actividad desarrollada por una entidad promotora en salud obedece a una delegación exclusiva del estado, no siendo procedente el que esta sea a su vez delegada por dichas entidades a personas distintas e ellas mismas por tener el carácter de una función pública. el Decreto Reglamentario 1485 de 1994 además de regular las modalidades de contratación de los promotores, en su artículo 25 estatuye la prohibición de fijar otra manera de remunerar a los promotores que sena contratados distinta a la del pago de una comisión, restringiendo así al máximo la libertad contractual del particular investido con función pública sobre dicho asunto específico, de manera tal que cualquier acto de disposición, sea voluntario o impuesto contrario a lo ordenado allí, quedaría por completo viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito al transgredir flagrantemente una norma de orden público económico de raigambre imperativa. Ahondando en lo anterior, es pertinente memorar lo que el artículo 899 del Código de Comercio preceptúa en tratándose de la omisión de normas de obligatorio cumplimiento:

Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraría una norma imperativa
2. Cuando tenga causa u objeto ilícito.
3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

11.- FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

La competencia de un Tribunal arbitral deviene de la cláusula compromisoria, pues es la voluntad de las partes la que ha querido dejar en manos de particulares investidos transitoriamente de la función de administradores de justicia la solución de las diferencias que en virtud del negocio jurídico convenido llegaren a resultar. Así las cosas se advierte que la cláusula compromisoria se encuentra destinada para dirimir las diferencias surgidas con relación a la terminación, interpretación o ejecución del negocio jurídico al cual se incorpora el mencionado pacto arbitral, de manera que la competencia de un tribunal arbitral se circunscribe a lo convenido por las partes en el pacto arbitral. Para el caso objeto de estudio en tan solo uno de los contratos que reguló la relación comercial existente entre las partes se consagró la cláusula compromisoria, contrato que estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2001. No estando facultado el Tribunal para pronunciarse respecto de la relación jurídica reglada por contratos posteriores en los que no se consignó pacto arbitral.

12.- FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA

De la sola revisión de los contratos que regulan la relación jurídica que existió entre mi mandante y la empresa ECOR EL PRADO E.U. se infiere que el contratista es una persona distinta de quien ahora demanda”.

2.1.- De la audiencia de conciliación:

Consta en el Acta No. 02 del 23 de noviembre de 2009, la celebración de la audiencia de conciliación prevista por el artículo 141 del Decreto 1.818 de 1.998, dentro de la cual el Tribunal de Arbitramento hizo las gestiones de acercamiento entre las partes, en procura de lograr un arreglo amigable, lo que resultó imposible dado el distanciamiento de las posiciones expuestas por ellas y a pesar de la invitación por parte del Tribunal de llegar a un acuerdo.

Por tanto, el Tribunal declaró fracasada la Conciliación mediante el auto No. 04 del 23 de noviembre de 2009

2.2.- Fijación de honorarios y gastos de funcionamiento:

A continuación de la audiencia de conciliación el Tribunal de Arbitramento señaló las sumas de honorarios de los Árbitros y el Secretario de acuerdo con lo señalado en el Decreto 4089 de 2007, por tratarse de un arbitramento legal.

Asimismo, fue establecida la partida de gastos de funcionamiento.

Estas sumas fueron consignadas por la parte convocante en su totalidad, dentro de los términos previstos en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.

2.3.- De la primera audiencia de trámite:

2.3.1.- De la competencia del Tribunal de Arbitramento:

El de 17 de diciembre de 2009 se celebró la primera audiencia de trámite en los términos del Acta No. 03.

Hecho el análisis de la cláusula compromisoria, y teniendo en cuenta la excepción de mérito planteada por el abogado de la convocada, denominada como FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL, éste por medio de auto No. 06, del 17 de diciembre de 2009, se declaró competente.

El Tribunal tuvo en cuenta las siguientes consideraciones para la declaratoria de competencia:

Entre las excepciones formuladas por el apoderado de la parte convocada se encuentran las que denominó: “1º INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL O COMERCIAL”; “9º PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION”; “11º FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL” y “12º FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA”. De manera que el Tribunal, previamente a definir su propia competencia, debe estudiar las mencionadas excepciones por tener una íntima y estrecha relación con ésta.

En primer término y con respecto a la excepción denominada “Falta de competencia del Tribunal Arbitral”, la impugnación se basa en la consideración de que si bien entre las partes existieron varios convenios que regularon la relación contractual, en tan sólo uno de los contratos, el cual terminó el 30 de Julio de 2001, se convino cláusula compromisoria. Igualmente afirma que en el contrato suscrito por las partes el 1º de Febrero de 2004, no se incluyó cláusula compromisoria y expresamente se dejó sin efecto obligaciones y derechos convenidos por las partes en relación al mismo objeto negocial.

En relación a la prescripción de la acción se alega que ésta se produjo con respecto al contrato que terminó el 28 de Febrero de 2001 y LOS QUE FUERON PERTINENTES HASTA EL AÑO 2004, cuyas prestaciones deberán declararse prescritas.

La excepción relativa a la inexistencia del contrato de agencia mercantil, se hace consistir en que la relación convenida y desarrollada entre las partes no comprendió los elementos esenciales que configuran un contrato de agencia mercantil, pues en realidad entre las partes lo que existió fue un contrato de corretaje complementado con obligaciones propias de un contrato de prestación de servicios.

Para definir el asunto, el Tribunal, de manera oficiosa, entra a analizar la validez y eficacia del convenio arbitral invocado como fuente de éste proceso para lo cual ha verificado que efectivamente, en el contrato suscrito entre las partes el día 1º de Febrero de 1999 y cuyo título es “CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS”, en su cláusula décimo cuarta se consignó una cláusula compromisoria que cumple con los requisitos esenciales y de validez de dicho contrato, razón por la cual, salvo que durante la etapa probatoria se pruebe en contrario, se tiene por válido y existente el convenio arbitral invocado en este proceso.

Ahora bien, dada la naturaleza especial del juicio arbitral, durante la primera audiencia de trámite se define la competencia del Tribunal y posteriormente, una vez quede en firme la providencia anterior, se decretan las pruebas, lo que de por sí determina que con demasiada frecuencia un Tribunal Arbitral tenga que asumir una competencia inicial y provisional sobre determinados asuntos y sólo en el laudo, una vez practicadas y evaluadas las pruebas, pueda desatarlos definitivamente.

Lo anterior es tan común en el juicio arbitral que la Ley Modelo de la UNCITRAL artículo 16 y el artículo 6.2 de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), expresamente disponen que la definición de competencia puede darse como un asunto previo o en el laudo mismo, practica últimamente aceptada por la jurisprudencia nacional (Tribunal Superior de Barranquilla. Sala Séptima de Decisión en Civil y Familia. Radicación 32747. Sentencia de Julio 2 de 2009).

Por lo tanto y dado que la suerte de las excepciones de mérito propuestas por la convocada solamente podrán definirse en el laudo mismo, aunque tocan directamente con la competencia de éste Tribunal, se asumirá competencia para conocer del presente proceso, sin perjuicio de que una vez practicadas y

valoradas las pruebas, el Tribunal considere lo que resulte de dicho análisis, previas las siguientes consideraciones:

En primer término, se resalta, las excepciones de falta de competencia y prescripción de la acción, están íntimamente ligadas, como que se basan en los mismos hechos.

Para resolver el asunto es pertinente anotar que si bien el artículo 1329 del C.Co., habla de que las acciones relacionadas con el contrato de agencia mercantil “prescriben” en 5 años, dicho termino ha de entenderse como de caducidad y no de prescripción, pues por sabido se tiene que prescribe el derecho y caduca la acción (Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998), razón por la cual se ha dicho que cuando el legislador hable de “prescripción” de la acción, en realidad está regulando el fenómeno de la caducidad (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de Septiembre 23 de 2002 y Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 15239. Sentencia de Diciembre 4 de 2006).

En segundo lugar, si bien, la parte actora sostiene que la relación negocial trabada entre las partes lo fue de agencia mercantil, la convocada manifiesta que se trató de un contrato de corretaje con prestación de servicios, circunstancia que solamente se podrá definir en el laudo y de conformidad con las pruebas que se practiquen en el proceso. Si se corrobora que el contrato es de corretaje y prestación de servicios, el termino de caducidad de las acción es de 10 años, según la disposición general contenida en el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 en concordancia con el artículo 2536 del C.C., y la Ley 791 de 2002, por lo que de manifiesto aparece que no habría caducidad de la acción, pero sí se abriría paso a la excepción denominada inexistencia del contrato de agencia mercantil. Adicionalmente hay que considerar que la parte convocada alega que se trata de un contrato único que empezó a cumplirse entre el mes de Agosto de 1998 y terminó en Abril 31 de 2006, circunstancia que de probarse, no abriría camino a la caducidad de la acción.

La excepción de falta de competencia como se expresó anteriormente, está íntimamente ligada a la prescripción, pero en todo caso, solamente una vez evacuadas las pruebas se podrá determinar si la relación contractual fue única y sucesiva como lo sostiene la convocante o si se convinieron varios contratos diferentes, el último sin cláusula compromisoria como lo afirma la convocada. Si sucede lo primero, el Tribunal tendría competencia plena y si sucede lo segundo, la competencia se restringiría a definir prestaciones originadas hasta el 2004.

2.3.2.- Fijación del término de vigencia del proceso y decreto de pruebas:

En la misma audiencia el Tribunal de Arbitramento fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses a partir del 17 de diciembre de 2009, inclusive, y se pronunció sobre las pruebas pedidas por las partes, decretando la gran mayoría.

2.3.3.- De la práctica de las pruebas:

El Tribunal de Arbitramento practicó las pruebas solicitadas por ambas partes que fueron decretadas y no desistidas, y las que de oficio ordenó, como consta en el Auto No. 7 de diciembre 17 de 2009.

2.4.- Alegatos de conclusión:

Concluida la etapa probatoria, en audiencia celebrada el 7 de mayo de 2010, los apoderados de las partes expusieron sus alegatos exponiéndolos oralmente el apoderado de la convocada. Al final ambos apoderados presentaron sendos escritos ante el Tribunal de Arbitramento.

2.5.- Contabilización del término de vigencia del proceso arbitral y suspensiones del mismo:

El término legal del proceso arbitral empezó a contarse a partir del 17 de diciembre de 2009 cuando tuvo lugar la celebración y finalización de la primera audiencia de trámite. Durante el proceso, de común acuerdo de las partes se solicitaron y decretaron las siguientes suspensiones al trámite arbitral:

Acta	Fecha inicio suspensión	Fecha fin suspensión	Total días suspensión
03	18 dic de 2009	19 ene 2010	33
05	22 ene 2010	25 feb 2010	35
09	15 abr 2010	06 may 2010	22
10 y 11	08 may 2010	27 may 2010	20

2.6.- Procedibilidad de la decisión:

Rituado como se encuentra el trámite de este proceso arbitral, procede resolver en derecho las diferencias existentes entre las partes, plasmadas en la demanda principal, sus escritos de respuestas y excepciones propuestas, teniendo en cuenta para ello los hechos y pretensiones esgrimidos, las pruebas recaudadas y los alegatos de conclusión presentados, a lo cual hay lugar por encontrarse reunidos los presupuestos procesales y no observarse causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Por tanto, llegada la fecha señalada para el efecto, al proferimiento del laudo se procede previas las siguientes:

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES

2.1.- Del Contrato de Corretaje

Si bien el Código de Comercio no define lo que ha de entenderse por contrato de corretaje puesto que el art. 1340 C.Co., se limita a disponer las condiciones personales del corredor; una interpretación armónica de lo previsto en la Sección I del Título XIV, del Libro cuarto, permite deducir sus condiciones esenciales y características propias.

Una primera observación es que el corretaje está estructurado para el desarrollo o cumplimiento de prestaciones únicas o individuales, en la medida que cada contrato que celebre el proponente o encargante con un tercero, gracias a la intermediación efectiva del corredor, es independiente y autónomo de los demás contratos que celebre ese mismo proponente, con otros terceros. De aquí que, la suerte de uno no ata la suerte de los otros. No es causal que el artículo 1340 parta del supuesto de que la intermediación es para la celebración DE UN NEGOCIO COMERCIAL; el artículo 1341 habla de “el negocio en que intervenga” el corredor; el artículo 1342 se refiere al negocio encomendado, lo mismo que los artículos 1343,1344; por su parte, el artículo 1345 exige al corredor llevar un libro de registro de CADA UNO DE LOS NEGOCIOS EN QUE INTERVENGA.

Lo anterior no se opone a que mediante una relación global o contrato marco, un mismo proponente le encargue al corredor, por un tiempo determinado, que sirva como intermediario para promover sus bienes o servicios frente a cualquier tercero interesado. En estos casos, cada vez que la intermediación del corredor resulta exitosa y conduce a que el proponente efectivamente celebre un contrato con un tercero intermediario, se forma una relación jurídica individual e independiente a los otros negocios jurídicos concluidos por el proponente con otros terceros, en virtud del contrato global o marco suscrito con el corredor. De esta forma, la nulidad, la ineficacia o resolución de un contrato específico, no puede servir de pretexto para que el proponente se niegue al pago de la remuneración originada en otros contratos, precisamente, por la autonomía e independencia que jurídicamente se presenta con respecto a cada negocio jurídico celebrado, con la intermediación del mismo corredor.

Casualmente, por virtud de la vinculación ocasional transitoria o esporádica del corredor en la gestión de negocios encomendados por un mismo proponente, se ha dicho, descansa una de las diferencias mas importantes entre el contrato de corretaje y el de agencia mercantil, puesto que la actividad del agente si es de carácter permanente y estable.

“Diferencias entre el contrato de agencia y mediación o corretaje.

“La actividad del agente con la del empresario se establece; en cambio la actividad del mediador ES ESPORÁDICA, VALE DECIR CONVIENE A UN NEGOCIO DETERMINADO” (Sedney Alex Bravo. Contratos modernos empresariales. Tomo I, pág. 483. Editorial S.M. Lima, 1998).

“El mediador o corredor se ocupa de poner en relación a dos PERSONAS PARA QUE CELEBREN UN NEGOCIO (C. de Co., art. 1340). En este sentido, se puede decir que el corredor promueve contratos, pues estimula a las partes para que los concluyan, y es en esto en lo que se distingue del agente, porque este

no pretende promover uno o más contratos determinado” (Juan Pablo Cárdenas. El contrato de agencia mercantil. Temis. Pág. 39).

“La intermediación propia del mediador ES PARA LA CELEBRACIÓN DE UN NEGOCIO; la que se atribuye al corredor, ES PARA LA CELEBRACIÓN DE UN NEGOCIO COMERCIAL. Ello es consecuencia inmediata, decíamos, del ámbito mismo de cada legislación: la italiana, unificada en las materias civil y comercial; la colombiana, destinada únicamente a la regulación de actividades mercantiles”. (José Armando Bonivento. Contratos Mercantiles de Intermediación. Librería el Profesional, pág. 241)

“La agencia comercial se diferencia del corretaje en la continuidad de la relación de la cual goza la agencia comercial, elemento, este, ajeno al corretaje.” (CONTRATOS COMERCIALES, JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA, EDICIONES ANANKÉ, PAG. 195.)

Un segundo aspecto a resaltar es que el corredor es un experto en el mercado de bienes o servicios relativos al encargo. Es un profesional *ex ante* de la celebración del contrato de corretaje, por lo que no puede pretenderse que se volverá especialista, precisamente, cuando empiece a cumplir con el contrato marco suscrito con el proponente. Al contrario, se parte del supuesto de que al momento de la celebración del contrato de corretaje, el corredor habitualmente se ocupa de negocios en la correspondiente rama o actividad u objeto del negocio encomendado.

En tercer lugar, el corredor NO PUEDE ESTAR LIGADO POR RELACIONES DE COLABORACIÓN, DEPENDENCIA, MANDATO O REPRESENTACIÓN con el encargante o proponente, debido a que su gestión se encuentra limitada a poner en relación al encargante con un tercero interesado, pero no participara en ninguna otra forma en la conclusión y celebración del negocio definitivo. Con razón se ha dicho que:

“Se trata efectivamente de un contrato sui generis cuyo contenido prestacional, por sus características, impide ubicarlo dentro de los esquemas tradicionales o clásicos de contratación mercantil”. (Gabriel Correa Arango, El contrato de corretaje en Colombia, Temis, 1988, pág. 23).

“En cambio, en materia de corretaje, si es inconcebible la representación en la actitud propia del corredor, y es inconcebible por esto: porque es a iniciativa propia del corredor. El corredor, como tal, por iniciativa propia busca acercar a las personas y así es la definición que trae el Código en el Título XIV, art.1340: “Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”. Lo que caracteriza la actividad del corredor es que obra sin representación, sin mandato, sin dependencia y sin colaboración. Es para utilizar un término muy poco jurídico pero muy gráfico, lo que llamamos un metiche, una persona que vive metiéndose en todas partes, a ver que puede obtener. Se le aparece al ganadero, se le aparece al terrateniente, se le aparece al propietario, se le aparece al productor y le dice: “Usted estaría interesado en

esto? Yo le puedo conseguir a usted quién, a su vez se interese en esta otra cosa”(ALVARO PEREZ VIVIES, PAG.233 IBIDEM)

Confrontando lo anterior con la realidad o ejecución efectiva del contrato, uno se encuentra con que la empresa Ecor el prado E.U., fue constituida en Diciembre 14 del 98 y con la única finalidad de continuar desarrollando el contrato de corretaje que desde el día 5 de Agosto de 1998, venia desarrollando, a titulo personal, la señora Olga María Martínez Urrea. De igual forma y en razón a la exclusividad, está probando que el único contrato que celebró la Ecor el prado E.U., para promocionar servicio de salud, lo formalizó con **COOMEVA EPS S.A.** y a partir del contrato celebrado el 1º de Febrero del 99. Por lo tanto, antes de dicho contrato, la Ecor el prado E.U, no había desarrollado actividades de promoción y/o comercialización de servicios de salud por lo que no puede afirmarse que cuando la contrató **COOMEVA EPS S.A.**, era un empresario experto, habitual y conocedor del mercado, como lo exige el artículo 1340 C.Co. En segundo lugar, tampoco se cumplió con el requisito previsto en el mencionado artículo 1340 C.Co. y consistente en que el corredor no esté vinculado con ninguna de las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. Al efecto, basta mirar las labores encomendadas a la Ecor el prado en el contrato suscrito el 1º de Febrero de 1999 para encontrar confirmada la colaboración y dependencia. En la CLÁUSULA PRIMERA, literal c, f; CLÁUSULA TERCERA, literal c), f), j), m), n), ñ) y o) y ARTÍCULO CUARTO literal j) se consignan obligaciones de colaboración a favor de **COOMEVA EPS S.A.** y que no son necesarias para la ejecución de un contrato de Corretaje.

Se insiste, conforme al preciso contenido del artículo 1340 C.Co., la tarea del corredor se restringe a poner en relación a los futuros contratantes, pero EL CONTRATO DEFINITIVO, LA FORMALIZACIÓN DEL MISMO Y SU CUMPLIMIENTO, COMPETE EXCLUSIVAMENTE AL PROPONENTE; es decir toda la etapa posterior queda a cargo del proponente. Así por ejemplo, sí como consecuencia del contrato de afiliación al sistema general de salud - régimen contributivo- el afiliado Sutanito tiene derecho a que se le expida un carnet, el cumplimiento de ésta obligación debe correr por cuenta de la E.P.S, y no del corredor, pues se repite, dicha labor trasciende su tarea de poner en contacto a los futuros contratantes y sin lugar a dudas, implica una actividad de colaboración con el encargante, además de considerarse colaboración permanente.

No hay que perder de vista que la labor del corredor se ubica en la etapa precontractual y no trasciende a labores propias de la ejecución del contrato. Por tal motivo, tampoco es propio de un contrato de corretaje que se le encargue al corredor el control, administración y recaudo de la cartera, pues tales tareas también corresponden a la etapa de ejecución y cumplimiento del contrato promovido, y en su ejecución, necesariamente, desarrolla actividades de colaboración con el promotor.

En cuanto a la subordinación en la CLÁUSULA PRIMERA, literal B; CLÁUSULA TERCERA, literales I), L), P) y CLÁUSULA CUARTA, literal K), se consignan obligaciones de la Ecor que sin lugar a dudas crean una dependencia con **COOMEVA EPS S.A.**, más allá de lo razonable, en un contrato de corretaje. Aquí es bueno anotar que la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte de

Agosto 8 de 2000, Exp 5383, citada por la convocada, bien puede predicarse de los corredores de seguros en atención a que su régimen especial, no sólo aparece consignado en el artículo 1347 y siguientes del Código de Comercio, sino que mayormente se regula en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), la Ley 510/99 y la Circular Básica 007 expedida por la Superbancaria. Por lo tanto, la sentencia SE AJUSTA A LAS PREVISIONES DEL CORREDOR DE SEGUROS pero no tiene el mismo alcance frente a las normas generales del Código de Comercio y en relación a los otros corredores.

Finalmente, la meta mensual de la captación de usuarios prevista en la CLÁUSULA PRIMERA, literal 13, así como lo previsto en el PARÁGRAFO II de la CLÁUSULA CUARTA y las condiciones de pago de la comisión, amarradas a dichas metas y demás condiciones previstas en la CLÁUSULA QUINTA, literal B), como requisitos para efectuar el pago a favor de la Ecor El Prado, también desnaturalizan el contrato de corretaje. En primer lugar, la obligación del corredor de poner en contacto a un posible contratante con el encargante no es de resultado sino de medios. En segundo lugar, el pago de la comisión pactada a favor del corredor QUEDA SUJETA A LA ÚNICA CONDICIÓN LEGAL DE QUE EL CONTRATO INTERMEDIADO, EFECTIVAMENTE SE CELEBRE. Por tal virtud, cualquier otra condición de pago que se introduzca en el contrato, resulta absolutamente nula, por violación de norma imperativa. En efecto, basta la celebración del negocio en que intervenga, para que el corredor tenga derecho a su remuneración, según lo dispone el artículo 1341 y lo confirma el 1343 disponiendo, incluso, que si el contrato deviene nulo y el corredor ignoraba la causal de invalidez, se le debe pagar la remuneración pactada. Los únicos pactos permisibles son en relación a si una sola parte paga el total, o la comisión se divide, cuando son varios corredores.

La condición suspensiva está referida al nacimiento del contrato intermediado y su acaecimiento confirma el derecho a la remuneración, pero lo que no es permitido pactar es que incluso, suscrito el contrato promovido por el corredor, se establezcan unas condiciones adicionales para efectuar el pago de su comisión.

En resumen, el contrato de fecha Febrero 1º/99 no puede considerarse un contrato marco para el desarrollo de múltiples convenios de corretaje en razón a que por su contenido y redacción se refiere a múltiples negocios encomendados a la Ecor el Prado, pero no como prestaciones aisladas, sino todas formando parte de un único contrato, y además, por encontrarse, sujeto el supuesto corredor, a relaciones permanentes de colaboración y subordinación con respecto a **COOMEVA EPS S.A.**; también en consideración a que en la cláusula octava, al determinar el precio del contrato, éste se fijó teniendo como criterio rector la administración, mantenimiento y crecimiento de las afiliaciones, es decir la clientela. Lo anterior confirma que se trata de un contrato permanente y estable, con múltiples encargos y no una relación esporádica y de encargo único, como resulta sustancial en el corretaje. Lo mismo puede afirmarse en relación a los contratos de Marzo 1/04 y Febrero 1/05.

No puede pasarse por alto la suscripción del denominado CONTRATO DE TERCERIZACION DE SERVICIOS DE CARTERA, en el cual, sin lugar a dudas, se dispone una relación permanente de COLABORACIÓN Y SUBORDINACIÓN de la ECOR EL PRADO frente a **COOMEVA EPS S.A.**, puesto que la previsión

legal consistente en que el corredor no puede estar ligado al encargante, por vínculos de mandato, subordinación o dependencia, no significa que tal relación se mira exclusivamente frente al contrato de corretaje; por el contrario, significa que si una persona es mandataria o trabajador del encargante, o simultáneamente cuenta con vínculos estables de subordinación, representación o colaboración, mediante una relación jurídica separada, no pueden, ambas partes, suscribir contratos de corretaje. Por tal motivo, es imposible jurídicamente, la subsistencia coetánea del contrato de corretaje con el mencionado de tercerización.

2.2.- La Vigencia de Contrato y del Pacto Arbitral

Por probado se tiene que la relación contractual encaminada a que la Ecor el Prado sirviera como agente intermediario para obtener que **COOMEVA EPS S.A.** celebrara con terceros contratos de afiliación y de registro al sistema general de seguridad social, se inició mediante vinculación consensual con la Señora Olga Marina Martínez en el mes de agosto del 98. Por añadidura, las declaraciones de la mencionada Señora, unidas a otros testimonios, permite razonablemente sostener que efectivamente la constitución de la Ecor el Prado E.U., mediante documento privado inscrito el 14 de diciembre del 98, se formalizó dicha empresa, CON EL PROPÓSITO DE CONTINUAR LAS MISMAS LABORES QUE VENÍA DESARROLLANDO LA SEÑORA MARTÍNEZ, lo cual se concretó al suscribir el contrato de Febrero 1º/99. De igual forma, fueron coincidentes los testimonios de la Señora Martínez y de los funcionarios de **COOMEVA EPS S.A.** en el sentido de que LA RELACIÓN COMERCIAL INICIADA EN EL AÑO 98 SE DESARROLLÓ EN LOS MISMOS TÉRMINOS EN QUE SE EMPEZÓ A EJECUTAR EL CONTRATO, HASTA ABRIL 30 DEL 2006, fecha en que finalizó de común acuerdo. Esa ejecución sin solución de continuidad, en las labores del corredor y siendo aceptado que el único cambio sustancial durante la ejecución se presentó exclusivamente en la forma y parámetros para liquidar la comisión, NO DEJAN DUDAS DE QUE ENTRE LAS PARTES SE PRESENTÓ UNA ÚNICA RELACIÓN NEGOCIAL QUE SE INICIO EN DICIEMBRE DEL 98 Y TERMINÓ EN ABRIL DEL 2006. Al respecto los testigos manifestaron:

“DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI –Árbitro. Doña Olga Marina, en la relación entre la ECOR EL PRADO y **COOMEVA EPS S.A.** inicialmente se suscribió un contrato de corretaje y prestación de servicios en Febrero del '99, después aparecen por los documentos que aportó su abogada y por los mismos documentos que portó **COOMEVA EPS S.A.**, que en Febrero del 2004 se firmaron dos contratos diferentes cambiando el anterior que denominaron contrato de tercerización de servicios y contrato de comercialización de la afiliación; al suscribir estos nuevos contratos, la labor que usted venía desempeñando desde el año '98, ¿cambió sustancialmente o siguió siendo básicamente la misma? **SRA. OLGA MARINA MARTINEZ URREA - Interrogada.** Doctor, la labor desde un comienzo fue la misma, al principio cuando comencé con **COOMEVA EPS S.A.** fue verbal porque esos contratos aparecen en el '99, porque en el '98 el Dr. Valencia me llama y yo empiezo mi gestión de tercerización y de afiliación. Desde el primer día que comencé hasta el último día fue la misma tarea, doctor, no hubo cambio en la tarea. **DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI –Árbitro.** Doña Olga Marina, y en esa tarea

que usted inició desde finales del '98 hasta cuando se dio por terminado los contratos por una comunicación de usted, ¿hubo alguna interrupción en la prestación de los servicios de tercerización y de comercialización? **SRA. OLGA MARINA MARTINEZ URREA - Interrogada.** Ni un día, doctor.”

“DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI – Árbitro. Dr. Vargas, en el caso de la ECOR EL PRADO, en febrero 1º del '99 se suscribió un contrato de corretaje y prestación de servicios por compensación, pero posteriormente en el año 2004, en febrero, se suscribieron lo que se denominó contratos de tercerización de servicios de cartera y contrato de comercialización de la afiliación. De acuerdo con los conocimientos que usted tiene, ¿el hecho de haber cambiado la nominación del contrato inicial de corretaje de prestación de servicios y dividirlo en dos con una nueva denominación implicó un cambio sustancial en la prestación del servicio que venía prestándole a **COOMEVA EPS S.A.** la ECOR el Prado o básicamente el funcionamiento siguió siendo el mismo? **DR. JAIRO HERNÁN VARGAS CAMACHO – Interrogado.** Digamos que en esencia como agente comercial, es decir insisto en la figura de intermediario comercial, digamos que el objeto del contrato sigue siendo el mismo, seguir promoviendo la afiliación al régimen contributivo de los usuarios en **COOMEVA EPS S.A. EPS**; y de ahí para abajo todas las obligaciones que se deriven. El 2º aspecto que tiene que ver básicamente con el tema de tercerización de cartera y esto, ahí cambia el modelo de comisión, es decir se hace un pacto diferente de cómo yo le voy a pagar a usted sus honorarios por el concepto de todas las actividades que ustedes desarrollan como agentes comerciales. Desconozco en esencia qué dice el 2º contrato, no lo he leído. **DRA. MARTA ISABEL NAVIA RAFFO – Presidenta del Tribunal.** ¿O sea que lo que cambia no es el objeto sino la cuantía de la comisión? **DR. JAIRO HERNÁN VARGAS CAMACHO – Interrogado.** Sí, la forma de liquidar la comisión.”

Ahora bien, qué papel juegan los contratos sucesivos suscritos entre las mismas partes, siendo el primero de ellos el convenido en Febrero 1º/99 con fecha de terminación 30 Junio/01 que realmente continuo ejecutándose hasta Marzo 1º del 2004, fecha en que se suscribió el segundo contrato; el mismo contrato de Marzo 1º del 2004 vigente hasta 31 de Enero del 2005; el contrato de fecha Feb 1º/05 vigente hasta Julio 31 de 2005 y finalmente, el contrato de Agosto 1º del 2005 vigente hasta Abril del 2006 ? En teoría, son diferentes contratos, pero en la práctica, se reitera, por la ejecución que las partes hicieron de los mismos, se confirma que son contratos únicos que sirvieron para cumplir el mismo fin sin solución de continuidad. Por tal razón la cláusula de cajón según la cual “El presente contrato deja sin efectos cualquier contrato anterior verbal o escrito, con objeto, obligaciones y derechos iguales o similares, a los contenidos en el presente documento”, NO TIENE LA VIRTUD DE ROMPER LA UNIDAD JURÍDICA QUE EFECTIVAMENTE EXISTIÓ EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL, MÁXIME CUANDO DICHA CLÁUSULA FUE PREDISPUESA POR **COOMEVA EPS S.A.**, LA PARTE FUERTE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL y a la cual estaba subordinada la Ecor de Prado, según cláusula inserta en los mismos contratos. Que se trata de un contrato predispuesto por **COOMEVA EPS S.A.**, no cabe ninguna duda según lo declarado por los funcionarios de dicha entidad:

“SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.

*En esa época cómo era la elaboración del contrato, el contrato en la parte jurídica nacional lo elaboraba, a cada oficina principal de las regionales mandaban el modelo y decían “mire, estos son los contratos y sus anexos, por favor los diligencian y los hacen llegar a las oficinas”, se mandaban, o sea aquí los diligenciábamos, nombre, Nit, y se mandaban a las oficinas, en las oficinas los imprimían, los hacían firmar del gerente de la ECOR, nos lo devolvían firmados, se mandaban a la nacional para que los volvieran a revisar, los hacían firmar del gerente, ya cuando lo aprobaban se firmaba por el gerente, y se les devolvían las copias a las oficinas para que cada oficina le entregara a la ECOR su copia del contrato. **DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI- Árbitro.** Una última pregunta, doctora Ocampo, ¿estos formatos eran los mismos que se utilizaban generalmente para todas las ECOR? **SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.** Sí. **DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI- Árbitro.** ¿Simplemente llenaban los espacios en blancos? O para cada ECOR hacían un contrato diferente? **SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.** No, había un contrato de prestación de servicio por compensación y había otro contrato con anexos que era el de afiliaciones y era el que se distribuía para todos, o sea independientemente de quién fuera eran los mismos contratos, simplemente lo que cambiaba era el nombre de la ECOR y el NIT y la ciudad pues donde estaban ubicados.”*

Por sabido se tiene que la principal obligación del juez del contrato es interpretar los convenios bajo los principios rectores de la buena fe, el no abuso del derecho y con especial énfasis en la práctica o ejecución real que las partes, de común acuerdo, hicieron del contrato.

De otra parte, bien se sabe que los principios relativos a la interpretación de los contratos sólo tienen aplicación cuando el contrato contenga cláusulas ambiguas u oscuras (C.S.J. Sala Civil, Exp. 10253, Sentencia de septiembre 1º de 2004). En resumidas, se afirma que, la voluntad declarada mediante cláusulas válidamente convenidas, que sean claras y precisas, debe aplicarse en su integridad. Visto lo anterior, bien podría concluirse que reunidas las características anotadas, al juez del proceso sólo le queda, de manera inexorable, aplicar el contrato, tal cual fue redactado.

Sin embargo, de tiempo atrás tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia que cuando un contrato se nomina con la etiqueta equivocada, el juez debe restablecer la realidad jurídica y dar al contrato la calificación que efectivamente le corresponda. También se ha expresado:

“Cuando por disenso de las partes en el punto se discute judicialmente la naturaleza jurídica del contrato, y, por ende, las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, corresponde al juzgador, a fin de determinar el alcance de las prestaciones debidas, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico.” (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de julio 5 de 1983)

“...Como que muy a pesar de la claridad del texto contractual, si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce a ella hay que plegarse más que al tenor literal...”(C.S.J. Sala Civil, Exp. 6907, sentencia de Agosto 1º de 2002.

En parecidos términos se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencias C-250 de 1996.)

“De otro lado, la interpretación del negocio jurídico, es necesario no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas imprecisas, insuficientes (...) sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (...) cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente...” (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de Agosto 1º de 2002, reiterada en sentencia de Julio 1º de 2009)

En el caso de autos, como se explicará con más detalle, se tiene visto que los diferentes documentos contractuales suscritos por las parte, fueron preparados unilateralmente por **COOMEVA EPS S.A.**, y, que en ellos se establecieron una serie de cláusulas de sumisión de la ECOR EL PRADO a los presupuestos y directrices diseñadas por **COOMEVA EPS S.A.**

En fin, ante la presencia de una parte fuerte y con posición dominante que predispone el contrato bajo unos términos precisos y con una nominación determinada y sin embargo, para la efectiva ejecución de lo pactado, también establece unas reglas completamente diferentes que impone a la parte débil y que además, son contratos y reglas uniformes que aplica a los demás contratantes que tienden a cumplir el mismo objeto que el encomendado en el contrato motivo de definición judicial, el juez debe aplicar, de manera rectora, los principios de la buena fe y el no abuso de derecho, para de esta forma, develar el verdadero contrato querido y ejecutado por los litigantes.

TAMPOCO PUEDE PERMANECER INDIFERENTE, EL JUZGADOR, A LA REITERADA UTILIZACIÓN DE FORMAS CONTRACTUALES ESCRITAS QUE SIRVEN COMO MEROS INSTRUMENTOS PARA SOSLAYAR LA APLICACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS QUE SÍ RIGEN EL CONTRATO EFECTIVAMENTE EJECUTADO, como que tales conductas resultan contrarias a las buenas costumbres y al orden público, amén de implicar una clara transgresión al postulado de la buena fe. Con razón se ha dicho:

“... los contratos no pueden ser utilizados como instrumentos para que, refugiándose en ellos la astucia ilícita de uno de los contratantes, la ingenuidad del otro quede atrapado y convertida en medio para satisfacer aviesamente los intereses del primero”. (C.S.J. Civil, Sent. de Diciembre 16 de 1964)

Cuando se conviene una relación comercial entre una parte con poder de dominio y otra que podría considerarse la parte débil en la relación contractual, el juez debe examinar con mayor rigor la naturaleza del contrato suscrito, con el fin de determinar si efectivamente se acomoda al bautizo y las reglas consignadas, o si por el contrario, la forma contractual escogida se utilizó como una mera instrumentalidad para evitar la aplicación de normas que se imponen a la forma contractual que efectivamente debería regir el contrato y que en realidad se ejecutó; en estos casos, EL JUZGADOR DEBE LEVANTAR EL VELO DEL CONTRATO SUSCRITO Y DESVELAR CUAL FUE LA RELACIÓN JURÍDICA EFECTIVAMENTE QUERIDA Y EJECUTADA POR LAS PARTES, PARA APLICAR LA NORMATIVIDAD CORRESPONDIENTE A ESTA ÚLTIMA y no la que se pretendía que regulara el negocio jurídico escrito, de acuerdo al tenor literal consignado en el documento presentado por las partes. Así lo entendió la

Corte Suprema en un caso muy ilustrativo y semejante al que se estudia, cuando declaró simulado un contrato de compraventa con pacto de retroventa, por entender que lo efectivamente querido y buscado por la parte débil era obtener un crédito, entregando en garantía un inmueble. Al efecto, la Corte declara como simulado el contrato de compraventa con pacto de retroventa mediante el cual el acreedor (parte fuerte), buscaba evadir el Juicio hipotecario para quedarse, de una vez, con el inmueble, en caso de que no se le pagara lo adeudado, bajo el disfraz una recompra. La Corte concluyó:

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

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

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

De manera que si bien, las partes suscribieron documentos contractuales diferentes y con posterioridad al firmado es Febrero 1º/99, para continuar desarrollando la misma actividad, tales convenios escritos no se pueden considerar como nuevos contratos que jurídicamente extinguieron los efectos de un contrato anterior (el febrero 1º del 99), mediante la novación, tal como lo pretendían las cláusulas de cajón insertas en ellos y ya comentadas, por la potísima razón de que no aparece clara la intención de novar; de aquí que, los supuestos contratos de fecha Marzo 1 del 04 y siguientes, NO SE CONSIDERAN “NUEVOS” ACUERDOS, SINO QUE EQUIVALEN A SIMPLES MODIFICACIONES DEL PRIMERO (FEBRERO 1º/99) SEGÚN LO DISPONE, CON MERIDIANA CLARIDAD, EL ARTÍCULO 1693 C.C. Esta interpretación es la que mejor honra el postulado de la buena fe objetiva o integradora del derecho, dándosele aplicación efectiva a la equidad natural, y estando probado que los “contratos” fueron predispuestos por **COOMEVA EPS S.A.** (art. 871 C.Co.). Al efecto bien vale la pena traer a colación la reiterada jurisprudencia de la sala laboral de la Corte, en casos parecidos:

“Ciertamente los documentos en referencia y otros que obran en el expediente informan que los nombrados contratantes celebraron durante el mencionado lapso de servicio varios contratos diferentes que fueron terminados y liquidados sucesivamente pero es ostensible que las diversas contrataciones y finiquitos fueron ficticios o aparentes ya que en los 24 años de servicio la demandante ocupó siempre el mismo cargo...”

“Resulta pues, que el tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al aceptar la posición empresarial en el sentido que se dieron varios contratos sucesivos de trabajo desconociendo así el principio del derecho laboral consistente en que deben preferirse los datos de la realidad que a aquellos puramente formales que arrojen los documentos.” (Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de 24 de Noviembre de 1988).

De otra parte, el Contrato llamado de corretaje y la cláusula compromisoria, fueron debidamente suscritos por las partes. Sin embargo, debido al principio de la autonomía o separabilidad del convenio arbitral, la vigencia del contrato de corretaje, puede ser diferente a la vigencia del convenio arbitral (artículo 11 parágrafo, del Dcto 1818).

Teniendo en cuenta todo lo anterior y volviendo al punto de la autonomía o separabilidad del convenio arbitral se tiene que si bien en el contrato de Febrero 1º del 99 se estableció el convenio arbitral, a partir del contrato de 1º de Marzo de 2004 tampoco se eliminó dicha cláusula accidental, por el simple hecho de guardar silencio en relación a la misma. Por supuesto, se reitera que en verdad no se trata de nuevos contratos, sino de simples modificaciones al primero; entonces, se advierte, la cláusula compromisoria tuvo vigencia hasta el 30 de abril del 2006, por estar incluida en las condiciones generales de la contratación (C.G.C.), redactadas por **COOMEVA EPS S.A.**, que a la letra dice:

“SEPARATA INSTRUCTIVA DE LAS ECOR”

*“ACTUALIZACIÓN A TRAVÉS DE HOJAS SUSTITUIBLES.- 4. Los envíos para actualizar este documento se realizarán los primeros diez (10) días de cada mes par del año (feb, abr, jun, agt, oct y dic) Sin embargo, si se presenta un cambio significativo, este se estará incorporando en un envío extra. EMPRESAS DE CORRETAJE COMERCIAL.- 1. Introducción.- Hemos reunido las normas del Área de Mercadeo y ventas en el Manual que hemos denominado el N.A.C.- Normatividad del Área Comercial y de éste hemos sustraído en forma ordenada y específica las normas e instructivos relacionados y aplicables a las ECOR, el cual será de obligada consulta en el diario acontecer del Área Comercial de **COOMEVA EPS S.A.**, en especial por quienes tienen la responsabilidad del crecimiento y mantenimiento de la población de afiliados y por los Gerentes de las ECOR en su calidad de administradores de la fuerza de ventas, además por aquellos funcionarios que de una u otra manera con su lenguaje comunicacional, manejo publicitario y promocional, construyen la cultura del servicio al cliente, como fiel reflejo de la organización interna. Es nuestro deseo, que este documento se encuentre permanentemente actualizado, ceñido a la ley que reglamenta el sistema de seguridad social en salud y a las normas generales de la organización, para que pueda responder no sólo a las expectativas de las ECOR, sino a las necesidades de la empresa. 5. ADMINISTRACIÓN DE LA FUERZA DE VENTAS.- 5.3 SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- b) Las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre **COOMEVA EPS S.A.** y la ECOR con motivo de la celebración, interpretación, ejecución y terminación del contrato y que no pudiesen ser solucionadas entre ellos, serán sometidas a un Tribunal de Arbitramento designado por el Centro de*

Conciliación de la Cámara de Comercio de la ciudad sede del contrato, que se registrá por lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil y Código de Comercio. Los árbitros deben decidir en derecho.”

Obsérvese la Pág.18 del Manual NAC en que aparece el modelo Figura No.4 Contrato de Corretaje Comercial – ECOR por afiliaciones y en su CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA, aparece la cláusula compromisoria Pág.21. Lo propio sucede en la Figura No.5 Contrato de Corretaje Comercial y de Prestación de Servicios ECOR Mixta, Pág.30 y en la Figura No.6 Contrato de Corretaje Comercial y de Prestación de Servicios – ECOR por Compensación Pág.38.

De igual manera en el contrato de prestación de servicios ECOR POR COMPENSACIÓN firmado el 01 de febrero de 1999 se lee en la cláusula Tercera de OBLIGACIONES GENERALES DE LA CONTRATISTA,: “L) *Cumplir la normas y procedimientos que para el desarrollo de su actividad determine la ley y que en cumplimiento de ella expida **COOMEVA EPS S.A.** divulgadas en el NAC”; en el CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, suscrito el día 01 de febrero de 2005, aparece en la CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR.- 3-12.- *Cumplir con las normas y procedimientos que para el desarrollo de las labores de corredor determine la ley y con las que en cumplimiento de éstas expida **COOMEVA EPS S.A.** divulgadas mediante comunicaciones escritas que le sean enviadas y que LA ECOR manifiesta aceptar, por ser disposiciones de orden legal.- CLÁUSULA DECIMA SEXTA.- ANEXOS.- Forman parte del presente contrato los siguientes documentos: 16.5. Manual de Asesores” , en el Contrato de TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO celebrado entre **COOMEVA EPS S.A.** y LA ECOR EL PRADO, el 01 de febrero de 2005, se pactó en CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR.- 3-12.- *Cumplir con las normas y procedimientos que para el desarrollo de las labores de corredor determine la ley y con las que en cumplimiento de éstas expida **COOMEVA EPS S.A.** divulgadas mediante comunicaciones escritas que le sean enviadas y que LA ECOR manifiesta aceptar, por ser disposiciones de orden legal.- CLÁUSULA DECIMA SEXTA.- ANEXOS.- Forman parte del presente contrato los siguientes documentos: 16.4. Manual de Asesores”***

“DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI-Árbitro. Dr. Vargas, esa separata que se le ha puesto de presente, que aparece a los folios 057 al 155 del Cuaderno 1, ¿fue proyectada por **COOMEVA EPS S.A.** y era la usual para entregarle a las compañías que querían ingresar como corredores bajo la figura de la ECOR? **DR. JAIRO HERNÁN VARGAS CAMACHO – Interrogado.** Sí, si fue proyectadas por **COOMEVA EPS S.A.**. **DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI-Árbitro.** ¿Qué vinculación o qué importancia tenía esa separata frente a los contratos que se suscribía con las ECOR? **DR. JAIRO HERNÁN VARGAS CAMACHO – Interrogado.** Básicamente modelaba el contrato, es decir, acordémonos que la empresa de corretaje no es otra cosa que es un intermediario comercial, pero por ser un intermediario comercial debe cumplir con una normatividad primero legal, es decir para afiliar o poner mejor dicho, porque ellos no afilian, quienes afiliamos somos nosotros como aseguradores, y en ese sentido pediría venia para mostrarles cómo es el procedimiento vigente según la norma, básicamente es ejercer todo el trabajo comercial de colocar o promover que la gente que quiera ingresar al sistema general de seguridad

*social en salud lo haga en **COOMEVA EPS S.A. EPS**, y para eso se colocan pues una serie de condiciones que son las que están en esa separata.”*

En efecto, que el contrato objeto de la litis, en su unidad jurídica, (desde Feb/99 hasta 30 de Abril/99), quedó amparado por la misma cláusula compromisoria consignada en el documento de fecha Feb 1º/99 y no perdió vigencia por el simple hecho de que en las modificaciones realizadas en Marzo 1º/04, Feb 1º/05 y Enero /06 no se incluyó, a la letra, el convenio arbitral contenido en el documento inicial, se infiere del texto expreso de las condiciones generales de la contratación establecidas unilateralmente por **COOMEVA EPS S.A.** y en las cuales sí se incluyó la respectiva cláusula compromisoria. No debe perderse de vista que, en todos los documentos contractuales ya referenciados, el corredor (Ecor el Prado), se obligó a cumplir lo dispuesto en la separata instructiva de las Ecor.

De igual forma, se aclara que, la cláusula compromisoria convenida entre la Ecor de Prado E.U. y **COOMEVA EPS S.A.** no cubre la relación contractual y meramente consensual establecida entre Olga Marina Martínez a partir de Diciembre del 98. Por lo tanto, la vigencia del convenio arbitral (que no necesariamente debe corresponder a la vigencia del contrato principal), sólo abarca los hechos acaecidos en el período entre el 1º de Febrero del 99 hasta el 30 Abril del 2006 y su vigencia se extingue hasta que se extinga cualquier posible reclamo atinente al contrato de agencia. Lo anterior, se insiste, en virtud del principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral aceptado reiteradamente por nuestra jurisprudencia (C- 248/99, T- 136 de 2000; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de agosto 14 de 2003 y sentencia de diciembre 4 de 2006. Exp. 32871).

Como corolario, EL TRIBUNAL SOLAMENTE ASUMIRÁ COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA EN RELACIÓN A HECHOS OCURRIDOS ENTRE FEBRERO 1º DEL 99 A 30 DE ABRIL DE 2006. De igual forma, para efectos de determinar la caducidad de las acciones, se tendrá en cuenta que el contrato terminó en abril del 2006, de mutuo acuerdo.

Con respecto a los pactos arbitrales incluidos en las condiciones generales de la contratación, (C.G.C.), se ha dicho que para ser vinculantes a la parte adherente, se debe haber revelado, de manera precisa y exacta, que dichas condiciones de contratación contienen una cláusula compromisoria que vinculará a la parte débil, explicando sus consecuencias, tal como se dispone en el art. 1021 de la ley arbitral de Holanda; también se tiene dicho que si el convenio arbitral establecido en las condiciones generales de la contratación (C.G.C.) no fue suficientemente revelado al consumidor, en todo caso, si el adherente toma la iniciativa en el juicio arbitral, el pacto arbitral producirá plenos efectos. (Ley 8070/90 art. 4.2 de Brasil art. 1369 del C.C. Italiano y art. 1401 del nuevo C.C. del Perú). En el caso de autos, no queda ninguna duda con respecto a la vigencia y vinculación del convenio arbitral: para **COOMEVA EPS S.A.**, al haberlo predispuesto en las C.G.C., y haber incorporado en los contratos escritos con la demandante, la obligación de sujetarse a la separata instructiva de las Ecor; y por parte de la Ecor el Prado, por haber invocado en su favor el susodicho convenio arbitral, institución que no pierde validez, por estar incluida en un convenio de adhesión:

“No es de recibo considerar que como la cláusula compromisoria se encuentra en un documento de oferta, ese hecho, por si mismo, genera la existencia de un contrato de adhesión y con ello se haya violentado la capacidad volitiva de los contratantes” (Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, Sentencia de Mayo 19 del 2009.)

La estipulación de un convenio arbitral en documentos separados al contrato, (como ocurre con las C.G.C), tiene plena eficacia en Colombia, cuando en el mismo texto del contrato principal se hace referencia a dicho documento, como anexo integrante del acuerdo, dado que jurídicamente se produce una unidad convencional conformada por el contrato, y los documentos, (generalmente identificados bajo el título de “anexo”), que por virtud de una cláusula contractual o por ley, entra a formar parte de dicho contrato, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado con respecto a los pliegos de condiciones en las licitaciones públicas (C.E. III, Sentencia de Dic. 4/06, Exp. 32.871). Causalmente, la Corte de Casación Francesa, en sentencia de Noviembre 9 de 1993 expresa: *“...una cláusula compromisoria, sino se menciona en el contrato principal, puede estipularse válidamente haciendo referencia escrita a un documento que la contiene, por ejemplo, condiciones generales o aun contrato estándar...”*

De todas formas, en el caso de autos, la situación es bastante particular y excepcional por las siguientes consideraciones:

- a) El pacto arbitral original, fue establecido, sin duda alguna, en la cláusula DECIMO CUARTA del contrato inicial suscrito en Feb. 1º/99.
- b) Las partes suscribieron – según la etiqueta nuevos contratos, el 1º de Marzo de 2004 y Febrero 1º de 2005, convenciones que este Tribunal ha considerado que en realidad tienen el alcance de ser simples modificaciones al contrato principal e inicial de Feb. 1º/99.
- c) En las modificaciones anotadas no se incluyó la cláusula compromisoria, PERO TAMPOCO SE ESTIPULÓ UNA CLÁUSULA QUE EXPRESAMENTE DEJARA SIN EFECTOS EL CONVENIO ARBITRAL SUSCRITO EN EL CONTRATO DE FEB. 1º/99. MUY POR EL CONTRARIO, EN ESTAS se invocan, como parte integrante de dichos acuerdos, a las C.G.C impuestas y redactadas por **COOMEVA EPS S.A.** en las cuales se inserta una cláusula compromisoria, en los mismos términos y con el mismo alcance establecido en la cláusula DECIMO CUARTA del contrato inicial. La única diferencia es que en las C.G.C. (separata instructiva DE LAS Ecor) se habla de Centro de Arbitraje de la ciudad sede del contrato y en el contrato de fecha Feb. 1º/99 se estipula la Cámara de Comercio de Cali, precisamente por ser Cali la sede del contrato.

Los hechos planteados permiten concluir, sin dubitación alguna, que la cláusula compromisoria convenida en el contrato inicial de Feb. 1º/99 continuo vigente y en rigor hasta la terminación del contrato en Abril 30 del 2006. En este asunto, el Tribunal no puede pasar por alto la conducta asumida por **COOMEVA EPS S.A.**, entidad que predispuso las C.G.C. a través de SU SEPARATA INSTRUCTIVA DE LAS Ecor; que predispuso el contenido del contrato inicial; en las modificaciones de 2004 y 205 también predispuestas por la misma compañía, expresamente se exige a la Ecor de Prado, SUJETARSE, EN UN TODO AL

CONTENIDO DE LA SEPARATA INSTRUCTIVA. Así, en la cláusula 3.12 de los contratos de fecha Marzo 1º/04 y Feb. 1º/05 se exige al corredor, cumplir las normas divulgadas en comunicaciones escritas que **COOMEVA EPS S.A.** remita a la Ecor. De otra parte, en la cláusula final de los mencionados contratos se lee:

*“...**COOMEVA EPS S.A.**, queda expresamente autorizada, para la producción de circulares reglamentarias con destino a la Ecor, durante la vigencia del contrato, LAS CUALES HACEN PARTE DEL MISMO PARA TODOS SUS EFECTO...”*

En conclusión, **COOMEVA EPS S.A.** ha reglamentado la forma de prestación del servicio por parte de las Ecor mediante el manual de asesorías y la separata instructiva de las Ecor, documentos que manifiesta formar parte integrante del contrato, para todos sus efectos; diseña e incorpora unilateralmente el pacto arbitral, en el contrato que remite para su firma a la Ecor el Prado de fecha 1º/99; reitera, en forma predispuesta, el convenio arbitral en la C.G.C, que igualmente de forma predispuesta, dice que forma parte integral de las modificaciones contractuales de Marzo 1º/04 y Enero /05; PERO CUANDO LA ECOR EL PRADO INVOCA EN SU FAVOR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA, PREDISEÑADA PRECISAMENTE POR **COOMEVA EPS S.A.**, ESTA ULTIMA EXPRESA AL TRIBUNAL DESCONOCER LA EXISTENCIA DE LA MISMA. Aquí, sin duda alguna, se produce grave violación al principio cartular de la buena fe que impide a las partes contratantes venir contra sus actos propios.

Tales conductas, por supuesto que tienen gran incidencia en el proceso, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia:

“Consideramos, identificándonos con DIEZ-PICAZOS, que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener una victoria en un litigio, PONIÉNDOSE EN CONTRADICCIÓN CON SU CONDUCTA ANTERIOR, constituye un proceder injusto y falto de lealtad, Y QUE, EN UN CASO SEMEJANTE, LA PRETENSIÓN ASÍ DEFENDIDA NO DEBE PROSPERAR, NI SER ACOGIDA, SINO QUE LA LEALTAD CON QUE HA SIDO FORMULADA DEBE SER SANCIONADA CON LA DESESTIMACIÓN.”

“Dentro de la concepción subjetiva de la buena fe cabe perfectamente la doctrina de los actos propios, pues quien ha tenido una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz debe, por un lado, adecuar su conducta posterior a la observada anteriormente y, por otro lado, crea en la contraparte la confianza de que continuará conduciéndose de la misma manera, salvo que las circunstancias cambien.” (Manuel de la Puente y Lavalle. La Doctrina de los Actos Propios. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Autores varios. Universidad Externado. Tomo I. 2003. Pág.354)

“Hemos visto ya que en materia de fuerza vinculante, la bona fides no se limita a exigir el mero cumplimiento de la palabra empeñada, sino que comporta además adoptar en el cumplimiento del propio compromiso una conducta leal, propia de una persona honesta, que atiende los especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes.

De ahí que una de las manifestaciones de LA REGLA QUE PROSCRIBE EL VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM TENGA POR EFECTO EL GARANTIZAR UNA ADECUADA INTERPRETACIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL NEGOCIO, en el sentido de que la exigencia de coherencia, que exige preservar la fuerza vinculante al mismo, sea entendida de forma tal que responda no a la letra del acuerdo, sino al espíritu de finalidades perseguidas por las partes.” (Martha Lucia Neme. Prohibición de Obras contra los Actos Propios. Estudio de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Autores varios. Universidad Externado. Tomo III. 2003. Pág. 28)

“... pero la prueba que le ha permitido al Tribunal definir el asunto de que se trata de modo más claro y contundente es la relación con la propia actitud (...) (de la demandante) en cuanto tiene que ver con la forma de facturar sus honorarios y de llevar su contabilidad mercantil, (pues en efecto,) la facturación por ella misma efectuada no reflejaba, en todos los casos, el porcentaje único indicado en la demanda. No resulta coherente, por decirlo menos, que a la luz de una cláusula que presuntamente regía de forma irrestricta entre las partes, por no ofrecer dificultades de interpretación ni haber sido modificada en el curso de la ejecución del contrato (...) la demandante presentará las facturas por un valor inferior al que presuntamente tenía derecho”. (Laudo Arbitral de octubre 24 de 2002. Delta Consultores vs. BBVA Seguros y Otros. Árbitros: Saúl Sotomonte S., Gaspar Caballero Sierra y Francisco reyes Villamizar)

“... a través de sus funcionarios, de su representante legal y de su consejo directivo es más que contundente para concluir que, efectivamente, tal entidad reputó el contrato como susceptible de modificación sin sujeción previa y ad substantiam actus a la formalidad escrita, y ciertamente convino, a ciencia y paciencia, un cambio notable en su objeto, ampliándolo, de una parte, con la adición de las actividades no contempladas en el pacto original (...) Por ende, pues, acordadas las obras adicionales se generaron las obligaciones correlativas, así no estuvieran formalmente documentadas o “legalizadas”. Mantener lo contrario, esto es, que frente a tan inequívocas manifestaciones de consentimiento sobre la ampliación y modificación del contrato la ausencia de un otros cuya tramitación, por lo demás, era propia de (...) (la convocada) lleva consigo que ésta no se encuentre jurídicamente vinculada con la enmienda pugna, de manera general, con los cánones de la buena fe contractual consagrados en los artículos 1603 del C.C. y 871 del C. de Co., y de manera particular con la “teoría de los actos propios”, condensada en el principio non concedit venire contra factum proprium, manifestación específica del universal principio de la buena fe.” (Laudo de enero 26 de 2001. Proctor Ltda. vs. Comcaja. Árbitros Nicolás Gamboa M., Jorge Cubides Camacho y Luis Fernando Salazar L.)

“... en ese momento, en el tiempo físico, las partes perdieron la oportunidad de hacer reclamaciones, adicionales, por hechos o circunstancias ocurridos antes del 30 de Enero de 1997 (pues) para casos como el que se analiza tanto la doctrina como la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado han aplicado la doctrina de los actos propios, que es una proyección del derecho fundamental a la igualdad. La firma de una adición al contrato es trascendental, y presupone la eficacia jurídica de la conducta vinculante.” (Laudo de julio 10 de 2000. Ocel S.A. vs. Ministerio de Comunicaciones. Árbitros: Juan Carlos Esguerra, Jorge E. Ibáñez y Julio Cesar Uribe A.)

“Ahora bien, el criterio basilar en esta materia –más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, <conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras>, en cuya puesta en practica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán <por la aplicación practica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.>”

“Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, PUES NO HAY QUE OLVIDAR QUE SI LA VOLUNTAD COMÚN DE LAS PARTES ES DIFERENTE Y SE CONOCE, A ELLA HAY QUE PLEGARSE MÁS QUE AL TENOR LITERAL, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, <la letra mata, y el espíritu vivifica>. (C.S.J. Sala Civil, Expediente 7504, Sentencia de febrero 28 de 2005)

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

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

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

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

La Corte Constitucional comparte los pronunciamientos anteriores, según reciente jurisprudencia consignada en sentencia T-295 de 4 de mayo de 1999, en la cual se manifestó:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N.). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.”

“La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo <venire contra pactum proprium nelli conceditur> y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.”

“Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; EN CAMBIO, EN LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DEL CASO, DICHOS DERECHOS NO PUEDEN EJERCERSE POR SER CONTRADICTORIAS RESPECTO DE UNA ANTERIOR CONDUCTA, ESTO ES LO QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NO PUEDE TOLERAR, PORQUE EL EJERCICIO CONTRADICTORIO DEL DERECHO SE TRADUCE EN UNA EXTRALIMITACIÓN DEL PROPIO DERECHO.”

En conclusión si la parte fuerte establece el pacto arbitral en las C.G.C. y la parte débil de la relación, que es la única con personería jurídica para pretender un vicio en su consentimiento, invoca dicho pacto para reclamar judicialmente al predisponente, se vulnera el principio de la buena fe, si una vez presentada la demanda arbitral, quien redactó las C.G.C. pretende desconocer la existencia del pacto arbitral diseñado por ella misma.

2.3. La Caducidad

Con respecto a la caducidad de la acción, se tiene que al tratarse de un contrato único, iniciado en Febrero 1º del 99 y terminado el 30 de Abril del 2006, la prescripción de 5 años de que trata el artículo 1329 C.Co., (más técnicamente, se trata de una caducidad), no ocurrió, teniendo en cuenta que la demanda arbitral fue formulada en septiembre del 2009.

Es de resaltar, nuevamente, que, los testimonios de los funcionarios de **COOMEVA EPS S.A.** coinciden en afirmar que efectivamente se trató de un contrato único en el cual simplemente se varió el precio y la forma de calcular la comisión.

2.4.- Falta de Legitimación por Activa

Se fundamenta la presente excepción en el hecho de que el poder fue otorgado por Olga Marina Martínez Urrea, como titular de la EMPRESA UNIPERSONAL ECOR EL PRADO y representante legal de la misma, durante su existencia, pero teniendo en cuenta que la Ecor el Prado fue liquidada el 2 de Enero de 2007, fecha de registro del documento liquidatorio, ante la Cámara de Comercio. Se sostiene que para la fecha de otorgamiento del poder (Sept. 10/09) y de la

presentación de la demanda (Sept. 24/09), la Ecor el Prado E.U., jurídicamente, ya no existía, razón por la cual no hay personería activa para demandar.

También se afirma que la demanda fue presentada por Olga Marina Martínez U., a nombre propio, y resulta que en la liquidación no se le adjudicó o cedió la acción arbitral objeto de este proceso, la cual ni siquiera se había iniciado, por lo que jurídicamente también resulta imposible la legitimación activa, por cuanto las meras expectativas no son adjudicables en procesos liquidatorios.

Frente a lo expuesto, el Tribunal considera que el deber primordial del fallador es interpretar la demanda, facultad que resulta bastante amplia, en materia arbitral, como que los árbitros son los llamados a fijar su propia competencia.

En el poder se expresa que Olga Marina Martínez, obra como titular y representante legal de Ecor el Prado E.U. En la demanda, la apoderada judicial manifiesta obrar como representante de Olga Marina Urrea pero quien fuera titular de la empresa unipersonal y representante legal durante la existencia, de la Ecor de Prado E.U. Los hechos 2.2, 2.3, 3.1, 6.1, 6.2 y 6.3, que son los fundamentales de la demanda, se refieren a la Ecor el Prado E.U. En parecidos términos, LAS PRETENSIONES 1, 2 Y 4, SE FORMULAN A NOMBRE DE OLGA MARINA MARTÍNEZ, PERO EN SU CONDICIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL Y TITULAR DE LA EMPRESA ECOR EL PRADO E.U. En igual sentido, las pruebas documentales acompañadas con la demanda tratan, exclusivamente, la relación contractual existente entre la ECOR EL PRADO Y **COOMEVA EPS S.A.** De manera que la recta interpretación del poder y de la demanda, conducen a sostener que la parte activa es Ecor el Prado E.U. representada por Olga Marina Martínez U., representante legal y constituyente de la mencionada empresa unipersonal y no la Señora Martínez, como persona natural, salvo algunas pretensiones como se verá. De manera precisa, la certificación expedida por la Cámara de Comercio del Cauca y que obra a folios 26 del Cuaderno 5 expresa que efectivamente la constituyente de la Ecor el Prado y liquidadora, fue Olga Marina Martínez.

En conclusión, queda claro que la parte demandante es Ecor el Prado E.U. y no la Señora Olga Marina Martínez U, persona natural.

De otra parte, de tiempo atrás tiene dicho la jurisprudencia que las sociedades mercantiles cuya liquidación se encuentra inscrita en el registro mercantil, por este simple hecho, no pierden su capacidad jurídica para comparecer en juicio como demandante o demandada:

“...La liquidación del patrimonio social evento en el cual la sociedad disuelta y por ende liquidada conserva personería y capacidad jurídica para comparecer en juicio en defensa del pacto social, frente a obligaciones litigiosas pendientes de solución...” (C.E. IV, Sentencia de Feb. 19/93 y Abril 19/96).

“El demandante a través de su representante liquidador, posee capacidad jurídica para comparecer en juicio en calidad de demandante o demandado y por lo tanto, para ejercitar las acciones tendientes a la recuperación de su personería jurídica y a reclamar la protección de los derechos que considere conculcados...” (C.E.I, Exp. 1436-01., auto de Feb. 21 del 2008).

“...Inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, momento que determina la finalización de su existencia (...) la doctrina y jurisprudencia contemporánea han admitido la prolongación de la personalidad societaria con posterioridad a la respectiva anotación...” (Se refiere al registro de la liquidación, aclara el Tribunal). (C.S.J. Sala Civil, Exp. 872-00, Sent. Nov. 7/07)

“La sociedad liquidada conserva capacidad jurídica PARA COMPARECER EN JUICIO Y RECLAMAR LAS OBLIGACIONES A SU FAVOR, y al liquidador le compete ejercer los derechos y cumplir las obligaciones...” (Supersociedades, concepto 220-040462 del 22 de Agosto de 2007; criterio reiterado en concepto 220-98744 de Octubre 30/99).

En conclusión cuando una persona jurídica societaria ha formalizado la liquidación mediante el registro de la cuenta final ante la Cámara de Comercio, desaparece como persona jurídica, salvo para efectos de actuaciones en procesos judiciales o administrativos tendientes a reclamar sus derechos o cumplir sus obligaciones, circunstancia que prolonga su capacidad por activa o pasiva, hasta tanto caduquen todas las acciones que se originen en el contrato social, en los términos del artículo 235 Ley 222/95.

De todas formas, tratándose de una empresa unipersonal, cuyo constituyente era a su vez el único administrador, no se requiere ningún proceso subrogado para desplazar el patrimonio que le corresponde a la E.U., al constituyente: es la misma ley la que dispone que en la liquidación, el remanente le corresponderá al constituyente. En este orden de ideas, cualquier derecho pendiente de reclamar que no fue incluido en la liquidación de la Ecor el Prado, le corresponderá a la Señora Olga Marina Martínez en calidad de constituyente, con lo cual su personería activa para reclamar no se pone en duda, en el evento de entenderse que reclamó a nombre propio y no como representante de la Ecor el Prado E.U.

2.5.- Inexistencia del Contrato de Agencia Mercantil

Se afirma que no hubo contrato de agencia mercantil en razón a que dicho contrato implica que el agente actúe por cuenta ajena, esto es, en interés y en riesgo del empresario. Además se debe actuar como agente o representante del empresario. En los alegatos igualmente se afirma que a la ECOR EL PRADO no se le encomendó la promoción de los servicios de salud, que es lo exigido en la agencia mercantil, sino la simple afiliación al régimen de seguridad social.

De manera precisa, se manifiesta que por ley, la afiliación al sistema de salud solamente lo puede efectuar directamente la E.P.S. POR LO QUE JURÍDICAMENTE LA ECOR NO PUEDE OBRAR COMO MANDATARIO SIN REPRESENTACIÓN. En el caso presente tampoco obró como mandatario con representación, por lo que se concluye que no hubo actuación por cuenta de otro, que es lo sustancial en la agencia.

Para desatar el asunto, sea lo primero anotar que si bien en el contrato inicial y las modificaciones, se habló de un contrato de corretaje, en la práctica se desarrolló un contrato sustancialmente diferente. Tal fenómeno que se ha venido conociendo como la insinceridad o infidelidad contractual, debe tener un efecto procesal y probatorio, a no dudarlo.

En presencia de contratos con profesionales, como se sabe, el principio de lo buena fe adquiere una expresión mucho mas amplia como lo manifestó la Corte Suprema, Sala Civil en Sentencia mayo 19 de 1999 y constituye un principio básico que obligatoriamente debe sopesar el juzgador, como lo recuerda la Corte Constitucional en su Sentencia T- 537 de agosto 06 de 2009.

De otra parte, la buena fe no se queda en el ámbito precontractual puesto que el artículo 871 C.Co exige actuar con buena fe, desde el momento mismo de la celebración del contrato así como durante su ejecución, y tal presupuesto se analizará inextenso, en el caso de autos.

Dada la lejanía existente entre la realidad contractual o ejecución efectiva de lo convenido, frente a lo consignado en el contrato objeto de esta litis, uno se pregunta cual debe ser el papel del Juzgador, cuando es manifiesta y grosera la desnaturalización de lo expresada en las cláusulas contractuales y el tipo contractual seleccionado? Teniendo en cuenta la ejecución efectiva del contrato (pese a lo consignado en el escrito), se hace necesario realizar un análisis profundo sobre la institución conocida como la agencia mercantil de hecho, consagrada en el artículo 1331 C.Co. Con la agencia de hecho, si se prueban las condiciones esenciales del artículo 1317 C.Co., no existe problema alguno, en la medida que A ESTA SE APLICAN LOS MISMOS EFECTOS DE LA AGENCIA REGULAR y en consideración a que la agencia de hecho puede presentarse en concurrencia con otros contratos.

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

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

“Pues bien, nos hemos tomado el tiempo de indagar un poco sobre la historia de la concepción del contrato para darle un sentido al art. 1331 del Código de Comercio, el cual señala, en nuestra opción, UN RECONOCIMIENTO LEGAL A UNA SITUACIÓN QUE SE TOMA DE LA REALIDAD, DEL ACONTECER FÁCTICO. Con el art. 1331 se está dando el alcance y la transparencia como fuente de obligaciones a situaciones de hecho, a las cuales llegan los sujetos sin haberse propuesto tal empaño de común acuerdo y en virtud de las cuales se ha presentado por parte de un empresario mercantil la conquista de un mercado para un producto, lo cual beneficia a otro empresario, que es a su vez el

productor o distribuidor de ese producto. Cualquier restricción a este entendimiento no sería otra cosa que invalorar el importante avance de nuestro legislador al concebir la agencia mercantil. “(Jaime Alberto Arrubla P. Contratos Mercantiles. Tomo I. Dike 1987. Pag. 391)

Si bien, la normatividad relativa a la agencia mercantil se estructuró de tal manera que el agente no pudiera ser considerado trabajador del empresario, de ahí la exigencia de ser comerciante independiente, en todo caso, su regulación quedó irrogada de normas proteccionistas a favor del agente, de manera similar a la forma en que las leyes laborales protegen al trabajador, lo que ha conducido a gran parte de la doctrina y a la jurisprudencia a considerar que las prestaciones establecidas en el artículo 1324 C.Co., son de orden público (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de Mayo 2 de 1980; en parecidos términos puede consultarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la comunidad Europea expedida en el año 2000 asunto C- 381/98, caso Ingmar GBL Ltda y la sentencia de Abril 3 de 2007 del Tribunal permanente de Mercosur.)

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

Realmente es cierto el símil del art 1324 C.Co, con las normas proteccionistas laborales, tanto que, las prestaciones del mencionado artículo 1324 se las suele llamar como cesantía e indemnización comercial. Acorde con lo anterior y en relación a la terminación del contrato laboral, llama la atención que el artículo 62 del C.S.T., dispone: “Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo”, y el artículo 1325 C.Co., dispone: “Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia mercantil”. A lo anterior hay que añadir que el artículo 62 C.S.T., divide la norma que regula la terminación de la relación laboral, en causas, “por parte del patrono” y “por parte del trabajador” y el artículo 1325 también divide las causales de terminación del contrato mercantil “por parte del empresario” y “por parte del agente”. Tal similitud viene a ser rematada por lo previsto en el artículo 1327 C.Co., que regula la terminación contractual por decisión unilateral del agente, pero por causas originadas en conductas del empresario y determina sus efectos, en igual forma a como se regula para el contrato laboral, en el artículo 64 C.S.T., figura que se conoce como el despido indirecto.

Con estos antecedentes, fácil es concluir que la denominada agencia de hecho tiene la misma finalidad proteccionista que la figura del “contrato realidad” establecida en el artículo 23 C.S.T. Pero en relación al agente de hecho. En efecto, reza el anterior precepto que:

“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

En relación a esta interesante doctrina sobre el contrato laboral realidad tiene dicho la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema:

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

“Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que NO SE DEBE ESTAR A LAS DENOMINACIONES DADAS POR LAS PARTES O POR UNA DE ELLAS A LA RELACIÓN JURÍDICA, SINO OBSERVAR LA NATURALEZA DE LA MISMA respecto de las presentaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter, para definir lo esencial del contrato”.(C.S.J, Cas. Laboral, Sent. Nov. 27/57, G.J.XCI, 1147).

“Esta apelación no es errónea, por que precisamente la relación de trabajo puede existir AÚN CUANDO LAS PARTES HAYAN DADO UNA DENOMINACIÓN DIFERENTE AL VINCULO QUE LOS UNE, por lo cual ha de atenderse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas”.(C.S.J, Sala Laboral, Sentencia Abr. 24/75)”.

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

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

Primera.- Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solidaridades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanza la categoría de tales.
Segunda – Las que se originan en la colaboración de dos o mas personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un conocimiento implícito”.

*“Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase – Que los expositores llaman **SOCIEDADES CREADAS DE HECHO O POR LOS HECHOS** – no puede alegrarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones reciprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en estas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se*

acredita por medio de una presunción “.(C.S.J sala civil, Sent marzo 17 de 1952).

Como se observa, el legislador estatuyó la figura de la sociedad de hecho cuando se omite la formalidad de la escritura pública, más sin embargo, por los hechos, resulte evidente que se han presentado todos los elementos esenciales del contrato de sociedad, en los términos del artículo 98 C.Co., en forma coincidente a la teoría del “contrato realidad” que pregonan la doctrina y jurisprudencia laboral. Ya referenciada.

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

Por lo tanto, habrá agencia mercantil de hecho cuando por los “hechos” de ejecución y desarrollo el contrato, se presenten los presupuestos esenciales consignados en el Art. 1317 C.Co, pese a que el contrato no cumpla las formalidades de constar por escrito y se omita su registro mercantil. En otras palabras: EXISTIRÁ AGENCIA MERCANTIL DE HECHO CUANDO POR LOS “HECHOS” EJECUTADOS Y CUMPLIDOS POR EL INTERMEDIARIO PARA FACILITAR O COLOCAR LOS BIENES O SERVICIOS DE UN EMPRESARIO ANTE EL CONSUMIDOR FINAL, SE DAN LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO MERCANTIL DE AGENCIA, en los términos del Art. 1317 C.Co, pese a que las partes, por escrito, hayan establecido un contrato diferente. En estos casos, acogiendo la copiosa Jurisprudencia laboral sobre el contrato realidad y el criterio jurisprudencial sobre la sociedad de hecho, bien puede concluirse que cuando se firma un contrato bajo un bautizo, etiqueta o determinado ropaje con que se quiso disfrazar el contrato de agencia, con el fin de evadir las prestaciones previstas en el Art. 1324 C.Co, DEBEN PRIMAR LOS HECHOS DE EJECUCIÓN CONTRACTUALES SOBRE LO LITERAL CONSIGNADO EN EL DOCUMENTO SUSCRITO POR LAS PARTES, situación que tampoco es ajena a la jurisprudencia de la sala civil.

De manera similar al denominado contrato laboral realidad, el cual surge de los hechos, independientemente a lo consignado en el contrato escrito, la agencia de hecho también surge de los hechos, así se pretenda disfrazar la relación jurídica indicando, en el formato documental, un contrato sustancialmente diferente.

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

Aquí vale la pena anotar que en innumerables laudos arbitrales, las discordancias entre lo consignado en el contrato y lo ocurrido en los hechos, los cuales determinan la formación de un contrato de agencia mercantil, el asunto se ha solucionado acudiendo a la aplicación de la teoría de los actos propios, como igualmente lo ha hecho la Corte Suprema en casos similares (C.S.J. Sala civil, Sentencia agosto 09 de 2007). Sin embargo, la doctrina de los actos propios resulta de carácter simplemente auxiliar puesto que en verdad, el fundamento legal para resolver este asunto, en materia de agencia mercantil, viene dado por la figura de la agencia mercantil de hecho, establecida en el Artículo 1331 C.Co.

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

Hechas las anotaciones anteriores, se procede a realizar un cotejo entre la forma en que se pactó el contrato según documento de fecha febrero 1 de 1999, el contenido de sus cláusulas y la realidad contractual.

Con razón se ha dicho que basta la independencia y estabilidad del agente, la designación de un territorio, la obligación de promocionar un producto o servicio del empresario en el territorio asignado y el pacto de una remuneración a favor del agente, para que se configure la relación contractual de agencia. Los anteriores elementos dan nacimiento a un contrato de agencia mercantil. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia tradicional suelen agregar otro: el obrar por cuenta de otro, elemento característico de la relación de mandato. Por lo tanto, la discusión se centra en el sentido de determinar si el agente debe obrar por cuenta del empresario o basta que obre interés de éste, como lo plantea la parte demandada.

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

En sentencia de Octubre 31 de 1995, (C.S.J., Sala Civil) la Corte manifestó que lo que caracteriza la agencia mercantil no es tanto la actividad publicitaria o la de promoción, sino la actuación por cuenta de otro. Sin embargo, como se advirtió, el agente tiene tal calidad cuando se dedica a labores de simple promoción porque a esto se redujo su encargo, sin que tenga que salir a convenir o celebrar contratos con terceros. Basta, pues, la simple promoción de los bienes o productos del empresario tal como la realizó Arca Asociados, cumpliendo instrucciones de Bavaria, para que pueda presentarse una agencia de hecho.

No existe ninguna norma en el Código de Comercio que determine que en las actividades de agenciamiento, el agente, como comerciante independiente, no puede obtener provecho para sí, y sus actuaciones deben resultar en provecho exclusivo del empresario, como erradamente lo resalta la Corte en su sentencia de Diciembre 2 de 1980, y lo reitera en Sentencia de Octubre 31 del 95 esta conclusión riñe con la realidad comercial del contrato de agencia; por el contrario, en la medida que el agente, en cumplimiento de su encargo, logra el cometido de mantener, incrementar y expandir la clientela, no solamente está favoreciendo y beneficiando al empresario, sino que correlativamente está beneficiando a su propia organización. Entre más clientela atienda, mayor será su remuneración o beneficio por la ejecución del encargo. No es casual que los artículos 1322 y 1323 C.Co, hablan de la remuneración a favor del agente y que el artículo 1324 C.Co., se refiera, específicamente, a la “UTILIDAD” recibida por el agente, en desarrollo del contrato. Luego, la agencia mercantil es un contrato útil tanto para el empresario como para el agente.

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 actúe 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, circunstancia que está plenamente demostrada en el proceso, por las siguientes razones:

Con respecto a la independencia del agente, al proceso se aportó el certificado de constitución y gerencia de la ECOR EL PRADO. E.U. De otra parte, se anota que, el seguir las instrucciones del empresario, es propio de todo mandato, sin que por ello se entienda perder su propia independencia, en el manejo interno de la empresa del agente, por lo que la independencia se mira más al interior de su organización; al exterior, en la forma y desarrollo del negocio, está sujeto al seguimiento de las instrucciones del empresario.

Como bien lo determinó la Corte en su Sentencia de fecha octubre 31 de 1995, expediente 4701, Sala Civil, LO ESENCIAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL ES QUE EL AGENTE ASUMA Y DESARROLLE EL ENCARGO DE PROMOCIONAR LOS BIENES O SERVICIOS DEL EMPRESARIO. Por lo tanto, si se presenta dicho elemento, unido a la designación del territorio, la independencia del agente y la estabilidad en su ejercicio, ASÍ SE DISPONGA OTRA COSA EN EL CONTRATO, YA EXISTE AGENCIA DE HECHO.

Ahora bien, tampoco es cierto que en el contrato de agencia el agente no asume riesgo con respecto al contrato celebrado con el tercero, en ejecución de su cargo. Por el contrario, si el agente no tiene facultades de representación, frente al tercero obrará a nombre propio por lo que responderá en calidad de vendedor, de cualquier incumplimiento contractual y podrá ser condenado, en

proceso ordinario, a indemnizar los perjuicios. En teoría, por tales perjuicios podrá repetir contra el agenciado, pero bien puede suceder que cuando inicie la acción de repetición el agenciado ya se haya liquidado o se encuentre en estado de insolvencia que le impida pagar dicha deuda, de suerte que, el patrimonio del agenciado sí terminó afectado.

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

También se ha dicho que las labores de promoción deben ser activas de tal suerte que el agente siempre debe obtener ofertas de contrato a favor del empresario, lo que reconfirma la obligación de actuar por cuenta del agenciado. A todo lo anterior habrá de manifestarse que ni la promoción activa en el sentido de que efectivamente se concreten contratos en interés del agenciado, ni la actuación por cuenta del agenciado, constituyen un requisito esencial del contrato de agencia. Por el contrario, forman parte de sus obligaciones naturales, las cuales surgen a raíz del nacimiento y eficacia del contrato de agencia. En este orden de ideas, si el agente no despliega promoción alguna o si la realiza muy someramente y de manera tan poco profesional que no logra incrementar la clientela del agenciado, de tal manera que éste no recibe ninguna oferta, mal podría concluirse que no hay contrato de agencia; SI LO HAY, LO QUE PASA ES QUE EL AGENTE LO INCUMPLIÓ Y DEBERÁ RESPONDER POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS.

Todas estas reflexiones llevan a la conclusión de QUE LA ACTUACIÓN POR CUENTA DEL EMPRESARIO NO CONSTITUYE UN ELEMENTO DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA SINO QUE CORRESPONDE ELEMENTOS DE SU NATURALEZA, modificable o derogable por el común acuerdo de los contratantes. En todo caso, en la agencia simple, cuando al agente se le encomendaron labores de promoción, sin que sea necesario que adicionalmente gestione o contrate directamente o como representante del agenciado, con los terceros, no se presenta la actuación por cuenta del empresario y sin embargo, si se trata de un verdadero contrato de agencia. De igual forma puede suceder, como ya se manifestó, que el agente sí haya sido muy profesional en sus labores de promoción, pero por más esfuerzos hechos no logró concretar ningún negocio, caso en el cual no puede producirse el incumplimiento del contrato, como tampoco puede concluirse que el agente actuó por cuenta del agenciado y sin embargo, entre estos dos si existe un contrato de agencia mercantil.

Que la actuación por cuenta del mandate sólo se presenta cuando se cumple el encargo de ejecutar o celebrar actos con terceros, lo confirma el artículo 1287 C.Co., que específicamente calificado a la comisión como una especie de mandato en el cual, EL ENCARGO CONSISTE EN LA EJECUCIÓN DE UNO O MÁS NEGOCIOS.

Aún, en el mandato, LO SUSTANCIAL ES QUE EXISTA UN ENCARGO para que el mandatario ejecute uno o más actos o contratos obrando por cuenta del mandante. Sin embargo, si al mandatario se le torna imposible ejecutar uno o más actos, (por ejemplo, por destrucción del bien objeto del encargo), nunca

podrá afirmarse que no existió mandato. Por supuesto, lo esencial para el nacimiento del contrato es el encargo. Así, si en un mandato sin representación, el mandatario abusivo vende por cuenta y en interés propio; a nombre propio, el contrato de mandato si existió y lo que presenta es un incumplimiento contractual, que es algo diferente. Luego, lo sustancial es el encargo como lo confirman los artículos 1264, 1266, 1267, 1272, 1275 y 1286 C.Co. y no la actuación por cuenta de otro.

Por lo tanto, muy a pesar de la doctrina reiterada, la actuación por cuenta del mandante no es un requisito esencial o para el nacimiento del contrato, es la principal obligación del mandatario; para que exista obligaciones, previamente debe existir el contrato.

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

Si las razones anteriores no fueran suficientes, se podría considerar que la promoción se desarrolla por cuenta del agenciado, pero con un alcance muy diferente al que se tiene en el mandato. Se debe tener en cuenta que LA FINALIDAD ESENCIAL DEL MANDATO ES LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN ACTOS Y CONTRATOS ENTRE EL MANDANTE Y LOS TERCEROS, pues en desarrollar dichos actos consiste el encargo. Entonces, cuando el mandatario efectivamente celebra actos o contratos con los terceros, obra por cuenta del mandante, lo que fácilmente permite concluir que el riesgo del negocio así suscrito, gira en interés y en cabeza del mandatario. Si el encargo al agente es de simple promoción, también resulta que los riesgos de los actos o de los contratos celebrados en el territorio del agente con respecto a los bienes o servicios promovidos, corren en cabeza exclusiva del agenciado, pero no porque el agente haya celebrado o ejecutado con los terceros determinados un acto o contrato, por cuenta del Empresario, sino en consideración a que el agenciado obra directamente. Aquí, el OBRAR POR CUENTA DEL EMPRESARIO SOLAMENTE SE EFECTÚA EN LA ESFERA DE LA PROMOCIÓN, de suerte que, si el agente incurre en prácticas de propaganda engañosa porque esa

información errada le fue suministrada por el agenciado, con el encargo de utilizarla en las labores de promoción; por las multas y sanciones impuestas al agente, finalmente responderá el empresario, así como por los perjuicios causados. Pero se repite, en los negocios celebrados y ejecutados con terceros, siempre se afectará es el patrimonio del agenciado, pese a que el agente no haya obrado por cuenta de éste. Nótese que EN EL MANDATO EL ENCARGO NECESARIAMENTE INVOLUCRA, COMO FINALIDAD ESENCIAL, LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DE CONTRATOS CON UN TERCERO, POR CUENTA DEL MANDANTE. Es decir, el obrar por cuenta del mandate se concreta cuando el mandatario celebra y ejecuta el contrato encomendado, con el tercero. EN LA AGENCIA MERCANTIL, POR EL CONTRARIO, NO ES DE LA ESENCIA QUE EL AGENTE CELEBRE O EJECUTE ACTOS O CONTRATOS CON UN TERCERO, PUESTO QUE LO SUSTANCIAL ES QUE PROMUEVA UN BIEN O SERVICIO DEL EMPRESARIO. Dicho en otras palabras: la labor de promoción no envuelve, necesariamente, la celebración de contratos con terceros respecto al bien objeto de promoción. Puesto que sólo busca mantener e incrementar la clientela. Si ello es así, resulta evidente que el concepto de obrar por “cuenta de otro”, no tiene el mismo alcance en el contrato de agencia, que el que tradicionalmente se le asigna en el mandato.

En palabras sencillas, el contrato de agencia nace cuando se le hace el encargo al agente de promocionar los productos o servicios; no cuando el agente efectivamente cumple con el encargo. Lo primero es presupuesto para la formación de la agencia mercantil y lo segundo es presupuesto para dar por cumplido el contrato de agencia.

Si bien, lo sustancial en la agencia mercantil consiste en la promoción de un bien o servicio, es frecuente que al agente se le encomienden labores adicionales o complementarias que faciliten la llegada del producto o servicio al consumidor final y la satisfacción plena en el uso del bien o servicio; sin que dichas labores adicionales o complementarias tengan la virtud de “desaparecer” la relación de agencia. Así lo prevé expresamente el artículo 1317 C.Co. al disponer que el AGENTE PUEDE ACTUAR COMO MANDATARIO SIMPLE, REPRESENTANTE, FABRICANTE O DISTRIBUIDOR, EN SU GESTIÓN DE PROMOVER O EXPLOTAR EL BIEN O SERVICIO OBJETO DEL ENCARGO. Por lo tanto, labores propias o atinentes al transporte y entrega de la mercancía, la producción o fabricación, la distribución, la atención en las postventas, la honra de las garantías o el recaudo de cartera, como actividades encomendadas, adicionalmente al agente, se entienden formar parte del mismo contrato de agencia. El vocablo, “explotación”, utilizado por el legislador, incluye cualquiera de las gestiones señaladas a título de ejemplo, las cuales, naturalmente, pueden tener vida jurídica propia e independiente, pero que adicionadas a una relación de agencia, por disposición legal, entran a formar parte integrante de dicho contrato. De conformidad con lo anterior, para este Tribunal, el contrato inicial y bajo el rótulo de “corretaje”, suscrito en febrero del 99, que posteriormente se trató de partir en dos supuestos contratos diferentes, bajo la denominación de CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN Y CONTRATO DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA, no sufrió tal metamorfosis debido a que se encuentra probado que la ejecución contractual fue lineal, y uniforme de principio a fin. Si se comparan dichos contratos, con el inicial, fácilmente se cae en la cuenta que efectivamente las actividades que se pretenden separar, ya aparecían a la letra o implícitas, en

el contrato inicial. Es más, la estrecha vinculación entre los dos contratos mencionados aparece patente en la cláusula cuarta (GESTIÓN ACEPTABLE DE SERVICIOS), del denominado contrato de tercerización.

Se insiste, la denominada tercerización en el servicio de cartera, desde un principio fue encomendada a la ECOR EL PRADO; basta mirar la cláusula primera literal D., del contrato denominado de corretaje, en la cual se dispone como obligación del corredor: “Realizar las acciones necesarias para que el empleador y/o cotizante cumplan con el pago oportuno de los aportes, dentro de los términos de ley y de acuerdo con los lineamientos que para el efecto haya determinado CCOMEVA E.P.S. S.A., a través de sus circulares”. No resulta casual que precisamente la reglamentación propia del denominado contrato de tercerización, la dispuso **COOMEVA EPS S.A.**, en uso de sus facultades de dirigir el contrato, y dicha situación no cambia por el hecho de adoptar una política general de suscripción de contratos separados, en vez de haber proferido una circular para regular el recaudo de cartera. Tal proceder no puede interpretarse en contra de la ECOR EL PRADO.

De conformidad con el Art.1501 del C.C.: “ELEMENTOS DEL CONTRATO.- 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** de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente (...)”

Los elementos tipificantes de la agencia mercantil según prolija doctrina y jurisprudencia (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de Dic. 2/80 y Feb. 28/05) son:

- a) La independencia del agente. Está plenamente acreditado que la Ecor el Prado se constituyó formalmente como comerciante y que en las relaciones internas y manejo de su personal y de sus oficinas, contó con libertad y autonomía; que tal independencia no se pierde por el hecho de tener que seguir las instrucciones de **COOMEVA EPS S.A.**, en relación a la ejecución del contrato de agencia.
- b) Estabilidad. También quedó plenamente acreditado que el contrato se desarrolló sin solución de continuidad, ente Feb. 1º/99 y Abril 30/06.
- c) Determinación del ramo o negocio. Ambas partes aceptan que la actividad desarrollada por la Ecor el Prado fue la comercialización de la afiliación en el servicio de salud ofrecido por **COOMEVA EPS S.A.**
- d) El territorio. En el contrato aparece como territorio a cargo del agente, el departamento del Cauca.
- e) La promoción de servicios de **COOMEVA EPS S.A.**
- f) La remuneración a favor del agente.

En el texto de los contratos firmados por la demandante se pactaron cláusulas que consagran obligaciones a cargo del contratista que son ajenas al contrato de corretaje y que degeneraron en un contrato de agencia comercial, veamos:

El texto del CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ECOR POR COMPENSACIÓN de fecha 01 de febrero de 1999 dice en su acápite PREAMBULO literal B: “El art. 287 de la ley 100 de 1993 describe: *“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 la relación con sus 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 actividades propias de los servicios que ofrezcan...**”* (Negrilla fuera de texto)

En dicho contrato en la cláusula PRIMERA-OBJETO, se lee: “LA ECOR se obliga, para con **COOMEVA EPS S.A. E.P.S. S.A.** a efectuar y prestar las siguientes gestiones y servicios: A. Como **agente intermediario** LA CONTRATISTA se obliga a poner con relación a terceras personas con **COOMEVA EPS S.A.** con el fin de que celebren el contrato de afiliación y registro al sistema general de seguridad social en salud régimen contributivo. B. **La CONTRATISTA se obliga a cumplir las metas de captación de usuarios de COOMEVA EPS S.A. (...) Estas metas mensuales hacen parte de este contrato y su incumplimiento es la evaluación anual, es causal de terminación unilateral (...) (...) E. A efectuar una permanente labor de mantenimiento y conservación de la población afiliada a COOMEVA EPS S.A. E.P.S. S.A. mediante su intermediación. (...) TERCERA.- OBLIGACIONES GENERALES DE LA CONTRATISTA: LA ECOR adquiere además de la obligación de realizar la intermediación de que trata el presente contrato (...) F) Hacer uso responsable de la información, documentos y papelería propiedad de COOMEVA EPS S.A. y a las cuales tenga acceso en razón del cumplimiento del objeto de este contrato (...) K) **Cumplir su labor dentro del territorio que le ha sido asignado. (...) DECIMO SEGUNDA: CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: A. LA INACEPTABLE GESTIÓN EN VENTAS: Se considera inaceptable gestión en ventas, el que, el promedio del año inmediatamente anterior al período de revisión de cumplimiento de metas en ventas, sea inferior al 80% (...)**” (negrilla fuera de texto).**

CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE LA AFILIACIÓN – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, suscrito el día 01 de febrero de 2005, cuya CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO, dice: “LA ECOR desarrollará para **COOMEVA EPS S.A. EPS. S.A.** las siguientes actividades de corretaje comercial: 1.1 AFILIACIONES.- LA ECOR se obliga a **promover** la afiliación a **COOMEVA EPS S.A.** de grupos no cubiertos actualmente por la seguridad social; 1.2. TRASLADOS.- La ECOR se obliga a atender traslados de afiliados de otras EPS a **COOMEVA EPS S.A.** y traslados de Régimen.- CLÁUSULA SEGUNDA.- CARACTERÍSTICAS DE LA ECOR. – LA ECOR ejecutará el objeto del contrato por su especial conocimiento de la ley 100/93 y sus normas reglamentarias, con **autonomía técnico administrativa**, con su propio personal y sin que existan vinculaciones con **COOMEVA EPS S.A.** por motivo de la **intermediación** o por razones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral o por mandato o representación.- PARÁGRAFO PRIMERO.- Para el adecuado desarrollo de su gestión comercial la ECOR podrá utilizar los logosímbolos institucionales de nombre de **COOMEVA EPS S.A. EPES S.A** junto a su propio

logosímbolo, **en sus materiales promocionales, avisos exteriores y material publicitario que utilice** CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR.- 3.2 Contratar bajo su responsabilidad, dependencia laboral y/o relación comercial el número de asesores comerciales, que las partes definan conjuntamente, se requiera para el cabal cumplimiento de las obligaciones propias del contrato. Este personal debe cumplir con el proceso de acreditación y capacitación aprobado por **COOMEVA EPS S.A.** 3.8.- Hacer uso responsable de la información, documentos y papelería de propiedad de **COOMEVA EPS S.A.**, a los cuales tenga acceso en razón del cumplimiento de éste contrato. 3-11.- Cumplir con **las actividades de corretaje objeto del contrato, limitadas éstas al área geográfica que COOMEVA EPS S.A. asigne a LA ECOR.** CLÁUSULA CUARTA.- GESTIÓN ACEPTABLE EN VENTAS.- Las partes determinan como gestión aceptable en ventas el cumplimiento del 90% de las metas (...) El cumplimiento de metas será evaluado semestralmente por **COOMEVA EPS S.A.** y si el promedio resultare inferior al 90% se tendrá como incumplida la obligación y será en consecuencia causal de terminación del contrato” (negritas fuera de texto)

Contrato de TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE CARTERA – RÉGIMEN CONTRIBUTIVO celebrado entre **COOMEVA EPS S.A.** y LA ECOR EL PRADO, el 01 de febrero de 2005, cuya CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO, dice: “LA ECOR EL PRADO se obliga a adelantar para **COOMEVA EPS S.A.** servicios de cartera encaminados al pago oportuno de aportes al sistema general de seguridad social en salud, limitándose estas actividades a la población que para el efecto le asigne **COOMEVA EPS S.A.** y atendiendo a las disposiciones contenidas en la ley 100/93 y sus reglamentaciones y en especial el desarrollo de las siguientes actividades: 1.1. Realizar labores de **mantenimiento y acompañamiento permanente a la población asignada**, encaminadas a la autoliquidación (...) 1.2. Realizar labores de **acompañamiento permanente** en el diligenciamiento de planillas (...) CLÁUSULA SEGUNDA.- CARACTERÍSTICAS DE LA ECOR. – LA ECOR ejecutará el objeto del contrato por su especial conocimiento de la ley 100/93 y sus normas reglamentarias, **con autonomía técnico administrativa**, con su propio personal y sin que existan vinculaciones con **COOMEVA EPS S.A.** por motivo de la **intermediación** o por razones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral o por mandato o representación. PARÁGRAFO PRIMERO.- **Para el adecuado desarrollo de su gestión comercial LA ECOR podrá utilizar los logosímbolos instituciones del nombre COOMEVA EPS S.A. EPS S.A junto a su propio logosímbolo, en sus materiales promocionales, avisos exteriores y material publicitario que utilice e identifique LA ECOR, siempre y cuando estén acordes con los parámetros establecidos en el Manual de Imagen de COOMEVA EPS S.A. que LA ECOR manifiesta conocer y aceptar, previa aprobación de los diseños por la Dirección Comercial de COOMEVA EPS S.A. (...)** CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES GENERALES DE LA ECOR.- (...) 3.2 Contratar bajo su responsabilidad, dependencia laboral y/o relación comercial el número de asesores comerciales, que las partes definan conjuntamente, se requiera para el cabal cumplimiento de las obligaciones propias del contrato. Este personal debe cumplir con el proceso de acreditación y capacitación aprobado por **COOMEVA EPS S.A.** 3.8.- Hacer uso responsable de la información, documentos y papelería de propiedad de **COOMEVA EPS S.A.**, a los cuales tenga acceso en

razón del cumplimiento de éste contrato. 3-11.- Cumplir con las actividades de corretaje objeto del contrato, limitadas éstas al área geográfica que **COOMEVA EPS S.A.** asigne a LA ECOR.” (Negrilla fuera de texto)

“SRA. LUZ CARIME GONZÁLEZ BETANCOURT- TESTIGO

COOMEVA EPS S.A. realiza su promoción de marca, **entrega de material promocional, diseño de piezas y publicidad en medios para apoyar el reconocimiento de marca** porque es una marca muy representativa, entonces apoyamos eso. Bueno, dentro de mi cargo y el tiempo que llevo laborando con la compañía puedo hablar del proceso de afiliación y la relación que se tiene con los corredores, con precios de corretaje, en donde son contratados para realizar una labor de acercamiento con los clientes que se quieren vincular al sistema general de seguridad social en salud a través de **COOMEVA EPS S.A.**; ellos se contratan, hacen el contacto con clientes y **COOMEVA EPS S.A. les presta todo el soporte en cuanto a publicidad, material POP**, el acompañamiento con clientes grandes, abrir las puertas, solución de inconsistencias, casos, y el corredor hace el proceso de contacto al cliente, diligenciamiento de formulario y entrega ya el proceso de acreditación que es como la afiliación que llamamos nosotros. (...) **DR. LUIS MIGUEL MONTALVO PONTÓN – Apoderado parte convocada.** Indique al Tribunal si en la actualidad existen empresas de corretaje vinculadas contractualmente con **COOMEVA EPS S.A.** que **promueven** la afiliación al sistema de seguridad social en salud. **SRA. LUZ CARIME GONZÁLEZ BETANCOURT- TESTIGO.** Sí, actualmente existen; en un porcentaje importante tenemos empresas de corretaje que nos apoyan en la labor de comercialización (...)”

“DR. JAIRO HERNÁN VARGAS CAMACHO – Interrogado. Las empresas de corretaje no son otra cosa que unas organizaciones que ejercen un trabajo comercial de captación y dispensación de usuarios que tengan interés en afiliarse al sistema general de seguridad social en salud en régimen contributivo con **COOMEVA EPS S.A. EPS.** (...) Las empresas de corretaje pues particularmente con EL PRADO dentro de su trabajo comercial de intermediarios, el sistema no hacían otra cosa sino pues primero **colocar o promover la afiliación en COOMEVA EPS S.A. EPS** de todas las personas nacionales o extranjeras debidamente acreditadas en el país que tengan interés en afiliarse al sistema general de seguridad en salud de régimen contributivo, adicionalmente este trabajo comercial pues derivaba otras actividades propias del mismo, básicamente en ese trabajo comercial las empresas de corretaje hacen una labor eminentemente comercial (...) Dentro del contrato suscrito, porque hubo varios contratos suscritos con la ECOR EL PRADO y hubo un período en el cual se manejó la contratación verbal, digamos que dentro de las actividades que desarrolla la empresa de corretaje es una labor comercial y **su trabajo comercial debe enfocarse básicamente a promover la filiación en COOMEVA EPS S.A. EPS**, digamos que partes de las estrategias que ellos puedan implementar implicarían que tuvieran que, dentro de sus honorarios que reciben por ese concepto entiéndanse comisiones, destinar una parte a gastos de ventas y pudieran eventualmente tener que cofinanciar sus actividades comerciales. (...) **Digamos que en esencia como agente comercial, es decir insisto en la figura de intermediario comercial, digamos que el objeto del contrato sigue siendo el mismo, seguir promoviendo la afiliación al régimen contributivo de los usuarios en COOMEVA EPS S.A. EPS;** y de ahí para abajo todas las obligaciones que se deriven (...) Dejemos los términos

claros ¿cierto?, digamos que la fuerza comercial, y en este caso al empresa de corretaje, **promueve** que un ciudadano colombiano se afilie al régimen contributivo en **COOMEVA EPS S.A. EPS**, **para promover eso ejecuta una serie de pasos, entre otros diligenciar una serie de documentos.** (...) Se realiza entonces la venta por el asesor comercial y esos documentos llegan al área de operaciones de **COOMEVA EPS S.A. EPS**”

“DR. LUIS MIGUEL MONTALVO PONTÓN – Apoderado parte convocada. Preguntada.- Indique al tribunal cuáles eran las funciones que desempeñaban esas empresas de corretaje, en estricto sentido, si estas empresas se encargaban de vincular a las personas naturales, nacionales o extranjeros al sistema de seguridad social en salud, o **si la labor que hacían era de promoción simplemente.** Contestó. **SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.** A ver, la naturaleza del contrato de afiliación era afiliación, ofrecer el sistema obligatorio de salud, por POS, ofrecerlo para que las personas se afiliaran al sistema general de seguridad social en salud a través de **COOMEVA EPS S.A. EPS.** **DR. LUIS MIGUEL MONTALVO PONTÓN – Apoderado parte convocada.** ¿Podría usted detallar un poco más esas funciones que hacían estas empresas de corretaje para claridad del Tribunal? **SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.** Ellos por ejemplo visitaban una empresa, ofrecían el POS, y ofrecían vincularse a través de **COOMEVA EPS S.A.** explicándole a las personas qué ofrecía el plan obligatorio de salud en la cual si se afiliaban a través de **COOMEVA EPS S.A.** qué red hospitalaria o qué red de salud los iba a atender, los tiempos de carencia que habían en esa época que creo que ahora han disminuido, o sea era eso, entonces si la persona aceptaba ellos diligenciaban un formulario y el formulario lo llevaban a **COOMEVA EPS S.A.** **DR. JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI-Árbitro.** Para claridad del tribunal, la función de las ECOR era simplemente buscar la afiliación de las personas al POS y que llenaran el formulario que previamente estaba membreteado con los logotipos de **COOMEVA EPS S.A.**, la ECOR hacía que firmaran el formulario, que lo llenaran, y simplemente se los remitía a ustedes pero ustedes eran los que hacían la afiliación, la ECOR simplemente, la labor de la ECOR era simplemente buscar el cliente para que dijera sí me quiero afiliar a **COOMEVA EPS S.A.** y entonces llenaba la solicitud y presentaba los papeles, y esos papeles se los remitía la ECOR a ustedes y ustedes decidían la afiliación; entiendo que ese era el procedimiento. **SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.** Sí, ese es el procedimiento realmente”

El Diccionario de la Real Academia Española define: “**PROMOCIÓN** 1. Acción y efecto de promover. 4. Conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas. – **PROMOVER**: 1. Iniciar o impulsar una cosa o un proceso procurando su logro”.

Si se observa en la página 90 y ss. de la Separata Instructiva de las ECOR vemos en el literal 7. MATERIAL DE COMUNICACIÓN Y APOYO PROMOCIONAL; en el numeral 7.2. MATERIAL DE APOYO PROMOCIONAL; en el numeral 7.3. TARJETAS DE PRESENTACIÓN PERSONAL; 7.4. CARNÉ (sic) DEL ASESOR COMERCIAL; 7.5. ESTRATEGIAS PROMOCIONALES; 8. IMAGEN CORPORATIVA.

Dentro del expediente que nos fue entregado a cada uno de los árbitros del folio 165 al 167 aparecen certificados de retención que demuestran las ventas de la demandante durante el año 1999 y 2003, a folio 166 aparece declaración de renta por el año gravable de 2004, a folio 197 aparece la declaración de renta por el año 2005, a folio 200 se ve una constancia del 05 de agosto de 2002 que recuerda el quinto aniversario de la ECOR EL PRADO y su crecimiento que enorgullece a **COOMEVA EPS S.A.**, a folio 207 se invita a la ECOR EL PRADO a una capacitación sobre programas de promoción y prevención, a folio 211, 212 aparece el presupuesto comercial año 2002 de la Oficina de Popayán. Así mismo, en dictamen pericial efectuado constan las comisiones pagadas a la ECOR EL PRADO lo que prueba las ventas efectuadas al igual que el hecho de **COOMEVA EPS S.A.** de no haber hecho uso de la facultad de dar por terminado unilateralmente los contratos por incumplimiento de metas de ventas, que estaba pactado en los contratos.

Ahora bien, si nos atenemos a la definición que da el Art.1317 del C. Co., los elementos del contrato de agencia son: a) Encargo del empresario al agente; b) Promoción y explotación de los negocios del empresario por parte del agente en determinado territorio c) Que el agente obre siempre por cuenta del agente pero asumiendo los riesgos y, d) La remuneración a favor del agente.

2.6.- Nulidad Absoluta del Contrato

Se invoca como excepción la nulidad absoluta del contrato, en el evento en que se determine por el Tribunal que existió un contrato de agencia mercantil, bajo el argumento de que de ser cierto esto, habría objeto ilícito, en la medida que tal instrumento convencional implicaría una usurpación a las funciones que la ley ha encomendado exclusivamente a las EPS. , y nadie puede dar lo que no le pertenece. Se reitera que, **COOMEVA EPS S.A.** sólo puede suscribir contratos de corretaje en la medida que no puede delegar la función pública que le fue encomendada y relativa al sistema de seguridad social en salud. Se invoca, igualmente, el artículo 25 del Decreto 1485/94 que restringe el pago a los promotores, bajo la forma de una comisión.

En cuanto a la remuneración, el art. 25 del Dcto 1485/94 determina que el promotor de los servicios de salud recibirá en compensación por sus actividades un pago o comisión y SE PROHÍBE QUE LA COMISIÓN DEPENDA DEL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN, O DE LAS CONDICIONES DE SALUD ACTUALES O FUTURAS DEL AFILIADO. Igualmente se prohíbe el pago de otras bonificaciones diferentes a la comisión pactada.

En el caso de autos, basta mirar los anexos a la demanda, folios 167, (pago comisiones); 184, (esquema de comisiones por afiliaciones) y 193 (esquema de comisiones por tercerización), para encontrar que lo pactado allí fueron comisiones. De manera que si bien en la cláusula Octava (precio, del contrato de Feb. 1º/99), se indica que la Ecor el Prado tiene derecho al pago de unos honorarios, en el anexo No. 1 del mismo contrato, aparece la siguiente cláusula: "LA TABLA DE COMISIONES DE LA ECOR POR COMPENSACIÓN PERIODO CORRIENTE, QUEDA DEFINITIVAMENTE ASÍ". En el contrato de comercialización de la afiliación del 1º de Feb. /04, en la cláusula Sexta (forma de pago), se habla del pago de comisiones, de conformidad con el anexo No. 1. En consonancia con lo anterior, el acta de terminación por mutuo acuerdo, de

fecha 17 de Enero /05 también habla de la liquidación definitiva de los comisiones. En parecidos términos, el contrato de comercialización de la afiliación de Feb. 1º/05 CLÁSULA SEXTA (forma de pago), remite al aplicativo de comisiones u anexo No. 1º, esquema de comisiones por afiliación. En el contrato de tercerización de fecha 1º de Marzo/04 cláusula Segunda, se habla del pago de las comisiones, según el anexo No. 1º, lo mismo la cláusula Sexta (forma de pago). Finalmente el contrato de tercerización de servicios de Feb. 1º/05 igualmente habla de comisiones.

Por todo lo anterior, a éste Tribunal no le queda ninguna duda de que lo convenido entre las partes y efectivamente pagado a título de compensación a la ECOR EL PRADO, fue una comisión.

De otra parte, tanto la Ley 100, art. 287, como el Decreto reglamentario 1485/94 permiten que las EPS contraten a promotores diferentes a las compañías de seguros y financieras para ofrecer sus servicios, lo cual no es lo mismo que indicar que la promoción de los servicios de afiliación solamente puede hacerse por intermedio de corredores. La promoción es un término genérico que incluye cualquier actividad de intermediación entre las que se encuentran el mandato, el corretaje o la agencia mercantil. Causalmente, en éste ultimo contrato, la actividad esencial del agente es la de “promocionar” y por lo tanto, el agente es un verdadero “promotor”. Lo anterior encaja con lo previsto en el parágrafo del artículo 18 del mismo decreto 1485, en el sentido de que el promotor realizará su promoción en beneficio de la EPS, lo cual precisamente ocurrió en el caso de autos. Es más, en el documento de fecha octubre 2 de 2006 suscrito por LUIS FERNANDO MILLAN, gerente regional de **COOMEVA EPS S.A.**, folio 222, se lee: “Las EPS están en libertad de adelantar las labores propias de la afiliación, directamente o a través de terceros; sean estos personas naturales o jurídicas.” Aquí hay que aclarar un asunto importante: una cosa es que el Estado haya delegado en **COOMEVA EPS S.A.** EPS la facultad de realizar afiliaciones de usuarios al sistema de salud y seguridad social, así como la facultad de captar los aportes, según lo habilita la Ley 100/93 y otra cosa que **COOMEVA EPS S.A.** esté obligada a realizar dichas labores personalmente y con sus propios empleados, sin la posibilidad de servirse de otros auxiliares del comercio. Por el contrario, el artículo 287 de la Ley 100 del 93 expresa que las EPS, pueden realizar sus actividades de promoción y ventas y recaudo de aportes “...por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros U OTRAS ENTIDADES, con el fin de ejecutar las actividades propias de los servicios que ofrezcan...”

La remisión a “otras entidades” se refiere a personas jurídicas de derecho privado que faciliten las actividades propias de los servicios de salud, sin que se especifique o limite el tipo de contratos a celebrar con dichos intermediarios.

En todo caso, mediante un contrato de agencia mercantil, no se produce la delegación de funciones del empresario en el agente; por el contrario, se trata de un simple contrato de intermediación en el cual, el agente, al celebrar contratos con terceros, lo hace en representación del agenciado o en nombre propio pero por cuanta e interés del empresario. EN EL CASO DE AUTOS, LAS LABORES DE PROMOCIÓN SE LIMITARON A BUSCAR CLIENTES PARA QUE **COOMEVA EPS S.A.** RECIBIERA OFERTAS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS; ofertas que se concretaban cuando el pretendido afiliado firmaba el formulario correspondiente, lo cual culminaba en una relación contractual

definitiva cuando **COOMEVA EPS S.A.**, a su vez, aceptando la oferta, suscribía el formulario correspondiente.

En el caso en estudio no puede hablarse de delegación por cuanto Ecor de Prado SÓLAMENTE PROCURABA LA SUSCRIPCIÓN DE OFERTAS DIRIGIDAS A **COOMEVA EPS S.A. Y COOMEVA EPS S.A.** ERA QUIEN LAS ACEPTABA Y CONSECUENCIALMENTE SUSCRIBÍA EL CONTRATO DE AFILIACIÓN.

Dice la Corte Constitucional en su sentencia SU-480 de 1998: “Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y se destinen a la función propia de la Seguridad Social. Recursos que tienen el carácter parafiscal. Como es sabido los recursos parafiscales son recursos que pertenecen al estado aunque estén destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios al sistema de salud, al igual que como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional son dineros públicos que las EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantía administran sin que en ningún instante se confundan con el patrimonio de las EPS, ni con el presupuesto nacional o entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención del afiliado”.(negrilla y subrayado fuera de texto)

El Art. 9 de ley 100/93 dispone: “Destinación de los recursos. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.”

“DR. JAIME OLANO MARTINEZ- Árbitro. ¿Y de los \$30.000 pesos que le quedan, de eso giran a la ECOR un porcentaje por la promoción de la afiliación? **SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.** Sí, dentro de esos \$30.000 pesos está establecido qué debe ir a cada cuenta, no sé cómo la llamarán, que es la administración del servicio de salud, y hay un 4% que es comercialización; dentro de ese 4% de comercialización está el valor del pago de comisiones por este, material promocional, calendarios, publicidad, y es básicamente eso. **DR. JAIME OLANO MARTINEZ- Árbitro.** ¿Esos porcentajes son iguales para todas las EPS, es decir tiene que tener unos porcentajes prefijados para efectos por ejemplo de recaudos, para efectos de afiliaciones etc., o quedan abiertos a que la EPS respectiva fije unas tarifas? **SRA. BRENDA CECILIA OCAMPO DUQUE – Testigo.** De ese 4% que el estado le dice a las EPS’s “usted va a comercializar su servicio con este 4%”, no sé si lo habrán modificado, pero en esa época era el 4%, ya cada EPS es libre de decir yo los voy a pagar por cada afiliado \$10 pesos, \$100 pesos ó \$1000 pesos, de acuerdo a lo que le diga su porcentaje, para eso hacen unos análisis y sacan unas tablas para el pago de comisiones.”

Como distingue la Corte Constitucional, las cotizaciones de los usuarios del sistema de salud que reciben las EPS no se pueden confundir con su patrimonio, únicamente ese 4% con que la EPS puede comercializar su servicio, es lo que entra a su patrimonio y con lo que debe asumir los costos de dicha comercialización y, en consecuencia, cualquier contrato que celebren las EPS, así sea de agencia comercial, con respaldo de ese 4%, es legal y no tiene objeto ilícito.

2.7.- El Contrato es Ley para las Partes

Como ya se explicó, una cosa es que las partes, mediante un escrito, bauticen el contrato bajo un nombre determinado, buscando, de esta forma, que la relación comercial no se avenga a otro molde contractual que le resulte más gravoso a la parte fuerte, (lo que generalmente ocurre cuando se pretende disfrazar a la agencia mercantil con otro ropaje jurídico), y otra, que, descubierto el velo, el Tribunal tenga que dar aplicación a la normatividad propia del contrato efectivamente ejecutado. Por lo tanto no es de recibo alegar que si las partes bautizaron su contrato como de corretaje, por el principio general de *pacta sunt servanda* (art.1602 C.C.9), no se pueda alegar que lo efectivamente ejecutado fue un agencia mercantil, para dejar de aplicar la normatividad propia de la agencia

El principio de que lo pactado es ley para las partes, solamente rige cuando lo convenido fue realmente ejecutado y querido por los contratantes, y no es predicable cuando se presenta el fenómeno de la infidelidad o insinceridad contractual.

2.8.- Carencia de Causa

Esta excepción se basa en el hecho de que el contrato celebrado no acarrea las prestaciones solicitadas en la demanda. Habiéndose aceptado que entre las partes se presentó una agencia mercantil de hecho, no se abre camino la presente excepción.

2.9.- Inexistencia de la obligación pretendida

La presente excepción, según lo expresado en la contestación de la demanda, se basa en tres puntos a saber:

- a) No existió contrato de agencia,
- b) **COOMEVA EPS S.A.** cumplió a cabalidad sus obligaciones.
- c) El contrato terminó de mutuo acuerdo.

Con respecto a los literales a) y b), ya se dijo en esta providencia que efectivamente se presentó el mencionado contrato de agencia, así como la infracción al deber de obrar de buena fe por parte de **COOMEVA EPS S.A.**; sin embargo, la terminación del contrato ocurrió por mutuo acuerdo según documento que obra a folio 199 del cuaderno 1 razón por la cual habrá de prosperar, parcialmente, esta excepción.

Debe anotarse que la terminación del contrato por mutuo acuerdo, puesto que no se probó lo contrario, implica que el agente no tiene derecho a la denominada indemnización comercial, prevista en el artículo 1324 del C.Co.

2.10.- Terminación Lícita del Contrato

Por estar acreditado que el contrato terminó de común acuerdo, la presente excepción se abre camino y así habrá de decretarse.

2.11.- Cobro de lo No Debido

Habiéndose causado en favor de la Ecor el Prado la prestación denominada cesantía comercial, se rechaza la presente excepción.

2.12.- Buena Fe y Carencia de Culpa de COOMEVA EPS S.A.

Como ya lo determinó el Tribunal, se rompe el principio de la buena fe cuando la parte predisponente del contrato le da a este un bautizo o etiqueta que no le corresponde, con la manifiesta intención de evadir la aplicación de normas imperativas que se aplican al contrato que efectivamente corresponde, por lo que habrá de rechazarse la presente excepción.

2.13.- Inexistencia del Abuso del Derecho

Se encuentra acreditado que **COOMEVA EPS S.A.**, en su facultad de direccionar el contrato y en virtud de la obligación de la Ecor el Prado de sujetarse a las instrucciones impartidas por la mencionada empresa, de manera reiterativa modificó las tarifas relativas a la comisión en favor del agente, en detrimento de éste y a favor de **COOMEVA EPS S.A.**, práctica que se traduce en un abuso del derecho.

En la medida que la modificación tarifaria no era previamente discutida entre las partes, como corresponde en los contratos sinalagmáticos, sino que unilateralmente era impuesta por **COOMEVA EPS S.A.**, se reitera la actuación abusiva.

Es de anotar que la evidente infracción a los principios de la buena fe y el no abuso del derecho, si bien se reputan como incumplimientos contractuales de **COOMEVA EPS S.A.**, el tribunal no puede, de ninguna forma, condenar a la indemnización de perjuicios correspondiente, puesto que tal pretensión no fue formulada en la demanda. Con respecto a los abusos, la parte convocante manifestó:

“DR. LUIS MIGUEL MONTALVO PONTÓN – Apoderado parte convocada. Pregunta tres.- Señora Olga Marina, de acuerdo con su respuesta manifieste al tribunal si su inconformidad se debió entonces exclusivamente al contrato denominado de tercerización de cartera. Contestó. SRA. OLGA MARINA MARTINEZ URREA - Interrogada. Sí, doctor, ese contrato es el contrato de tercerización de cartera, pero también tuvimos muchas cositas que hablar ahí, pero pues enumerar todas es como complicado en este momento. En la parte de afiliación yo tenía mi oficina, tenía 10 personas a mi cargo, donde mis asesoras yo las contrataba bajo un esquema muy similar al que me pagaban a mí; igualmente para mí era muy duro cada que me llegara un contrato yo tener que reunir a mis niñas y decirles que pena, miren, por el nuevo afiliado no nos van a pagar este mes 6 mil pesos sino 5 mi, entonces eran cosas que me tocaba enfrentarlas a mí, y muchas veces yo le decía a **COOMEVA EPS S.A. “no me bajen las comisiones porque yo tengo 10 personas detrás mío y no tengo cara cómo decirles que cada año en vez de subir, vamos es bajando”; igualmente tuve el último problema que me tocó asumirlo totalmente, fue con la niña que me gestionaba cartera. Llegó en un año que **COOMEVA EPS S.A.** me llamó y me dijo que por la tercerización no se iban a pagar esos montos que ya habíamos acordado y eso fue sin terminar un contrato, por decir algo como en el mes de**

*Junio, que eso se tenía que modificar, que eran las nuevas políticas de la empresa y que esa modificación se tenía que hacer a partir del otro mes, o sea que mi factura de tercerización del otro mes iba a venir afectada con las nuevas políticas de **COOMEVA EPS S.A.**. Yo ahí mismo llamé a la niña que me manejaba cartera y le dije “mira Carolina, pasa esto, esto y esto, yo no te puedo responder por lo que estamos pagando en este momento, ven, lleguemos a un acuerdo y manejemos esto según lo que **COOMEVA EPS S.A.** me vaya a pagar a mí, concertamos contigo unas comisiones.” No me lo aceptó, inmediatamente se fue a la oficina de trabajo y fue mi primera entrada a la oficina de trabajo, donde yo tuve que asumir con ella todo, porque claro, una niña que venía acostumbrada a tener siempre una buena gestión, inclusive la tenía dentro de **COOMEVA EPS S.A.**, **COOMEVA EPS S.A.** le interesaba que ella tuviera asiento al frente de las personas que estaban todo el día compensando porque era la persona que esta diciendo Carolina, no han pagado de tal parte, tal otra, pero pues me tocó asumir a mí toda esa parte, yo vine acá a **COOMEVA EPS S.A.** Cali y hablé con la Doctora y le dije a la Doctora Yolanda “Doctora, me acaba de suceder algo muy duro para mí, la niña me pasó eso y voy para la oficina de trabajo el otro mes, ¿qué hago, qué respondo, qué digo?”, me dijo: “No, dile que son políticas de **COOMEVA EPS S.A.**”. Fui allá, respondí eso y me dijeron “lo siento, tu tienes con ella algo muy pactado y tienes que asumir en este momento lo que es”.*

2.14.- Falta de Competencia del Tribunal

Se contrae esta excepción, a afirmar que sólo el contrato de fecha Feb. 1º/99 contenía cláusula compromisoria, por lo que el Tribunal carece de competencia para referirse a los demás contratos.

En razón, a que por voluntad de las partes y de conformidad con sus actuaciones contractuales, el Tribunal pudo determinar que las partes ejecutaron un solo contrato y que tanto el contrato inicial como las C.G.C., contenían un pacto arbitral y QUE EL CONVENIO ARBITRAL INCLUIDO EN LAS C.G.C., FORMABA PARTE INTEGRAL DEL CONTRATO, por disponerlo así el convenio, se aclara que no se está en presencia de la hipótesis contemplada en el artículo 120 del Dcto 1818/98 y que hace referencia a la cláusula compromisoria establecida en contrato separado.

Habiéndose definido una unidad contractual entre Feb. 1º/99 a Abril 30/06, no prospera la excepción planteada.

CAPITULO III

LAS PRETENSIONES

La facultad de interpretar la demanda, hay que decirlo, no faculta al Tribunal a modificar las pretensiones de la demanda, cuando su contenido sea claro y preciso, so pretexto de compaginar lo expresado en la parte motiva y que en lo sustancial, le otorga la razón al demandante.

Con respecto a las pretensiones No. 1º y No. 2º en las cuales se solicita declarar la existencia de un contrato de agencia mercantil que tuvo vigencia desde el día 5 de Agosto de 1998 hasta el día 30 de Abril de 2006 y como consecuencia, condenar a **COOMEVA EPS S.A.** a pagar a la actora, a título de cesantía comercial, en los términos del artículo 1324 C.Co., a una suma no inferior a \$379.908.551, el Tribunal, en virtud del principio Constitucional de prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho procesal consagrado en el artículo 228 de la C.P.; igualmente, en atención a que la equidad constituye un criterio auxiliar que debe aplicar el juez al momento de proferir la sentencia, según lo dispone el art. 230 de la C.P., incluso en aquellos fallos que deban proferirse en derecho, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en sentencias C-131 del 1993, C-1547 del 2000 y SU-837 del 2002, resolverá positivamente las pretensiones mencionadas.

De otra parte, acorde con lo consagrado en los artículos 6º y 305, inciso Tercero, del C.P.C., norma esta última que dispone que “Si lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último”, declara viables las mencionadas pretensiones 1º y 2º, pero bajo el entendido de que el contrato convenido entre la ECOR EL PRADO E.U Y **COOMEVA EPS S.A.**, según lo probado en el proceso, sólo tuvo vigencia ente el 1º de Febrero del 99 a Abril 30 del 2006. Por otra parte, con respecto a la cesantía comercial, según el peritazgo, desde el 5 de agosto de 1998 hasta abril 30 del 2006, la cesantía ascendió a \$137.087.461.00, suma muy inferior a la solicitada en la demanda, por lo que el fallo se dispondrá de conformidad con lo probado.

Por lo tanto, tomando como base el dictamen pericial pero ajustando la liquidación a partir de Feb. 1º del 99, se tiene que la cesantía asciende a la suma de CIENTO VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$125'474.883) según el cálculo que se presenta a continuación y que recoge los mismos datos suministrados por el perito Fernando Muñoz Bedoya, peritazgo que no fue objetado:

Reliquidación Cesantía Comercial.

TEMA 7.2. LIQUIDACION OFICIOSA DE LAS PRESTACIONES SEGÚN ARTICULO 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO. LIQUIDACION DE LA CESANTIA COMERCIAL Y LOS INTERESES MORATORIOS.

Las comisiones pagadas en los últimos tres (3) años de vigencia del contrato, lo cual cubre el período de **Mayo 1º de 2.003 a Abril 30 de 2.006**, permite establecer:

Comisiones de Mayo 1º de 2.003 a Diciembre 31 de 2.003 \$
114.640.672

Comisiones por el año 2.004
248.340.445

Comisiones por el año 2.005	
211.690.000	
Comisiones de Enero 1º a Abril 30 de 2.006	
63.036.525	
Total comisiones de los últimos tres (3) años	
De vigencia de los contratos entre COOMEVA EPS S. A.	
Y ECOR EL PRADO E. U.	\$
637.707.642	
Esta Cifra al dividirse por 36 meses, nos da una cifra promedio mensual de \$ 17.714.101,17.	

Los contratos entre **COOMEVA EPS S. A.** y **ECOR EL PRADO E. U.** tuvieron vigencia desde **FEBRERO 1o DE 1.999 a ABRIL 30 DE 2.006**, lo que arroja un **total de 2.550 días o 7,0833 años, o 7 años y 1 mes.**

LIQUIDACION DE CESANTIA COMERCIAL.	
<u>Promedio mensual \$ X No de días de vigencia contratos</u>	
360 días año	
\$ 17.714.101.17 X 2.550 Días = \$ 125.474.883.	
360 Días	

Aquí es bueno aclarar que de conformidad con lo anotado con anterioridad por el Tribunal, el hecho de que **COOMEVA EPS S.A.** pretendiera partir el contrato inicial en dos, llamado a uno contrato de comercialización de la afiliación al régimen contributivo y a otro, como contrato de tercerización de servicios de cartera, se trata, en verdad, de la ejecución de las mismas obligaciones encomendadas a la ECOR EL PRADO desde el contrato de fecha 1º de Febrero del 99, razón por la cual no es pertinente entrar a diferenciar si las comisiones pagadas por **COOMEVA EPS S.A.** correspondían a los servicios de afiliaciones o a los servicios de tercerización, para efectos de liquidar la cesantía. Sencillamente, el Tribunal entiende que se trató de un único contrato de agencia mercantil, lo cual también entendieron perfectamente las partes, como que la ECOR EL PRADO nunca facturó por separado las comisiones y **COOMEVA EPS S.A.** nunca pagó, por separado, las comisiones.

Con respecto a la pretensión Tercera; se solicita considerar ineficaces las cláusulas Décima y Décima Primera del contrato suscrito el 1º de Febrero /99. La primera cláusula (Décima), que trata sobre la duración del contrato, establece como término de duración el de 1 año, prorrogable por años sucesivos, a menos que una parte lo de por terminado mediante escrito dirigido a la otra parte, con una antelación no inferior a 30 días. Como quedó probado, en la práctica, las

partes por sus actuaciones, dejaron sin aplicación efectiva dicha cláusula y continuaron la ejecución del mismo contrato hasta Abril 30 /06 fecha en que lo dieron por finalizado, de común acuerdo. Por lo tanto, no es necesario declarar ineficaz una cláusula que las mismas partes, por sus hechos, habían dejado sin efecto.

Con relación a la cláusula Décimo Primera, en ella se contempla la renuncia a cualquier indemnización que se puede originar por la terminación unilateral del contrato. Al respecto, se aclara que, cuando el contrato de agencia mercantil se termina unilateralmente y sin justa causa por parte del empresario, o se da por terminado por el agente, con justa causa, como consecuencia de actuaciones injustas y arbitrarias del empresario, se tiene derecho a reclamar la denominada indemnización comercial prevista en el artículo 1324 C.Co., prestación que el Tribunal considera de orden público e irrenunciable, antes de la terminación del contrato, como lo ha reiterado la jurisprudencia (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de Dic. 2/80 y Feb. 28/05)

Si bien la cláusula Décima Primera no puede considerarse ineficaz, debido a que la ineficacia opera para los casos taxativos previstos en la mercantil (art. 897 C.Co.), es lo cierto que la violación a norma imperativa produce nulidad absoluta, que en los términos del artículo 2º de Ley 50/36 debe ser decretada oficiosamente y así lo hará el Tribunal.

La pretensión Cuarta también presenta varios impedimentos que no permiten su prosperidad. En primer término, aquí la pretensión se plantea a favor de Olga Marina Martínez, como persona natural y lo que se busca es la condena por la terminación unilateral del contrato, según el inciso segundo del artículo 1324 C.Co. Se reitera que la cláusula compromisoria no cobija la relación que existió entre la mencionada señora y **COOMEVA EPS S.A.**

De otra parte, se tiene que según documentos que obran a los folios 200 del cuaderno 1 y bajo el título de otrosí No.2 a los contratos de tercerización de servicios de cartera, se dispuso que el contrato se terminará el 30 de Abril de 2006. En la demanda, pág. 22 igualmente se afirma: “El último contrato es firmado en Enero de 2005, el cual es prorrogado con otrosí del 25 Enero del 2006 hasta el 30 de Abril de 2006”. Por lo tanto, el contrato no terminó por decisión unilateral de **COOMEVA EPS S.A.** sino por vencimiento del plazo pactado, lo cual no origina la indemnización del artículo 1324 C.Co. (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de Oct. 20 de 2000), salvo que se pruebe que la no prórroga del contrato fue abusiva, lo cual no se acreditó en el proceso.

La pretensión No. 5 también se formula a nombre de Olga Marina Martínez, persona natural y respecto a una supuesta deuda originada en los 2 últimos años del contrato. Sea lo primero reiterar que durante los 2 últimos años de la relación contractual, el agente fue la Ecor el Prado y no la Señora Martínez. En segundo lugar, según el dictamen pericial pág. 19, ninguna suma quedó adeudando **COOMEVA EPS S.A.** por razón de las vallas validatorias. Al respecto expresó el perito:

*“Sobre este punto, se pudo verificar que la **ECOR EL PRADO E. U.**, según factura No 321 de Enero 23 de 2.006, cobró a **COOMEVA EPS S.A.** EPS S. A. comisiones glosadas en el período Agosto de 2.005 por valor de \$ 1.023.360, y*

que **COOMEVA EPS S.A. EPS S. A.** canceló dicha factura con la TRANSFERENCIA No 11050594 (OCCIREN) de Enero 24 de 2.006 por un valor neto de \$ 905.222.

Valor factura 321 ECOR EL PRADO E. U.	\$ 1.023.360.
Menos: Retención en la fuente 11%	(112.570.)
Retención de Ica Popayán	(5.568.)
Valor neto a pagar	905.222.

Que en los archivos de **COOMEVA EPS S.A. EPS S. A.** no se encontraron más comunicaciones de ECOR EL PRADO E. U. exigiendo el pago de comisiones pendientes.

Que por solicitud al Doctor John Harold Guzmán O. Director Regional Financiero y Administrativo - Sector Salud **COOMEVA EPS S.A. - Regional Suroccidental**, expide certificación donde informa que **COOMEVA EPS S.A. EPS S. A.** no presenta cuentas pendientes por pagar a la señora **OLGA MARINA MARTINEZ URREA y/o ECOR EL PRADO E. U.**”

Lo anterior sin perder de vista que a folio 91 del cuaderno 3 aparece una declaración de paz y salvo por todo concepto, suscrita por la ECOR EL PRADO, con fecha 31 de enero del 2005.

La pretensión número 6º solicita que las condenas anteriores se actualicen de conformidad con el índice de inflación según sentencia de la Corte, Sala Civil, de fecha 18 de marzo del/93. Tiene razón la demandante, las condenas previstas en el art. 1324 C.Co., no pueden indexarse acudiendo al interés moratorio como lo presenta el dictamen pericial, sino acudiendo a sistemas actuariales como la corrección monetaria o la variación del I.P.C. (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de Marzo 18/03). Tomando como base la cesantía comercial liquidada a partir de febrero 1º de 1.999, el Tribunal procede a efectuar su indexación trayendo la suma anteriormente consignada y que se causo el 30 de abril de 2006, a valor presente, según el índice de precios al consumidor IPC, cuyo cálculo se presenta a continuación:

a.- Por el año 2006, el IPC fue de 4.48%, si se descuenta el IPC acumulado a Abril 30 de 2.006, que fue de 2,37%, **se presenta un IPC neto de 2,11%** a aplicar por los meses comprendidos entre el 1º de Mayo de 2006 al 31 de Diciembre de 2.006.

$$\text{\$ } 125.474.883 \times 2.11\% = \text{\$ } 2.647.520,03$$

Valor Cesantía Comercial a Abril 30-2.006	\$
125.474.883.00	
Valor actualización Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2.006	\$
2.647.520.03	
Total Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2006	\$
128.122.403.03	

b.- Para el año 2007, el IPC fue de 5.69%.

$$\text{\$ } 128.122.403.03 \times 5.69\% = \text{\$ } 7.290.164,73$$

Valor Cesantía Comercial a Diciembre 31-2.006	\$
128.122.403.03	

Valor actualización Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2.007 \$
7.290.164.73
Total Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2007 \$
135.412.567.76

c.- Para el año 2008, el IPC fue de 7.67%.

\$ 135.412.567.76 x 7.67% = \$ 10.386.143.94

Valor Cesantía Comercial a Diciembre 31-2.007 \$
135.412.567.76
Valor actualización Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2.008 \$
10.386.143.94
Total Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2008 \$
145.798.711.70

d.- Para el año 2009, el IPC fue de 2,00%.

\$ 145.798.711.70 x 2.00% = \$ 2.915.974.23

Valor Cesantía Comercial a Diciembre 31-2.008 \$
145.798.711.70
Valor actualización Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2.009 \$
2.915.974.23
Total Cesantía Comercial a Diciembre 31- 2009 \$
148.714.685.93

e.- Para los 4 meses del año 2010, el IPC fue de 2.24%.

\$ 148.714.685.93 x 2.24% = \$ 3.331.208.97

Valor Cesantía Comercial a Diciembre 31-2.009 \$
148.714.685.93
Valor actualización Cesantía Comercial a Abril 30- 2.010 \$
3.331.208.97
Total Cesantía Comercial a Abril 30- 2010 \$
152.045.894.90

En consecuencia, el valor de la **CESANTIA COMERCIAL**,
ajustada al IPC, desde Mayo 1º de 2006 a Abril 30 de 2010,
asciende a la suma de:

\$ 152.045.894.90

En resumidas, **COOMEVA EPS S.A.** será condenada al pago de la denominada cesantía comercial, por la suma de \$125'474.883 y al reconocimiento de su indexación por la suma de \$26'571.011.

Debido a que las pretensiones prosperaron parcialmente y en consideración a que resultó probada, parcialmente, una excepción de merito, en los términos previstos en el 392 numeral 6º del C.P.C, el Tribunal condenará a la parte convocada al pago parcial de las costas, pero no hará condena en agencias en derecho.

CAPITULO IV

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitramento encargado de dirimir las diferencias surgidas entre la ECOR EL PRADO E.U y **COOMEVA EPS S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarase que la relación contractual surgida entre la **ECOR EL PRADO E.U.**, representada por OLGA MARINA MARTÍNEZ y titular de la empresa unipersonal durante su existencia y **COOMEVA EPS S.A.** desde el 1º de Febrero de 1999, en adelante, fue de agencia comercial.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, condénese a **COOMEVA EPS S.A.** a pagarle a la **ECOR EL PRADO E.U.**, representada por OLGA MARINA MARTÍNEZ y titular de la empresa unipersonal durante su existencia, de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, la suma de CIENTO VEINTICINCO MILLONES DE PESOS CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$125'474.883).

TERCERO: De conformidad con lo solicitado en la pretensión No. 6º de la demanda, a título de indexación de la suma decretada en el punto anterior, condénese a **COOMEVA EPS S.A.**, a pagar a favor de la **ECOR EL PRADO E.U.**, representada por OLGA MARINA MARTÍNEZ, titular de la empresa unipersonal durante su existencia, la suma de VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL ONCE PESOS (\$26'571.011).

CUARTO: De manera oficiosa, declárese la nulidad absoluta la cláusula Décimo Primera del contrato suscrito el 1 º de febrero de 1999 entre la **ECOR EL PRADO E.U.**, y **COOMEVA EPS S.A. EPS SA.**

QUINTO: Declárese probada, parcialmente, la excepción 4º denominada "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Declárese no probadas las demás excepciones de fondo o mérito propuestas por la parte demandada.

SEPTIMO: Condenase a **COOMEVA EPS S.A.** a pagar parcialmente el valor de las costas es decir a la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35'000.000). Sin condena por concepto de agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: Una vez en firma el presente laudo, protocolícese el expediente en una Notaria del Círculo de la ciudad de Cali.

Notifíquese y Cúmplase.

La Presidente,

MARTA ISABEL NAVIA RAFFO

Los Árbitros,

JAIME OLANO MARTÍNEZ

JORGE HERNÁN GIL

El Secretario,

LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO