

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

SERVIMED.- SERVICIOS MÉDICOS LIMITADA Y DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ

Vs.

COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA “COOMEVA” Y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.

Santiago de Cali, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010).

Agotado el trámite y estando dentro de la oportunidad legal, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y resuelve las diferencias surgidas entre **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LIMITADA Y DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ**, como parte convocante y **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA “COOMEVA” Y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** como parte convocada

I. DE LA CONTROVERSIA Y SUS ANTECEDENTES

En los documentos que obran a folios No. 072 a 113 del cuaderno No. 2, están contenidas las cláusulas compromisorias que dan origen a la convocatoria e integración de éste tribunal, cuyo tenor literal reza así:

1. Contrato de Corretaje Comercial Categoría Persona Natural, suscrito el 1 de Diciembre de 1993 entre Cooperativa Médica Del Valle Y De Los Profesionales De Colombia – Coomeva y Doris Lozano de Sánchez:

Cláusula DÉCIMA SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. *“Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA y el CORREDOR con motivo de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionadas entre ellos serán sometidas al trámite previsto en el decreto 2279 del 89, Ley 23 del 91”.*

2. Contrato de Corretaje Comercial Categoría Persona Natural, suscrito el 1 de Febrero de 1995, entre Cooperativa Médica Del Valle Y De Los Profesionales De Colombia – Coomeva y Doris Lozano de Sánchez.

DÉCIMA SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. *“Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre COOMEVA y el CORREDOR con motivo de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionadas entre ellos serán sometidas al tramite previsto en el decreto 2279 del 89, Ley 23 del 91”.*

3. Contrato de Corretaje Comercial Categoría Persona Natural No. 0439, suscrito el 1 de Abril de 1998, entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y Doris Lozano de Sánchez.

DÉCIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: *“Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre las partes en razón del presente contrato, distintas del cobro ejecutivo de la multa se resolverán mediante un Tribunal de Arbitramento regido por la Ley Colombiana, teniendo en cuenta las siguientes reglas:*

- 1. El Tribunal de Arbitramento funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de _____, con arreglo a las nuevas normas vigentes de dicho Centro.*
- 2. El tribunal de Arbitramento se constituirá por tres (3) Árbitros designados por la Cámara de Comercio de _____.*
- 3. Los árbitros decidirán en derecho con sujeción a la Ley Colombiana.”*

4. Contrato de Corretaje Comercial Categoría Persona Jurídica No. 0336, suscrito el 28 de Octubre de 1998, entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y Servimed Ltda.

DÉCIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: *“Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre las partes en razón del presente contrato, distintas del cobro ejecutivo de la multa se resolverán mediante un Tribunal de Arbitramento regido por la Ley Colombiana, teniendo en cuenta las siguientes reglas:*

- 1. El Tribunal de Arbitramento funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de _____, con arreglo a las nuevas normas vigentes de dicho Centro.*
- 2. El tribunal de Arbitramento se constituirá por tres (3) Árbitros designados por la Cámara de Comercio de _____.*

3. Los árbitros decidirán en derecho con sujeción a la Ley Colombiana.”

5. Contrato de Corretaje Comercial Categoría Persona Jurídica, suscrito el 1 de Enero de 2001, entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y Servimed Ltda.

DÉCIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: “Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre las partes en razón del presente contrato, distintas del cobro ejecutivo de la multa se resolverán mediante un Tribunal de Arbitramento regido por la Ley Colombiana, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1. El Tribunal de Arbitramento funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de _____, con arreglo a las nuevas normas vigentes de dicho Centro. 2. El tribunal de Arbitramento se constituirá por tres (3) Árbitros designados por la Cámara de Comercio de _____. 3. Los árbitros decidirán en derecho con sujeción a la Ley Colombiana.”

6. Contrato de Corretaje Comercial Categoría Persona Jurídica, suscrito el 1 de Enero de 2003, entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y Servimed Ltda.

DÉCIMA SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: “Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre las partes en razón del presente contrato, distintas del cobro ejecutivo de la multa se resolverán mediante un Tribunal de Arbitramento regido por la Ley Colombiana, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1. El Tribunal de Arbitramento funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de la ciudad del domicilio del contrato, con arreglo a las nuevas normas vigentes de dicho Centro. 2. El tribunal de Arbitramento se constituirá por tres (3) Árbitros designados por la Cámara de Comercio de la ciudad del domicilio del contrato. 3. Los árbitros decidirán en derecho con sujeción a la Ley Colombiana.”

7. Contrato Para la Intermediación y Comercialización de Programas de Medicina Prepagada, suscrito entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y Servimed Ltda., el 1 de Enero de 2004,

DÉCIMA QUINTA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: “Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre las partes en razón del presente contrato, distintas del cobro ejecutivo de la multa se resolverán mediante un Tribunal de Arbitramento regido por la Ley Colombiana, teniendo en cuenta las siguientes reglas: A). El Tribunal de Arbitramento funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil

*de la Cámara de Comercio de la ciudad del domicilio del contrato, con arreglo a las nuevas normas vigentes de dicho Centro. **B).** El tribunal de Arbitramento se constituirá por tres (3) Árbitros designados por la Cámara de Comercio de la ciudad del domicilio del contrato. **C)** Los árbitros decidirán en derecho con sujeción a la Ley Colombiana.”*

8. Contrato Para la Intermediación y Comercialización de Programas de Medicina Prepagada, suscrito entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y Servimed Ltda., el 1 de Enero de 2005:

*DÉCIMA SÉPTIMA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: “Las eventuales diferencias que llegasen a surgir entre las partes en razón del presente contrato, distintas del cobro ejecutivo de la multa se resolverán mediante un Tribunal de Arbitramento regido por la Ley Colombiana, teniendo en cuenta las siguientes reglas: **A).** El Tribunal de Arbitramento funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de la ciudad del domicilio del contrato, con arreglo a las nuevas normas vigentes de dicho Centro. **B).** El tribunal de Arbitramento se constituirá por tres (3) Árbitros designados por la Cámara de Comercio de la ciudad del domicilio del contrato. **C)** Los árbitros decidirán en derecho con sujeción a la Ley Colombiana.”*

La sociedad Servimed Servicios Médicos Ltda., el 28 de Noviembre de 2007, a través de apoderado judicial, solicitó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la constitución de un Tribunal de Arbitramento, a fin de resolver en derecho las declaraciones y condenas solicitadas contra la sociedad Coomeva Medicina Prepagada S.A., en virtud de los citados contratos.

II. DE LA SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

La demanda inicialmente presentada fue sustituida el 15 de Enero de 2008 y luego al subsanar la demanda de nuevo la sustituye totalmente, el 28 de septiembre de 2009; posteriormente el día 28 de Diciembre de 2009 el apoderado de la parte convocante reforma la demanda quedando esta como el texto definitivo, cuyas pretensiones son las siguientes:

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones definitivas de la demanda son las siguientes:

“CAPÍTULO 1.- PRETENSIONES PRINCIPALES

Declarativas:

Primera: Que se declare que entre **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.**, como agenciado y **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** como agente, existió una relación contractual de Agencia Comercial para promover la venta de servicios de medicina prepagada del agenciado, hasta el 16 de noviembre de 2007, que se inició el 1º de diciembre de 1993 entre la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA –** como agenciado y **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ** como agente y que fue objeto de cesiones de ambas posiciones contractuales.

Segunda: Que se declare que **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** tiene derecho a percibir la prestación comercial de que trata el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, calculada por el periodo de la vigencia del contrato, desde el 1º de diciembre de 1993 hasta el 16 de noviembre de 2007, por la suma de \$299.722.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Tercera: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** incumplió las principales obligaciones contraídas en el contrato, consistentes en liquidar en las prefacturas el valor completo de las comisiones a su cargo y pagar las mismas al Agente durante el periodo de la vigencia del contrato, por la suma de \$115.000.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Cuarta: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** debe a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la suma de dinero de que trata la pretensión Tercera (3ª).

Quinta: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** incumplió las principales obligaciones contraídas en el contrato, consistentes reconocer y pagar las comisiones del 8% por el Colectivo EPSA, por la suma de \$143.000.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Sexta: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** debe a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la suma de dinero de que trata la pretensión Quinta (5ª).

Séptima: Que se declare que **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** dio por terminado el contrato de Agencia Comercial por justa causa imputable a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.**

Octava: Que se declare que **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** tiene derecho a percibir la indemnización de que trata el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, por valor de \$939.652.056, o la que determine el Honorable Tribunal si fuere mayor.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, solicito se profieran las siguientes condenas:

De Condena:

Novena: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a **SERVIMED SERVICIOS**

MÉDICOS LTDA., la prestación establecida en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, por la suma reconocida en la Pretensión Segunda (2ª).

Décima: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la totalidad de las comisiones causadas a su favor y no pagadas, por la suma reconocida en la Pretensión Cuarta (4ª).

Undécima: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la totalidad de las comisiones causadas a su favor y no pagadas, por el Colectivo EPSA en la suma reconocida en la Pretensión Sexta (6ª).

Décimo Segunda: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a favor de **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la indemnización fijada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, conforme a la Pretensión Octava (8ª).

CAPÍTULO 2.- PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Declarativas:

Décimo Tercera: Que se declare que entre la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA** – como agenciado y **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ** como agente, existió una relación contractual de Agencia Comercial para promover la venta de servicios de medicina prepagada del agenciado, durante el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1993 y el 31 de diciembre de 1997.

Décimo Cuarta: Que se declare que **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ** tiene derecho a percibir la prestación comercial de que trata el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, calculada por el periodo de la vigencia del contrato entre el 1º de diciembre de 1993 y el 31 de diciembre de 1997, por la suma de \$30.219.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Décimo Quinta: Que se declare que la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA** – incumplió las principales obligaciones contraídas en el contrato, consistentes en liquidar en las prefacturas el valor completo de las comisiones a su cargo y pagar comisiones a **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ** durante el periodo de la vigencia del contrato.

Décimo Sexta: Que se declare que la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA** – incumplió las principales obligaciones contraídas en el contrato, consistentes en liquidar en las prefacturas el valor completo de las comisiones a su cargo y pagar las mismas al Agente

durante el periodo de la vigencia del contrato, por la suma de \$34.000.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Décimo Séptima: Que se declare que la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA** – debe a **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ**, la suma de dinero de que trata la pretensión Décimo Sexta (16ª).

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, solicito se profieran las siguientes condenas:

De Condena:

Décimo Octava: Que se condene a la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA** –, a pagar a **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ**, la prestación establecida en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, por la suma reconocida en la Pretensión Décimo Cuarta (14ª).

Décimo Novena: Que se condene a la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA** –, a pagar a **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ**, la totalidad de las comisiones causadas a su favor y no pagadas, por la suma reconocida en la Pretensión Décimo Séptima (17ª).

CAPÍTULO 3.- SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Declarativas:

Vigésima: Que se declare que entre **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.**, como agenciado y **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** como agente, existió una relación contractual de Agencia Comercial para promover la venta de servicios de medicina prepagada del agenciado, durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1998 y el 16 de noviembre de 2007.

Vigésimo Primera: Que se declare que **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** tiene derecho a percibir la prestación comercial de que trata el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, calculada por el periodo de la vigencia del contrato, por la suma de \$211.809.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Vigésimo Segunda: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** incumplió las principales obligaciones contraídas en el contrato, consistentes en liquidar en las prefacturas el valor completo de las comisiones a su cargo y pagar las mismas al Agente durante el periodo de la vigencia del contrato, por la suma de \$81.000.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Vigésimo Tercera: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** debe a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la suma de dinero de que trata la pretensión Vigésimo Segunda (22ª).

Vigésimo Cuarta: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** incumplió las principales obligaciones contraídas en el contrato, consistentes

reconocer y pagar las comisiones del 8% por el Colectivo EPSA, por la suma de \$143.000.000, o la que resulte probada si fuere mayor.

Vigésimo Quinta: Que se declare que **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** debe a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la suma de dinero de que trata la pretensión Vigésimo Cuarta (24ª).

Vigésimo Sexta: Que se declare que el 16 de noviembre de 2007 **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** dio por terminado el contrato de Agencia Comercial por justa causa imputable a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.**

Vigésimo Séptima: Que se declare que **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.** tiene derecho a percibir la indemnización de que trata el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, por valor de \$939.652.056, o la que determine el Honorable Tribunal si fuere mayor.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, solicito se profieran las siguientes condenas:

De Condena:

Vigésimo Octava: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la prestación establecida en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, por la suma reconocida en la Pretensión Vigésimo Primera (21ª).

Vigésimo Novena: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la totalidad de las comisiones causadas a su favor y no pagadas, por la suma reconocida en la Pretensión Vigésimo Tercera (23ª).

Trigésima: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la totalidad de las comisiones causadas a su favor y no pagadas, por el Colectivo EPSA en la suma reconocida en la Pretensión Vigésimo Quinta (25ª).

Trigésimo Primera: Que se condene a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a favor de **SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA.**, la indemnización fijada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, conforme a la Pretensión Vigésimo Séptima (27ª).

CAPÍTULO 4.- PRETENSIONES COMUNES A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS

Trigésimo Segunda: Que se condene a la(s) Convocada(s) a pagar a la(s) Convocante(s), las sumas de dinero objeto de las condenas, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral, con sus respectivos intereses de mora o indexación, según el caso.

Trigésimo Tercera: Que se condene a la(s) Convocada(s) a pagar a la(s) Convocante(s), las costas del proceso incluidos los gastos de protocolización y registro.”

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los apoderados de las convocadas contestaron la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, aceptando pocos hechos, aclarando otros y negando la mayoría de ellos; Adicionalmente propusieron las excepciones de mérito que se resumen a continuación.

3. EXCEPCIONES DE MÉRITO

3.1. EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTA POR LA COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA

3.1.1. Falta de competencia del tribunal para conocer de las relaciones contractuales pretendidas por las convocantes.

Sustenta esta excepción en que los pretensiones de la demanda están fundadas en dos contratos suscritos por la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva uno con la persona natural Doris Lozano de Sánchez, que no contiene cláusula compromisoria y que por lo tanto las diferencias derivadas de dicho contrato deben ser conocidas por la justicia ordinaria y otro el contrato suscrito con la sociedad Servimed Servicios Médicos Cía. Ltda. sociedad disuelta y liquidada, que los contratos suscritos con Coomeva Medicina Prepagada S.A. corresponden a una entidad diferente de la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva que los contratos contienen relaciones contractuales diferentes, con mecanismos diferentes para el nombramiento de los árbitros y por lo tanto no pueden conocer del proceso y deben declarar la falta de competencia y ordenar la condena en costas.

3.1.2. Indebida acumulación de pretensiones.

Argumenta el apoderado que la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva, suscribió un contrato con la sociedad SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS CIA LTDA. el 11 de Marzo de 1.986 que culminó con la firma de un contrato de transacción entre las partes el 30 de Noviembre de 1993. Posteriormente suscribió con DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ dos contratos el primero suscrito el 1 de Diciembre de 1.993 que culminó el 31 de Enero de 1.995 y el segundo el 1 de Febrero de 1.995 que culminó el 31 de Enero de 1.996.

A partir del 31 de Enero de 1.996 Coomeva no tuvo ningún vínculo contractual, ni con la sociedad SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS CIA LTDA., ni con DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ.

A partir del 1 de Abril de 1.998, DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ suscribe un contrato de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A., entidad diferente de COOMEVA.

Concluye que existen dos relaciones contractuales diferentes con personas jurídicas y naturales diferentes, con términos contractuales diferentes que deben ser tratados procesalmente independientemente; las personas que suscribieron los contratos, no son las mismas, son cinco personas diferentes, una natural y cuatro jurídicas; la acumulación es indebida y como tal debe declararse la excepción propuesta.

3.1.3. Prescripción de la acción.

Sustenta esta excepción el apoderado de la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva, manifestando que su poderdante, suscribió un contrato con la sociedad SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS CIA LTDA. el 11 de Marzo de 1.986 que culminó con la firma de un contrato de transacción entre las partes el 30 de Noviembre de 1.993. Que posteriormente suscribió con DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ dos contratos el primero suscrito el 1 de Diciembre de 1.993 que culminó el 31 de Enero de 1.995 y el segundo el 1 de Febrero de 1.995 que culminó el 31 de Enero de 1.996.

A partir del 31 de Enero de 1.996 la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva no tuvo ningún vinculo contractual, ni con la sociedad SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS CIA LTDA., ni con DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ.

Indica que la prescripción de las acciones está concebida, o bien para adquirir derechos, o bien para perderlos por no haberlos ejercido en el tiempo, conforme lo establecen los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, que la prescripción de la acción ordinaria, es de diez años.

Así mismo manifiesta que desde el 10 de Noviembre de 1.993 terminó por transacción el contrato suscrito entre la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva y SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS CIA LTDA., es decir han transcurrido casi 16 años, que no existe sujeto activo de la eventual reclamación por su inexistencia, al haberse disuelto y liquidado de conformidad con la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Cali.

Por otra parte la relación contractual existente entre la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva y DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ terminó el 31 de Enero de 1.996, es decir hace más de 12 años.

Concluye que en ambos escenarios contractuales existe la prescripción de la acción.

3.1.4. No existen los requisitos del contrato de agencia comercial.

Manifiesta el apoderado que el contrato de agencia comercial, definido en nuestra legislación comercial en el artículo 1317 del Código de Comercio establece los requisitos para su cumplimiento; igual el artículo 1340 del mismo estatuto establece los requisitos del contrato de corretaje comercial; cada cual debe cumplir su objetivo puntual y finalidad y cada cual está enmarcado en situaciones diferentes; el primero es más extenso en su ejecución, mientras que el segundo la gestión encomendada al corredor es más simple, pues se limita a poner en contacto al contratante con el tercero, para que estos dos lleven a cabo el negocio convenido.

Ni SERVICIOS MÉDICOS CIA LTDA. SERVIMED, ni DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ, ejecutaron labores de agencia comercial; las contratistas se limitaban a poner en contacto a COOMEVA con los futuros usuarios del servicio de salud, para que fueran estos dos quienes suscribieran el contrato respectivo; las contratistas nunca representaron a la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva y por el contrario, nunca fueron ni dependientes, ni ejercían mandato alguno en representación de COOMEVA.

Finalmente manifiesta que los contratos durante la vigencia de la relación comercial entre las contratistas y COOMEVA, fueron siempre suscritos por esta entidad; nunca fueron vinculados, ni directa ni indirectamente los usuarios del servicio de salud con las contratistas; las contratistas informaban a mi mandante sobre los posibles clientes usuarios del servicio de salud y era mi mandante quien firmaba los contratos y sus renovaciones; no existieron ni mandatos, ni instrucciones, ni ordenes a las convocantes en desarrollo de los contratos; los contratos se desarrollaron como contratos de corretaje comercial, tal cual su denominación y ejecución.

3.2. EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTA POR COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.

3.2.1. NORMA ESPECIAL EXCLUYENTE DE LA AGENCIA MERCANTIL.

Manifiesta el apoderado que la reglamentación del Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud en cuanto a la organización y funciones de la Medicina Prepagada, está consagrada en el Decreto 1486 de 1994, en especial en su artículo 13; A su vez, el Decreto 720 de 1994, por aplicación a las Entidades de Medicina Prepagada, en su artículo 3° les permite a tales entidades la posibilidad de

“utilizar para la promoción en la vinculación de afiliados, a vendedores con o sin relación laboral, a instituciones financieras, a intermediarios de seguros u otras entidades, en los términos que prevea el presente Decreto o las disposiciones legales pertinentes.”

De otra parte, “la norma ordena a las Entidades de Medicina Prepagada procurar la capacitación de sus promotores de afiliación, en los términos del artículo 15, y finalmente, el decreto les ordena a los propios promotores de la afiliación disponer de una organización técnica, contable y administrativa que permita la prestación precisa de las actividades, todo lo cual obliga a su vez, a las Entidades De Medicina Prepagada, a mantener una red de comunicaciones y de sistemas conjunta con dichos promotores”.

Afirma que “lo que finalmente promociona un intermediario entre un tercero y una ENTIDAD DE MEDICINA PREPAGADA es la afiliación de unas personas a un sistema organizado conforme a la ley, para la recepción de una atención médica, y de unos servicios de salud incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.”

Que “las previsiones en materia de salud han sido considerablemente fomentadas e impulsadas por el Estado Colombiano, todo como producto del desarrollo de los principios consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional.”

“Si bien esas normas de La Carta tocan directamente con la seguridad social y los planes obligatorios de salud, es lo cierto que, por tratarse de un servicio de primera necesidad y no de un lujo, el Estado interviene sometiendo a las entidades que pretendan prestar servicios de medicina prepagada al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, debiendo tener el debido certificado de funcionamiento.”

“Hay tal parentesco en todo esto, que la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud, y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, se rige por el DECRETO 1485 de 1994, en tanto

que el de las Entidades de Medicina Prepagada se rige por el 1486 del mismo año, consagrande de paso, para efectos de intermediación, normas idénticas.”

“Por eso, el decreto 1486 de 1994 en su artículo 13 remite expresamente al artículo 18 del Decreto 720 de 1994, el cual manifestó que ninguna otra remuneración distinta a la comisión se daría a los promotores utilizados por las ENTIDADES DE MEDICINA PREPAGADA. Reza así el artículo 18 del Decreto 720 de 1994:

*ARTICULO 18. PROHIBICIÓN PARA LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones (Léase ENTIDADES DE MEDICINA PREPAGADA), **se abstendrán de reconocer y entregar**, directa o indirectamente, de manera propia o, en su caso, por conducto de sus subordinadas, **beneficios, incentivos o, en general, cualquier mecanismo** _incluso en especie_ **adicional a la comisión ordinaria que se hubiere pactado** en el respectivo convenio, **que implique remuneración respecto de los promotores en función del volumen de aplicaciones en las cuales hubiesen participado o intervenido como mediadores.**” (Subrayas y resaltados fuera de texto).”*

Concluye que con esta norma de “carácter especial y posterior a las del código de comercio, se crea un código particular de remuneración al intermediario del Sistema General de Medicina Prepagada, de forma tal que, así se sostenga que con ocasión de esa intermediación se configuró una agencia mercantil, dicha agencia no da lugar a las prestaciones del artículo 1324 del mencionado Código de Comercio.

No entenderlo así es ir en contravía de la hermenéutica jurídica y, sobretodo, es ir contra un norma en cuyo encabezamiento se advierte que se trata de un decreto *“**Por el cual se reglamenta el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud en cuanto a la organización y funciones de la Medicina Prepagada.**”* (Subrayas y resaltados fuera de texto).”

3.2.2. LA INTERMEDIACIÓN EN MEDICINA PREPAGADA, AL IGUAL QUE LA AGENCIA DE SEGUROS, NO ES UNA AGENCIA MERCANTIL.

Manifiesta el apoderado que “existe entre la Seguridad Médica Prepagada y el Contrato de Seguros una afinidad tal, que algunos autores edifican sus ensayos en ratificar las equivalencias entre ambas figuras, en tanto que otros se esfuerzan en encontrar algunas rendijas por donde pueda filtrarse su diferenciación.”

“Con todo, iguales o no desde un ángulo estrictamente jurídico, es lo cierto que la Seguridad Médica Prepagada y el Contrato de Seguros se fundamentan en un mismo propósito social:

“Quedar a salvo de las perjudiciales consecuencias que puedan derivarse de afrontar únicamente con recursos propios el cúmulo de riesgos que, a cada paso, ponen en peligro la salud, la vida y el patrimonio de las personas.””

Informa que nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia ha proferido sentencia (Casación del 22 de Octubre de 2001- Magistrado Ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles- Expediente N° 5817), en la que precisa que a la “*agencia de seguros*” no le son aplicables las normas de la “*agencia mercantil*” del código de comercio y hace un pormenorizado análisis de la citada sentencia para concluir que “con el mismo criterio y dada la afinidad entre ambos contratos de aseguramiento, no le serían aplicables las normas de la “*agencia mercantil*” del código de comercio a la “*Promoción de contratos de Medicina Prepagada*”.”

Afirma que “...si las coincidencias entre el contrato de seguros y la Seguridad Médica Prepagada son considerables, no menos considerables son las coincidencias entre la agencia de seguros y la intermediación en Seguridad Médica Prepagada.”

“De allí que las consideraciones del fallo de casación del 22 de Octubre de 2001 sean absolutamente predicables respecto de la intermediación en Seguridad Médica Prepagada y, en consecuencia, se descarte para ella la aplicación de las normas de la agencia comercial, en especial la del artículo 1324 del código de comercio.”

3.2.3. INEXISTENCIA DE AGENCIA MERCANTIL POR INEXISTENCIA DE MANDATO.

Manifiesta el apoderado que “la demanda quiere ver en un servicio inmaterial, consistente en una larga serie de actos de corretaje, un contrato de agencia mercantil.”

Ratifica, que “se trata de actos de corretaje, como quiera que la labor de los convocantes se circunscribía a poner en contacto a la convocada con un usuario potencial para que, entre ambos, celebrasen un contrato de afiliación al Sistema de medicina prepagada.”

Que “...si la gestión realizada por los convocantes se realizó en calidad corredores, más no de mandatarios, no se configuró una agencia mercantil, por más que en la labor de consecución de unos clientes potenciales dichos convocantes quieran ver la conquista de un mercado.”

“La afirmación según la cual, si a un intermediario se le quiere considerar “agente” deber realizar su gestión en calidad de mandatario, deriva de una imposición legal, ya que la agencia mercantil está concebida en la normatividad colombiana como una forma de mandato.”

Concluye que, “solo en la medida en que el intermediario celebre negocios jurídicos por cuenta y riesgo de quien le encargó la promoción del producto, se estará configurando la agencia mercantil.” Y que “...no es la sola promoción ni el solo hecho de recibir instrucciones de quien hizo el encargo, lo que configura la agencia mercantil.”

Sostiene, que “El mandante es quien encarga la celebración de un negocio jurídico. De manera que no se trata de cualquier gestión de intermediación; así se promoció en el mercado un producto o un servicio, no habrá agencia mercantil mientras esa promoción no implique la celebración de negocios jurídicos con terceros, por cuenta y riesgo del dueño tal producto o servicio.”

Afirma que la Corte Suprema de Justicia, en fallo de Diciembre 2 de 1980, con ponencia del Magistrado Germán Giraldo Zuluaga, dijo por primera vez que, solo quien realiza la gestión por cuenta y riesgo ajenos, es agente mercantil. (Ver Revista Jurisprudencia y Doctrina, Enero de 1981; Tomo X; N° 109; Pág. 73.)

Manifiesta que por las razones legales y jurisprudenciales expuestas, y por haber sido los convocantes unos corredores que no obraron por cuenta de la sociedad demandada; cuya labor se circunscribía a poner en contacto a la sociedad

convocada con un usuario potencial para que, entre ambos, celebrasen un contrato de afiliación al Sistema General de medicina prepagada, solicita sean desestimadas las pretensiones y negada la existencia de una agencia mercantil entre las partes de este proceso.

3.2.4. PRETENSIONES EDIFICADAS SOBRE UNA CONTINUIDAD INEXISTENTE.

Manifiesta, que, cualquiera haya sido la relación contractual existente entre las partes, esta se dio de manera ininterrumpida durante las fechas señaladas en las pretensiones de la demanda y procede a hacer un análisis en primer lugar de la relación entre Servimed Ltda. y Coomeva Medicina Prepagada S. A., en segundo lugar entre Doris Lozano De Sánchez y la Cooperativa Médica Del Valle Y De Profesionales De Colombia, Coomeva, y en tercer lugar de la relación entre Servimed Servicios Médicos Ltda. y Coomeva Medicina Prepagada S.A.

En cuanto a la relación entre Servimed Ltda. - Coomeva Medicina Prepagada S. A. argumenta que:

“ ...

- a) No es cierto que COOPERATIVA MÉDICA del VALLE y de PROFESIONALES de COLOMBIA — COOMEVA haya cedido la posición de intermediado que traía con DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.
- b) Pero, suponiendo que la cesión de “LA COOPERATIVA” a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. efectivamente se hubiera materializado, esa relación cedida no fue la que se celebró entre dicha COOPERATIVA y DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ en 1993, sino otra posterior, renovada (no prorrogada), entre las mismas personas por contrato nuevo del día 1° de Febrero de 1995, dos años antes de la constitución de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.
- c) El 28 de Octubre de 1998 se firma un contrato de *Corretaje – Persona Jurídica*, entre COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. y la recién constituida SERVIMED - SERVICIOS MÉDICOS LTDA.
- d) Pero, si se aceptara, con todo y lo exótico de la conclusión, que el paso de DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ a SERVIMED - SERVICIOS MÉDICOS LTDA. constituyó una cesión de posición contractual, ésta lo sería únicamente del contrato que dicha señora había firmado con COOMEVA MEDICINA

PREPAGADA S.A. en Abril 1° de 1998, el cual murió a los pocos meses con la convención celebrada por la nueva sociedad el 28 de Octubre del mismo año.

- e) Para terminar, el contrato celebrado el 28 de Octubre de 1998 entre SERVIMED - SERVICIOS MÉDICOS LTDA. y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. desapareció por la firma de uno nuevo, el día 1° de enero de 2001; éste por la celebración de otro, el 1° de enero de 2003; éste a su vez por el de Enero 1° de 2004 y este último por el de Enero 1° de 2005.”

En cuanto a la relación de Doris Lozano De Sánchez y la Cooperativa Médica Del Valle Y De Profesionales De Colombia, Coomeva predica que “Se insiste en la impropiedad de aplicar a unos negocios mercantiles el principio laboral que vuelve ininterrumpidas las relaciones entre obrero y patrón, y desconoce una solución de continuidad entre los diferentes contratos.”

Finalmente en cuanto a la relación entre Servimed Servicios Médicos Ltda. y Coomeva Medicina Prepagada S.A. argumenta que “...no existe una relación cronológicamente ininterrumpida desde el 28 de Octubre de 1998 (y mucho menos desde el 1° de enero de 1998), hasta el 16 de noviembre de 2007, entre la convocante SERVIMED - SERVICIOS MÉDICOS LTDA. y la convocada COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. insiste, igualmente, en que la última convención que se dio entre tales contratantes y que fue interrumpida unilateralmente por SERVIMED - SERVICIOS MÉDICOS LTDA. va de Enero 1° de 2005 a Noviembre 16 de 2007, y que deberá ser con base en esta última relación que el Honorable Tribunal haga alguna declaración.”

3.2.5. PRESCRIPCIÓN

3.2.5.1. Prescripción de las acciones de Doris Lozano.

Fundamenta esta excepción en que “en el campo mercantil resulta inaplicable la técnica laboral de desconocer la solución de continuidad que existe entre diferentes tipos de contratos. Pero, suponiendo que se acceda a esas declaraciones y que se desconozca la interrupción generada por la firma de un nuevo contrato en Febrero 1° de 1995, ello solo con llevaría al reconocimiento de una situación que culminó, justamente, en 1998.”

Es decir que “los contratos culminaron con, aproximadamente, una década de anterioridad al momento de presentarse esta demanda.”

Puntualiza “en el aspecto cronológico, pues, a la terminación de los diferentes contratos, empezaba a correr un término de cinco años para ejercer cualquier acción emanada de la agencia comercial. Si esas acciones no se ejercieron dentro de esos cinco años, se entienden prescritas. De conformidad con lo prescrito en el artículo 1329 del código de comercio.”

3.2.5.2. Prescripción de las acciones de Servimed Ltda.

Insiste el apoderado, “en la necesidad de eliminar la confusión en que incurre la demanda, puesto que cada uno de los diferentes contratos que celebró COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. con los convocantes era independiente el uno del otro, razón por la cual sí operó entre ellos una solución de continuidad.”

Reafirma “que, a la terminación de cada uno de los contratos, empezaba a correr un término de cinco años para ejercer cualquier acción emanada de la agencia comercial (Artículo 1329 del Co. de Co). Si esas acciones no se ejercieron dentro de esos cinco años, se entienden prescritas.”

Concluye que “para el caso de SERVIMED SERVICIOS MÉDICOS LTDA., deberá declararse la prescripción de las acciones emanadas de contratos objeto del presente proceso y cuyo vencimiento tenga más de cinco años de anterioridad al momento de la presentación de la demanda.”

3.2.6. TERMINACIÓN DE CONTRATO POR CAUSA NO IMPUTABLE AL CONVOCADO.

Niega el apoderado del la convocada que COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. hubiese incumplido su obligación principal o cualquier otra obligación emanada del contrato de manera injustificada y procede a plantear esta excepción en dos puntos a saber:

3.2.6.1. COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. no incumplió su obligación principal.

Manifiesta el apoderado que

“...no pueden los convocantes decir que, durante todo el tiempo que estuvieron relacionados con COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A., se violó alguna de las

condiciones marco, trazadas para el buen ejercicio de su labor.”

“La prestancia para atender al potencial afiliado, el suministro de información, la celebración de eventos, el pago de las comisiones y demás obligaciones correspondientes a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. fueron prestaciones que se cumplieron a cabalidad.”

“Desde el ángulo de una labor macro, no puede negarse que COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. haya atendido a su labor con la dosis de diligencia y cuidado de un buen padre de familia o, si se quiere de *“un buen hombre de negocios”*.”

3.2.6.2. COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. no incumplió de forma culposa ninguna prestación aislada.

Argumenta el apoderado que

“...en el año 2007 EPSA decide que contratará los servicios de medicina prepagada a través de una licitación. Ya no se trataba de una negociación directa, mediando la aproximación de un corredor, sino de un llamado a varias empresas prestadoras del servicio para que concursaran en un proceso licitatorio.”

“Aunque COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. salió favorecida en la licitación, es lo cierto que, esta vez, la vinculación con ella no se dio a través de un corredor y que el asunto, desafortunadamente, no estaba previsto dentro del contrato marco que regulaba las relaciones con SERVIMED LTDA.”

Adicionalmente informa que

“...la Empresa de Energía del Pacífico S. A. decidió no reconocer en adelante como su intermediario a SERVIMED LTDA., SERVIMED LTDA. dio por sentado, desde un principio, que a ella se le debían unas comisiones determinadas y que, si Empresa de Energía del Pacífico S. A. no la reconocía como corredora, ese era problema de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A.”

“COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. no podía, por consiguiente, imponerle un corredor a EPSA., como tampoco sabía categóricamente si debía unas comisiones a SERVIMED LTDA. por el servicio de vinculación que ésta no había prestado. ”

“Se dirá que el incumplimiento relativo a una de las prestaciones, confería derecho a SERVIMED LTDA. para dar por terminado el contrato marco de servicios de corretaje.”

“La verdad es que eso solo sería posible en la medida en que ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves al corredor o haya tenido una importancia tal, que fuese capaz por sí solo de mermar la confianza de SERVIMED LTDA. en la exactitud de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. para cumplir las demás obligaciones.

En el caso que nos ocupa, se trató más de la indeterminación de una obligación particular, que de un incumplimiento de la misma.

Si se llegase a declarar ese incumplimiento, no podrá decirse que fue doloso o que ocasionó perjuicios previsibles (artículo 1616 C.C.C.).

Tampoco podrá decirse que fue un incumplimiento capaz de destruir objetivamente la confianza del acreedor, pues, como se indicó, fue un asunto puntual, en el que sí se hizo un ofrecimiento económico. No se trató de un desconocimiento crónico a los derechos del corredor.

En este estado de cosas, no deberá proceder una sanción contra COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A., pues SERVIMED LTDA. no ha terminado el contrato por justa causa imputable a la primera.”

3.2.7. PRETENSIÓN CONTRARIA AL ACTO PROPIO.

Manifiesta el apoderado que las nuevas pretensiones por falta de pago de otras comisiones diferentes a las de EPSA, contenidas en la reforma a la demanda, aparecen una vez contestado el escrito inicial y formulada la excepción según la

cual los convocantes dieron por terminada la relación, solo por existir un problema puntual, relacionado con unas obligaciones indeterminadas.

Que “Resulta también exagerado y falto de credibilidad el que los convocantes hayan permanecido en una relación jurídica durante todo el tiempo en que lo hicieron, a sabiendas de que COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. liquidaba y pagaba mal las comisiones.”

Que esas liquidaciones se hicieron siempre con base en una facturación que pasaban los propios convocantes, y que jamás hicieron manifestación alguna sobre irregularidades relacionadas con la liquidación de comisiones, que Si los convocantes sabían de la situación y nunca dijeron nada, ese conocimiento y manejo deliberado del error constituye una actuación propia que no puede ser alegada en su favor por el que incurrió en ella.

Argumenta que “Uno de los principios generales del derecho que gobierna de forma preponderante las relaciones entre particulares es el principio de la Buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Carta política.”

“Este principio general está desarrollado en otro especial, el cual se conoce como **“venire contra factum proprium non valet”**, o principio de la *“prohibición de actuar contra el acto propio”*.”

Que “los convocantes quieren devolverse contra sus propios actos, contra una conducta reiterada de liquidaciones en las que ellos fueron protagonistas, presentando con posterioridad una pretensión inadmisible, que no puede prosperar, puesto que se está ejercitando en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, le atribuían los convocados a dicha conducta.”

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. INSTALACIÓN

- 1.1. Inicialmente, mediante sorteo público efectuado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, el 12 de Diciembre de 2007, fueron nombrados como Árbitros los doctores Iván Ramírez Wurttemberger, Carlos Arturo Cobo García, y Rodrigo Becerra Toro.(folio No. 017 a 019, cuaderno No. 1)
- 1.2. El 15 de enero de 2.008 se declaro legalmente instalado el tribunal de arbitramento propuesto por la sociedad **Servimed - Servicios Médicos**

Limitada, como convocante y **Coomeva Medicina Prepagada S.A.** como convocada, habiendo sido designado como presidente el doctor **Iván Ramírez Wurttemberger**, y como secretaria se nombra a la Dra. **Rubria Elena Gómez Estupiñan**. (folio No. 038 a 040, cuaderno No. 1). En esa misma fecha el apoderado de la parte convocante soportado en el artículo 88 del C.P.C., sustituyo íntegramente la demanda primigenia, incluyendo a la Sra. Doris Lozano de Sánchez como convocante y a la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia “Coomeva” como convocada.

- 1.3.** El 24 de enero de 2008, mediante acta N°. 2 (folio 043 a 049, cuaderno No. 1) se inadmite la demanda, se reconoció personería al apoderado de la parte convocante y ordeno citar a la señora Doris Lozano de Sánchez con quien no se había impetrado la petición originaria; presente en dicha audiencia pública la señora Lozano de Sánchez, ratifico de manera expresa el procedimiento que se había llevado hasta la fecha, el procedimiento de designación de árbitros, la constitución del tribunal, lo actuado hasta la fecha. Siendo así, mediante auto N°. 4 del 24 de enero de 2.008, se admitió la demanda arbitral y se tuvo como parte procesal convocante a la señora **Doris Lozano de Sánchez** y a la sociedad **Servimed.- Servicios Médicos Limitada** y como convocados, la **Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia “Coomeva”** y **Coomeva Medicina Prepagada S.A.**, ordenándose la notificación a los representantes de dichas convocadas del auto admisorio de la demanda arbitral corriéndosele traslado por el término de 10 días.
- 1.4.** El 31 de enero de 2.008, los convocados **Cooperativa Medica del Valle y de los Profesionales de Colombia “Coomeva”** y **Coomeva Medicina Prepagada S.A.**, se notifican de la demanda, mediante apoderado especial, quien interpuso de manera oportuna el recurso de reposición, al cual se le dio el trámite de Ley.
- 1.5.** El 15 de Febrero de 2008, tal como consta en el acta N°. 3 (folio 074 a 079), y antes de entrar a estudiar las razones de hecho y de derecho correspondiente al recurso de reposición en contra el auto admisorio de la demanda, el Tribunal hizo un análisis referente a la indebida formulación del llamamiento a arbitraje y una irregular forma de integración del mismo, que viola el derecho a la defensa, el de contradicción y el debido proceso de la persona jurídica **Coomeva, Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia**, la cual, al no haber sido citada a tal diligencia

ni haber tenido la oportunidad legal de intervenir en la conformación del presente tribunal, no tuvo la posibilidad jurídica de ser parte en dicho trámite ni de seleccionar u objetar el nombramiento de los árbitros ni modificar las cláusulas arbitrales, entre otras actuaciones posibles, lo que constituye, por sí solo, motivo suficiente a la luz del derecho constitucional, del derecho procesal, y de las normas legales sobre arbitramento, para que este tribunal rechace la solicitud-demanda de convocatoria, lo que hace que el auto admisorio de la demanda arbitral integral, dictado en la audiencia del veinticuatro (24) de enero de 2.008, resulte manifiestamente ilegal, y en consecuencia el Tribunal resuelve, declarar la ilegalidad del auto admisorio de la demanda arbitral dictado en la audiencia del veinticuatro (24) de enero de 2.008; remitir a la Dirección del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, las presentes diligencias para lo de su cargo. Por sustracción de materia, este Tribunal se abstiene de resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte convocada en contra del auto admisorio de la demanda arbitral.

- 1.6.** Posteriormente y ante las dificultades para integrar el tribunal el apoderado de las convocantes presenta el 01 de Diciembre del 2008 ante el Juez Civil del Circuito de Reparto de la ciudad de Cali, solicitud de designación de árbitros. (Cuaderno No. 3). Luego de los trámites legales pertinentes, el Juzgado 9º Civil del Circuito de Cali, a quien correspondió por reparto, nombro a los doctores Carlos Alberto Paz Russi, Carlos Arturo Cobo García, y Rodrigo Becerra Toro, como árbitros el 29 de Enero de 2009 (Folio 178 cuaderno No. 3).
- 1.7.** Una vez devueltas las diligencias al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, nuevamente se instala el Tribunal de Arbitramento el día 2 de Marzo de 2009 (folios 160 a 163 cuaderno No. 1) y se nombro al doctor Carlos Alberto Paz Russi, como presidente del tribunal y a la Dra. María Del Pilar Ramírez Arizabaleta como secretaria. Así mismo, el Tribunal, ordena al apoderado de las convocantes que aclare sobre la situación de los escritos demandatorios y su sustitución por lo cual, el apoderado de la parte convocante, de manera verbal, en el desarrollo de la misma, señala que la demanda sustituida es el único escrito que contiene las pretensiones, hechos y medios de prueba, por retiro de la anterior.
- 1.8.** El 16 de Marzo de 2009, tal como consta en el acta N°. 02 (Folio 164 a 172 del cuaderno No. 1), el Tribunal constato que el Juzgado 9º Civil del Circuito

de Cali dejo de citar a las partes y sus representantes a la diligencia de nombramiento de árbitros, efectuada el 29 de enero de 2008 (Folio 178 del cuaderno No. 3), por lo cual ordena la devolución, de las actuaciones, al despacho de dicho funcionario judicial, a fin de que efectué nuevamente dichos nombramiento, con citación y audiencia de todas las partes vinculadas al presente proceso, esto es la señora Doris Lozano de Sánchez y a la sociedad Servimed.- Servicios Médicos Limitada como convocantes y como convocados a la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia “Coomeva” y Coomeva Medicina Prepagada S.A. Esta resolución es recurrida por el apoderado la señora **Doris Lozano de Sánchez** y a la sociedad **Servimed.- Servicios Médicos Limitada**, pero el tribunal mantiene su decisión, ordenando que por secretaria se remita al el Juzgado 9º Civil del Circuito de Cali, el cuaderno 3 del expediente para que se surta en legal forma la solicitud de designación judicial de árbitros para el presente asunto.

- 1.9.** Surtidos los trámites legales pertinentes, el Juzgado 9º Civil del Circuito de Cali, nombro a los doctores Carlos Alberto Paz Russi, Carlos Arturo Cobo García, y Rodrigo Becerra Toro, como árbitros en audiencia celebrada el 13 de Abril de 2009 (folio 260 del cuaderno No. 3). Los dos primeros aceptaron el nombramiento, pero, el 20 de Abril de 2009 el Dr. Rodrigo Becerra, mediante comunicación enviada al Juez 9 Civil del Circuito de Cali, no acepta la designación por los motivos en ella expuestos (folio 268 del cuaderno no. 3) como tampoco los suplentes nombrados; en consecuencia el juzgado en audiencia celebrada el 29 de Mayo de 2009 (folio 274 del cuaderno No. 3) nombra como árbitro principal, en reemplazo del Dr. Becerra Toro, al Dr. Fabio Díaz Mesa y los respectivos suplentes, quien acepta el cargo y el expediente es remitido al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.
- 1.10.** Una vez recibidas las diligencias en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, nuevamente se instala el Tribunal de Arbitramento el día 17 de julio de 2.009 (Folios 188 a 190 del cuaderno No. 1) con los doctores Carlos Alberto Paz Russi, Carlos Arturo Cobo García y Fabio Díaz Mesa, como árbitros. En dicha audiencia se nombro al doctor Carlos Alberto Paz Russi, como presidente del tribunal y a la Dra. María Del Pilar Ramírez Arizabaleta como secretaria.
- 1.11.** El 22 de Julio de 2009 tal como consta en el acta N°. 02 (Folio 192 a 194 del cuaderno No. 1), el Tribunal constato que el Juzgado 9º Civil del

Circuito de Cali dejo de citar a la convocada Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva, a la diligencia de nombramiento de árbitros, por lo cual ordena la devolución, de las diligencias, al despacho de dicho funcionario judicial, a fin de que efectué nuevamente dichos nombramiento, con citación y audiencia de todas las partes vinculadas al presente proceso.

- 1.12.** Recibidas las diligencias y surtidos los trámites legales pertinentes, el Juzgado 9º Civil del Circuito de Cali, nombro nuevamente a los doctores Carlos Alberto Paz Russi, Carlos Arturo Cobo García, y Fabio Díaz Mesa, como árbitros en audiencia celebrada el 06 de Agosto de 2009 (folio 299 a 300 del cuaderno No. 3), con la comparecencia de la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva, mediante apoderado judicial. Los nombrados aceptaron el nombramiento, y nuevamente el expediente es remitido al centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Cali.
- 1.13.** Recibidas las diligencias en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, de nuevo se instala el tribunal de Arbitramento el día 14 de Septiembre de 2.009 (folios 001 a 004 del cuaderno No. 4) con los doctores Carlos Alberto Paz Russi, Carlos Arturo Cobo García y Fabio Díaz Mesa, como árbitros. En dicha audiencia se nombro al doctor Carlos Alberto Paz Russi, como presidente del tribunal y a la Dra. María Del Pilar Ramírez Arizabaleta como secretaria, Se fija como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la secretaría, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali; Así mismo, el tribunal, ordena al apoderado de las convocantes que aclare la situación frente a la sustitución de la demanda, y solicita allegar la inicialmente presentada ó manifestar al tribunal si esa sustitución es la única demanda. Mediante escrito presentado, el 17 de Septiembre de 2009 el apoderado de las convocadas manifiesta que *“el texto de la solicitud de convocatoria se encuentra integrado en la sustitución de la demanda y por ende es el único escrito a tener en cuenta para efectos de la admisión de la demanda.”* (folio 005 cuaderno No. 4)
- 1.14.** El 21 de Septiembre de 2009 tal como consta en el acta N°. 02 Folio 006 a 009, el tribunal inadmitió la demanda, concedió a la parte convocante el término de ley para subsanar y reconoció personería al apoderado de la parte convocante.

- 1.15.** Subsana la demanda dentro del término legal, el 30 de Septiembre del año 2009, (Acta No. 03, folios 010 a 012, cuaderno No. 4) el Tribunal admitió la demanda arbitral y concedió un término de traslado de diez días, a la parte convocada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 428 del C.P.C., y dispuso la notificación personal de dicho proveído a las entidades convocadas.
- 1.16.** Los convocados se notificaron de la demanda así, el 06 de Octubre de 2009, se notificó de la demanda, personalmente al representante legal suplente de Coomeva Medicina Prepagada S.A. y mediante aviso, de conformidad con el Art. 320 del C.P.C. quedó notificado el 15 de Octubre de 2009 (folio 036 y 037 cuaderno No. 4) la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia - Coomeva e interpusieron sendos, recursos de reposición contra el auto admisorio de la demanda.
- 1.17.** El 26 de Octubre de 2009 tal como consta en el acta N°. 04 (Folio 133 a 135 del cuaderno No. 4) el tribunal, señaló fecha para llevar a cabo la audiencia para resolver los recursos de reposición interpuestos.
- 1.18.** Es así como el 30 de Octubre de 2009 como consta en el acta No. 05 (folio 141 a 150 del cuaderno No. 4) el tribunal resolvió los recursos de reposición interpuestos, negándolos y reconoció personería a los apoderados de las convocadas.
- 1.19.** Ambas convocadas contestaron la demanda proponiendo excepciones de fondo y el 20 de Noviembre de 2009 tal como consta en el acta No. 06 (folios 160 a 162 del cuaderno No. 4) se corrió traslado a la parte convocante de dichas excepciones, quien guardó silencio.
- 1.20.** El 01 de Diciembre de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación entre las partes, la cual fue declarada fracasada, mediante auto No. 07 de la fecha (Acta No. 07 folio 172 a 176, cuaderno No. 4), y a continuación mediante auto No. 08, fueron señaladas las sumas por concepto de gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal.
- 1.21.** Dentro del término legal la parte convocante consignó las sumas señaladas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, la parte convocada no consignó el monto que le correspondía por los citados honorarios y gastos y posteriormente dentro del término legal adicional, la parte convocante consignó la parte de honorarios y gastos que le correspondía pagar a la convocada. Obra en el expediente constancia que las convocadas Coomeva Medicina Prepagada S.A. y la Cooperativa Medica del Valle y de

Profesionales de Colombia - Coomeva reembolsaron a la convocante, las sumas de dinero que ésta pago por aquellas.

- 1.22.** El 28 de Diciembre de 2009 el apoderado de la parte convocante presento reforma a la demanda, integrando en un solo escrito la demanda y su reforma, la cual fue admitida mediante auto de fecha Diciembre 30 de 2009, (acta No. 08 folios 199 a 202, cuaderno No. 4) y se ordeno correr traslado de la misma a la parte convocada, los apoderados de las convocadas, dentro del término contestaron la demanda y propusieron excepciones de fondo.
- 1.23.** El día 13 de Enero de 2010 se fijo en lista el traslado de las excepciones de fondo a la reforma de la demanda. El día 18 de Enero de 2010 el apoderado de la parte convocante contesto el traslado a las citadas excepciones. (Folio 096 a 109 del cuaderno No. 8)
- 1.24.** La primera audiencia de trámite se desarrolló el día 19 de Enero de 2.010, Acta No. 09, (Folio No. 211 a 241 del cuaderno No. 4) audiencia en virtud de la cual el Tribunal previo análisis de las cláusulas compromisorias, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la convocante, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial contenidas en la demanda presentada por Doris Lozano de Sánchez y Servimed Servicios Médicos Ltda. contra Coomeva Medicina Prepagada S.A. y la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia – Coomeva, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y las que se consideraron conducentes, útiles y pertinentes.
- 1.25.** El 25 de Enero de 2010, Acta No. 10 (Folio 261 a 269 del cuaderno No. 4) se inicio la práctica de las pruebas decretadas y
- 1.26.** Finalmente, en audiencia celebrada el 27 de septiembre de 2.010 (Acta No. 27 folio 497 a 500, cuaderno 4), los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998.

2 PRUEBAS

Mediante Auto No. 14 de fecha 19 de Enero de 2.010, (Acta No. 09 folio 227 a 241, cuaderno No. 4), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes,

que cumplían con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

- 2.1. El 22 de Enero de 2010, los apoderados de las convocadas objetaron por error grave el dictamen presentado por la parte convocante en la contestación a las excepciones de fondo, elaborado por el Instituto de Investigación y Estrategia de Marca El Taller Ltda. (Folio 001 a 011, del cuaderno No. 14).
- 2.2. El 25 de enero de 2010 Acta No. 10 (Folio 261 a 269, del cuaderno No. 4) El Tribunal acepta los desistimientos, presentados por los apoderados de las convocadas, a practicar los interrogatorios de parte a las convocantes; a renglón seguido decreta, de oficio, los citados interrogatorios, se posesionan los peritos designados (contador e Ingeniero de sistemas) y se practica el interrogatorio de parte al representante legal de la convocada Coomeva Medicina Prepagada S.A. y a la convocada Doris Lozano de Sánchez.
- 2.3. El 26 de enero de 2010 Acta No. 11 (Folio 270 a 274, del cuaderno No. 4) se practican los interrogatorios de parte al representante legal de la convocada Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia - Coomeva y a la representante legal de la convocada Servimed Servicios Médicos Ltda.
- 2.4. El 28 de enero de 2010 Acta No. 12 (Folio 275 a 290, del cuaderno No. 4) se recepcionan los testimonios de Mario Andrés Rivera Mazuera, Gerardo Antonio Restrepo Zuluaga, José Gerardo Alban, Neyla Cárdenas Hernández, Gabriel Jairo Bustamante; así mismo el tribunal acepta el desistimiento de los testimonios de los señores: Elsy Molina Mosquera, Francisco Chávez, Blanca Urdaneta de Domínguez, Carlos Hernández, Enrique Fonseca, Diego Tenorio y Miguel Ángel Ramírez.
- 2.5. El 05 de Febrero de 2010 Acta No. 13 (Folio 302 a 310, del cuaderno No. 4) se recepcionan los testimonios de Balmer Alberto Maya Lopera, John Freddy Cáceres Zamorano, Hugo Alfredo Vásquez; así mismo el tribunal acepta el desistimiento de los testimonios de los señores: Álvaro Gallart, Víctor Pinzón e Isabel Cristina González.
- 2.6. El 09 de Febrero de 2010 Acta No. 14 (Folio 316 a 327, del cuaderno No. 4) el tribunal decreta las pruebas en el tramite a la objeción por error grave; así mismo se recepcionan los testimonios de: Alexandra Barona Londoño,

Mauricio Irurita Tascon, Omar Augusto Lombana y acepta el desistimiento del testimonio de Alexander Alvarado Córdova.

- 2.7. El 15 de Febrero de 2010, Acta No. 15 (Folio 339 a 355, del cuaderno No. 4) se practica la inspección judicial con exhibición de documentos a las instalaciones de las convocadas
- 2.8. El 16 de Febrero de 2010, Acta No. 16 (Folio 365 a 377, del cuaderno No. 4) se practica la inspección judicial con exhibición de documentos a las instalaciones de las convocantes.
- 2.9. El 16 de Febrero de 2010, Acta No. 17 (Folio 378 a 384, del cuaderno No. 4) se recepcionan los testimonios de Álvaro Fernando Gallart de La Torre y Julio Cesar Castro Colmenares.
- 2.10. El 16 de Abril de 2010, Acta No. 19 (Folio 406 a 408, del cuaderno No. 4) por auto No. 29 se corrió traslado a las partes del dictamen rendido por el perito experto en sistemas.
- 2.11. Durante el término de traslado del dictamen pericial, tanto el apoderado de las convocantes como el apoderado de las convocadas, solicitaron aclaraciones y complementaciones al citado dictamen. El 30 de Abril mediante auto No. 30 Acta No. 20 (Folio No. 409 a 416 del cuaderno No. 4) se corrió traslado a las partes del dictamen rendido por el perito contador y ordena al perito ingeniero en sistema proceda a complementar y aclarar el dictamen de conformidad con las solicitudes presentadas por los apoderados de las partes.
- 2.12. Durante el término de traslado del dictamen contable, tanto el apoderado de las convocantes como el apoderado de las convocadas, solicitaron aclaraciones y complementaciones al citado dictamen; el 21 de Mayo de 2010, Acta No. 21 (Folio 427 a 432, del cuaderno No. 4) mediante auto No. 32 el tribunal ordena al perito contador que proceda a complementar y aclarar el dictamen de conformidad con las solicitudes presentadas por los apoderados de las partes y una vez presentadas las citadas aclaraciones correr traslado conjuntamente a las partes de las aclaraciones y complementaciones al dictamen contable y al dictamen en sistemas.
- 2.13. Durante el término de traslado de las aclaraciones y complementaciones presentadas a los citados dictámenes, los apoderados de las convocadas objetan los dictámenes por error grave.
- 2.14. El 21 de Junio de 2010, Acta No. 22 (Folio 440 a 443, del cuaderno No. 4) por auto No. 34 se corre traslado a las convocantes de las objeciones

presentadas. Dentro del término de traslado el apoderado de las convocadas presenta sendos escritos solicitando pruebas.

- 2.15. El 29 de Junio de 2010, Acta No. 23 (Folio 449 a 459, del cuaderno No. 4) por auto No. 35 el tribunal ordeno dar trámite a la objeción por error grave a los dictámenes periciales contable y de sistemas, de las pruebas solicitadas niega algunas, decreta otras y de oficio decreta un nuevo dictamen pericial en sistemas y se posesiona el perito designado.
- 2.16. El 21 de Julio se dio traslado a las partes, mediante fijación en lista, del dictamen pericial en sistemas rendido como prueba de la objeción; durante el traslado los apoderados de las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al citado dictamen pericial.
- 2.17. El 03 de Agosto de 2010, Acta No. 24 (Folio 462 a 467, del cuaderno No. 4) por auto No. 37 se ordena al perito experto en sistemas proceda a complementar y aclarar el dictamen de conformidad con las solicitudes presentadas por los apoderados de las partes. El perito experto en sistema presento el día 10 de Agosto de 2010 las aclaraciones y complementaciones solicitadas y ellas fueron enviadas a las partes.
- 2.18 Como consecuencia de las actuaciones jurídicas antes descritas, el presente Tribunal concluye lo siguiente:
 - Que la ley autoriza la celebración de la cláusula compromisoria en los contratos entre particulares,
 - Que ambas partes contratantes, en efecto, al celebrar los contratos de corretaje, adoptaron efectivamente la cláusula compromisoria para resolver los conflictos surgidos entre sí y con respecto al cumplimiento de los aludidos contratos.
 - Que la designación de los árbitros se realizó a través del Juez Noveno Civil del Circuito de Cali, con total sujeción a lo dispuesto por la ley;
 - Que la controversia suscitada entre las partes en el presente proceso arbitral tiene carácter *contractual*.
 - Que como consecuencia del carácter contractual del conflicto, y dado que no se encuentra excluido de arbitraje por norma jurídica especial o de orden público, el asunto sujeto a debate es eminentemente transigible, y
 - Que, la decisión arbitral correspondiente debe proferirse en derecho.
 - Como quiera que las partes no previeron la duración del arbitraje, el tribunal dispuso que su duración fuera de seis meses, al tenor del artículo 103 de la Ley 23 de 1991, según consta en el acta de

Instalación del Tribunal, de fecha 14 de Septiembre de 2009, (visible a folios 001 a 004 del cuaderno No. 4) término dentro del cual se profiere el presente laudo.

2.19. Cómputo del término de duración del proceso:

Enero 19 de 2010	Primera Audiencia de Trámite
Julio 18 de 2010	Vencen los seis meses
PRIMERA SUSPENSIÓN	29 días corrientes de Febrero 17 a Marzo 17/2010 (Acta No. 16 de Febrero 16 de 2010)
SEGUNDA SUSPENSIÓN	9 días corrientes de Abril 17 a Abril 25/2010 (Acta No. 19 de Abril 16 de 2010)
TERCERA SUSPENSIÓN	17 días corrientes de Mayo 1 a Mayo 17/2010 (Acta No. 20 de Abril 30 de 2010)
CUARTA SUSPENSIÓN	15 días corrientes de Junio 1 a Junio 15/2010 (Acta No. 21 de Mayo 21 de 2010)
QUINTA SUSPENSIÓN	37 días corrientes de Agosto 11 a Sept. 16/2010 (Acta No. 24 de Agosto 3 de 2010)
SEXTA SUSPENSIÓN	38 días corrientes de Sept. 28 a Nov. 4/2010 (Acta No. 27 de Septiembre 27 de 2010)
TOTAL SUSPENSIONES	145 días corrientes.

EN CONCLUSIÓN:

6 meses iniciales vencen en:	Julio 18 de 2010
Más 145 días corrientes de suspensión	
Vencimiento final en:	<u>Diciembre 10 de 2010</u>

IV CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para abordar el problema jurídico planteado, este Tribunal iniciará su labor precisando algunos aspectos de la contratación civil y comercial, a efectos de establecer parámetros de referencia para desatar el conflicto derivado de la Litis.

Para ello debemos señalar que los artículos 4º y 824 del Código de Comercio establecen la prevalencia del principio de consensualidad en el derecho mercantil, como regulador de los contratos celebrados entre comerciantes, sobre las normas legales que se consideran supletivas, siempre y cuando no se vulneren normas de orden público ni las buenas costumbres, debiendo remitirnos a lo dispuesto en el artículo 1501 del Código Civil que establece que todo contrato tiene elementos de su esencia, de su naturaleza y accesorios que son aplicables a cada tipo contractual, cuando le pertenecen a su esencia y a su naturaleza, independiente de la voluntad expresada por los contratantes.

Este principio se soporta en la teoría de la autonomía de la voluntad¹, según el cual las personas se obligan por su sólo consentimiento, sin que sea necesaria una formalidad, a menos que la Ley determine otra cosa, teoría esta que encontró plena consagración en nuestro derecho civil (artículo 1.502), en el cual se establece cuáles son los requisitos para que una persona se obligue por un acto o declaración voluntad; en primer término, la **capacidad**; en segundo término, que consienta en dicho acto o declaración y su **consentimiento** no adolezca de vicio; en tercer lugar, que recaiga sobre un **objeto lícito**; y cuarto, que tenga una **causa lícita**. Como puede verse, el principio de la consensualidad **no exige el cumplimiento de formalidades o requisitos específicos, los cuales, de darse, son excepcionales**.

Bajo la égida del principio de la consensualidad, los sujetos de derecho pueden contratar libremente, celebrando incluso un pacto negocial que **contenga elementos que pertenezcan a distintos tipos contractuales**. Corresponderá al Juez o al intérprete desentrañar la voluntad de los contratantes expresada en el texto del respectivo contrato, siempre respetando el marco legal, y aplicando las normas correspondientes a la naturaleza y a la esencia de cada contrato, dentro del marco de respeto a las normas de orden público y a las buenas costumbres. Para ello el Juez deberá, de manera juiciosa y diligente, ubicar los distintos tipos contractuales que se pongan a disposición para su conocimiento, desentrañando la función socio-económica que desempeña cada uno de ellos y que le permita, a partir del objeto de cada contrato, **desentrañar los elementos que le son esenciales y naturales**. Sin duda esta labor se complica y se vuelve más

¹ Es el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las formalidades son excepcionales, esto es, que sólo en aquellos casos en que la ley exija determinada solemnidad o requisito, no se perfecciona el contrato sin el cumplimiento de esa exigencia legal. Esta norma, rectamente entendida, significa lo siguiente: como reiteración de lo dicho por el artículo 1.502 del Código Civil, ninguna persona se obliga en principio sino por su voluntad y basta su sola voluntad para que se obligue, excepto cuando la ley disponga -otra cosa, no sólo en cuanto a las solemnidades y

dispendiosa cuando los intervinientes en el acto contractual, soportados en la consensualidad, estructuran, diseñan y desarrollan ciertos tipos convencionales o contractuales, en los que confluyen elementos de varios contratos, con funciones socio-económicas diferentes, que no se excluyen entre sí, sino que, más bien, se complementan.

Para ello, este Tribunal considera menester entrar a estudiar las relaciones contractuales planteadas a la plenaria, existentes entre la señora **Doris Lozano de Sánchez** con la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada**, y la vinculación que pudiera llegar a tener a dicho pacto contractual la sociedad **Servimed Ltda.**, y **Coomeva Medicina Prepagada**, auscultando si por el querer de las partes vinculadas a la mencionada negociación, desde su génesis y hasta su conclusión, existió entre ellos un contrato de corretaje mercantil como fueron nominados cada uno de los contratos que obran en el proceso, o en su defecto, dicho pacto contractual, por el querer inequívoco de las partes, mutuó al tipo de contrato denominado Agencia Mercantil, como lo pretende la parte actora en su escrito demandatorio. Para ello, este Tribunal abordará el estudio de los contratos nominados de “Corretaje comercial” en cuanto a sus elementos esenciales y naturales para contrastarlos con el denominado “Agencia Mercantil” que constituye el asunto a resolver de manera primigenia.

Iniciaremos abordando el tema del **contrato de Corretaje** el cual se encuentra regulado en los artículos 1340 a 1346 del Código de Comercio, y donde, si bien es cierto, no se define de manera expresa el contrato de Corretaje, si se define la figura del corredor, cuando manifiesta que corredor es la persona (natural o jurídica), 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** (artículo 1340 del Código de Comercio).²

El Dr. **Álvaro Pérez Vives**, en su libro “Principio de Consensualidad en los Negocios Jurídicos Mercantiles” al hacer una diferenciación del contrato de corretaje respecto al contrato de comisión, ha señalado:

requisitos, sino a la exigencia misma de la voluntad

² Artículo 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

“Si llamo a un corredor y le doy un encargo o le doy mi representación, en ese momento estoy celebrando con él un contrato de mandato, o le estoy confiriendo la representación sin más, pero en ese evento procedo con el corredor como puedo proceder con cualquier persona. Es el mismo caso del comisionista. Si llamo al comisionista y le doy mi representación, procedo con él como puedo proceder con cualquier otra persona. **Pero lo que caracteriza estas actividades de comisionista y de corredor es que en su calidad de tales, obran sin representación, y en el caso del corredor, sin mandato, sin dependencia y sin colaboración**”.

(Negrilla fuera del texto original)

Es claro que el corredor no contrata por cuenta de las partes y que son estas últimas las que deben perfeccionar el negocio. De igual manera, una vez celebrado el negocio, corresponderá a las partes que lo han celebrado ejecutar las prestaciones correspondientes. El corredor no puede tampoco intervenir en esta segunda etapa, cumpliendo el contrato a nombre de una de ellas o de ambas, en la medida en que no puede estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, mandato y representación y que su actuación en el mercado público está circunscrita al desarrollo del contrato de corretaje.

Por ello es que, como una característica propia de esta clase de contratos tenemos que el corredor no puede estar vinculado a las partes por relación de colaboración, dependencia, mandato o representación; en materia de corretaje;

Siendo así, entraremos a estudiar si en el desarrollo de los contratos que son base de este proceso Arbitral, **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, a quienes se les ha nominado como corredores, han obrado sin representación, sin mandato, sin dependencia y sin colaboración en la labor para la cual la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** y posteriormente **Coomeva Medicina Prepagada** las tuvo contratadas.

fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación"

Para iniciar este análisis, señalaremos que:

1. Conforme los documentos y las demás pruebas aportadas al expediente, está demostrado que la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, tenían amplia experiencia en la intermediación del negocio de la Salud, condición esta que no fue puesta en duda en ninguna de las oportunidades y actuaciones surtidas en el asunto. Siendo así, queda plenamente establecido que las convocantes tenían un especial conocimiento del mercado de la salud. Nada distinto dicen apartes de los contratos convenidos por las partes donde se reconoce que, a quien llaman Corredor, ejecutará el objeto del contrato por **su especial conocimiento del mercado con autonomía técnico administrativa y sin tener vinculaciones con las partes, motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación.**³

Corroboran lo anterior, las pruebas arrimadas al proceso que ratifican el hecho de que las convocantes eran excelentes vendedoras de los productos de medicina prepagada que ofrecían, tanto la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** como **Coomeva Medicina Prepagada**, con gran conocimiento del mercado y la plaza, hasta tal punto que recibieron de estos últimos muchos reconocimientos, por su compromiso y resultados en la labor desarrollada.

Al revisar uno a uno los contratos denominados de corretaje suscritos entre las partes convocante y convocada, y aportados al proceso, encontramos el siguiente resultado:

1.1- El parágrafo 3° del contrato de corretaje suscrito entre las partes (folios 66 y siguientes del cuaderno No. 2 del expediente) expresa: “El corredor que hubiere estado vinculado con Coomeva mediante contrato de Agencia Comercial, en fecha inmediatamente anterior a la firma del presente contrato, recibirá en caso de renovación de contratos de servicios de salud, celebrados con anterioridad a la firma del presente documento, la comisión que se venía

³ Una clausula en tal sentido está inserta en los contratos firmados los días 1 de febrero de 1995, 1 de abril de 1998, 28 de octubre de 1998, 1 de enero de 2001, 1 de enero de 2003, 1 de enero de 2004 y 1 de enero de 2005.

pagando, sin que haya lugar a que se le de tratamiento de negocio nuevo".
(Folio 67 vto. del mismo cuaderno)

Este párrafo nos indica claramente que la relación primigenia entre las partes que intervienen en este proceso, nació inequívocamente bajo la modalidad de contrato de Agencia Comercial, con todas las implicaciones legales y contractuales que ello conlleva, y que a pesar de que posteriormente se le denominó de Corretaje, también se estipuló que **estos nuevos contratos no contenían un negocio nuevo, sino que seguía siendo el mismo contrato inicial.**

En efecto, bajo en esta nueva denominación contractual encontramos que las partes seguían siendo las mismas, como también el objeto, la naturaleza y la permanencia del contrato.

El contrato referido fue suscrito por la Cooperativa Coomeva y Servimed Servicios Médicos Cía. Ltda., el 11 de Marzo de 1986, con duración a un año prorrogable (folio 68 del cuaderno 2° del expediente) y le imponía a la sociedad contratista obligaciones tales como atender los contratos de salud, efectuar todas las diligencia para el perfeccionamiento de los contratos, presentar informes, rendir informes sobre la papelería, etc., (folio 66 vto del cuaderno 2 del expediente).

1.2.- A folios 072 al 079 del cuaderno segundo del expediente, encontramos un nuevo contrato de corretaje, suscrito entre la Cooperativa Médica del Valle – Coomeva y la señora Doris Lozano de Sánchez, el día 01-12-93 con vigencia hasta el día 31-01-95, en el cual se le imponen a la contratista las siguiente obligaciones:

Literal k) cumplir su labor dentro del territorio asignado (folio 74 del mismo cuaderno) (subrayas fuera de texto).

Literal L: acatar y cumplir las normas y procedimientos del servicio de Medicina Prepagada divulgados por Coomeva que forman parte integrante del contrato.

A folio 79 del mismo cuaderno se le fijan nuevas metas, a partir de Febrero de 1994, a la contratista.

A pesar de que el territorio asignado no está explícitamente determinado en los contratos, está probado en el expediente que durante el tiempo que duró la vinculación contractual de las convocantes con las convocadas, su territorio se circunscribió al Valle del Cauca, principalmente en la ciudad de Cali.

Así lo corrobora el testigo Mauricio Irurita Tascón al responder una pregunta del señor procurador judicial de la parte convocante:

“DR. HÉCTOR FALLA URBINA.

¿La labor comercial ejercida por SERVIMED para COOMEVA MEDICINA PREPAGADA era permanente o era esporádica?

DR. MAURICIO IRURITA TASCÓN.

No señor, permanente como ya lo manifesté SERVIMED era la campeona siempre, pues en su historia lo que yo conozco, en lo que yo estuve presente siempre era como la compañía corredora que más colocaba producto en el Valle del Cauca.

1.3.- A folios 080 al 088 del cuaderno segundo del expediente, encontramos un nuevo contrato de corretaje, suscrito entre la Cooperativa Médica del Valle – Coomeva y la señora Doris Lozano de Sánchez, el día 01-02-95 con vigencia hasta el día 31-01-96, en el cual se le imponen a la contratista las siguientes obligaciones:

Literales c y d: presentar informes a Coomeva

Literal d) Llevar libros de contabilidad.

Literal k) cumplir su labor dentro del territorio asignado (folio 74 del mismo cuaderno) (subrayas fuera de texto).

Literal L: acatar y cumplir las normas y procedimientos del servicio de Medicina Prepagada.

Literal Ñ: Adelantar gestiones de posventa

A folio 88 del mismo cuaderno se le fijan nuevas metas a la contratista, consistentes en vincular 30 nuevos usuarios entre Febrero de 1995 a Enero de 1996.

1.4.- A folios 089 al 090 del cuaderno segundo del expediente, encontramos el contrato de corretaje No. 0439, suscrito entre la Salud Coomeva Medicina Prepagada y la señora Doris Lozano de Sánchez, el día 01-04-98 sin término de duración, cuya cláusula segunda establece:

“El corredor ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico-administrativa y sin tener vinculaciones con las partes motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación” (folio 089 del cuaderno 2 del expediente)

En este nuevo contrato se le imponen a la contratista las siguientes obligaciones:

Literal c: presentar informes a Coomeva

Literal d) Llevar libros de contabilidad.

Literal G) cumplir las metas asignadas (folio 089 del mismo cuaderno) (subrayas fuera de texto).

Literal H: entregar el dinero recaudado a nombre de la contratante.

Literal L: acatar y cumplir las normas y procedimientos del servicio de Medicina Prepagada.

Literal K: Adelantar gestiones de posventa

A folio 90 el mismo cuaderno se le fijan nuevas metas a la contratista, consistentes en vincular 40 nuevos usuarios entre 01 de Enero de 1998 al 31 de Diciembre de 1998.

A folio 91 del mismo cuaderno encontramos una comunicación dirigida a la contratista, por medio de la cual la Cooperativa termina unilateralmente el contrato a partir del 24 de Agosto de 1998.

1.5.- A folios 092 al 095 del cuaderno segundo del expediente, encontramos el contrato de corretaje No. 0336, suscrito entre la Salud Coomeva Medicina Prepagada y la sociedad Servimed Ltda, el día 01-01-00 con vigencia hasta el 31-12-00, cuya cláusula segunda establece:

“El corredor ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico-administrativa y sin tener vinculaciones con las partes motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación” (folio 092 del cuaderno 2 del expediente)

En este nuevo contrato se le imponen a la contratista las mismas obligaciones del contrato anterior.

A folio 93 el mismo cuaderno se le fijan nuevas metas a la contratista, consistentes en vincular 18 nuevos usuarios entre 01 de Enero de 2000 al 31 de Diciembre de 2000.

1.6.- A folios 097 al 100 del cuaderno segundo del expediente, encontramos el contrato de corretaje, suscrito entre la Salud Coomeva Medicina Prepagada y la sociedad Servimed Ltda, el día 01-01-01 sin vigencia, cuya cláusula segunda establece:

“El corredor ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico-administrativa y sin tener vinculaciones con las partes motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación” (folio 097 del cuaderno 2 del expediente)

En este nuevo contrato se le imponen a la contratista las mismas obligaciones del contrato anterior, e incluye las siguientes.

O: Contratar personal.

S: Capacitar al personal.

T: restituir la base de datos de los usuarios.

Parágrafo: La contratista podrá utilizar los logo símbolos Institucionales de Coomeva.

Metas: renovación mínima del 70% de usuarios mensual (folio 98).

1.7.- A folios 101 al 103 del cuaderno segundo del expediente, encontramos el contrato de corretaje S/N, suscrito entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y la sociedad Servimed Ltda., el día 01-01-03 con vigencia 21-12-03, cuya cláusula segunda establece:

“El corredor ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico-administrativa y sin tener vinculaciones con las partes motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación” (folio 101 del cuaderno 2 del expediente)

En este nuevo contrato se le imponen a la contratista las mismas obligaciones del contrato anterior, e incluye la siguiente.

U: Verificar la afiliación al P.O.S de los usuarios.

Metas: renovación mínima del 70% de usuarios mensual (folio 102) como porcentaje mínimo, más una tabla de usuarios nuevos de acuerdo a la ciudad, las cuales se clasifican en A y B, y a la categoría del intermediario.

1.8.- A folios 104 al 108 del cuaderno segundo del expediente, encontramos el contrato de corretaje S/N, suscrito entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y la sociedad Servimed Ltda., el día 01-01-04 con vigencia 21-12-04, cuya cláusula segunda establece:

“El corredor ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico-administrativa y sin tener vinculaciones con las partes motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación” (folio 104 del cuaderno 2 del expediente)

En este nuevo contrato se le imponen a la contratista las mismas obligaciones del contrato anterior y fija una multa por incumplimiento.

Metas: renovación mínima del 70% de usuarios mensual (folio 105) como porcentaje mínimo, más una tabla de usuarios nuevos de acuerdo a la ciudad, las cuales se clasifican en A y B, y a la categoría del intermediario.

1.9.- A folios 110 al 113 del cuaderno segundo del expediente, encontramos el contrato de corretaje S/N, suscrito entre Salud Coomeva Medicina Prepagada S.A. y la sociedad Servimed Ltda, el día 01-01-05 con vigencia 31-12-05, cuya cláusula segunda establece:

“El corredor ejecutará el objeto de este contrato por su especial conocimiento del mercado, con autonomía técnico-administrativa y sin tener vinculaciones con las partes motivo de la intermediación, por relaciones de colaboración, dependencia, subordinación jurídica de tipo laboral, mandato o representación”

La cláusula séptima establece el cumplimiento de las metas de ventas para indicar que las metas son las establecidas en el anexo 1..."y se deben ir cumpliendo mensualmente y se constituyen en obligaciones para el (A) contratista o corredor (A)" (subrayas fuera de texto)

La cláusula octava establece las obligaciones del contratista (folio 110)

La cláusula Décima fija como causal de terminación del contrato: "12.2 el incumplimiento de una o varias de las obligaciones adquiridas por este contrato"

Metas: 60 usuarios para las ciudades de Cali y Medellín. (folio 111)

2. Está igualmente probado en el proceso que la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, recibieron de la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** y **Coomeva Medicina Prepagada S.A.** el encargo contractual permanente de realizar la actividad de promoción y ambientación para la celebración de contratos de Medicina Prepagada, para lo cual contactaban a los posibles interesados, convenciéndolos de las bondades de celebrar de este tipo de contratos.

Actividad que desarrollaron desde sus inicios con gran profesionalismo, permanencia, independencia y estabilidad.

Con relación a la estabilidad en la relación comercial, comparte el Tribunal el análisis jurídico que realiza el apoderado de la parte convocante en sus alegaciones finales, visibles a folios 07 del cuaderno No. 18, cuando indica:

"Es de suma importancia recalcar el elemento de estabilidad, pues es considerado como una característica diferenciadora entre el contrato de Agencia Comercial, el contrato de Corretaje Comercial y la Agencia de Seguros.

Según la jurisprudencia al respecto ha afirmado que:" la estabilidad se centra sobre el hecho de que mientras dura su relación con el comerciante, el agente ha de ocuparse de la promoción de contratos que sólo se determinan por su naturaleza y no por su número. [...] El carácter ocasional e instantáneo que

prestan los corredores en contraposición con la actuación duradera y estable de la actividad que caracteriza a los agentes comerciales⁴

Igualmente se afirma que:

“Hace relación este elemento a la permanencia que debe tener el encargo, esto es, **que no se refiera a la promoción o realización de un solo negocio, sino que pretende obtener el mayor número de negocios durante el término de ejecución, configurando un contrato de tracto sucesivo. Un claro criterio de orientación es que no es un contrato que se agote con una sola operación.** Se satisface la necesidad del empresario de contar con una labor de intermediación permanente que le permita avanzar en forma creciente en la conquista del mercado y, de otra, el agente puede organizar una empresa estable y ejecutar estrategias comerciales para ampliar sus ventas y derivar de ellas sus comisiones.”⁵

Con las pruebas que se mencionan a continuación, se demostrará cómo la labor de la Señora DORIS LOZANO DE SANCHEZ y posteriormente SERVIMED LTDA, era una labor estable, permanente y reiterada.

PRUEBAS DOCUMENTALES:

Obra en el proceso constancia documental de las placas que les fueron otorgadas simultáneamente a DORIS LOZANO DE SANCHEZ y a SERVIMED LTDA, en las cuales los reconocen como Campeones de Ventas Nacionales y Regionales. Lo anterior comprueba la obligación de cumplimiento de metas, su compromiso con las convocadas y la permanencia de la labor en el curso de la relación contractual.

Obra igualmente en el proceso el contrato denominado “DE CORRETAJE COMERCIAL CATEGORÍA PERSONA NATURAL” firmado el 01 de diciembre de 1993 por las partes en cuyo literal I de la CLÁUSULA CUARTA se establece que una de las obligaciones del denominado corredor es: **“Cumplir con las metas de ventas que convenga con COOMEVA y que forman parte integrante de este contrato a través de anexo I.”** En tal anexo se observan

LAUDO ARBITRAL AVALNET COMUNICACIONES LTDA.VS. AVANTEL S.A. Julio 24 de 2003 Bogotá, Distrito Capital, veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003)

⁵TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO de CELCENTER LTDA contra COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., quince (15) de agosto de 2006

de manera precisa las metas que debían ser cumplidas por el asesor comercial, y el término de cumplimiento de las mismas. Igualmente en la CLÁUSULA DÉCIMA se establece como causal de terminación del contrato: “G. Cuando el CORREDOR no cumpla con las metas de ventas”. Se observa, como ya se dijo antes, que el contrato subraya, como una de las obligaciones principales del mismo, el cumplimiento de las metas, reforzando la necesidad de una labor estable y permanente de parte del asesor comercial para el cumplimiento de las mismas.

Dichas disposiciones se repiten exactamente en los convenios firmados por las partes los días: 1 de febrero de 1995, 1 de abril de 1998 (la obligación de cumplir metas se encuentra en el literal G de la CLÁUSULA TERCERA; el literal que la establece como causal de terminación es el G de la CLÁUSULA NOVENA), 28 de octubre de 1998 (se mantiene exactamente igual al anterior), 1 de enero de 2000, 1 de enero de 2001, 1 de enero de 2003 (al igual que las dos anteriores es exactamente igual a la de 1998, con la diferencia que la Cláusula sobre las causales de terminación del contrato es la CLÁUSULA DECIMA), 1 de enero de 2004 (Igual a las anteriores, modifica el lugar de la cláusula sobre las obligaciones del corredor).

En el convenio firmado por las partes el 1 de enero de 2005 se realizan modificaciones interesantes, al incrementar la obligatoriedad del cumplimiento de ventas. Las disposiciones señaladas previamente se mantienen de manera exacta pero se incluye otra cláusula denominada “SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE METAS DE VENTA”. Dicha cláusula condiciona el pago de las comisiones de cartera y recaudo, al cumplimiento de las metas.

“CLÁUSULA SÉPTIMA: CUMPLIMIENTO DE METAS EN LAS VENTAS: Las partes acordaron una meta de venta anual en el Anexo 1, el cual hace parte Integral de este contrato, dichas metas se deben ir cumpliendo mensualmente y se constituyen en obligaciones para EL CONTRATISTA O CORREDOR sobre la base de dicho cumplimiento serán canceladas las comisiones generadas por recaudo y mantenimiento de la cartera del corredor. [...]”

CONFESION:

JORGE ALBERTO ZAPATA BUILES

PERMANENCIA DE LA RELACIÓN COMERCIAL

El interrogado **JORGE ALBERTO ZAPATA BUILES** representante legal de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA responde asertivamente la pregunta acerca de la permanencia de la labor realizada por SERVIMED LTDA, configurándose el fenómeno de la confesión provocada.

“La respuesta es sí era una gestión de manera permanente, pero con la salvedad de que no tenía que tener características de exclusividad.”

Se debe subrayar respecto a dicha confesión calificada que aún si en el contrato no se establecía expresamente dicha exclusividad, como se demostrará posteriormente, ambas partes consideraban que la labor de SERVIMED era exclusiva [por medio de la diferenciación realizada en el pago de las comisiones]. Aún así, a pesar de ser un elemento importante en la agencia comercial, no es imprescindible, por ser un elemento meramente natural y no esencial de este tipo de contratos (art. 1319 C.Co)

Lo anterior es reafirmado por la posterior respuesta asertiva del interrogado en la que afirma:

“La respuesta es sí, Doña Doris ininterrumpidamente comercializó los productos de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA”

LUIS FERNANDO CAICEDO FERNANDEZ

El interrogado declara que la labor realizada por la Señora DORIS LOZANO DE SANCHEZ era permanente. Al respecto afirma: “Por supuesto que a pesar de que Doris terminaba cada contrato, porque tenía unas vigencias periódicas y a pesar de..... tácitas la señora Doris hacía su labor de corretaje de manera permanente.”

TESTIMONIOS

a) **GERARDO ANTONIO RESTREPO ZULUAGA** director de los servicio mutuales entre los años 81 y 82, Gerente de COOMEVA en la regional de Cali entre el 82-84 y Gerente General de COOMEVA COOPERATIVA entre los años 84 – 89.

Afirma el interrogado que los denominados corredores tenían, desde el año 84, la obligación de cumplir metas. Se observa que esta obligación no surge posteriormente con el cambio en comisiones, como lo afirma un posterior testigo, sino que está presente en todo el curso de la relación contractual. El interrogado sostiene:

“Si, los corredores tenían ciertas obligaciones, asistir a los medios de información cuando se convocaban, no tenían un horario fijo, se convocaban de acuerdo a las necesidades del servicio, deberían cumplir ciertas metas de productividad y de producción, tanto en contratos individuales como en colectivos, que se acordaban de acuerdo a los presupuestos de venta que se fijaban cada año, y de acuerdo al número de promotores.”

ALEXANDRA BARONA LONDOÑO trabajadora de COOMEVA entre el 2002 y el 2006, encargada de la liquidación de las comisiones.

En su testimonio la señora BARONA establece que el pago de comisiones y el cumplimiento del contrato mismo están supeditados al cumplimiento de unas metas otorgadas por el contratante. Al respecto afirma:

“a ellos se les daban unos usuarios para cumplimiento, un número de usuarios se les pedía, a cada corredor se le pide un número de usuarios, que ingrese un número de usuarios definido para hacer un cumplimiento y así mismo pagarle unas comisiones.”

BALMER ALBERTO MAYA LOPERA Director Nacional de Asesoría jurídica de COOMEVA M.P., en Cali desde el año 2000.

El interrogado reconoce la obligación de cumplir metas a nivel contractual, sustentándose en el hecho de que para COOMEVA no era suficiente que el

denominado corredor se limitara a realizar la labor de mantenimiento de la población sino que debía aumentar la población afiliada. Afirma entonces:

“se replanteó las metas porque la Compañía, ellos estaban viviendo solamente del recaudo y la Compañía estaba teniendo un problema grande porque no habían ventas nuevas, entonces para el año siguiente se cambiaron las ventas [...]” Afirma posteriormente reiterando lo anterior: “Para el pago de la comisión tenían que haber cumplimiento de metas nuevas porque de eso era que se trataba, que el intermediario nos trajera nuevos clientes, ese era el objeto del contrato de corretaje que trajera nuevos clientes.”

JHON FREDY CACERES, Antiguo trabajador de COOMEVA encargado de la liquidación de comisiones de los denominados corredores.

En su testimonio, el interrogado afirma que de acuerdo a las metas impuestas a determinado corredor se pagaban las respectivas comisiones. Afirma:

“Los asesores tiene una meta establecida dependiendo del tipo de asesor y de la ciudad donde este y de acuerdo a ese cumplimiento pues se le liquida la comisión, en ese proceso, es un proceso que se hace, cuando yo lo tomé se centralizó, yo centralicé ese proceso, [...]”

MAURICIO IRURITA TASCON Funcionario de COOMEVA M.P. a partir del 2006

En su testimonio el interrogado reitera la posición de los testigos citados previamente:

“DR. HÉCTOR FALLA URBINA.

¿La labor comercial ejercida por SERVIMED para COOMEVA MEDICINA PREPAGADA era permanente o era esporádica?

DR. MAURICIO IRURITA TASCON.

No señor, permanente como ya lo manifesté SERVIMED era la campeona siempre, pues en su historia lo que yo conozco, en lo que yo estuve presente

siempre era como la compañía corredora que más colocaba producto en el Valle del Cauca.

JOSÉ GERARDO ALBAN VÁSQUEZ auditor y posterior coordinador médico a partir del año 1998, ausente por 6 a 7 meses y posterior Director Médico hasta el año 2007, a partir de entonces Gerente Regional y posterior Director Médico del Sector Salud.

El testigo ratifica la información presentada previamente por los testigos sobre la imposición de metas:

Sí, claro nosotros nos sentábamos a hacer presupuesto, hacíamos presupuestos pues de mi parte me tocaba hacer todo lo que eran los costos médicos y por el lado de la gerencia regional y la fuerza de ventas con la jefe de ventas se hacían unos presupuestos de ingresos y **esos presupuestos de ingresos se tenían convertir en unas metas para cada jefe de ventas y eso transmitirlo a su fuerza de ventas**

PERMANENCIA

El testigo nuevamente ratifica la permanencia de la labor comercial realizada:

Permanente, doña Doris vivía continuamente con MEDICINA PREPAGADA no solamente en el colectivo sino en general con todos sus usuarios, **como les digo era la que más vendía y lo hacía porque pues ella tenía una buena labor de mantenimiento.**

MARIO ANDRÉS RIVERA MAZUERA Gerente Nacional de mercadeo y ventas de Medicina Prepagada en el año 95 en la COOPERATIVA y a partir del 98 en COOMEVA M.P. S.A. Entre el año 2001 y el 2005 ejerció el cargo de Director Nacional de mercadeo y ventas de COOMEVA EPS y MEDICINA PREPAGADA.

CUMPLIMIENTO DE METAS

Respecto a la imposición de metas el testigo afirma:

“Sí claro, nosotros teníamos una figura mediante la cual, dependiendo de la experticia, la experiencia, la ciudad en donde se desempeñara el asesor, pues tenía una serie de metas, [...]Sí, era categoría, la mejor, que era Master, **Doña Doris era la mejor vendedora de Cali**, y pues tal vez una de las dos o tres primeras en todo el país, era de las que más producía en el negocio.” (resalta El Tribunal)

Posteriormente confirma que el incumplimiento de metas podía ser causal de terminación del contrato y de no recepción de la comisión por recaudo:

“Inicialmente el no cumplimiento de las metas puede ser causal de terminación del contrato, y posteriormente en el año 2004, tal vez, en virtud de que la fuerza de ventas se fue durmiendo y no producía nuevos ingresos para la empresa, suscribimos, la comisión de recaudo, al cumplimiento de unos ingresos nuevos, tratando de dinamizar la cosa, y entonces si tu no hacías el total de la meta, en virtud de ese porcentaje que cumplías, también era la comisión de recaudo [...]”

PERMANENCIA

El testigo apoya las posiciones previamente presentadas sobre la permanencia de la labor comercial realizada.

“Era permanente, Doña Doris era la mejor vendedora de Cali, porque le daba a eso todos los días, era una señora supremamente comprometida y ella hacía eso día y noche. **Esa labor es muy dura, y ella hacía su cartera en virtud de haber trabajado más de 20 años dándole a eso**, es decir, antes de yo llegara allá y después de que yo me fui, ella siguió en eso.” (resalta El Tribunal)

ENCARGO DE PROMOVER Y EXPLOTAR NEGOCIOS

En este capítulo se pretende demostrar la existencia de la obligación de promover y explotar los negocios de COOMEVA COOPERATIVA y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA por parte de la señora DORIS LOZANO DE SANCHEZ Y/O SERVIMED LTDA. Esta característica es uno de los elementos básicos de la agencia comercial, diferenciador del Corretaje Comercial y la

Agencia de Seguros. A diferencia del agente, el corredor no se encarga de promover negocios pues su carácter es meramente mediador. La característica principal del corredor es la imparcialidad respecto a ambas partes, pues su función es posibilitar el negocio jurídico, sin, necesariamente, favorecer a una de ellas.

Precisamente por tal motivo el agente percibe de los comerciantes o empresarios el pago, mientras que en el corredor puede percibirlo de las dos partes interesadas en el negocio.

La jurisprudencia⁶ al respecto ha establecido que en dicho contrato es característico la “promoción o explotación de negocios del agenciado por parte del agente, frente a lo que ocurre en el corretaje [al igual que en la agencia de seguros] donde el corredor no promueve ni explota negocios de las partes a las que simplemente aproxima y donde su organización de bienes, si existiera (empresa y establecimientos de comercio), está a su propio servicio, no para promocionar los negocios de terceros, sin perjuicio de que la realidad nos ofrezca hipótesis más complejas en las que se tendría que analizar la interdependencia o coligación de varios negocios jurídicos concurrentes”⁷

La doctrina⁸ ha expresado igualmente su posición al respecto, al establecer que para que exista agencia, el agente se debe ocupar de promover negocios del empresario pero no es necesario que el agente celebre negocios a nombre del mismo. En este sentido el Código de Comercio precisa que esta **clase de intermediario puede actuar como agente o como representante**.

Ahora bien, es importante señalar que el hecho de que el agente deba promover los negocios del empresario y procurar obtener clientes para el mismo **no significa que toda la actividad dirigida a crear y mantener una clientela debe ser desarrollada por el agente y no por el empresario, pues ello no se infiere del concepto mismo de promoción**. Por el contrario, de

6 TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO VALORES Y DESCUENTOS LIMITADA CONTRA BELLSOUTH COLOMBIA S.A. (antes CELUMOVIL S.A.) ACTA No. 20

Corte Suprema de Justicia en fallo del 31 de octubre de 1995 G.J. No 2476, pag. 1287

⁷ LAUDO AVALNET. OP.CIT.

⁸ BURBANO, B. SAVOVIC, M. *El Corretaje Mercantil* Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas 1990

SANPONS, Manuel *El Contrato de Corretaje* Editorial Montecorvo Madrid 1965

CHULIA VINCENT, E. BELTRAN ALANDETE, T. *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos* II J.M. BOSCH EDITOR, S.A.

dicha expresión sólo se desprende que el agente debe procurar que se celebren negocios con el empresario, sin que ello excluya la propia actividad de éste.

En el desarrollo de las pruebas que se analizarán a continuación se tendrá en cuenta:

La promoción por parte del agente de los servicios de salud que COOMEVA ofrece como Empresa de Medicina Prepagada, **bajo las instrucciones y condiciones** establecidas por COOMEVA.

La conquista de clientes de los servicios ofrecidos por las convocadas.

Acompañamiento y soporte durante y después del proceso de contratación, el cual se extendía hasta la duración del contrato entre afiliado y COOMEVA.

DOCUMENTALES

Obran en el proceso los convenios suscritos el 1 de diciembre de 1993 y el 1 de febrero de 1995, en los que se establecen en las siguientes cláusulas los elementos que permiten demostrar: 1. La labor promoción que debe realizar el denominado corredor en favor de COOMEVA, comprobadas por medio de las obligaciones del denominado corredor 2. El mantenimiento de la población afiliada comprobada por la “comisión por recaudo” y la “comisión por inclusiones o adiciones”, que implicaban el desarrollo de las gestiones necesarias para que el agente lograra la renovación de los contratos de los usuarios y se incluyera en los mismos a los miembros de su familia.

“CLÁUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DEL CORREDOR: A) A realizar con toda la ética, diligencia y cuidado que caracteriza a un comerciante, **todas las actividades necesarias y a utilizar todos los medios de que disponga con el fin de poner en contacto con COOMEVA a personas que puedan estar interesadas** en celebrar los contratos descritos en la cláusula primera de este contrato [...] D) **A informar a los posibles contratantes con COOMEVA los servicios por ella** ofrecidos en las condiciones, modalidades y lugares de su ejecución; [...]Ñ) Adelantar las gestiones que fueren necesarias encaminadas a poner en contacto a los usuarios del Servicio de Salud con COOMEVA, **para**

que previo vencimiento de dichos contratos se presenten las renovaciones de los mismos.[...]

CLAUSULA SEPTIMA: [...] COMISION POR RECAUDO: Es el porcentaje de dinero, del recaudo efectivo, que COOMEVA, pagará al CORREDOR cuando el contratante del plan individual – familiar, asociados o colectivos, **del servicio de Salud de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA,** cancele la cuota mensual correspondiente, conforme al anexo 1, siempre que dicho contratante no haya decidido, por escrito que el contrato de prestación de servicios de salud COOMEVA Medicina Prepaga o su renovación, **sean administrados por otro CORREDOR o por COOMEVA directamente.** [...] COMISION POR INCLUSIONES O ADICIONES: Es el porcentaje de dinero del recaudo efectivo que COOMEVA pagará al CORREDOR, en el evento en que se incremente el número de usuarios de cualquiera de los programas, comisión que se pagará por cada usuario adicional conforme al anexo no. 1.”

Obran en el proceso los contratos suscritos el 1 de abril de 1998 y el 28 de octubre de 1998, al los cuales nos hemos referido previamente, en los cuales se evidencia exactamente las disposiciones inmediatamente señaladas, modificando únicamente su lugar de ubicación en el contrato.

Obran igualmente los contratos suscritos por las partes el 1 de enero de 2001 y el 1 de enero de 2003 en que se mantienen las obligaciones y comisiones planteadas y se adiciona la obligación de que el ofrecimiento y la promoción del servicio de Medicina Prepagada debía seguir las directivas de COOMEVA:

“CLAUSULA TERCERA: OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CORREDOR: I) Acatar y cumplir las normas, procedimiento, políticas y estrategias comerciales del servicio de SALUD COOMEVA M.P. S.A. divulgados mediante circulares o comunicaciones oficiales.”

Obran en el proceso los contratos suscritos por las partes el 1 de enero de 2004 y el 1 de enero de 2005, en los cuales reiteran las obligaciones del denominado corredor señaladas previamente, **incluye la palabra promover y las elevan al rango del objeto principal del contrato.**

“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO. EL CONTRATISTA O CORREDOR se obliga a **promover** y servir de intermediario entre terceras personas y COOMEVA M.P. S.A., con el fin de colocarlos en contacto para que celebren un contrato de prestación de servicios de Medicina Prepagada con COOMEVA M.P. S.A. a través de los planes y programas que establezca autónomamente COOMEVA M.P. S.A. igualmente atenderá para COOMEVA M.P. S.A.: 1.1 REINGRESOS, 1.2. CAMBIO DE TIPO DE CONTRATANTE 1.3. TRASLADOS EL CONTRATISTA O CORREDOR se obliga a atender traslados de contratantes y/o usuarios a los diferentes planes y programas de COOMEVA M.P. S.A. PARAGRAFO PRIMERO Las labores propias del objeto del contrato serán atendidas por EL CONTRATISTA O CORREDOR conforme a las obligaciones contenidas en el presente contrato y desarrollando las siguientes actividades: [...] Informar a los futuros contratantes y/o usuarios de todos los requisitos y obligaciones existente al momento de tramitar su ingreso a COOMEVA M.P. S.A.[...].

Las otras disposiciones previamente señaladas se mantienen de manera exacta en dichos convenios.

CONFESION y DECLARACIÓN DE PARTE.

JORGE ALBERTO ZAPATA BUILES. Representante legal de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.

El interrogado reconoce en su respuesta que el agente realizaba una labor de mantenimiento y seguimiento a la población afiliada con el ánimo de mantener su fidelidad y permanencia en los servicios otorgados por COOMEVA.

“Mientras el usuario siga pagando cumplidamente y **el asesor haga una labor que llamamos asesor de mantenimiento, o sea, lo visite o lo llame y le este contando sobre los nuevos productos, sobre los cambios actuales, mientras el usuario este satisfecho y permanezca en su contrato de prestación de servicios con Coomeva Medicina Prepagada**, se le hace un reconocimiento de un porcentaje de lo que paga el usuarios que es lo que se llama comisión mientras el usuarios permanezca en contrato con Coomeva Medicina Prepagada, en el momento en que el usuario deja de pagar o se retira del servicio por cualquier razón igualmente al asesor con contrato de

corretaje comercial persona natural o jurídica se le informa que ya el usuario no tiene contrato con Coomeva Medicina Prepagada y no se le siguen pagando las comisiones por ese usuario.” (resalta El Tribunal)

Complementa:

“En términos generales sí, doña Doris era una persona juiciosa y organizada y no solo traía clientes nuevos sino que a los que tenían antigüedad con Coomeva Medicina Prepagada, a los que **se les hacia mantenimiento les hacia unas labores periódicas por lo menos una o dos veces al año los llamaba, les contaba sobre todo en épocas de renovación de contratos, cuáles eran los cambios de los productos, las nuevas coberturas, los productos que salían**, los nuevos beneficios o la forma de utilizar más adecuadamente los productos de Coomeva Prepagada, la respuesta es sí, mantenimiento adecuado.”

Igualmente responde asertivamente la pregunta de si COOMEVA realizaba capacitaciones a los denominados corredores con el ánimo de que siguieran sus directivas:

“[...]la respuesta es sí, Coomeva Medicina Prepagada ofrece a sus asesores con contrato de corretaje comercial tanto personas naturales o jurídicas **capacitaciones permanentes y oportunas en productos, en legislación y en salud y en elementos que tengan que ver con la gestión de corretaje comercial, se invita a esos asesores a esas capacitaciones o las personas que trabajan con ellos** y ya es una decisión voluntaria de ellos si definitivamente asisten a esas capacitaciones, a cuales asisten y durante cuánto tiempo, **pero definitivamente si ofrecemos capacitaciones permanentes en productos y gestión de tipo comercial**.”

LUIS FERNANDO CAICEDO FERNANDEZ, Representante Legal de COOMEVA COOPERATIVA

Ante la pregunta de si la labor realizada por DORIS LOZANO implicaba una labor de posventa, el interrogado afirma:

“[...] la Cooperativa paga una comisión por ponerme en contacto con el usuario del servicio personas naturales o jurídicas esa es la labor fundamental del contrato de corretaje si el corredor ejercía otras funciones, **como atender reclamos, como o orientar al usuario, digamos que era una actividad que el literalmente como dije en un comienzo reitero y para facilitar el servicio, pues se ofrecía prestarlo, eso era fundamental para el corredor, porque de esa atención que el corredor presto al usuario que le ayudo a conseguir, pues dependía de que lo contratos pudieran seguir si un usuario vinculado por un corredor** a pesar de que la función fundamental es de obligación de la Cooperativa que se sienta bien atendido, que se sienta informado, pero si ese corredor **puede ofrecer unos servicios adicionales pues eso también el corredor por supuesto que también conviene, como en su momento convenía en la Cooperativa porque el contrato continuaba, [...]**”(resalta El Tribunal).

Se comprueba en su declaración que la labor de posventa era fundamental para que se pudieran seguir efectuando las renovaciones del contrato de los usuarios. Se hace evidente que si el beneficio de la COOPERATIVA está en que se renueven dichos contratos, la labor de posventa debe ser una obligación esencial del contrato y no subsidiaria; más si la labor realizada por el agente era de carácter permanente y estaba enfocada a crecer y permanecer la población afiliada a la COOPERATIVA. Complementa lo anterior al afirmar:

“DR. FABIO DIAZ MESA.

Quiere decir lo anterior que los corredores tenían además de la labor de conseguir usuarios nuevos tenían que hacerle mantenimiento a los usuarios viejos para que no se retiraran de Coomeva.

DR. LUIS FERNANDO CAICEDO FERNANDEZ.

“Si como había explicado doctor esa no es una labor fundamental, es una labor que el mismo corredor unilateralmente y **por mantener el beneficio de la comisión del siguiente periodo ofrecía la Cooperativa a la nueva entidad que prestara el servicio [...]**.”

Se resalta entonces que el hecho de existir una remuneración particular por realizar la labor de mantenimiento y renovación del contrato suscrito por el usuario, implica necesariamente que dentro de las obligaciones del agente esté realizar dicha labor de asesoría, mantenimiento y posventa.

TESTIMONIALES

GERARDO ANTONIO RESTREPO ZULUAGA director de los servicio mutuales entre los años 81 y 82, Gerente de COOMEVA en la regional de Medellín entre el 82-84 y Gerente General de COOMEVA COOPERATIVA entre los años 84 – 89

En el interrogatorio realizado el testigo hace referencia a la labor ejecutada por el corredor y afirma: el promotor tenía la obligación de velar por el afiliado, de que fuera bien atendido, asesorarlo en la atención de sus servicios de salud y por esta relación COOMEVA pagaba una comisión y posterior al recaudo de las cuotas que se le dé [...]”.(resalta El Tribunal).

Se observa cómo, a pesar que este funcionario haya cesado de trabajar con COOMEVA en el año 89, el contrato se ha mantenido en el tiempo y las labores del corredor de mantenimiento y asesoría posterior a la venta eran parte esencial y constituyente del contrato.

“[...] se le paga una comisión por colocación del producto o por renovación del mismo y una participación por recaudo, o sea únicamente se pagaba cuando se hacia el recaudo y se dividió entonces la comisión, inicialmente se pagaba el 100% de la comisión en el momento de la, del recaudo de la primera cuota, posteriormente se hizo con un porcentaje por recaudo de cartera.”

ALEXANDRA BARONA LONDOÑO trabajadora de COOMEVA entre el 2002 y el 2006, encargada de la liquidación de las comisiones.

En el testimonio de la señora Barona, la interrogada establece expresamente la realización, de la parte del corredor, de una labor de posventa que implicaba el mantenimiento de la población afiliada, la asistencia a la misma, y la constante vigilancia del pago de la póliza por parte de la misma. Al respecto afirma:

“Pues básicamente el corredor lo que hace es como un servicio postventa por decirlo así, el corredor va ahí pues puede servir de intermediario en esa parte revisando que todos los empleados que se están cobrando al colectivo estén correctos, que tengan la tarifa correcta [...] estar en la empresa o ir a la empresa y tratar de afiliar o convencer o en muchos casos ni siquiera debe convencer al empleado de esa empresa a que adquiriera los servicios de Medicina Prepagada.” (resalta el Tribunal).

Igualmente establece la interrogada que a pesar del pago anticipado de la póliza por parte de un colectivo afiliado, tanto ésta como el porcentaje de comisión se podían ver alterados en el curso del año por la inclusión o exclusión de miembros del colectivo. De ahí se deduce necesariamente que la labor del contratista debía ser permanente, en tanto debía promover y conseguir una mayor cantidad de afiliados al colectivo para que se incrementara el porcentaje económico percibido de la relación económica entre éste y COOMEVA. Afirma por tanto que el corredor siempre estaba presente en las conciliaciones en donde se definían en el incremento o la disminución de la población del colectivo.

Remarca igualmente que la actitud de la agente siempre fue muy “proactiva” para mantener y aumentar la población afiliada. Lo anterior no es más que una corroboración del ejercicio del corredor de realizar labores de promoción que trascienden la mera intermediación y que está encaminada a incrementar el beneficio económico y el prestigio de la marca de COOMEVA M.P.

A partir del testimonio de la interrogada se puede deducir igualmente que el contrato con el denominado corredor no se limitaba a la mera intermediación (obligación esencial del corredor) sino a la promoción de los negocios de COOMEVA (elemento diferenciador de la agencia) en tanto las comisiones no eran pagadas por la consecución de la venta, de la suscripción del contrato entre COOMEVA y el usuario, sino por el pago efectivo de parte de éste que debía ser verificado y garantizado por el corredor.

Al respecto afirma la testigo: “las comisiones se le pagan cada que el usuario pague, si el usuario no paga pues no se le paga comisión al corredor [...]”.

BALMER ALBERTO MAYA LOPERA Director Nacional de Asesoría jurídica de COOMEVA M.P en Cali desde el 2000

LABOR DE PROMOCIÓN, MANTENIMIENTO Y POSVENTA

Al comienzo del interrogatorio se le pregunta al interrogado por el objeto del contrato. Al respecto afirma que consiste en una labor de intermediación por parte del denominado corredor para que los interesados en utilizar el servicio de Medicina Prepagada suscriban el contrato con COOMEVA. A pesar de afirmar lo anterior, establece otras obligaciones de parte del corredor que se alejan de la naturaleza del contrato de corretaje y de la agencia de seguros, y lo sitúan en el campo de la agencia comercial; a pesar de ser disimuladas en labores de mera “mensajería”. Al respecto afirma:

“Pues ya por lo general lo que sucede son, que de pronto se vuelven, ósea sirve como interlocutor pero para llevar la solicitud de ingreso, traer la solicitud de ingreso, llevar el directorio, de pronto ya lo que el contrato de corretaje inicial fue el contacto, ya después sigue de pronto una, empieza a administrar uno la prestación de servicios pero ya casi como una mensajería doctor, o sea lleve el directorio, traiga los datos, cosas por ese estilo. [...] nosotros anualmente sacamos un directorio que es bastante grueso y por ciudades y por, básicamente por regionales, entonces el asesor puede llevar eso al usuario, trae también la solicitud de ingreso porque debe firmar una solicitud de ingreso.”

Lo certifica posteriormente al afirmar el hecho que un usuario puede cambiar de corredor en el curso de la relación contractual con COOMEVA. Así, se evidencia que el usuario está en constante contacto con el corredor quien realiza la labor de mantenimiento, verificación de pagos, asistencia, etc.

Así, a pesar de responder evasivamente la pregunta sobre si existía una mera labor de mensajería o una presencia real, su respuesta conlleva necesariamente a afirmar una labor de mantenimiento y posventa. Sostiene: “pues, cuando se habla de presencia real no sé si me están hablando....., pero ellos si **siempre mantenían comunicando** y llevando todas las solicitudes, la papelería.”

Sostiene igualmente que la renovación de los contratos con los usuarios, y en consecuencia su fidelidad, está dada tanto por el mantenimiento realizado por el corredor como por el servicio otorgado por COOMEVA. De tal forma, se hace evidente la necesidad de la labor del corredor de realizar dicha labor de posventa.

MAURICIO IRURITA TASCON, Funcionario de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. a partir del 2006

En el testimonio del interrogado, éste reconoce que el corredor tiene un valor agregado respecto a COOMEVA pues es quien conoce la información del usuario, tiene los medios suficientes para otorgarle un mejor servicio al mismo y puede obtener más fácilmente la renovación de su contrato. Afirma:

“[...] la participación importante del negocio es que de pronto ellos le dicen “mira ellos les gusta esto, les gusta la cobertura de alto costo que no tenga hecho, evalúalo a ver si podemos, es como el corredor nos aporta como los gustos de la empresa mas no son los que vamos a considerar porque si el corredor nos dice “ve, a ellos les gusta..”

Este reconocimiento realizado por el testigo implica, necesariamente, que para que el denominado corredor tenga la información agregada del usuario que no tiene COOMEVA, debe estar en un constante contacto con el usuario; realizando el debido mantenimiento y la debida asesoría. Confirma lo anterior al afirmar:

“DR. HÉCTOR FALLA URBINA.

¿Usted sabe si SERVIMED hacia una gestión de postventa?

DR. MAURICIO IRURITA TASCON.

No solo SERVIMED, todos los corredores hacen gestión de postventa, o sea **todos los corredores hacen gestión de postventa pues obviamente es como su razón de ser de un vendedor para mantener sus clientes.”**

JOSÉ GERARDO ALBAN VÁSQUEZ auditor y posterior coordinador médico a partir del año 1998 y posterior Director Médico hasta el año 2007, a partir de entonces Gerente Regional y posterior Director Médico del Sector Salud.

En su testimonio el funcionario de COOMEVA reconoce que en la labor de los denominados corredores uno de los elementos esenciales era la labor de posventa y mantenimiento del cliente:

“Sí, se supone que esa era la función de los asesores, dentro de su contrato o dentro de lo que se manejaba con los asesores esa labor de mantenimiento [...] **la persona que más mantenimiento hacia dentro de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA era doña Doris** y algún grupo más de asesores que era pequeño.” (resalta El Tribunal)

Afirma igualmente que dicha labor de promoción y mantenimiento provenía del patrimonio de SERVIMED y no de COOMEVA M.P.

“Todo lo cancelaba doña Doris, o SERVIMED, es más ella de su propio peculio hacia material promocional y a EPSA le regaló unos guarda exámenes, una idea mía, yo la había tenido siempre para COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A. [...]que siempre cargaran con su foldercito de exámenes y ella me copió la idea, realmente era muy proactiva, ella me copió la idea y ella mandó a hacer para los usuarios de EPSA esos guarda exámenes que eran unos folder y tenían el logo de COOMEVA y el de SERVIMED.”

Testifica igualmente sobre las capacitaciones y la imposición de directivas de parte de COOMEVA a la fuerza ventas:

“Bueno la verdad es que COOMEVA **sí hacia unas reuniones periódicas** con la fuerza de ventas para contarle pues lo del tema de los cambios de los contratos, los beneficios adicionales, los cambios de auditoría, contarle las dificultades y **adicionalmente en ese momento pues se aprovechaba y se daba algún tipo de capacitación.**”

Concluye su testimonio al respecto al recalcar la importancia que le daba la organización COOMEVA M.P. a la labor de mantenimiento realizada por SERVIMED LTDA, el testigo afirma:

“Pues no solamente como gerente sino la dirección médica mi función está muy centrada o apoyada de los asesores; ellos eran los que, no hablo de doña Doris, hablo en general, ellos eran los que acudían a mí en búsqueda de soluciones para que los usuarios pues se sintieran satisfechos, [...]pues la gente que se queja uno tiene la oportunidad de ayudarlos, pero la gente que no se queja, que sencillamente se va porque sí pues solamente nos quedaba la fuerza de ventas para evitar esa ida y en eso pues yo fui muy insistente desde la dirección médica y obviamente cuando llegué a la gerencia con mayor razón de acercarnos mucho con los asesores para darle la importancia en ese mantenimiento específicamente.”

MARIO ANDRÉS RIVERA MAZUERA Gerente Nacional de mercadeo y ventas de Medicina Prepagada en el año 95 en la COOPERATIVA y a partir del 98 en COOMEVA M.P. S.A. Entre el año 2001 y el 2005 ejerció el cargo de Director Nacional de mercadeo y ventas de COOMEVA EPS y MEDICINA PREPAGADA.

En su testimonio el interrogado describe de la siguiente manera la labor del corredor, reiterando la labor de mantenimiento de la población afiliada:

“Sí, pues la labor de los asesores comerciales era conseguir clientes para que se afiliaran al servicio de Medicina Prepagada en virtud de lo cual se pagaba una comisión por la afiliación y adicionalmente tenían que estar pendientes haciéndole un mantenimiento a los clientes en el sentido de inclusiones, retiros, entrega de carnés, etc. Era para nosotros muy importantes que estos personajes estuvieran pendientes de los clientes, porque si no estaban pendientes de lo clientes, las empresas de la competencia los empiezan a visitarlos y nos los pueden quitar, eso es lo que hacían la mayoría de ellos, por no decir todos. [...]

Sí, todos. Como le decía ahoritica, era muy importante para nosotros que [hicieran la labor de posventa], porque si fueran asesores comerciales, de una sola vez, estábamos en manos de la competencia, que nos quitaba los clientes.”

NEYLA CARDENAS, Funcionaria de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.

La testigo reitera lo demostrado previamente respecto a la labor de mantenimiento que debía ser ejercida por el corredor:

“[U]n corredor juicioso él le hace un buen mantenimiento, el está permanentemente conciliando pues para que no se tenga problemas de facturación ni de conciliación, es también su imagen, entonces esa parte es la conciliación de la cartera que ellos hacen y por otro lado también es verificar que ellos paguen, entonces desde el punto administrativo también es mirar, bueno están en mora o que ha pasado, porque obviamente a la empresa no le interesa tener clientes morosos ni malos clientes, entonces también la responsabilidad de su asesor era también ayudarnos a ver si había algún tipo de mora o si se podía pagar [...]”

3. Con los medios probatorios arrojados a la plenaria, este tribunal concluye en principio que la Señora **Doris Lozano De Sanchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda** no concluían el contrato de afiliación que resultare del acercamiento entre la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** y **Coomeva Medicina Prepagada** y los posibles clientes o afiliados.

Como bien lo manifiesta el Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, en su Obra “Contratos Mercantiles” Tomo I, Editorial Dikè, 5º Edición, Pág. 407, al hacer referencia a la labor del Corredor, “Su actividad no es realizar el acto jurídico por cuenta de un tercero como en el mandato, sino que debe realizar meras actividades promocionales y materiales”

4. Pero contrario a las características propias del contrato de corretaje, que señala que el encargo de promover o ambientar la celebración de contratos de Medicina Prepagada no debe ser permanente sino una intermediación de momento,⁹ consta en el expediente, tanto de manera documental como testimonial según se ha venido analizando, la existencia de permanencia en el tiempo de la labor de las convocantes, no solo en la labor de promoción y acercamiento para la celebración de contratos de Medicina Prepagada, sino que adicionalmente hacía unas labores posteriores y permanentes a la celebración del convenio de afiliación, como era el de recaudar las cuotas mensuales, tramitar exámenes, y en general hacer labores de mantenimiento

⁹ Arrubla Paucar Jaime Alberto, en su Obra “Contratos Mercantiles” Tomo I, Editorial Dike, 5º Edición, Pag. 407

de los clientes ya vinculados, buscando su continuidad contractual con las convocadas. Adicionalmente, y como una característica que de manera contundente desvirtúa el contrato de corretaje convenido entre las partes en litigio, es el hecho que la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, continuaban recibiendo de la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada** una sumas de dinero, mensuales, correspondientes a un porcentaje de los valores que los afiliados continuaban pagando a las convocadas en virtud del contrato de afiliación, logrado inicialmente por la labor de intermediación de las convocantes.

Frente a este aspecto de capital importancia el Tratadista Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, en la obra ya citada, Pág., 407 determina con meridiana claridad, que:

“4. Su encargo no es permanente, es solo un intermediario de momento. No sucede con el corredor, lo que sucede con algunos agentes mercantiles que tiene vocación a la duración y a la estabilidad. **El corredor recibe un encargo concreto para un negocio concreto y luego que lo promociona y contacta a las partes se despide.** “Pero mientras el agente se caracteriza por la nota de permanencia, la mediación constituye una simple actividad esporádica”. (Negrilla fuera del texto original).

Es decir, conforme lo señala el tratadista citado, el hecho de que el encargo sea permanente, con vocación de duración y estabilidad y no una intermediación de momento, desvirtúa la existencia del contrato de Corretaje aquí alegado, pudiendo dicho acuerdo de voluntades, derivar en otra clase de contrato, hecho que analizaremos más adelante.

De igual manera, encontramos otro elemento que desvirtúa claramente la eventual existencia del contrato de corretaje citado, como es el cumplimiento de unas metas en las ventas que las convocadas imponían a las convocantes, metas que, conforme los testimonios arrimados al expediente, dependían de la experticia, la experiencia y la ciudad en donde se desempeñara el asesor, constituyéndose una serie de categorías, de las cuales (por su resultados) la

Señora **Doris Lozano De Sanchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, fueron clasificadas en la más alta (Máster).

Conforme obra en la plenaria, dichas metas en las ventas, y la reducción en los recaudos mensuales de los afiliados, tenía un gran importancia y su inobservancia podía derivar, no solo en la pérdida o reclasificación de categoría, sino adicionalmente, en la terminación del acuerdo contractual habido con las convocadas.

Prueba de la imposición de metas, además de las ya analizadas, tenemos el testimonio del señor MARIO ANDRÉS RIVERA MAZUERA Gerente Nacional de mercadeo y ventas de Medicina Prepagada en el año 95 en la COOPERATIVA y a partir del 98 en COOMEVA M.P. S.A. Entre el año 2001 y el 2005 ejerció el cargo de Director Nacional de mercadeo y ventas de COOMEVA EPS y MEDICINA PREPAGADA.

CUMPLIMIENTO DE METAS

Respecto a la imposición de metas el testigo afirma:

“Sí claro, nosotros teníamos una figura mediante la cual, dependiendo de la experticia, la experiencia, la ciudad en donde se desempeñara el asesor, pues tenía una serie de metas, [...] **Sí, era categoría, la mejor, que era Master, Doña Doris era la mejor vendedora de Cali**, y pues tal vez una de las dos o tres primeras en todo el país, era de las que más producía en el negocio.”

Posteriormente confirma que el incumplimiento de metas podía ser causal de terminación del contrato y de no recepción de la comisión por recaudo:

“Inicialmente el no cumplimiento de las metas puede ser causal de terminación del contrato, y posteriormente en el año 2004, tal vez, en virtud de que la fuerza de ventas se fue durmiendo y no producía nuevos ingresos para la empresa, suscribimos, la comisión de recaudo, al cumplimiento de unos ingresos nuevos, tratando de dinamizar la cosa, y entonces si tu no hacías el total de la meta, en virtud de ese porcentaje que cumplías, también era la comisión de recaudo [...]”

Siendo así, y encontrando que conforme lo preceptuado en los artículos 4º y 824 del C. Co.,¹⁰, rige el principio de la consensualidad en las relaciones contractuales mercantiles, entraremos a determinar, con mayor precisión, la clase de contrato convenido por las convocantes, Señora **Doris Lozano De Sánchez** y la sociedad **Servimed Ltda.**, con las convocadas **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** y **Coomeva Medicina Prepagada**, estudio que haremos verificando los elementos de su esencia, de su naturaleza y accesorios que son aplicables a cada tipo contractual, independientemente de la voluntad expresada por los contratantes.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del catorce (14) de diciembre de 2005, magistrado ponente **Jaime Alberto Arrubla Paucar**, ratificó dos principios fundamentales en el análisis de la existencia de un contrato de Agencia Comercial como son la “primacía de la realidad”. Sobre la “Primacía de la Realidad” en las relaciones contractuales, dijo la Corte lo siguiente:

“No bastaba afirmar que el contrato suscrito fue de agencia comercial, porque así se le designó en el documento otorgado unos meses después para clausurarlo, puesto que lo que le da fisonomía a un negocio jurídico no es la denominación que le asignen las partes, sino los elementos que le confieren una determinada estructura negocial, típica o atípica y la función económica que pretenden cumplir los contratantes. Los pactos, tiene dicho la Corte, **“no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales”** (G.J. t. L, pág. 27).

Así las cosas, parece identificarse una tendencia en la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la Agencia Comercial, habida cuenta de los fallos contradictorios producidos en el transcurso del año 2005 que defendieron de un lado la primacía de la realidad, y de otro, la forma del contrato. La citada sentencia se suma pues a la primera corriente partidaria de analizar el fondo de las relaciones contractuales como criterio diferenciador de la existencia o no de una relación de Agencia Comercial.

¹⁰ Prevalencia del principio de consensualidad

Para una mayor claridad del tema, y aun cuando ya se dijo anteriormente que los elementos de los contratos celebrados entre las partes tendrían a configurar mas el contrato de agencia comercial que el de corretaje, procederá el Tribunal por analizar los **contratos de intermediación en la legislación civil y comercial Colombiana** en cuanto a sus elementos esenciales y naturales para contrastarlos con el denominado “Contrato de corretaje” convenido entre las partes en litigio, encontrándonos inicialmente con el **Contrato de Suministro**, que el artículo 968 del Código de Comercio define como:

”El contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.”

Al respecto, el profesor Garrigues señala que la característica fundamental del contrato de suministro es el suministro de bienes y servicios por un largo período de tiempo por parte de un comerciante a otro a cambio de una remuneración:

“...La duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumpla la función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo: la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada.”¹¹

La característica fundamental en el contrato de suministro, es la obligación que asume un comerciante en forma independiente de **suministrar bienes o servicios en forma periódica a cambio de una remuneración**, circunstancia que en el caso en comento no se da, ya que, como se ha manifestado

¹¹ Joaquín Garrigues. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III, Volumen I, Obligaciones y Contratos mercantiles. Revista de Derecho Mercantil. Madrid. España 1963.

anteriormente, la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, recibieron de la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** y de **Coomeva Medicina Prepagada** el encargo de realizar la promoción y venta para la prestación de los servicios de Medicina Prepagada, labor que desarrollaban contactando a los posibles interesados, con el fin de inducirlos a celebrar un contrato de medicina prepagada, recibiendo a cambio de las convocadas unas sumas de dinero, mensuales, correspondientes a un porcentaje previamente establecido de los valores que los afiliados continuaban pagando a las convocadas en virtud del contrato de afiliación, logrado inicialmente con la intervención de las convocantes. No hay entonces entre las partes en litigio un convenio para suministrar bienes o servicios en forma periódica a cambio de una remuneración, por lo cual se debe desestimar esta figura jurídica.

Hecho este recuento debemos afirmar que tampoco estaríamos ante un contrato innominado llamado **de Distribución**, que es aquel por medio del cual un comerciante compra para revender a otro comerciante, a secas y le son aplicables todas las normas que regulan el contrato de compra-venta y el de suministro (Artículos 968 a 980 del Código de Comercio). Es un contrato de intermediación entre el comerciante distribuidor y los canales de distribución mediante el cual circulan bienes y servicios a través de contratos de compra-venta que trasladan la propiedad de vendedores a compradores. **Una somera lectura a la definición que se plantea en las líneas anteriores es suficiente para concluir de manera categórica que entre los convocantes y los convocados no hubo asomo alguno en cuanto a la existencia de un contrato de distribución**, más aun, cuando nos soportamos en fallos de nuestro máximo Tribunal, quien ante el tema de conquistar, ampliar y conservar el mercado, concluye, en términos generales, que la propiedad de las mercancías es un elemento de capital importancia en el contrato de distribución y de agencia, en la medida que cuando el agente ofrece productos del empresario hay agencia y cuando promueve los propios hay contrato de distribución:

“En el caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los

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

Respecto de la importancia de la propiedad de los objetos materia de la acción del agente a efectos de seguir delimitando conceptualmente los contratos, enfatiza que la propiedad de las mercancías incide en que su propietario se beneficie o no de las alzas y bajas de sus precios y de que corra o no con los riesgos que le son inherentes:

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

claro que un aumento en los precios de venta después de que sean suyos, lo benefician directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial, entonces, que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos, no propios.”

Es clara la argumentación de la C.S.J. en el tema, si bien afirma que la propiedad de los bienes promocionados delimita los mencionados contratos, tipificándose el contrato de distribución cuando el “agente” adquiere la propiedad de los mismos, no significa que éste no pueda concurrir con el agenciamiento comercial o con cualquier otro contrato complementario, si procesalmente se determina la existencia de los elementos esenciales y naturales de la agencia.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que no hay mercaderías en la relación contractual habida entre los convocantes y los convocados, si existe un servicio que era prestado por la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada** y cuyo mercado la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, ayudaron a conquistar, ampliar y conservar.

Nos queda entonces el **Contrato de Agencia** Comercial, el cual es definido por el Artículo 1317 del Estatuto Comercial como un contrato mediante el cual:

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

De la norma en cita debemos concluir los elementos típicos del contrato de agencia comercial, los cuales son: a) la calidad de comerciante de las partes; b) que el agente sea independiente del empresario; c) que sea estable; d) que se encargue de promover y explotar negocios de un empresario o como fabricante o distribuidor de sus productos; e) que se haya establecido el área geográfica de ejecución del contrato; f) que sea remunerado y, g) que el agente actúe por cuenta del empresario; todo lo anterior, en el entendido de que por expresa voluntad del Legislador, la agencia es una especie de mandato, en cuanto corresponde al mismo Título XIII del Código de Comercio y a que el Artículo 1330 del mismo estatuto comercial dispone que al agente se aplicarán, en lo pertinente, las normas del mandato.

En sentencia No. SC 016 de 2008, la Corte Suprema de Justicia define los elementos principales del contrato de agencia comercial, en los siguientes términos: “El Capítulo V, del Título XIII del Código de Comercio, en sus artículos 1317 y siguientes, regula la agencia mercantil, definiéndola en la forma descrita anteriormente, surgiendo de su reglamentación como elementos principales las siguientes: a) constituye una forma de intermediación; b) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; c) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario; d) requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor; e) el agente tiene derecho a una remuneración.”

Sobre los alcances que tiene el elemento axiológico de la promoción, en sentencia N° 040 de 28 de febrero de 2005, expediente 7504, en los términos que pasan a reproducirse:

“Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante –el agente- asume en forma independiente y estable el encargo de promover o explotar negocios de

un empresario –el agenciado-, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia –sustancial- se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda al agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios –así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como ‘mercadeo’, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que –hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada (...) dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado (...) sobre la relevante característica que se comenta, señaló la Corte recientemente que hay razones de orden público económico, pero también de linaje privado, que justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación

establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos (cas. civ. 20 de octubre de 2000; exp No. 5497)´”.

Queda claro entonces que el contrato de agencia, cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta entonces algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hacen diferente de ellos. Luego, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como "representante" o "agente", eso sí en virtud de un contrato de agencia. Así mismo, con relación a la actividad mercantil que desarrolla el comerciante, éste puede ser simplemente un fabricante o distribuidor de productos de un empresario, en virtud de los contratos de construcción, distribución, suministro, compra al por mayor, depósito, o de cualquier otro convenio que conduzca exclusivamente a este objeto.

Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de "promover o explotar negocios" del empresario "en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional" (art.1317 C.Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (vgr. contratos, ampliación de actividades, etc.), la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario. En cambio, la actividad de compra para reventa de un mismo

producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario. Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final. Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por sí sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que éste, previa las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia; actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial. Pero lo anterior no se opone, como lo reconoció esta Corporación en ocasión anterior, a que habiendo un contrato de agencia entre empresario (agenciado) y comerciante (agente) en forma paralela puedan concurrir otros contratos, como los de ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia. (Sent. del 14 de diciembre de 1992. G.J. CCXIX, P.703 y ss.), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor.

Por lo anterior, y atendiendo las pretensiones de la demanda, y los medios exceptivos propuestos, este Tribunal se ocupara del corretaje y la agencia Mercantil, figuras jurídicas que tienen muchas similitudes, tal como bien lo reconoce el Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, en la obra ya citada, Pág. 411, cuando ha dicho:

“CORRETAJE Y LA AGENCIA

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

Siendo entonces que, como lo indica el tratadista antes citado, **el elemento diferenciador entre el Corretaje y la Agencia mercantil, esta dado por la vocación de permanencia de la agencia y la función económica pretendida con dicha figura, en contra posición con la momentaneidad que caracteriza al corretaje**, este Tribunal estudiara la figura legal de la agencia mercantil para completar el trabajo que se acomete.

Nuestro ordenamiento Mercantil, en su artículo 1.317 define el contrato de agencia como aquel por medio del cual un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar¹²

¹² A través de la agencia mercantil se promueven los negocios de un comerciante cuando “se inicia o adelanta una cosa, procurando su logro, o se toma la iniciativa para la realización o el logro de algo y se explotan esos mismos negocios cuando “se aprovechan las cosas ajenas para extraer de ellas alguna utilidad”, según resulta de todas las acepciones menos una que a los verbos “promover” y “explotar” da respectivamente el diccionario de la lengua de la Real Academia Española.

negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.

Dicho contrato de Agencia Mercantil presupone el desarrollo de una labor de promoción y/o explotación de negocios que realiza el Agente de manera independiente, estable y remunerada, por cuenta del Agenciado, lo cual significa que las consecuencias jurídicas, los efectos jurídicos de los actos ejecutados por el Agente, así no sea representante del Empresario, se trasladan o deben trasladarse a la órbita patrimonial del Empresario, quien es el llamado a asumir los (i) riesgos de dichos actos, tales como la pérdida o no venta de la mercancía, la cartera morosa, así como (ii) las ventajas de las actuaciones y operaciones realizados por el agente (V.gr. Aumento de precios).

Al respecto el Tratadista José Alejandro Bonivento¹³ manifiesta:

“... la actuación por cuenta de otro, como concepto jurídico involucrado en la noción misma de mandato, hace referencia, como aspecto primordial, a una consideración según la cual los efectos de los actos y **negocios realizados por el intermediario (encargado), así no sea representante, se trasladan, o se deben trasladar, a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que es éste quien está llamado a asumir los riesgos (pérdida de la mercancía o cartera morosa, por ejemplo) y las ventajas (aumento de precios de venta al público, por ejemplo) de las operaciones efectuadas por aquél (...)** “Aunque no podemos desconocer, obviamente, la seriedad de los planteamientos que sustentan la tesis según la cual el elemento de actuación ‘por cuenta de’ no es de la esencia del contrato de agencia mercantil, pensamos que la conclusión acertada es la contraria: la tipificación legal de la agencia comercial, entre

¹³ “*Contratos Mercantiles de Intermediación*”. Segunda edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1999. p.p. 140 y 141.

nosotros, exige la actuación del agente por cuenta del
agenciado.(Negrilla fuera del texto original)

De la siguiente manera ha sido señalada la anterior conclusión por la Justicia
Arbitral:

“El Tribunal comparte la posición según la cual el contrato de agencia es una de las formas específicas de mandato mercantil, razón por la cual el elemento **“actuación por cuenta ajena” es esencial a la agencia** ya que de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1262 del Código de Comercio, la gestión del mandatario se lleva a cabo por cuenta del mandante. (...) “Para el Tribunal son dos, específicamente, los criterios determinantes para la configuración del concepto que se comenta: **(i)** la atribución patrimonial de una determinada actuación, y, consecuente con la anterior, **(ii)** la identificación de quién ha de soportar los riesgos, o reportar las ventajas de una específica actuación jurídica”.
(Negrillas fuera de texto).¹⁴

En este punto el Tribunal comparte lo indicado por el apoderado de las convocantes, cuando manifiesta:

ACTUACIÓN POR CUENTA Y OBRA

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 1321 del Código de Comercio, el agente puede actuar como agente o representante del empresario contratante. La doctrina¹⁵ entiende por actuación por cuenta y obra como todo aquello que implique que la utilidad o pérdida de los negocios que el agente promueve o explota correspondan exclusivamente al empresario. Se observa en este aparte, que el agenciado es aquel que corre con los beneficios y riesgos de la labor realizada por el agente. En este caso, como se observará posteriormente en la valoración de las pruebas, los promotores no promovían el producto en

¹⁴ Laudo del 23 de febrero de 2007 proferido por los Árbitros David Luna Bisbal, Perdo Nel Escorcía Castillo y Sergio Muñoz Laverde, en un proceso instaurado por Punto Celular Ltda contra Comcel S.A.

¹⁵ Tratado de Cicu y Messineo. Giuffrè 1984, pág. 5, en sentido semejante pag. 35

beneficio de ellas mismas sino en beneficio de la marca y de la estructura organizacional de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA.

Por otra parte, la CSJ en sentencia de 2 de diciembre de 1980 establece:

“[...]Todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo la clientela del ramo y los negocios que para ese fin promueve o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente acuerdo a su nombre, si para ello tiene facultad.”

Se puede observar entonces, que la actuación por cuenta y obra por parte del agente no depende de la característica de la representación sino de promoción y crecimiento de las utilidades del contratante. Por tal motivo, en el desarrollo del presente capítulo se demostrará:

Que DORIS LOZANO DE SANCHEZ y posteriormente SERVIMED LTDA actuaban por cuenta y riesgo de COOMEVA M.P, toda vez que no suscribían contrato alguno con el suscriptor del servicio captado para COOMEVA M.P por la labor comercial del agente. El contrato de prestación de servicio era suscrito entre éste y COOMEVA M.P.

Que COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A., presta los servicios de salud promocionados por el agente y adquiere o aprovecha los efectos económicos de la actividad de intermediación.

Que hubo promoción y acreditación de la marca COOMEVA MEDICINA PREPAGADA por parte del agente. Licencia de uso de marca artículo 162 de la Decisión 486 de 2000

Que existía un mandato con representación al realizar DORIS LOZANO DE SANCHEZ Y SERVIMED LTDA, la factura de venta, la entrega de los contratos al usuario y efectuar los recibos de caja por lo recibido de parte del usuario.

Que DORIS LOZANO DE SANCHEZ y posteriormente SERVIMED LTDA, actuaban en nombre de COOMEVA, usando la imagen corporativa de COOMEVA, en sus avisos y en su papelería.

Que COOMEVA M.P dotó a la fuerza de ventas del agente, de carnets que los identificaban en primer periodo como Asesores Comerciales de COOMEVA M.P.

PRUEBAS DOCUMENTALES

Obra en el proceso los contratos firmados por las partes los días 1 de abril de 1993, 1 de febrero de 1995, 1 de abril de 1998, 28 de octubre de 1998 en los cuales se establece dentro de la Cláusula Cuarta (tercera en los últimos dos contratos) como obligaciones del corredor:

“E) Llevar en sus libros una relación de todos y cada uno de los negocios que proponga a COOMEVA. Dicha relación deberá contener: Nombre completo y domicilio de las partes que pretendan celebrar dichos contratos, fecha eventual de iniciación de los mismo, clase de contrato, vigencia estimada de los contratos, valor del mismo y la remuneración obtenida. F) **A hacer uso responsable de la información, documentos y papelería propiedad de COOMEVA** y a las cuales tenga acceso en razón de su función como CORREDOR. [...] J) **Hacer entrega a COOMEVA de los dineros recibidos bajo la misma denominación en efectivo ó cheque**, ó consignar a órdenes de ella, en la entidad bancaria ó crediticia para que tal efecto designe COOMEVA dentro del segundo día hábil siguiente. Asimismo entregar dentro del segundo día hábil siguiente, la **totalidad de los documentos debidamente diligenciados** en razón a la labor de corretaje, **siguiendo los lineamientos consignados en las circulares ó comunicaciones de procedimiento internos que forman parte integrante de este contrato.** N) Diligenciar debidamente los documentos de ingreso, renovación o traslado de contratos, [...] conforme a las normas u procedimientos del Servicio de Salud COOMEVA que el CORREDOR declara conocer y aceptar.” (Subraya y negrilla fuera del texto)

Dentro de las causales de terminación del contrato se encuentra la siguientes:

“D) Ofrecer servicios **en nombre de COOMEVA distintos a aquellos de los contemplados en los contratos en la cláusula primera** de este documento. F) Utilizar para fines distintos del objeto de este contrato **la papelería e información que le haya sido entregada por COOMEVA**” (Subraya y negrilla fuera del texto.)

Obran en el proceso los contratos suscritos por las partes el 1 de enero de 2001 y el 1 de enero de 2003, 1 de enero de 2004, 1 de 2005 en los cuales se transcribe literalmente en la cláusula tercera (en el penúltimo la sexta y en el último la octava) sobre las obligaciones del denominado corredor, y novena (décima en los dos últimos), sobre las causales de terminación del contrato, las mismas disposiciones previamente señaladas. No obstante, en dichos convenios las partes adicionan un párrafo a la cláusula tercera en la que se hace evidente la licencia de uso de marca:

“CLAUSULA TERCERA. [...] PARAGRAFO 1: El CORREDOR COMERCIAL para el adecuado uso de su gestión comercial podrá utilizar los logotipos institucionales de la marca de SALUD COOMEVA M.P. S.A. junto a su propio logotipo en su papelería, materiales promocionales avisos exteriores u material publicitario que utilice e identifique al CORREDOR COMERCIAL siempre y cuando estén acordes con los parámetros establecidos en el manual de imagen de SALUD COOMEVA M.P. S.A.” (subraya y negrilla fuera del texto)

Obran en el proceso, los carné de presentación de DORIS LOZANO DE SANCHEZ en los cuales se presenta como asesora comercial de COOMEVA.

Obra en el proceso, publicidad de COOMEVA en la que nombran a DORIS LOZANO DE SANCHEZ como asesora comercial de la empresa de medicina Prepagada.

Obran en el proceso los manuales del cliente EPSA de los años 1999, 2004 y 2006 en los cuales se muestra a DORIS LOZANO DE SANCHEZ como asesora de COOMEVA M.P. S.A., actuando a nombre de la empresa de medicina Prepagada.

Obra en el proceso publicidad realizada por COOMEVA en la que se muestra a DORIS LOZANO DE SANCHEZ como asesora comercial de COOMEVA, ofreciendo los servicios de medicina Prepagada, EPS, asociados y salud oral.

Obran el proceso en los folios 157 y 158 del cuaderno No. 2, cuatro fotografías en las que se demuestra como el local comercial donde se prestaba el servicio de intermediación y promoción de Medicina Prepagada de parte de DORIS

LOZANO DE SANCHEZ Y SERVIMED, estaba identificado con el logotipo de COOMEVA.

CONFESION y DECLARACIÓN DE PARTE

JORGE ALBERTO ZAPATA BUILES Representante legal de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA

LICENCIA DE USO DE MARCA

En el interrogatorio realizado ante la pregunta de cuál era la finalidad que perseguía COOMEVA MEDICINA PREPAGADA al permitir que SERVIMED utilizara en su actividad comercial el logotipo y las identificaciones de dicha institución, el interrogado responde:

“Jorge Zapata Builes Coomeva Medicina Prepagada, **la finalidad era pues, ayudar a publicitar los servicios de Coomeva Medicina Prepagada,** sin embargo vuelvo y reitero pues Coomeva Medicina Prepagada invierte unas cifras muy grandes en publicidad y en promoción independientemente que se haga a través de asesores con contrato de corretaje definitivamente se utiliza mucho la publicidad radial, la publicidad televisiva, la publicidad en prensa y con los asesores con contrato de corretaje pues ellos si tenían instalaciones igualmente **solicitaban a Coomeva poder tener avisos de Coomeva nosotros normalmente lo autorizamos** así como igual pueden tener avisos de Coomeva, de Suramericana, de Sanitas o de las diferentes empresas que venden productos de Medicina Prepagada **para que puedan poner en contacto un número mayor de usuarios con Coomeva y la gestión del negocios pues que de los resultados positivos.**”

Se evidencia entonces que la posibilidad de utilizar el logo era para que los intermediarios y en este caso DORIS LOZANO DE SANCHEZ Y SERVIMED LTDA, pudieran aumentar la población afiliada de COOMEVA y aumentar el crédito de la marca en el mercado.

El interrogado responde asertivamente la pregunta de si COOMEVA MEDICINA PREPAGADA autorizó el uso de avisos COOMEVA a DORIS

LOZANO DE SANCHEZ durante el periodo de vinculación a partir del año 1998 en la CARRERA 39 No 5 A 31 de Cali.

“[S]i es cierto que previa solicitud de los asesores con contrato de corretaje así tengan un contrato con persona natural o jurídica ellos solicitan poder utilizar avisos de Coomeva Medicina Prepagada, como igual poder utilizar avisos de otras empresas de la competencia y en este caso concreto sí la señora Doris Lozano de Sánchez lo hizo Coomeva Medicina Prepagada autorizo la utilización de avisos.”

MANDATO

El interrogado reconoce que las partes del contrato de prestación de servicios entre el afiliado y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA son efectivamente estas dos personas inmediatamente mencionadas. En ninguna instancia hace parte del contrato el denominado corredor. Afirma posteriormente que los beneficios y riesgos económicos de dicha relación son obtenidos exclusivamente por COOMEVA y no por el corredor:

“Las cuotas normalmente se cancelaban a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA y ese proceso se hace a través de las oficinas de COOMEVA COOPERATIVA que es una entidad jurídica diferente o a través de los bancos designados para tal fin. [...] Esos dineros van a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, dentro del mercado de la salud COOMEVA MEDICINA PREPAGADA es un asegurador y vende planes a riesgo [...] con esos dineros se cubren esos riesgos en salud para los que el usuario está pagando [...] [por tanto] si el producto tiene cobertura para [una enfermedad de alto riesgo] **obviamente la totalidad independiente del monto lo asume COOMEVA MEDICINA PREPAGADA**” (Negrilla y subraya fuera del texto)

LUIS FERNANDO CAICEDO FERNANDEZ, Representante Legal de COOMEVA COOPERATIVA.

LICENCIA DE USO DE MARCA

Ante la pregunta si había autorización de parte de la COOPERATIVA para el uso del nombre y los logotipos de la COOPERATIVA el interrogado afirma:

“ Si, son logos de la Cooperativa que cuando el corredor los solicita **se le permite para facilitar la labor,** pero siempre son los lemas comerciales de la Cooperativa de ninguna manera existe un usufructo o existe un licenciamiento de marca no significan que representen a la Cooperativa de ninguna manera, es una solicitud que hace el corredor, así como se le entrega un carnet o una tarjeta igualmente se le facilita, si el corredor así lo requiere que pueda colocar un aviso de la Cooperativa, como podría colocar un aviso de cualquier otra entidad para la que ella esté trabajando de ninguna manera significa eso que estemos constituyendo agencia o estén entregando una una licencia de marca, **la marca siempre es de la Cooperativa y cuando el corredor lo solicita autorizamos a veces de manera expresa o a veces de manera tácita que la use** pero siempre sigue siendo de Coomeva sin que eso signifique representación”.

Se observa en su respuesta, a pesar de su desconocimiento por el contrato de licencia de uso de marca, que en efecto la COOPERATIVA realizaba dicho contrato con el corredor para que éste se pudiera identificar con los logos y los distintivos de la empresa que promocionaba. Es claro, tal como se deduce de la respuesta, que no existió una cesión del dominio de la marca sino una mera licencia de uso - contrato consensual que se perfecciona cuando una parte autoriza a otra el uso de la misma- (Decisión 486 Acuerdo de Cartagena de la Comunidad Andina de Naciones).

MANDATO

Ante la pregunta de a favor de quien estaban los riesgos y los beneficios de la operación comercial efectuada por DORIS LOZANO DE SANCHEZ, el representante legal afirma:

Habían beneficios mutuos, **para la Cooperativa era recibir la prima** llamémoslo de esa manera sin que fuera un seguro, **digamos la compensación derivada de la prestación del servicio** y para Doris como corredora la comisión por la intermediación. **El riesgo se corría entre Coomeva** como contratante del contrato de prestación de servicios de salud por las coberturas que tenía que asumir de acuerdo con la normatividad y el usuario del servicio que contratado con Coomeva por las coberturas que podía recibir o no recibir.

Al analizar esta respuesta se evidencia claramente que los beneficios y los riesgos de la relación comercial eran únicamente de COOMEVA. Es evidente que en virtud del contrato de agencia realizado entre las partes, el agente debe recibir una remuneración por la labor realizada, pero dicha remuneración no representa el beneficio y el riesgo económico de la operación comercial de promoción y venta del servicio de medicina prepagada. La labor estaba destinada a ampliar y crecer la población afiliada a la empresa de medicina prepagada, en su momento la COOPERATIVA, y es esta la relación económica que debe ser entendida para analizar algún tipo de actuación por cuenta y riesgo. Igualmente, como se observa al final de la respuesta, el riesgo de la operación no corría a cargo de DORIS LOZANO sino únicamente de COOMEVA, quien debía descontar de su patrimonio las coberturas debidas al usuario.

TESTIMONIALES

MARIO ANDRÉS RIVERA MAZUERA Gerente Nacional de mercadeo y ventas de Medicina Prepagada en el año 95 en la COOPERATIVA y a partir del 98 en COOMEVA M.P. S.A. Entre el año 2001 y el 2005 ejerció el cargo de Director Nacional de mercadeo y ventas de COOMEVA EPS y MEDICINA PREPAGADA.

ACTUACIÓN EN NOMBRE DE COOMEVA

El testigo ratifica lo dispuesto previamente sobre la capacidad de los asesores de presentarse bajo la imagen de COOMEVA para realizar una mayor promoción del servicio. Al respecto afirma:

“No, **[se identificaban] con el nombre de COOMEVA, porque SERVIMED no significaba nada para los clientes**, muchos de los asesores tenían en la oficina el logo de la Cooperativa, el logo de la Prepaga y abajo ponían “fulanito de tal”, pero el que vendía obviamente era el logo de COOMEVA. [...] **si tú no le vas a dar a tu fuerza comercial, a tu canal comercial la posibilidad de que use tu logo, pues estas, no estás haciendo nada.**”

Respecto al uso de la imagen de COOMEVA en la papelería, tarjetas, folletos, entre otros, afirma:

Sí señor. Es como si usted tratara de vender un shampoo en el supermercado y no se pusiera su nombre o marca allí, ¿cómo va a saber el cliente que ese es su shampoo? [...] **Mi canal de distribución es la fuerza de ventas, mi fuerza de ventas tiene que llevar mi marca para poder que el mercado lo identifique como el que yo le estoy ofreciendo.**

Por último afirma que “ella y toda la fuerza [estaban autorizadas para presentarse en nombre de COOMEVA]. **Es que no tiene sentido de distinta manera, no es coherente**”

MANDATO

Frente al contrato realizado entre COOMEVA y el usuario de medicina prepagada el testigo afirma:

No, **el contratante tiene que pagarle todavía a COOMEVA directamente.** Si nosotros nos dábamos cuenta que había un vendedor que estaba recibiendo ese dinero, le cancelábamos el contrato. [...] No, pues beneficia al que preste el servicio, **al que esté incurriendo en el riesgo de cubrir en salud al contratante, que es la empresa. Evidentemente la plata que entra es para la empresa, gana la empresa o pierde la empresa.**”

DIRECTRICES DE COOMEVA

Respecto a las capacitaciones realizadas por COOMEVA para que el asesor actuase bajo sus directivas el testigo afirma:

“Pues la capacitación era una actividad permanente en todo el país, **porque al asesor había que tenerlo motivado, entrenado, evaluado, esa era un actividad que se hacía mensualmente**, cada semana con los diferentes grupos, eso era una responsabilidad de la jefe de ventas vigiladas por las direcciones regionales, así se hacía, había un plan, digamos, que desde la nacional se les decía mire, trabajen en cierre, trabajen en preexpectación, trabajen pues todos los temas comerciales que existen, se les llevaba capacitadores, se les hacían talleres; si, **la capacitación era permanente.**
[...]

[Capacitación en] **mercadeo y ventas, enseñarles a vender, a posicionar el producto, a conseguir los clientes, enseñarles a hablar, enseñarles a vestirse**, enseñarles a hacer una cita telefónica; eso es toda una ciencia.”

JOSÉ GERARDO ALBAN VÁSQUEZ auditor y posterior coordinador médico a partir del año 1998, ausente por 6 a 7 meses y posterior Director Médico hasta el año 2007, a partir de entonces Gerente Regional y posterior Director Médico del Sector Salud.

ACTUACIÓN EN NOMBRE DE COOMEVA

El testigo reafirma lo dispuesto previamente sobre la identificación del local comercial de SERVIMED con la imagen de COOMEVA, asegura igualmente que esto le posibilitaba llevar a cabo una mejor labor de promoción y venta:

No, era logo de COOMEVA. Mucha gente piensa que doña Doris vendía mucho porque ella estaba en frente de COOMEVA EPS y siempre estuvo allí entonces pues toda la gente salía de COOMEVA EPS y se afiliaba donde doña Doris porque realmente sí decía COOMEVA MEDICINA PREPAGADA su aviso.

Reafirma igualmente la autorización de COOMEVA para usar su imagen en la papelería:

“Cuando yo le hablo del **guarda exámenes eso salió con el logo de COOMEVA** pero pues para **nosotros era muy bueno porque era imagen de COOMEVA** y finalmente pues era bueno para nosotros, si, realmente yo en ese momento pues no le vi y creo que el doctor Arango tampoco, ninguna, nada malo de que estuviera con el logo de COOMEVA y de doña Doris.”

MANDATO

El testigo confirma lo dispuesto previamente sobre quién asumía los riesgos y beneficios de la relación comercial:

“No, no, eso es claramente es de MEDICINA PREPAGADA, **el contrato era EPSA y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA**, doña Doris lo único que hacía era de intermediario, pero el riesgo lo manejábamos nosotros.

[...]

DR. HECTOR FALLA URBINA.

¿Quién recibía el pago mensual por el servicio prestado por MEDICINA PREPAGADA, el pago que hace el usuario, llámese un colectivo como EPSA o llámese una persona natural, quién recibía ese pago, COOMEVA o SERVIMED?

DR. JOSÉ GERARDO ALBAN VÁSQUEZ.

COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, **es más con EPSA dentro de la negociación había unos descuentos por pronto-pago y esos descuentos se le hacían directamente a MEDICINA PREPAGADA y allí se descontaban las comisiones.**”

GERARDO ANTONIO RESTREPO ZULUAGA director de los servicio mutuales entre los años 81 y 82, Gerente de COOMEVA en la regional de Medellín entre el 82-84 y Gerente General de COOMEVA COOPERATIVA entre los años 84 – 89

Es posible comprobar en su testimonio que los beneficios y los riesgos de la operación recaían únicamente en COOMEVA. Afirma: “el dinero tenía que ser consignado en las cajas de la Cooperativa, en las oficinas de depósito nuestras, necesariamente el **promotor no podía retener esos dineros y manejarlos en sus cuentas**”. Así, el dinero recaudado por el promotor de los usuarios afiliados al sistema de medicina Prepagada, debía ser inmediatamente consignado a favor de COOMEVA, pues era esta la que percibía el beneficio económico del contrato intermediado por el agente.

Concluye su interrogatorio sobre el tema al confirmar que los denominados corredores, DORIS LOZANO DE SANCHEZ y posteriormente SERVIMED, se identificaban en nombre de COOMEVA para poder ofrecer sus servicios. Sostiene:

“Si, por lo menos durante la época en que no existía EPS, solo existía Medicina Prepagada los promotores y asesores nuestro **podían identificarse con previa autorización por parte de Coomeva, podían usar el logo nuestro.**“

ALEXANDRA BARONA LONDOÑO trabajadora de COOMEVA entre el 2002 y el 2006, encargada de la liquidación de las comisiones.

En el desarrollo del interrogatorio la testigo afirma que las partes de la relación contractual de prestación del servicio de medicina Prepagada eran únicamente el usuario y COOMEVA. Por lo cual el corredor no actuaba en su representación pero si por cuenta y riesgo de ella, al servir de intermediario y promotor de un negocio cuyos beneficios económicos recaían exclusivamente en COOMEVA. Al respecto afirma:

“El tramite, no el corredor no celebra el contrato, bueno el llena la solicitud, hace pues todo el procedimiento que tiene que hacer pero finalmente es con la empresa, **Coomeva Medicina Prepagada y la empresa la que celebra el contrato básicamente, el corredor lo que hace es ir explicarle todos los programas que nosotros ofrecemos, las coberturas bueno como explicarle todo el proceso que tiene que hacer para Medicina Prepagada para poder adquirir el servicio,** llenarles las solicitudes de ingreso, pedirles los documentos, llevarlos a Coomeva para que los empleados, como le explicaba eso es como un servicio postventa [...]No, el corredor no le cobra, nosotros Medicina Prepagada hacemos un estado de cuenta o una facturación y se la enviamos a la empresa directamente para cobro” (Negrilla y subraya fuera del texto)

GABRIEL JAIME BUSTAMANTE VELEZ Gerente Nacional de riesgo de COOMEVA Financiera

En el testimonio del interrogado se evidencia, a través de sus respuestas, que la actividad realizada por el corredor estaba destinada a promover los servicios ofrecidos por COOMEVA MEDICINA PREPAGADA de acuerdo a las políticas establecidas por ella y en beneficio exclusivo de dicha empresa. Afirma: “[...] el contrato se firmaba entre Coomeva y el usuario, Servimed simplemente los ponía en contacto, no, ellas, pues entidades como Servimed no definían

políticas, no sacaban planes, se limitaban a ofrecer lo que Medicina Prepagada de Coomeva tenía ofrecido en el mercado.”

BALMER ALBERTO MAYA LOPERA Director Nacional de Asesoría jurídica de COOMEVA M.P en Cali desde el 2000

ACTUACIÓN EN NOMBRE DE COOMEVA: ACREDITACIÓN DE LA MARCA

Es posible deducir del interrogatorio al testigo que existía una acreditación de la marca por parte de SERVIMED y de DORIS LOZANO DE SANCHEZ en tanto ambos se presentaron siempre como COOMEVA para acceder a los clientes. Afirma entonces ante la pregunta de cómo se anunciaba al cliente el denominado corredor: “Si, de hecho me consta se anunciaban y siempre se enuncian coherentemente como subcontrato, como agencia de corretaje de Coomeva o de Salud Coomeva, [...]”.

DIRECTRICES DE COOMEVA.

Afirma el interrogado la posibilidad legal y contractual de otorgar capacitaciones al denominado corredor para que desarrollara la labor de intermediación y promoción de acuerdo a los lineamientos de COOMEVA. Sostiene:

“[...] todo el decreto si autoriza, dice que tiene que tener una capacitación, de hecho el decreto dice como debe ser la capacitación, idónea, clara, pero si nos obliga a darle una capacitación a los corredores doctor Tamayo.”

EXPLOTACIÓN EN UN DETERMINADO RAMO EN UNA ZONA PREFIJADA DEL TERRITORIO NACIONAL.

La jurisprudencia respecto a la delimitación territorial ha afirmado que:

“el hecho de que no se haya precisado de manera clara y definitiva el territorio en el contrato o el ramo de productos o servicios, no excluye que exista un contrato de agencia si, por otra parte, dicho territorio o dicho ramo de productos o servicios resulta de la ejecución misma del contrato. De ordinario los corredores operan sin estar limitados a zonas o áreas

determinadas, así como tampoco por cláusulas de exclusiva o pactos de no concurrencia, cosa que habitualmente ocurre con los agentes comerciales.”¹⁶

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han afirmado que este elemento hace parte de la naturaleza del contrato y no de la esencia. Por lo cual, aún si no existe expresamente o taxativamente dicho elemento no desnaturaliza el contrato ni lo convierte en un contrato atípico. Se comprobará a continuación que la delimitación territorial, a pesar de no ser un elemento esencial del contrato de agencia comercial, si se presenta en el contrato realizado entre las partes en el desarrollo de la ejecución práctica del mismo.

DOCUMENTALES

Obran en el proceso los contratos suscritos por las partes el 1 de abril de 1993 y el 1 de febrero de 1995, en los que se observa en la cláusula cuarta sobre las obligaciones del denominado corredor la siguiente: “K) Cumplir su labor dentro del territorio a él asignado.

Si bien en los contratos posteriormente suscritos no existía expresamente dicha delimitación territorial, ésta se mantiene de facto en la ejecución del contrato, y se observa por la denominación alfanumérica del corredor en el sistema de COOMEVA.

TESTIMONIALES

GABRIEL JAIME BUSTAMANTE VELEZ Gerente Nacional de riesgo de COOMEVA Financiera

En su testimonio el doctor Bustamante afirma y reconoce que la ejecución del contrato se desarrolló enmarcada en el ámbito territorial de Cali. Así, a pesar de no estar determinado expresamente en el contrato, su ejecución conllevó al desarrollo de la actividad en un determinado ramo territorial. Afirma: “por lo que yo conocí ella se limitaba a la ciudad de Cali en cuanto a su campo de acción [...]”

JHON FREDY CACERES, Ex funcionario de COOMEVA encargado de la liquidación de comisiones

¹⁶ LAUDO IDEAS, OP.CIT.

Ante la pregunta realizada acerca de significación alfanumérica de los códigos de los denominados corredores, el testigo afirma:

“La doble A es la ciudad de Cali, no se pienso que fueron creando, en la medida que Coomeva se fue ampliando fueron creando las siglas por las ciudades que fueron empezando, la primera fue Cali es AA, Buga BA, y así Popayán AC, pues así esta Villavicencio que es VI, cada ciudad tenía una sigla, Cali quedó AA pues no sé por qué no quedó CA de Cali pero así se llamaba, AA quiere decir Cali, únicamente para las empresas de la ciudad de Cali.”

Complementa:

“O sea si habían casos en que un asesor digamos hacia un convenio en otra ciudad y se le pagaba, había que crearle un nuevo código en esa ciudad para poder hacer la liquidación de comisiones, porque con el código por el hecho de ser de Cali no liquidaba en otra ciudad, [...]”

Se observa que la nomenclatura de los códigos representa una distribución territorial de la ejecución de los contratos de los denominados corredores. Dicha distribución era tan sistemática que los limitaba a dicha región a menos que se abriera otro código para el asesor. En el caso particular el código de DORIS LOZANO DE SANCHEZ y de SERVIMED siempre fue **AA 71**. De esta forma, se comprueba que esta distribución no sólo representa una delimitación de la ejecución del contrato sino un reconocimiento por parte de COOMEVA de dicha distribución de hecho y por tanto, la existencia de una explotación en una zona prefijada del territorio.

MAURICIO IRURITA TASCÓN, Funcionario de COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S. A. desde el 2006

El funcionario reconoce que la empresa manejaba una codificación de los asesores de acuerdo a un código establecido para cada ciudad. Al igual que el testigo anterior reconoce que la nomenclatura de Cali era AA, la cual era la significación alfa del código de SERVIMED.

MARIO ANDRÉS RIVERA MAZUERA Gerente Nacional de mercadeo y ventas de Medicina Prepagada en el año 95 en la COOPERATIVA y a partir del

98 en COOMEVA M.P. S.A. Entre el año 2001 y el 2005 ejerció el cargo de Director Nacional de mercadeo y ventas de COOMEVA EPS y MEDICINA PREPAGADA.

Establece el testigo que a pesar de no existir una cláusula en el contrato que determine la territorialidad del mismo, de hecho y por su ejecución si existía en efecto una delimitación territorial, de acuerdo al área de funcionamiento de cada asesor:

“El contrato de corretaje no hablaba de asignación de territorios, sino que en la funcionalidad del canal del manejo del mismo, los poníamos a funcionar en un territorio determinado. Si un vendedor iba a otra parte y conseguía un cliente, lo podía hacer, pero como hizo Doña Doris, administrarlo no era sencillo, entonces digamos que en la práctica la regionalidad era lo que funcionaba, pero en el contrato no había cláusula de territorialidad.”

Sobre el particular es pertinente reiterar que en virtud de lo establecido en el artículo 1331 del C. de Co¹⁷. cuando por la ejecución contractual se presentan todos los elementos esenciales atrás citados, se está en presencia de un contrato de agencia mercantil así las partes hayan denominado diferente dicho contrato, al cual se le aplicarán los efectos dispuestos en el artículo 1324 del C. de Comercio, consistentes en la obligación de (i) cancelar la **Cesantía Comercial** al finalizar el contrato, equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos 3 años, por cada uno de vigencia del contrato, y (ii) la obligación, en caso de terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del Empresario, de cancelar una **indemnización de perjuicios** que deberá ser tasada por el Tribunal, como retribución al esfuerzo del Agente de acreditar una marca y/o productos, y de promoverlas.

A riesgo de ser redundantes, debemos reiterar que todo ello conduce, entonces, a la necesidad de que el contrato de agencia requiera de una demostración típica y clara, es decir, que las pruebas se dirijan a establecer

directamente este tipo de contrato, pues siendo éste autónomo, se repite, no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados, porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial. En ese orden de ideas, y fundamentados en las exposiciones del tratadista Álvaro Pérez Vives¹⁸, miraremos los elementos y características de este tipo de contrato mercantil y lo aplicaremos al asunto que nos ocupa, para concluir o no, su real configuración en la relación habida entre las convocantes y las convocadas, a saber:

1. Constituye una forma de intermediación: Se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía a la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor mayorista de productos fabricados por otro comerciante. En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se le ha demarcado.

Ahora bien, **Coomeva Medicina Prepagada S.A.** al contestar la demanda, indicó que si a la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, se le quisiera considerar “agente” debía realizar su gestión en calidad de mandatario, ya que la agencia mercantil está concebida en la normatividad colombiana como una forma de mandato.

Tal como se ha analizado probatoriamente en este laudo, está demostrado que la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda** recibieron de la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada S.A.** el encargo para realizar la actividad de promoción o ambientación para la celebración de contratos de Medicina Prepagada, y eran las convocantes quienes contactaban a las posibles partes y los inducían a celebrar un contrato de medicina prepagada.

¹⁷ Art. 1331 del C. de Co.: “A la agencia de hecho se le aplicarán las normas de este capítulo.”

¹⁸ PÉREZ VIVES, Álvaro. “De la agencia comercial y del mandato”. Derecho Colombiano, Nº 140, pág. 126

Contrario a las características propias del contrato de corretaje, que señala que el encargo de promover o ambientar la celebración de contratos de Medicina Prepagada no debe ser permanente sino una intermediación de momento,¹⁹ consta en el expediente como ya se ha visto, la existencia de permanencia en el tiempo de la labor de las convocantes, no solo en la labor de promoción o ambientación para la celebración de contratos de Medicina Prepagada, sino que adicionalmente hacían unas labores posteriores y permanentes a la celebración del convenio de afiliación, como era el de recaudar en algunas ocasiones las cuotas mensuales, tramitar exámenes, y en general hacer labores de mantenimiento de los clientes ya vinculados, buscando una fidelidad de estos para con las convocadas. Adicionalmente, y como una característica que de manera contundente desvirtúa el contrato de corretaje convenido entre las partes en litigio, es el hecho que la Señora **Doris Lozano De Sánchez** y/o la sociedad **Servimed Ltda.**, continuaban recibiendo de la **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada S.A.** una sumas de dinero, mensuales, correspondientes a un porcentaje de los valores que los afiliados continuaban pagando a las convocadas en virtud del contrato de afiliación, logrado inicialmente con la intervención de las convocantes.

No comparte entonces este Tribunal las afirmaciones hechas por el apoderado de **Coomeva Medicina Prepagada S. A.**, sobre la supuesta inexistencia de un mandato entre las convocantes y las convocadas. El encargo a que se refiere el contrato de agencia comercial **es la promoción, conquista o presencia del producto en la zona asignada.**

Los elementos consignados en este laudo, y las pruebas arrimadas a la plenaria, dan fe que la Intermediación como requisito del contrato de Agencia mercantil se ha dado en la relación existente entre las convocantes y las convocadas

- 2. El agente tiene su propia empresa y la dirige con Independencia.** Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propios empleados y los métodos

¹⁹ Arrubla Paucar Jaime Alberto, en su Obra “Contratos Mercantiles” Tomo I, Editorial Dike, 5º Edición, Pag. 407

de trabajo, teniendo potestad para realizar por sí o por medio de personal a su servicio el encargo que se le ha confiado, es claro que el contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continuada dependencia o subordinación.

En este campo está claramente demostrado que la señora **Doris Lozano de Sánchez** y la sociedad **Servimed Ltda.**, tenían una organización empresarial totalmente independiente de la organización empresarial de las convocadas **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** y **Coomeva Medicina Prepagada**, pudiendo las convocantes desarrollar su actividad de promoción de servicios de medicina prepagada sin tener subordinación frente a las convocadas, independencia que le permitía desarrollar métodos de trabajo, contratar o designar los colaboradores y empleados, teniendo potestad para realizar por sí o por medio de personal a su servicio el encargo que se les había confiado.

Obra en el expediente, el certificado de existencia y representación legal de la sociedad convocante, expedido por la Cámara de Comercio de Cali donde acredita que dicha sociedad tiene matriculado el establecimiento de comercio denominado SERVIMED.

De igual manera, este requisito del contrato de agencia mercantil aparece suficientemente demostrado con las pruebas recaudadas en el curso del proceso.

3. **La actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es, a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal.** La función del agente comercial no está circunscrita únicamente a poner en contacto a las futuras partes en el contrato de medicina prepagada, sino que su labor va mas allá, desde luego que, por intermedio de su propia empresa, el agente debe, de una manera estable e independiente, **explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos.**

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 31 de octubre de 1.995, con ponencia del doctor Pedro Lafont Pianeta, expediente No. 4701, proceso Ordinario de Distrimora Ltda., contra Shell Colombia S.A., señala:

“En efecto, el contrato de agencia, cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hace diferente de ellos. **Luego, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como “representante o agente”, eso sí en virtud del contrato de agencia.**

Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de “promover o explotar negocios” del empresario“ en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional” (C.Co., Art. 1131), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (v. Gr., contratos, ampliación de actividades etc.) la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario” (Negrilla fuera del texto original)

Descendiendo al caso que nos ocupa, encontramos demostrada la existencia de labores de promoción o ambientación para la celebración de contratos de Medicina Prepagada, al igual que actividades posteriores y permanentes a la celebración del convenio de afiliación, como era el de recaudar cuotas mensuales, tramitar exámenes, y en general hacer labores de mantenimiento de los clientes ya vinculados, buscando una fidelidad de estos para con los convocados.

Además, consta en el expediente que después de esta labor de vinculación, las convocantes realizaban labores de promoción de los servicios de salud que ofrecían las convocadas, bajo las instrucciones y condiciones establecidas por estas últimas. Nada distinto dicen los documentos aportados por la parte activa, donde se le imponía a la parte actora a realizar con toda la ética, diligencia y cuidado que caracteriza a un comerciante, todas las actividades necesarias y a utilizar todos los medios de que disponía **“con el fin de poner en contacto con Coomeva a personas que puedan estar interesadas en celebrar los contratos descritos en la cláusula primera de este contrato”**, al igual que informar a los posibles contratantes de los servicios y productos nuevos ofrecidos por las convocadas y adelantar las gestiones que fueren necesarias encaminadas a poner en contacto a los usuarios del Servicio de Salud con las demandadas, para que previo al vencimiento de dichos contratos, se consiguieran las renovaciones de los mismos.

Tal circunstancia fue ratificada por el Dr. **Luis Fernando Caicedo Fernández**, Representante Legal de Coomeva Cooperativa quien, ante la pregunta sobre la labor de posventa que hacían los convocantes indico que;

“la Cooperativa paga una comisión por ponerme en contacto con el usuario del servicio personas naturales o jurídicas esa es la labor fundamental del contrato de corretaje si el corredor ejercía otras funciones, como atender reclamos, como orientar al usuario, digamos que era una actividad que el literalmente como dije en un comienzo reitero y para facilitar el servicio, pues se ofrecía prestarlo, eso era fundamental para el corredor, porque de esa atención que el corredor presto al usuario que le ayudo a conseguir, pues dependía de que lo contratos

podrían seguir si un usuario vinculado por un corredor a pesar de que la función fundamental es de obligación de la Cooperativa que se sienta bien atendido, que se sienta informado, pero si ese corredor puede ofrecer unos servicios adicionales pues eso también el corredor por supuesto que también conviene, como en su momento convenía en la Cooperativa porque el contrato continuaba”

Y más adelante manifiesta el Dr. **Luis Fernando Caicedo Fernández** referente a la labor de hacerles mantenimiento de posventa a los usuarios del sistema de salud ofrecido por los demandados, señalando que además de la labor principal de vincular a los usuarios, estaba la llamada “de mantenimiento”; dijo el citado Representante legal que:

“Si como había explicado doctor esa no es una labor fundamental, es una labor que el mismo corredor unilateralmente y por mantener el beneficio de la comisión del siguiente periodo ofrecía la Cooperativa a la nueva entidad que prestara el servicio.”

Ello se hace más evidente, cuando en el transcurso de la vida contractual habida entre los actores y la parte pasiva, se conviene una comisión por recaudo, representada en un porcentaje del recaudo efectivo, que las convocadas debían pagar a las convocantes cuando el contratante del plan individual – familiar, asociados o colectivos, del servicio de Salud cancelaba la cuota mensual correspondiente, siempre que dicho contratante no hubiere manifestado su decisión, por escrito, que el contrato de prestación de servicios de salud o su renovación, fuera administrado por otro corredor o por las convocados directamente. De hecho, y por promover o explotar y ampliar el mercado, las convocadas reconocían a las convocantes una comisión por inclusiones o adiciones, correspondientes a un porcentaje del recaudo efectivo que las demandadas pagaban a las demandantes (llamados corredores), en el evento en que se incrementara el número de usuarios de cualquiera de los programas, comisión que se pagaría por cada usuario adicional.

A otra pregunta hecha en la diligencia del caso, y más concretamente sobre la remuneración de posventa que recibían las convocantes, el citado Dr. **Caicedo Fernández** indicó de manera clara que:

“Mientras el usuario siga pagando cumplidamente y el asesor haga una labor que llamamos asesor de mantenimiento, o sea, lo visite o lo llame y le este contando, sobre los nuevos productos, sobre los cambios actuales, mientras el usuario este satisfecho y permanezca en su contrato de prestación de servicios con Coomeva Medicina Prepagada, **se le hace un reconocimiento de un porcentaje de lo que paga el usuarios que es lo que se llama comisión mientras el usuarios permanezca en contrato con Coomeva Medicina Prepagada, en el momento en que el usuario deja de pagar o se retira del servicio por cualquier razón igualmente al asesor con contrato de corretaje comercial persona natural o jurídica se le informa que ya el usuario no tiene contrato con Coomeva Medicina Prepagada y no se le siguen pagando las comisiones por ese usuario.**” (Negrilla por fuera del texto original).

Precisa el Tribunal, que el elemento “promover” que trae el contrato de agencia, le da al agente la facultad de **buscar negocios; la actividad del agente consiste en proporcionar clientes y en la medida en que estos adquieran los productos por la acción del agente.** El agente promueve negocios del empresario, no los propios, concluyendo que es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo.

Para la Corte²⁰, la agencia tiene dos características principales, la **primera, la intermediación comercial del agente entre el empresario y el “consumidor” en ejecución del encargo que le es confiado, y segundo que la**

²⁰ fallo del 31 de octubre de 1.995, con ponencia del doctor Pedro Lafont Pianeta, expediente No. 4701, proceso Ordinario de Distrimora Ltda. contra Shell Colombia S.A.

intermediación la haga como representante, promotor o explotador de los negocios del empresario. Para la Corte, en la sentencia en comento, la intermediación la debe efectuar un agente independiente del empresario; advierte que la intermediación como tal es común en otros contratos con los cuales puede concurrir, pero, a pesar de la afinidad con otros contratos no puede confundirse con ellos, lo que hace necesario que cada tipo contractual deba probarse:

“Es claro entonces que el contrato de agencia, no obstante su autonomía, **su característica mercantil intermediadora, lo hace aún con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos, razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca.**”
(Negrilla por el Tribunal).

Siendo así, la intermediación del agente entre el empresario y los consumidores puede presentarse a través de diversas modalidades contractuales, que además de la intermediación tienen, como elementos comunes, la compra-venta, el mandato, la explotación de los negocios del empresario y en muchos casos la promoción de los negocios y su promoción y publicidad, pero, a pesar de las afinidades tiene rasgos diferenciadores, como pueden ser la independencia y la autonomía respecto al empresario, que la actividad de intermediación la realice como mandatario del empresario o como propietario de las mercancías objeto de la intermediación. Este último elemento, a juicio de la Corte constituye un elemento determinante en la diferenciación de las distintas modalidades contractuales afines. Continúa la Corte:

“En efecto, el contrato de agencia, cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hace diferente de ellos. **Luego, un comerciante bien puede**

recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como “representante o agente”, eso sí en virtud del contrato de agencia.” (Negrilla por el Tribunal).

“Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de “promover o explotar negocios” del empresario_“en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional” (C.Co., Art. 1131), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (v. Gr., contratos, ampliación de actividades etc.) la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario. En cambio, la actividad del que compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compra-venta tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición.”(Negrilla del Tribunal).

El representante legal de **Coomeva Medicina Prepagada S.A.** reconoce la labor juiciosa y organizada que hacía la señora **Doris Lozano de Sánchez**, quien atraía clientes nuevos, además de la atención constante y permanente a los antiguos, a los que se les hacía mantenimiento por lo menos una o dos veces al año los llamaba, infirmándoles, sobre todo en épocas de renovación

de contratos, cuáles eran los cambios de los productos, las nuevas coberturas, los productos que salían, los nuevos beneficios o la forma de utilizar más adecuadamente los productos de Coomeva Medicina Prepagada; señala el Dr. **Caicedo Fernández:**

“En términos generales sí, doña Doris era una persona juiciosa y organizada y no solo traía clientes nuevos sino que a los que tenían antigüedad con Coomeva Medicina Prepagada, **a los que se les hacía mantenimiento les hacía unas labores periódicas por lo menos una o dos veces al año los llamaba, les contaba sobre todo en épocas de renovación de contratos, cuáles eran los cambios de los productos, las nuevas coberturas, los productos que salían, los nuevos beneficios o la forma de utilizar más adecuadamente los productos de Coomeva Prepagada, la respuesta es sí, mantenimiento adecuado.**” (Negrilla por fuera del texto original).

De lo manifestado por el citado representante legal, se colige que además de recibir una comisión por poner en contacto al usuario del servicio con las convocadas, la señora **Doris Lozano De Sánchez** y la sociedad **Servimed Ltda.**, realizaban otras funciones posteriores a la convención del servicio de salud, atendiendo reclamaciones o sirviendo como orientador al usuario, dándole una importancia capital a dicha gestión de posventa ya que de ella dependía de que los usuarios continuaran vinculados contractualmente con las convocadas, conducta que estaba encaminada a que los usuarios se sintieran bien atendidos, que se sintieran bien informados, todo ello en beneficio del contrato mismo y de contera, de los intereses económicos de las convocadas **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada.** Además, mientras el usuario siguiera pagando cumplidamente y el denominado “asesor” hiciera la labor de mantenimiento, consistente en visitas o llamadas para promocionar los nuevos productos, sobre los cambios actuales, y mientras el usuario estuviera satisfecho y permaneciera vinculado con su contrato de prestación de servicios con Coomeva Medicina Prepagada, se le hacía **“un reconocimiento de un porcentaje de lo que paga el usuarios a titulo de comisión, la cual duraría**

mientras el usuarios permanezca en contrato con Coomeva Medicina Prepagada. Cuando el usuario dejara de pagar o se retira del servicio por cualquier razón igualmente al asesor Coomeva Medicina Prepagada le informaba y no se le siguen pagando las comisiones por ese usuario”.

En los contratos convenidos entre las partes desde el año 2001 al 2003 se deja cabalmente determinada la obligación de las convocantes de acatar y cumplir las normas, procedimiento, políticas y estrategias comerciales del servicio que ofrecen las convocadas, que hayan sido divulgados mediante circulares o comunicaciones oficiales. No en vano se determina como objeto de los contratos convenidos entre las partes que las convocantes asumen la obligación de promover y servir de intermediario entre terceras personas y las demandadas con el fin de colocarlos en contacto para que celebren un contrato de prestación de servicios de Medicina Prepagada y de Informar a los futuros contratantes y/o usuarios de todos los requisitos y obligaciones existente al momento de tramitar su ingreso al sistema de salud ofrecido por las convocadas, circunstancias que ratifican el hecho que las labores de promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es, a Conquistar, Ampliar o Reconquistar Un Mercado en beneficio de los demandados.

Adicionalmente tenemos que entre las partes en litigio se convino y se cumplió el acuerdo por el cual las convocantes recibían de manos de las convocados una remuneración determinada por realizar la labor de mantenimiento y renovación del contrato suscrito por el usuario, conducta esta que, como ya se dijo era una obligación adicional a la principal de vincular personas al servicio de salud.

Sin duda entonces la señora **Doris Lozano De Sánchez** y la sociedad **Servimed Ltda.**, recibieron de las convocadas **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada**, el encargo específico de “promover o explotar negocios” del empresario“, en un determinado ramo, cuya realización se llevó a cabo en una zona específica del territorio nacional.

Sin duda este requisito del contrato de agencia mercantil se da en la relación existente entre los convocantes y los convocados.

4. Por esencia esa actividad requiere de una Estabilidad. Por ello se ha dicho que el agente comercial desarrolla una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia existente de por sí, que por lo general se hace manifiesta por medio de la apertura de oficinas u otros locales para las comunicaciones necesarias con la casa para la cual obra y con la clientela respectiva. Como se ha dicho, la función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos.

En el caso que nos ocupa, y como ya lo hemos recalcado anteriormente, tenemos que la señora **Doris Lozano De Sánchez** y la sociedad **Servimed Ltda.**, través de sus propias empresas, de una manera estable e independiente, realizaban otras funciones posteriores a la convención del servicio de salud, tales como promover los negocios de los convocados, en una zona específica del territorio Nacional, y por un termino de tiempo amplio, con una organización empresarial desarrollada para cumplir con esa labor, con independencia administrativa y funcional, con la apertura de oficina y atención a clientes, lo que determina sin ninguna duda que este último elemento del contrato de agencia Mercantil alegado igualmente se da.

Para profundizar en nuestro estudio, citemos a nuestra Corte Suprema de Justicia quien en sentencia de diciembre 2 de 1980 (Proceso Ordinario de Cacharrería Mundial contra Jorge Iván Merizalde y Gilberto Merizalde), atinadamente, estableció las que consideró características de la agencia comercial, cuando indico:

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

como ha dicho Joaquín Garrigues, el agente comercial, en sentido estricto, “es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo”.

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

Con los medios probatorios recaudados en esta plenaria, está claro para el Tribunal que la labor desarrollada por la señora **Doris Lozano De Sánchez** y la sociedad **Servimed Ltda.**, no se limitaba a poner en contacto a las personas interesadas en adquirir el servicio de salud que ofrecían las convocadas **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva** y **Coomeva Medicina Prepagada S.A.**, sino, como ya se ha dicho, su gestión fue más específica, realizado por la propia empresa desarrollada por las convocantes para cumplir con ese fin, labor que hacían de un manera estable e independiente, centrado básicamente en promover los negocios de las convocadas, actuando ante el público como representante o agente de éste (de hecho, las oficinas de las convocantes eran a menudo consideradas por los usuarios como una dependencia de las convocadas), llegando incluso a tramitar solicitudes de exámenes y procedimientos especializados, recaudando dinero de los usuarios, como ha sido demostrado suficientemente en el proceso.

La Corte coincide con la mayoría de los autores, en que una función esencial del contrato de agencia es la actividad del agente tendiente a **conquistar, ampliar, conservar mercados para el empresario y no para sí**.

Ahora bien, dada la naturaleza de la relación contractual inmanente en la agencia comercial, el legislador regula algunos asuntos, por razones de orden público. En efecto, se señala en primer término que este contrato, cuando se ejecuta en el territorio nacional queda sujeto a la ley colombiana, aunque se pacte lo contrario (Art. 1328, C. de Co.). Ello significa, entonces, que para determinar la ley aplicable al contrato, el legislador prescinde por completo del lugar de su celebración y de la

nacionalidad de las partes contratantes. Pero también, como norma protectora de la estabilidad de la relación contractual, el Código de Comercio establece que la agencia puede terminar por las mismas causas que ponen fin al contrato de mandato y, además, estatuye cuáles son las "justas causas" que permiten su terminación unilateral, ya por el empresario, ya por el agente (Arts. 1324 y 1325 del Código de Comercio). Por lo mismo, a la extinción del contrato tendrá derecho el agente al pago de una suma equivalente "a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor" indemnización ésta a la cual se agregará la suma de dinero que se fije "como retribución" a la actividad del agente "para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato", norma que se extiende en su aplicación a los casos en que el contrato termina por justa causa imputable al empresario, todo conforme a lo preceptuado por el artículo 1324 del Código de Comercio.

En el caso que nos ocupa, ya hemos podido establecer que los contratos celebrados entre la parte convocante y convocada tenían como característica la duración y permanencia en el tiempo, fueron celebrados entre empresarios mercantiles, con el objeto de la promoción de un determinado ramo y dentro de una zona del territorio Nacional.

Otra cosa es que en los contratos, buscando darle la apariencia de Contrato de corretaje, no se estableciera una zona específica del territorio nacional, pero encontramos que está probado en el proceso que la parte convocada solo desarrolló su labor durante el tiempo de vinculación con la convocada el Valle del Cauca con preponderancia en la ciudad de Cali, además de que el código que le fue asignado para formar parte de la fuerza de ventas empezaba con las letra AA, asignado precisamente a la ciudad de Cali.

En su misión de interpretación de los contratos, además de las reglas de la hermenéutica jurídica y el principio de la buena fé, el Juzgador debe sustentarse en las disposiciones legales y sobre todo en la verdadera intención de los contratantes.

Por ello el legislador en los artículos 1621 y 1622 del Código Civil, dispuso:

Art. 1621: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

Art. 1622: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

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

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

En sentencia de 28 de Febrero de 2005, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, la Corte Suprema de Justicia expuso al respecto lo siguiente: “A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el código civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código Civil, sino que debe igualmente atender los principios -o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse **de buena fe**, y en consecuencia, obligarán no solo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a **todo lo que corresponde a su naturaleza**, según la ley, la costumbre o la equidad natural o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aun la exenta de culpa ...”

Por las anteriores razones, para este Tribunal, entre la señora **Doris Lozano De Sánchez** y la sociedad **Servimed Ltda.**, por una parte y **Cooperativa Medica Del Valle y de los Profesionales De Colombia – Coomeva y Coomeva Medicina Prepagada S.A.**, existió un contrato de agencia mercantil, con las consecuencias de orden legal y patrimonial que ello demanda, pues como lo dice acertadamente el Doctor Miguel Moreno Jaramillo, citado por el Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar en su obra Contratos Mercantiles- contratos típicos 12ª edición, página 270, “**en derecho las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son o quieren que sean**”.

Procede entonces el Tribunal a estudiar las excepciones propuestas, en el siguiente orden:

1.- Excepción de **NORMA ESPECIAL EXCLUYENTE DE LA AGENCIA MERCANTIL.**

Como fundamento normativo de la excepción propuesta, el apoderado especial de la sociedad COOMEVA MEDICINA PREPAGADA invoca lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 720 de 1994, que prohíbe a las entidades promotoras de salud “establecer otros mecanismos de remuneración a los promotores, diferentes a la comisión pactada”.

Es importante anotar que esta prohibición está dirigida a limitar el principio de la autonomía contractual de las entidades promotoras de salud, en cuanto a prohibir que establezcan mecanismos de remuneración distintos a las comisiones pactadas, pero sin que pueda entenderse o predicarse válidamente que tal prohibición se extiende también a una remuneración establecida, ya no por las partes, sino por la ley, en beneficio de los agentes mercantiles a la terminación del contrato de agencia mercantil.

Para el Tribunal es claro también que una cosa es la remuneración pactada con los intermediarios que promuevan la afiliación de personas al servicio de medicina prepagada y otra muy distinta las indemnizaciones a que tengan derecho tales promotores.

Según el diccionario de la lengua española la palabra remuneración significa “el pago de un trabajo, de un servicio, etc.”.

En tanto que la palabra indemnización significa “la compensación por un daño recibido”

Así las cosas, mal haría el Tribunal en entender que tales palabras son sinónimas, cuando su significado es diametralmente opuesto.

Este somero análisis del alcance de la norma citada, es suficiente para declarar **NO** probada la excepción propuesta.

2.- Excepción de **LA INTERMEDIACIÓN EN MEDICINA PREPAGADA, AL IGUAL QUE LA AGENCIA DE SEGUROS, NO ES UNA AGENCIA MERCANTIL.**

Es importante señalar que no le asiste la razón al apoderado especial de la sociedad COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, cuando al proponer su medio de defensa, que reitera en su alegato de conclusión, manifiesta que no es posible que exista entre las partes un contrato de Agencia Mercantil, al encontrar una similitud o “afinidad incuestionable” entre el contrato de seguros y la seguridad médica prepagada, para concluir que si al contrato de seguros no le son aplicables las normas de la Agencia Mercantil del Código de Comercio, tampoco le son aplicables a las empresas de Medicina Prepagada

No comparte el Tribunal esta apreciación, porque ante la ausencia de una norma específica que prohíba realizar las gestiones de promoción y venta de los servicios de salud a través de la figura de la Agencia Mercantil, no se pueden aplicar disposiciones que regulen otras figuras del derecho mercantil por analogía, especialmente tratándose de prohibiciones, como lo pretende el memorialista.

Lo anterior por cuanto en el estado de derecho, ni las sanciones ni las prohibiciones son aplicables por analogía, mas aun cuando está establecido que a los particulares les está permitido todo aquello que no esté legalmente prohibido.

El Magistrado Jaime Araujo Rentarías, en un salvamento de voto a lo dispuesto en el auto 264A de 2007, mediante el cual la Corte Constitucional resuelve un conflicto de competencia para decidir cual es el Juez que debe conocer de una acción de tutela, expresó: “En el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que en principio son limitadas. Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. Al particular le basta con saber que su conducta no está prohibida para que pueda realizarla; en cambio, al gobernante no le sirve este mismo argumento. Para que él pueda actuar, necesita mostrar la norma que lo faculta para ello; si no existe esa norma, le está prohibida esa actuación. En el Estado de derecho las competencias de la autoridad son siempre expresas,

explícitas, no existiendo para ello competencias implícitas, ni por analogía y este principio es válido no sólo para el más humilde de los funcionarios, si no también para la Corte Constitucional”.

Por las razones expuestas este Tribunal de Arbitramento declara NO probada la presente excepción.

3.- Excepción de **INEXISTENCIA DE AGENCIA MERCANTIL POR INEXISTENCIA DE MANDATO.**

En sentencia No. SC 016 de 2008, la Corte Suprema de Justicia define los elementos principales del contrato de agencia comercial, en los siguientes términos: “El Capítulo V, del Título XIII del Código de Comercio, en sus artículos 1317 y siguientes, regula la agencia mercantil, definiéndola en la forma descrita anteriormente, surgiendo de su reglamentación como elementos principales las siguientes: a) constituye una forma de intermediación; b) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; c) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario; d) requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor; e) el agente tiene derecho a una remuneración.”

La jurisprudencia citada no señala como elemento sustancial para la existencia del contrato de Agencia Mercantil el mandato, tal y como lo interpreta el excepcionante.

Ello debido a que el artículo 1262 del Código de Comercio define el mandato comercial en los siguientes términos. “El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro”.

A su vez el artículo 1263 de la misma codificación establece: “El mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento.

En mandato general no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial”.

Las normas citadas no limitan la figura del mandato comercial a la celebración de negocios jurídicos, como lo afirma el libelista, sino al acto de ejecutar o celebrar actos de comercio por cuenta de otra persona, como tampoco lo hace el código civil que se refiere a la celebración de negocios a nombre de otra persona.

Está demostrado en el plenario que las convocantes, durante el tiempo que estuvieron contractualmente vinculadas con las convocadas, su actividad mercantil la desplegaron continua y permanentemente a celebrar o ejecutar actos de comercio por cuenta de estas.

Por lo tanto la excepción formulada está llamada a NO prosperar.

4. Excepción de PRETENSIONES EDIFICADAS SOBRE UNA CONTINUIDAD INEXISTENTE.

En el plenario hay un caudal probatorio que contradice las afirmaciones del excepcionante, pues se evidencia que la realidad contractual fue continua y permanente, ya fuera a través de la señora Doris Lozano de Sánchez actuando como intermediaria en su calidad de persona natural, o bien cediendo su posición contractual a una persona jurídica creada por ella a instancias de las convocadas, denominada Servimed Ltda.

Si se revisan los contratos suscritos entre las convocadas y las convocantes encontramos que las partes, el objeto de los contratos, su naturaleza, y demás elementos estructuradores de los mismos no sufrieron cambios sustanciales que permitan vislumbrar una verdadera solución de continuidad.

Para este Tribunal dicha relación fue continua y permanente, como se demuestra, entre otros, con el testimonio del señor Mario Andrés Rivera Mazuera, quien de manera clara exacta y responsiva, responde la siguiente pregunta así:

PREGUNTA EL DR. HÉCTOR FALLA URBINA.

Ahora me voy a referir específicamente a la fuerza de ventas, y me refiero a la Sra. Doris Lozano de Sánchez, que tenía un contrato como persona natural con la Cooperativa y después pasó a tener un contrato persona natural con COOMEVA MEDICINA PREPAGADA y después se transformó en la sociedad, esa cartera de clientes, es decir, todos esos clientes que habían sido traídos a la Cooperativa y a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA por la Sra. Doris Lozano de Sánchez, ¿fueron traspasados, en las mismas condiciones, su cartera ya decidió?, cuando se suscribe el mismo contrato con la misma sociedad, ¿se traspasa toda la cartera de clientes que ella traía?

SR. MARIO ANDRÉS RIVERA MAZUERA.

Sí, a ella y a los 450 asesores, a todo el mundo.

A su vez la Señora Doris Lozano de Sánchez al responder el interrogatorio de parte decretado de manera oficiosa por parte del Tribunal, responde a una de las preguntas de la siguiente manera:

PREGUNTA EL TRIBUNAL:

Sírvase indicarle a este Tribunal si durante todo el tiempo que duro la relación suya con Coomeva Medicina Prepagada y Coomeva Cooperativa vendió o hizo gestiones de venta de otros productos distintos a los suministrados por dicha entidad, en el caso afirmativo me deberá indicar si esa venta de otros productos lo hizo con autorización de ellos o fue una actuación simplemente de mera liberalidad de su parte.

SRA. DORIS LOZANO DE SANCHEZ.

Jamás en la vida vendí algo que no se llamara Coomeva, yo dormía, sudaba, soñaba y respiraba Coomeva, por eso el día que la señora Sandra Tribin que llegó de nueva jefe nos mandaba a vender de todo lo que quisiéramos, zapatos y todo, porque nosotros no éramos exclusivos de Coomeva ese es el gran dolor y cuando comenzó nuestro gran problema de los asesores sobre todo los antiguos que estábamos comprometidos, como le digo respirábamos Coomeva, en la vida se me ocurrió ir a vender algo que no, tanto que a mi oficina si entraba una

vendedora de zapatos o de algo, ni eso se le tenía permitido que no entrara ni gente a ofrecer nada, allí no se respiraba y sudaba sino Coomeva, papelería de Coomeva y nada más.

Por otra parte los contratos arrimados al expediente demuestran una solida relación contractual constante y permanente entre las partes.

El testigo **BALMER ALBERTO MAYA LOPERA**, Director Nacional de Asesoría Jurídica de Coomeva Medicina Prepagada y del sector salud del grupo empresarial COOMEVA, en Coomeva Medicina Prepagada, a la pregunta efectuada por el Tribunal si en la relación contractual de Servimed con Coomeva Medicina Prepagada y también con doña Doris Lozano de Sánchez, hubo alguna vez solución de continuidad en las labores que desarrollaba Servimed para Medicina Prepagada, respondió.

“Lo que yo conozco del 2000 que fue y que pues doña Doris de Sánchez ahora en el 2000, como cada año se firmaba un contrato nuevo, no había solución de continuidad”.

Por otra parte los contratos arrimados al expediente demuestran una solida relación contractual constante y permanente entre las partes.

Estas razones son más que suficientes para declarar NO probada la excepción propuesta.

5. Excepción de PRESCRIPCION.

La Prescripción en su acepción más amplia se encuentra definida en el artículo 2512 del Código Civil, que a la letra señala:

"La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales."

Esta definición conlleva dos conceptos, a saber:

- 1) Como modos de adquirir los derechos a través del transcurso del tiempo, figura conocida como usucapión o prescripción adquisitiva.

2) Como medio de extinguir las acciones que dan derecho para hacer efectiva las obligaciones que no han sido ejecutadas, por el simple hecho de no haber sido ejercitadas dentro de cierto tiempo, conocida como prescripción extintiva.

En materia del contrato de agencia mercantil tenemos que el Artículo 1329 del Código de Comercio señala que las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años. Por lo que cualquier expectativa indemnizatoria o de cesantía comercial de los contratos concluidos válidamente hace mas de cinco años contados desde la fecha de presentación de la demanda estarían prescritas.

Se encuentra debidamente probado, con la prueba documental obrante a folio 072 al 079 del cuaderno No. 2, que el contrato suscrito entre DORIS LOZANO y la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva", se celebró el día primero (1º) del mes diciembre del año mil novecientos noventa y tres (1993), y cedido a Coomeva Medicina Prepagada S.A., por lo que a la fecha de haber impetrado el libelo demandatorio, así se haya notificado dentro del año siguiente a su presentación el auto admisorio, para lograr la interrupción de la prescripción, lo cual no se realizó, esta ya había operado frente a la Cooperativa Medica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva", teniendo en cuenta, además, de que no hay prueba en el expediente de su interrupción de manera natural (art 2539 del C.C.), motivo por el cual así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

El Tribunal se abstiene de estudiar la excepción de prescripción propuesta por COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, toda vez que las pretensiones relacionadas con comisiones dejadas de pagar por esta entidad, o mal liquidadas, no están llamadas a prosperar.

6. Excepción de TERMINACIÓN DE CONTRATO POR CAUSA NO IMPUTABLE AL CONVOCADO.

Está probado en el expediente que la terminación unilateral del contrato, tuvo origen en la voluntad de la parte convocante, por "el incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo en especial las de omitir deliberadamente la entrega de la información pertinente para la generación de la pre-factura (aplicativo de

comisiones) y el consecuente no pago de las comisiones por la labor ejecutada por Servimed” (folio 068 del cuaderno 10 del Expediente).

También está probado en el expediente que la decisión unilateral de terminación del contrato de intermediación de Servimed Ltda., con las convocadas, se debió en gran medida a la pérdida del colectivo de EPSA por dicha entidad, tal como lo afirmó la señora Doris Lozano de Sánchez en su interrogatorio de parte, cuando dijo: “hacíamos reuniones en EPSA con los directivos de EPSA y los directivos de Coomeva y se llegaba al común acuerdo y año tras año mientras yo lo lleve en mis manos digámoslo así estuve por 11 años hasta que me lo quitaron así porque si pues, entonces y ahí como le digo comenzó el maltrato el atropello por decirlo así, no se nos respetaba para nada, me ofrecieron de pronto por ahí una comisioncita disque de un 2% la cual nunca me la pagaron todo se quedo en papeles entonces pues, por eso ya yo resolví pasar mi carta y conversarlo con mis hijos, tengo mis hijos profesionales y muy capacitados y todo pues, veíamos que yo si tenía derecho a una ¿cómo se dice? Recompensa en mi trabajo que fue honesto y entregado a Coomeva por 24 años casi para 25 años, entonces por eso fue que se inicio esto”.

Al revisar las principales obligaciones para las partes contratantes, encontramos que estas consistían: 1) para Coomeva Medicina Prepagada el pago de las comisiones, efecto para el cual esta entidad debía remitir una prefactura, a fin de que el Contratista pudiera elaborar la correspondiente factura, la cual debía pagarse: “A) las ventas que se generan del primero (1) al quince (15) del respectivo mes, serán canceladas al CONTRATISTA O CORREDOR(A) el 30 del mismo mes. B) las ventas que se generan del dieciséis (16) al treinta (30) del respectivo mes, serán canceladas al CONTRATISTA O CORREDOR(A) el día quince (15) del mes siguiente”. (CLAUSUAL QUINTA DEL CONTRATO). 2) Para Servimed Ltda: “poner en contacto con COOMEVA M.P., a personas que puedan estar interesadas en contratar con COOMEVA M.P., en los diferentes planes y programas de salud establecidas por COOMEVA M.P”., y por supuesto cumplir con las metas de ventas impuestas contractualmente por Coomeva Medicina Prepagada.

Obra en el expediente la copia de un correo electrónico dirigido el día 21 de Junio de 2007 a las 2.24 P.M., por la Señora Doris Lozano de Sánchez al Dr. José Gerardo Albán entonces Gerente Regional y posteriormente Director Médico del Sector Salud de Coomeva Medicina Prepagada, en la que le indica que “con mucha paciencia he esperado que se me paguen las comisiones que me

corresponden por el trabajo realizado durante el mes de Abril y lo que corresponde con la retroactividad de los meses de enero a Abril. (folio 120 del cuaderno 2).

Mediante comunicación No. G.R.S. 297, del día 24 de Agosto de 2007, dirigida por Coomeva Medicina Prepagada, el Gerente General (E) de esa entidad le solicita a Servimed Ltda., enviar la cuenta de cobro para el pago de las comisiones parciales autorizadas por Coomeva del colectivo EPSA, equivalente al 2% del valor de la comisión generada hasta el mes de Diciembre de 2007 y del 1% hasta el mes de Diciembre de 2008. (folio 124 del cuaderno No. 2)

A folio 65 del cuaderno No. 10 del expediente encontramos una comunicación de fecha 23 de Agosto de 2007 dirigida por la sociedad SERVIMED LTDA a COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, en la que indica que no ha facturado como Coomeva lo pide por cuanto dicha entidad no “ha hecho entrega de la información pertinente para facturar”.

El testigo Jhon Freddy Cáceres Zamorano, aporta una serie de documentos entre los que destacamos un correo interno de la Dra. Neyla Cárdenas Hernández jefe operativo regional de Coomeva Medicina Prepagada, de fecha 04 de Mayo de 2007, en la que indica, entre otras cosas: “4. Una vez se actualice la tarifa y Epsa pague, se debe proceder a: - la aplicación del pago: - la liquidación de la comisión de Doña Doris y – el cambio de asesor...”

“8- a Doña Doris se le pagará, de Mayo a Diciembre de 2007, el 2% de lo recaudado.” (folio 155 del cuaderno 9).

Encontramos también un correo interno de la Sra. Paola Andrea Tovar García dirigido a Jhon Freddy Cáceres, con copia a la Señora Neyla Cárdenas Hernández, de fecha 04 de Mayo de 2007, en la que indica, entre otras cosas: “6. a Doña Doris de Sánchez la R. de Cali le realizarán una orden de pago (manual) del 2% de las comisiones por el valor que pague el colectivo por anticipado (Junio-Dic/07)” (folio 156 del cuaderno 9).

No hay constancia en el expediente de que mes a mes la entidad convocada hubiere enviado a la entidad convocante la prefactura respectiva, o la orden de pago manual para establecer el valor de ese porcentaje, a fin de que esta entidad pudiera generar la correspondiente factura.

Obra en cambio en el expediente una comunicación del 10 de Octubre de 2007 dirigida por Servimed Ltda., a la Dra. Piedad Cecilia Pineda, Gerente General de Coomeva Medicina Prepagada, indicándole que a esa fecha no se le han “cancelado las comisiones correspondientes al negocio de EPSA, ni las totales ni las parciales ofrecidas por Coomeva”. (subrayas fuera de texto)

Adicionalmente encontramos en el plenario la copia de una comunicación dirigida el día 10 de Agosto de 2007 por la sociedad Servimed Ltda., al Dr. Jairo Arango Arbelaez, Gerente General (E) de Coomeva Medicina Prepagada, indicándole el incumplimiento de Coomeva M.P., en la elaboración oportuna de los contratos de las sociedades UFINET, SOLUZIONA Y NORCONTROL, que debían haber sido remitidos desde el mes de Mayo de ese año, sin que hasta la fecha de la comunicación hubieren sido remitidos. (folio 64 cuaderno No. 10)

Está establecido en el proceso, tanto documental como testimonialmente, que la labor de cierre de las negociaciones, la que incluía la elaboración de los contratos, no estaba a cargo del contratista sino de la entidad contratante, cuyos efectos se extendían, por supuesto, a la renovación de los mismos.

Encontramos entonces que una sucesión de incumplimientos contractuales por parte de la contratante, se constituyeron, en criterio de este Tribunal, en motivo suficiente para que la convocante Servimed Ltda., diera por terminado unilateralmente el contrato de intermediación suscrito con Coomeva Medicina Prepagada S.A., con justa causa, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2ª literales a) y b) del artículo 1325 de Código de Comercio.

Por lo expuesto la presente excepción se declara NO probada.

Al declarar no probada esta excepción el Tribunal procederá a condenar a la parte convocada al pago de la indemnización a la que hace referencia el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, para lo cual tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó, elementos ampliamente reconocidos por Coomeva M.P., a favor de Doris Lozano de Sánchez y Servimed Ltda., durante su extensa relación contractual, al punto de otorgarle varias veces, en la mas alta categoría de los intermediarios, el título de campeona nacional de ventas. Esta labor, varias veces reconocida, se repite, ayudó al posicionamiento local de la marca Coomeva, por encima de otras marcas relacionadas con el servicio de medicina prepagada.

Así lo corrobora en su declaración el Señor **MARIO ANDRÉS RIVERA MAZUERA** Gerente Nacional de mercadeo y ventas de Medicina Prepagada en el año 95 en la COOPERATIVA y a partir del 98 en COOMEVA M.P. S.A. Entre el año 2001 y el 2005 ejerció el cargo de Director Nacional de mercadeo y ventas de COOMEVA EPS y MEDICINA PREPAGADA S.A.

Expresa: “Sí claro, nosotros teníamos una figura mediante la cual, dependiendo de la experticia, la experiencia, la ciudad en donde se desempeñara el asesor, pues tenía una serie de metas, [...] **Sí, era categoría, la mejor, que era Master, Doña Doris era la mejor vendedora de Cali, y pues tal vez una de las dos o tres primeras en todo el país, era de las que más producía en el negocio.**”

La indemnización referida, por su denominación y características está llamada a reparar los daños sufridos por el agente, la ley para fijar su cuantía, no se remite a la concreción del daño sufrido por el agente, sino a la estimación de sus negocios con el empresario, lo cual supone, que la indemnización también cumple una función compensatoria.

Podemos afirmar entonces, que en el régimen legal colombiano la indemnización por terminación del contrato parece tener una finalidad redundante respecto de la prestación especial consagrada en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, mientras que esta última prestación, siendo claramente compensatoria, se determina de una manera que no refleja cabalmente su intención.

Atendiendo entonces las razones de hecho y de derecho consignadas en el presente laudo, procede entonces este tribunal a efectuar la liquidación de la prestación y la indemnización consignadas en los incisos primero y segundo del artículo 1324 de nuestro ordenamiento Mercantil, para lo cual se tomara en cuenta los valores consignados en la prueba pericial rituada en el presente asunto, y en la que intervino como perito contador el Dr. **Carlos Arturo Vargas Sierra**, experticia que en la pertinente, los Árbitros aprecian su firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos en los términos del artículo 241 del C.P.C., por lo cual se determina: En cuanto a la denominada cesantía comercial derivada del contrato de agencia Mercantil que aquí se ha reconocido, este tribunal, tomando como soporte el dictamen pericial citado, concluye que en los últimos 3 años de vigencia del referido contrato (2.005, 2006 y 2007), la convocante **Servimed Ltda.**, recibió la

suma de \$731'967.590.00 como comisiones de parte de **Coomeva Medicina Prepagada S.A.**, por lo cual, el promedio que resulta de dichos pagos es la suma de \$243'989.197.00, lo que arroja la suma de \$20'332.433.00 como una doceava parte del referido promedio de las comisiones, regalías o utilidades recibidas por la convocante en los tres últimos años. Siendo entonces que la relación contractual habida entre **Servimed Ltda.**, y **Coomeva Medicina Prepagada S.A.**, tuvo una vigencia de trece (13) años, once (11) meses quince (15) días, el valor de esta prestación es la suma de **Doscientos Ochenta y Tres Millones Ochocientos Seis mil Ochocientos Ochenta y Cuatro pesos Mcte (\$283'806.884.00)**, cantidad que se indexará de acuerdo con el IPC certificado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Ahora bien, adentrándonos a la indemnización equitativa de que trata el inciso segundo del artículo 1324, este Tribunal para la fijación de este rubro por la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, tal como se ha declarado en este laudo, tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que **Servimed Ltda.**, adelantó durante en desarrollo del contrato de agencia mercantil a favor del citado convocado, por los trece (13) años, once (11) meses quince (15) días ya citados.

Para esta labor, este tribunal resalta, el concepto de "*indemnización equitativa*" para lo cual se tendrá en cuenta igualmente la prueba pericial allegada a autos realizada por el contador el Dr. **Carlos Arturo Vargas Sierra**, sin que ello quiera decir que dicho auxiliar de la justicia haya determinado dicho valor, en apego a el fallo de la Corte Constitucional.- Sala Plena, en el Expediente D-6363 - Sentencia C-990/06, en la que intervino como Magistrado ponente: Dr. **Álvaro Tafur Galvis**, quien declaró **inexequibles** las expresiones "*fijada por peritos*" que hacen parte del inciso segundo del artículo 1324 del Decreto 410 de 1971 "*Por el cual se expide el Código de Comercio*".

Siendo así, y como quiera que la ley sustancial ni procesal le impone a los Árbitros metodología específica para la liquidación de esta indemnización, procederá este tribunal a referirse al devenir contractual que ya se ha analizado, que como consta en autos nos resalta una gran labor de la convocante durante todo el tiempo que duró la relación contractual, su participación en las ventas globales de la convocada, los premios y reconocimientos recibidos por el desempeño sin igual de **Servimed Ltda.**, el cual esta cabalmente demostrado en el presente proceso, no solo con pruebas documentales sino con declaraciones de varios testigos e

incluso por confesión de los representantes legales de las entidades convocadas, lo que nos da como resultado una verdadera extensión de la labor del agente, con la importancia reconocida de un sin número de oportunidades y con un volumen de negocios en beneficio del convocado **Coomeva Medicina Prepagada**.

Así las cosas, este Tribunal, liquida como una indemnización equitativa, en la suma de **Novecientos noventa y cinco millones, noventa y ocho mil novecientos cincuenta y ocho (\$995.098.958.00)** que corresponden al cincuenta por ciento de las comisiones pagadas a la convocante por la convocada en los trece (13) años, once (11) meses quince (15) días en que duro la relación comercial ya tantas veces referida, valor que estará a cargo de **Coomeva Medicina Prepagada** y a favor de **Servimed Ltda.**, y así se declarará en la parte resolutive.

7. Excepción de PRETENSIÓN CONTRARIA AL ACTO PROPIO.

La **doctrina de los actos propios** que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del "*venire contra factum proprium non valet*", proclama el [principio general de derecho](#) que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de un [derecho subjetivo](#), de una [facultad](#), o de una [potestad](#), como consecuencia del [principio de buena fe](#) y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente.

En su argumentación para sustentar la presente excepción, la parte convocada, a través de su procurador judicial, manifiesta que “los convocantes quieren devolverse contra sus propios actos, contra una conducta reiterada de liquidaciones en las que ellos fueron protagonistas, presentando con posterioridad una pretensión inadmisibles”

Para el Tribunal es claro que la reclamación por errores, que posiblemente se hayan cometido en las liquidaciones en perjuicio de la convocante, no tienen posibilidad de prosperar en esta instancia judicial, debido a que está suficientemente probado en el proceso que Coomeva Medicina Prepagada atendía todas y cada una de las reclamaciones que Servimed Ltda., le hacía en este sentido, hasta llegar a un punto de esclarecimiento suficiente en el corte de cuentas.

Lo anterior se demuestra a través de los testimonios de funcionarios que se ocupaban directamente de ello al interior de las sociedades demandadas. (...)”

En su testimonio la Señora Alejandra Varona, persona encargada de liquidar las comisiones de los corredores en Coomeva, Medicina Prepagada, visible a folios 317 a 329 del cuaderno N° 10, indica de manera clara y responsiva que las convocantes participaban activamente en la liquidación de las comisiones y pedían correcciones las cuales se hacían y se procedía al pago, el cual era recibido de conformidad. Es más las correcciones se hacían en compañía del contador, en este caso en concreto de la contadora de las convocantes. (subraya el Tribunal)

Testimonio avalado por el testigo de la parte Convocante Señor John Freddy Cáceres Zamorano, visible a folios N° 121 a 135 del cuaderno N° 9, el cual asevera que “cuando el asesor reclamaba y si la reclamación era válida se hacía un ajuste y se le pagaba lo que tenía derecho.”

En Sentencia T-295 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero, el concepto de respeto del acto propio se definió de la siguiente manera: "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. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. 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."

Igualmente, en Sentencia T-083 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño, señaló que: "El principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor."

Desde el punto de vista doctrinario se ha definido la teoría de los actos propios de la siguiente manera: “La doctrina de los actos propios debe entenderse como la norma que usualmente se expresa diciendo que “nadie puede ir contra sus propios actos”; dicha regla ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada.

Así pues, los derechos subjetivos deben ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. Los derechos subjetivos han de ejercitarse siempre de buena fe más allá de la buena fe, el acto de ejercicio es inadmisibile y se torna antijurídico”. (PABLO SERRA ARVIZU. ARASA & DE MIQUEL ADVOCATS ASSOCIATS.)

No es por lo tanto válido, en concepto de este Tribunal, que las convocantes pretendan el reconocimiento de unas comisiones supuestamente mal liquidadas, cuando está demostrado en el plenario que las Convocadas atendieron todas y cada una de sus reclamaciones, con su participación y con la participación de su propia contadora.

Estas apreciaciones son suficientes para **declarar probada**, en la parte resolutive, la presente excepción.

8. EXCEPCIÓN DENOMINADA GENÉRICA O INNOMINADA:

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, se alega a favor de la demandada cualquier hecho que constituya una excepción, la que deberá ser reconocida de oficio, de encontrarse probada, por el Tribunal en el laudo.

En este orden de ideas, no puede El Tribunal pasar por alto las pretensiones de la convocante para que se condene a la parte convocada al pago de las comisiones del 8% por el colectivo EPSA, para dejar en claro que su pretendido derecho, en este sentido, no tiene ningún soporte de tipo legal ni contractual.

DESDE EL PUNTO DE VISTA CONTRACTUAL:

El literal B, cláusula 4 del contrato celebrado entre las partes, dispone que las comisiones se pagarán “siempre que dicho contratante, no haya decidido, por escrito, que el contrato de servicios de Medicina Prepagada con Coomeva

Medicina Prepagada, o su renovación sean administrados por otro corredor o por Coomeva Medicina Prepagada directamente.”

La Empresa EPSA no solo decidió por escrito que su contrato de servicios de Medicina Prepagada con Coomeva Medicina Prepagada fuera administrado por otro intermediario, después de adelantar un proceso interno de selección de la empresa que le prestaría los servicios de asesoría en los términos de referencia del contrato de servicios de salud, (comunicación de fecha 17 de Abril de 2007 obrante a folio 125 del cuaderno No.2 del expediente) sino que manifestó su inconformidad ante Coomeva Medicina Prepagada por la posición tomada por esta entidad de tratar de imponerles como “corredor” a la señora Doris Lozano de Sánchez. (folios 108 y 109 de cuaderno No.10 del expediente).

No puede por lo tanto atribuírsele a Coomeva Medicina Prepagada ninguna responsabilidad contractual en la decisión que EPSA S.A., tomó para cambiar de corredor. Todo lo contrario, Coomeva M.P., trató de influir, sin ningún éxito, para que EPSA S.A., continuara utilizando los servicios de asesoría por parte de la sociedad Servimed Ltda.

DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL:

Dice el artículo 1322 del Código de Comercio “El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”.

Ya vimos que “el negocio” no se continuó llevando a cabo con la empresa Servimed Ltda., por causas NO imputables a Coomeva Medicina Prepagada. Tampoco se dio el caso de que lo continuara ejecutando directamente Coomeva Medicina Prepagada.

Menos aun puede predicarse un convenio entre Coomeva M.P. y la empresa EPSA S.A., para que no se concluyera el negocio, cuando lo que la primera quería era que lo continuara administrando la señora Doris Lozano de Sánchez representante legal de Servimed Ltda.

Es claro entonces para este Tribunal, que la pretensión del pago de la comisión del 8% por el negocio del colectivo de EPSA S.A, no tiene soporte legal ni contractual alguno, y así se declarará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

EN CUANTO A LAS DEMAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA.

Por haber prosperado a favor de LA COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA – COOMEVA, la excepción de prescripción, el Tribunal se abstiene de estudiar y analizar las demás excepciones propuestas por esta entidad, al tenor de lo preceptuado en el inciso 2 del artículo 306 del C. de P.C.

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

Para entrar a estudiar y analizar las pretensiones subsidiarias de la demanda, indicaremos a modo de resumen, de acuerdo con el acerbo probatorio allegado al proceso y las conclusiones contenidas en la parte motiva de este laudo, cuales pretensiones principales prosperan y cuales no.

- a) Declarativas: prosperan las pretensiones primera, segunda, séptima y octava principal. No prosperan las demás.
- b) De condena: prosperan las pretensiones Novena y Décima Segunda. No prosperan las demás.

PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIRIAS:

Declarativas:

Décimo tercera: Por tratarse de una pretensión cuyo objetivo central es similar al perseguido en la primera pretensión principal, el Tribunal encuentra que no es necesario pronunciarse al respecto, por haber prosperado esta última.

Décimo Cuarta: Por haber prosperado la segunda pretensión principal, el Tribunal encuentra igualmente que no es necesario pronunciarse en relación a esta pretensión.

Décimo Quinta, Décimo Sexta y Décimo Séptima: Los argumentos que el Tribunal tuvo en cuenta para negar las pretensiones tercera y cuarta declarativas principales, sirven de sustento para negar la prosperidad de estas tres pretensiones.

De condena:

Décimo Octava: Por haber prosperado la novena pretensión principal de condena, el Tribunal encuentra que no es necesario pronunciarse en relación a esta pretensión.

Décimo Novena: Por no haber prosperado la Décimo séptima pretensión primera subsidiaria declarativa, tampoco prospera esta pretensión.

SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIRIAS:

Declarativas:

Vigésima: Por tratarse de una pretensión cuyo objetivo central es similar al perseguido en la primera pretensión principal, el Tribunal encuentra que no es necesario pronunciarse al respecto, por haber prosperado esta última.

Vigésimo Primera: Por haber prosperado la segunda pretensión principal, el Tribunal encuentra, igualmente, que no es necesario pronunciarse en relación a esta pretensión.

Vigésimo segunda y Vigésimo Tercera: Los argumentos que el Tribunal tuvo en cuenta para negar las pretensiones tercera y cuarta declarativas principales, sirven de sustento para negar la prosperidad de estas dos pretensiones.

Vigésimo Cuarta y Vigésimo Quinta: Los mismos argumentos que el Tribunal tuvo en cuenta para negar las pretensiones quinta y sexta declarativas principales, sirven de sustento para negar la prosperidad de estas dos pretensiones.

Vigésimo Sexta y Vigésimo Séptima: Por haber prosperado las pretensiones Séptima y Octava declarativas principales, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse en relación a estas dos pretensiones.

De condena:

Vigésimo Octava: Por haber prosperado la novena pretensión principal de condena, el Tribunal encuentra que no es necesario pronunciarse en relación a esta pretensión.

Vigésimo Novena: Por no haber prosperado la Vigésimo Tercera pretensión segunda subsidiaria declarativa, tampoco prospera esta pretensión.

Trigésima: Por no haber prosperado la Vigésimo Quinta pretensión segunda subsidiaria declarativa, tampoco prospera esta pretensión.

Trigésima Primera: Por haber prosperado la pretensión Décima Segunda de condena principal, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse en relación a estas dos pretensiones.

PRETENSIONES COMUNES A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS:

Trigésimo Tercera: En relación a esta pretensión, el Tribunal se pronunciará en la parte resolutive del laudo arbitral.

Trigésima Segunda: En relación a esta pretensión, el Tribunal se pronunciará en la parte resolutive del laudo arbitral.

EN CUANTO A LA PRUEBA PERICIAL Y SUS OBJECIONES:

Procede entonces el Tribunal a continuación a pronunciarse expresamente sobre la prueba pericial, en forma clara y breve:

Fue pedida por la parte convocante, en la formulación de la demanda en el acápite de PRUEBA PERICIAL.

Ampliación a la solicitud de la prueba pericial:

La Prueba pericial en sistemas fue pedida por la parte convocante, y la prueba pericial contable fue solicitada por la parte convocante y Coomeva Medicina Prepagada S.A. convocada, en el acápite de PRUEBA PERICIAL.

El nombramiento del perito recayó en el ingeniero de sistemas LUIS EDUARDO PEREZ FERNANDEZ, y al Contador Público CARLOS ARTURO VARGAS SIERRA, a quienes se les comunicó la designación, según oficio de secretaría, de fecha 19 de enero de 2010, quienes notificados de la misma la aceptaron y fueron posesionados el 25 de enero de 2010, de conformidad al Acta No. 10, de igual fecha.

Las hojas de vida de los peritos: Ingeniero FRANCISCO J. DÍAZ G, y del Contador CARLOS ARTURO VARGAS SIERRA, que acreditan su calidad profesional y experiencia, no fueron cuestionadas por ninguna de las partes, por lo que se estimaron como Profesionales idóneos.

En el acto de la posesión, el Tribunal instruyó a las partes que tenían el deber de colaborar con los peritos designados, suministrándole datos y documentos, y permitiéndole el acceso a los lugares que ellos estimaran necesarios para el desempeño de su cargo, al tenor de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 242 del C. P. C.

Práctica del dictamen: Fueron practicados por los peritos y enviados los informes dentro del término concedido.

El perito Ingeniero de Sistemas solicitó a la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia Coomeva y Coomeva medicina Prepagada S.A., la información de todos los contratos suscritos entre las partes desde el 1º de diciembre de 1993 hasta el 1 de diciembre de 2007, todos los “otro si”, anexos y novedades existentes. Detalle de liquidación de comisiones de usuarios convenidos y no convenidos, forma de identificación de los usuarios convenidos y no convenidos, archivos de Excel con los datos comprendidos desde el 1 de diciembre de 2007 relacionados con SERVIMED SERVICIOS MEDICOS LIMITADA Y/O DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ Y/O ASESOR AA-71 Y COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA COOMEVA Y/O COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, las bases de datos de la población de usuarios activos y retirados, novedades, contratos y vigencias, bases de datos de la liquidación de comisiones, bases de datos de la cartera de la población activa, archivos de Excel con los datos comprendidos desde el 1 de diciembre de 1993 hasta el 1 de diciembre de 2007, con la base de todos los usuarios afiliados a COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE

PROFESIONALES DE COLOMBIA COOMEVA Y/O COOMEVA MEDICINA PREPAGADA, mapeo de datos de la estructura de archivos de Excel, y los certificados de Cámara de Comercio de la COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA COOMEVA Y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA.

El perito CONTABLE, solicitó una vez realizada la Inspección judicial, el día quince (15) de febrero de dos mil diez (2010), tal y como obra a folio N° XXX, que se le presentara de manera mensualizada en medio físico y medio magnético los libros auxiliares por terceros y por cuenta contable realizados a nombre de DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ y de SERVIMED LIMITADA, copias de las consignaciones o transferencias electrónicas realizadas a nombre de DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ y de SERVIMED LIMITADA, copia de los contratos de EPSA y COOMEVA.

Se destaca lo indicado por el perito contable en su experticia, que tiene relación con la excepción del acto propio:

“COOMEVA emitía comprobante donde se relacionaba los registros contables utilizados bajo unos conceptos (comisión bruta, retención en la fuente, impuesto de timbre, IVA, etc.), en dicho comprobante se detallan los valores devengados y los valores deducidos al asesor, para al final arrojar el saldo a pagar. Para el caso en mención a la empresa SERVIMED LTDA., acto seguido a la liquidación, y al comprobante realizado por COOMEVA, la entidad SERVIMED LTDA., generaba factura de venta.

(...) En visita realizada a la señora DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ, y de acuerdo a la solicitud verbal planteada en que se expongan los libros contables y estados financieros de la señora Doris Lozano de Sánchez, esta información no fue entregada toda vez que la señora Lozano, no cuenta con la información solicitada, Solo (sic) fueron expuestos 03 libros, que contienen soportes contables como, Facturas (sic) de ventas, Consignaciones (sic), liquidaciones de ingresos.”

El Tribunal, por Auto No. 30 del 30 de abril de 2010, que consta en el Acta No. 20, de igual fecha, que obra a folios 410 y 411 del cuaderno No. 4, ordenó al perito en Sistemas, y por Auto No. 32 del 21 de mayo de 2010 ordeno al perito contador

proceder a ampliar, aclarar y complementar su dictamen, según lo pedido, y le concedió un término de cinco (5) días hábiles para ello.

Complementación, adición y aclaración del dictamen pericial.

Los peritos procedieron a ello, según escritos presentados el 5 de abril de 2010, el perito en Sistemas (folio 01 a 029) del cuaderno No. 16 y el 26 de abril de 2010 el perito contador (folio 001 a 027) del cuaderno No. 15.

Los apoderados de las partes convocadas formularon objeción por “error grave” a los mencionados dictámenes, en escrito presentado el día 17 de junio de 2010.

Sustentan los apoderados las objeciones en escritos que obran a folio 001 al 010 del cuaderno No. 17.

Trámite de la solicitud por “error grave” al primer dictamen, pericial, y decreto de pruebas:

El Tribunal, por Auto No. 35 del 29 de junio de 2010, el cual obra en el Acta No. 23, cuaderno No. 4, ordenó darle trámite a la solicitud de objeción del dictamen pericial, por “error grave”.

De la solicitud de objeción se dio traslado en la forma prevenida en el artículo 108 C.P.C.

Igualmente, el Tribunal decretó como prueba la práctica de un nuevo dictamen pericial, designó al afecto al señor perito FRANCISCO JAVIER DIAZ GIL Ingeniero de Sistemas, quien no fue vetado ni cuestionado, y le concedió el término de diez (10) días hábiles para rendir su experticia.

Oposición del apoderado de la parte convocante a la objeción por error grave contra el dictamen pericial antes rendido:

El apoderado de la parte convocante, en escrito presentado en tiempo oportuno, el día 24 de junio de 2010, obrante a folios 011 al 032 del cuaderno No. 17, se opuso a la objeción por error grave, formulada por la parte convocada.

Decreto de la prueba pericial para la demostración del error grave de la primera peritación:

El dictamen rendido por el Ingeniero FRANCISCO JAVIER DIAZ GIL, como perito en sistemas para resolver las objeciones por error grave, en escrito presentado oportunamente, el día 14 de julio de 2010, visible a folios 042 al 073 del cuaderno No. 17, rindió su experticia, sin concluir por lo que el Tribunal le solicitó sin concluir su experticia, por lo que el Tribunal le solicito procediera a concluir el dictamen explicando las razones de su experticia, y para ello presento las complementaciones y aclaraciones que obran a folios 124 a 138 del cuaderno No. 17.

Examen jurídico de la objeción por error grave, y de la prueba pericial decretada y practicada para establecer si existe o no error grave en dicho dictamen:

Sea lo primero dejar advertido que nuestro estatuto procesal civil, si bien establece en el Numeral 4 del artículo 238 del C.P.C., los parámetros para la contradicción del dictamen pericial, propiamente no define en qué consiste el “error grave” y, que, por lo tanto, ha correspondido a la jurisprudencia y a la doctrina encargarse de ello.

Así las cosas, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia dentro del expediente No. 8978 de 29 de julio de 1997, magistrado ponente José Roberto Herrera Vergara, claramente señaló los casos o situaciones específicas en que dicho error se generaba, y concluyó que tales eventos se producían cuando: 1). Había cambio del objeto examinado, o 2) Cambio de sus atributos, o 3). Cuando se hacía un estudio distinto al encomendado, a cuyo efecto expresó lo siguiente: “...Como quiera que el dictamen pericial no presenta bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponga la repetición de la prueba, pues no existe en aquél cambio del objeto fin de examen, o de sus atributos, ni estudio distinto del encomendado, ha de concluirse que no se evidencian conceptos errados que hayan llevado a falsas conclusiones configurativas del error grave aducido por el objetante”.

Con base en la doctrina antes indicada y vigente, el Tribunal acepta la objeción grave al primer dictamen presentado por el Ingeniero de Sistemas FRANCISCO

JAVIER DÍAZ, toda vez que coincide con la expuesto por la Sala de Casación Civil, que ha indicado que, “Si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben de poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia la repetición de la diligencia con intervención de otro perito.

Lo que caracteriza, pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que pueden presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven....” (G.J. LXII números 2053/2054 Pág. 265).

Queda, entonces claro a la luz de la doctrina expuesta por el máximo órgano de administración de justicia, que los errores que imputan los apoderados de la parte convocada, al dictamen rendido por el perito Francisco Javier Díaz, y que califican como “graves” son de la estirpe de los que esa entidad califica como “graves” y tienen la virtualidad de haber podido afectar las conclusiones a que llegaría el Tribunal con relación a la calificación de los hechos del proceso.

Es más, el Tribunal tiene la convicción que esos errores conducen inexorablemente a que el dictamen inicial adolezca de “error grave” porque los que se configuran son de aquellos que según la jurisprudencia llevan al juzgador a conclusiones equivocadas, como ha sido reiterado en materia arbitral, en el laudo proferido el 28 de febrero de 2003, en la Cámara de Comercio de Bogotá, y cuyo tenor, en la parte pertinente dice:

“...porque los que tienen este carácter son aquellos que llevan al juzgador a conclusiones equivocadas, que no pueden ser salvadas o advertidas, de manera que las conclusiones del dictamen pericial que realmente atan al juez y a las partes son aquellas que van a servir de apoyo para el dictado del fallo, son las que deben ser tenidas en consideración”.

Decisión del tribunal acerca del valor y mérito probatorio del dictamen pericial rendido por el Ingeniero Francisco Javier Díaz, y su aclaración, complementación y adición:

Examinada la prueba pericial decretada y practicada en el proceso, para concluir acerca de si la primera experticia adolecía de “error grave”, el Tribunal estima que los motivos determinantes de tal error señalados por los apoderados de la parte convocada se configuran, por lo cual debe proceder a decidir sobre el valor y mérito probatorio que le asigna al dictamen pericial.

Es evidente, a la luz de lo dispuesto por el artículo 241 C.P.C., que el valor probatorio de la peritación depende de la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, que el Tribunal no encuentra establecidos o acreditados, con base en los siguientes juicios de razón:

En cuanto a la fundamentación de la prueba pericial inicial, el Tribunal encuentra que el perito no cumplió en forma adecuada lo solicitado, desde que partió de un método y sistema de apreciación que por no ser el más idóneo, condujo a resultados cuestionables que luego fueron verificados a la luz del segundo dictamen pericial.

Así las cosas, el Tribunal no atribuye al primer dictamen pericial valor probatorio, por estar, a su juicio, demostrado el error grave, de modo que no podrá servirse de la segunda experticia para los pronunciamientos resolutivos pertinentes, ya que, a su criterio, no podría satisfacer las condiciones de firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos, toda vez que parte de una base errada como lo fue el primer peritaje

CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS DE LA PRUEBA, EN SU CONJUNTO (art. 187 C.P.C.).

Con base en la estimación probatoria hecha por el Tribunal y que antecede, éste llega a concluir que, a través de los diferentes medios aportados y recibidos en el proceso, de forma oportuna, y que fueron debidamente controvertidos, se demostró la existencia del contrato de Agencia Comercial que reclamaba la parte convocante, como se colige del examen individual de cada medio probatorio que obra en el expediente, pero a su vez el Tribunal enfatiza que debe prosperar la excepción planteada por el Convocado COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A., y que denominó “Pretensión contraria al acto propio”, lo que amerita la no prosperidad de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio.

EXAMEN FINAL DE PROCEDIBILIDAD:

Estima el Tribunal que antes de proceder a resolver o laudar la situación de hecho debatida, con base en los medios de prueba que se decretaron y practicaron en el proceso, y que han sido objeto de valoración y sana crítica, es pertinente dejar establecida la actividad de los árbitros en el trámite del mismo, a efecto de concluir si en alguna etapa del proceso surtido, y aun en la expedición de este proveído laudatorio, pudo haber incurrido en algún vicio o defecto de los que la ley y la jurisprudencia reconocen como “in procedendo”, con capacidad para incidir en la eficacia del Laudo que se pretende dictar, y que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 eleva a la categoría de causales para la formulación del recurso extraordinario de Anulación contra la decisión que se profiera para definir la controversia. A este tenor el tribunal precisa:

1). En cuanto se refiere a la nulidad del pacto arbitral, constitutiva de la primera causal, ninguna de las partes procesales ha desconocido su existencia ni su validez, esto es, su capacidad para producir eficazmente efectos jurídicos [1741 y 1742 C.C.], y antes bien se han acogido a él para tramitar y decidir por la vía arbitral los conflictos sustanciales que se aducen en la solicitud de convocatoria y que se controvierten en la contestación a la misma;

2). En lo que concierne a la posibilidad de una indebida integración del Tribunal, que configura la causal segunda [664 inc. 1, Num. 3, y 665 inc. 3, C.P.C.], quienes lo integran derivan su designación de la selección hecha a través del trámite verbal y sumario efectuado por el Señor Juez Noveno Civil del Circuito de Cali, tal y como consta en el cuaderno N° XX del expediente.

3). Respecto a la causal fundada en no decretar pruebas pedidas o no practicar las decretadas, tercera causal de anulación, para el tribunal resulta claro que atendiendo a la solicitud de decreto de pruebas de la convocante y de la convocada, se decretaron y practicaron, en su debida oportunidad y con sujeción a las normas procesales, las pruebas pedidas. Ahora bien, si alguna prueba pedida no hubiere sido hipotéticamente decretada, o alguna decretada no hubiese sido practicada, el defecto habría desaparecido al no insistir oportunamente la parte interesada en ella en su decreto o práctica, y por cuanto adicionalmente la decisión que tomará de fondo el tribunal en este Laudo, encuentra abundante material probatorio para ser proferida;

- 4). El Tribunal se encuentra en la oportunidad legal de dictar el laudo, como quiera que aún no ha vencido el término de duración del arbitraje, según el recuento del tiempo que antes se hizo constar en él (causal cuarta);
- 5). El fallo se profiere en derecho, porque legalmente así debe hacerse en el presente caso, al no haber señalado las partes expresamente que fuera en equidad o técnico (causal quinta);
- 6). El Tribunal tiene la percepción que las decisiones que se toman en el laudo guardan consonancia, unas con otras, resultando congruentes, de modo que ninguna de ellas hace imposible la operancia simultánea de las restantes, de suerte que no se impide el efecto natural que el fallo debe producir, que es lo que preserva la causal sexta [Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Casación de 6 de marzo de 1969, tomo CXXIX, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, y Sentencia de 10 de mayo de 1994, exp. 8004];
- 7). El laudo está, a juicio del Tribunal, en armonía con las pretensiones de la parte convocante, y con la defensa ejercida por la convocada, de modo que no se resuelve fuera de lo pedido ni más allá de lo solicitado, de modo que se estima que no se configura la causal séptima, y, antes bien, se mantiene la congruencia; y
- 8). El laudo abarca todas las peticiones formuladas, de manera que se decide sobre todos los extremos de la litis (causal octava).

V. LIQUIDACIÓN DE COSTAS

1. Costas:

Honorarios árbitros: \$23.500.000 c/u. x 3	\$ 70.500.000
IVA honorarios árbitros: \$3.760.000 c/u x 3	\$ 11.280.000
Honorarios Secretaria	\$ 11.750.000
Gastos de administración (Cámara de Comercio)	\$ 11.750.000
IVA gastos de admón. (Cámara de Comercio)	\$ 1.880.000
Gastos de Funcionamiento	<u>\$ 15.000.000</u>
SUBTOTAL (1):	\$ 122.160.000

Cada parte sufragó el 50% o sea la suma de \$61.080.000.

2. Honorarios y Gastos de Peritos:

Sufragados por la parte Convocante Doris Lozano de Sánchez:

Honorarios perito Contador	\$	5.000.000
Honorarios perito Ing. Sistemas Pérez-	\$	3.500.000
Honorarios perito Ing. Sistemas Díaz	\$	875.000
Gastos experticia Ing. Sistemas Díaz	\$	<u>200.000</u>
SUBTOTAL (2)	\$	9.575.000

Sufragados por la parte Convocante Servimed Ltda:

Honorarios perito Contador	\$	5.000.000
Honorarios perito Ing. Sistemas Pérez-	\$	3.500.000
Honorarios perito Ing. Sistemas Díaz	\$	875.000
Gastos experticia Ing. Sistemas Díaz	\$	<u>200.000</u>
SUBTOTAL (3)	\$	9.575.000

Sufragados por la parte Convocada Coomeva Medicina Prepagada S.A.:

Honorarios perito Contador	\$	10.000.000
Honorarios perito Ing. Sistemas Díaz	\$	875.000
Gastos experticia Ing. Sistemas Díaz	\$	<u>200.000</u>
SUBTOTAL (4)	\$	11.075.000

Sufragados por la parte Convocada Coomeva Cooperativa:

Honorarios perito Ing. Sistemas Díaz	\$	875.000
Gastos experticia Ing. Sistemas Díaz	\$	<u>200.000</u>
SUBTOTAL (5)	\$	1.075.000

TOTAL COSTAS (SUBTOTAL 1 + 2 + 3 +4+5) **\$ 153.480.000**

3. Agencias en Derecho:

Agencias en derecho a favor de Cooperativa Medica y de Profesionales de Colombia – Coomeva y a cargo de Doris Lozano de Sánchez: \$ 15.785.190.00

Agencias en derecho a favor de Servimed Ltda. y a Cargo de Coomeva Medicina Prepagada S.A. \$ 63.140.762.00

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

A cargo de Doris Lozano de Sánchez y a favor de la Cooperativa Medica y de Profesionales de Colombia – Coomeva:

Costas	\$31.615.000.00
Agencias en Derecho	<u>\$15.785.190.00</u>
TOTAL	\$47.400.190.00

A cargo de Coomeva Medicina Prepagada S.A. y a favor de Servimed Ltda.:

Costas:	\$32.092.000,00
Agencias en Derecho:	<u>\$63.140.762.00</u>
TOTAL	\$95.232.762.00

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **DORIS LOZANO DE SANCHES Y SERVIMED LTDA.**, como parte convocante y **LA COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA-COOMEVA y COOMEVA MEDICINA PREPAGADA**, como parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que los contratos celebrados entre **DORIS LOZANO DE SÁNCHEZ** y la **COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA-COOMEVA**, llamados de corretaje, era en realidad contrato de Agencia Comercial.

SEGUNDO: DECLARAR que los contratos celebrados entre **SERVIMED SERVICIOS MEDICOS LTDA.** y **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA**, llamados de corretaje, era en realidad contrato de Agencia Comercial.

TERCERO: Como consecuencia de tal declaración, condenase a la sociedad **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** a pagar a favor de la sociedad **SERVIMED SERVICIOS MEDICOS LTDA**, la prestación a que hace referencia el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, por valor de Trescientos

Veinte Millones Trescientos Treinta y Tres Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos Moneda Legal (\$320.333.583.00) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo arbitral.

La cifra anterior corresponde a la indexación de la suma de \$283.806.884.00, calculada como lo indica en numeral 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, desde el 16-11-2007 fecha de terminación del contrato hasta la fecha de pronunciamiento del presente laudo.

CUARTO: Por haber prosperado la excepción denominada PRETENSIÓN CONTRARIA AL ACTO PROPIO, denieganse las pretensiones principales tercera y cuarta de la demanda.

QUINTO: **DENEGAR** las pretensiones QUINTA Y SEXTA DE LA DEMANDA, por los motivos expuestos en la declaratoria oficiosa de la excepción denominada Genérica.

SEXTO: **DECLARAR** que la sociedad **SERVIMED SERVICIOS MEDICOS LTDA**, dio por terminado con justa causa imputable a **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** el contrato de agencia comercial celebrado entre las partes.

SÉPTIMO: **CONDENAR** a la sociedad **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** al pago de la indemnización consagrada en el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, estimada por este Tribunal en la suma de Novecientos Noventa y Cinco Millones Noventa y Ocho Mil Novecientos Noventa y Ocho Pesos Moneda Legal (\$995.098.958.00) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo arbitral.

OCTAVO: **DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la **COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA –COOMEVA**.

NOVENO: **DECLARAR** probada la objeción por error grave al dictamen pericial en sistemas rendido por el ingeniero LUIS EDUARDO PEREZ F., con las consecuencias procesales y legales que ella deriva.

DECIMO: Por haber prosperado la excepción de PRESCRIPCION, CONDÉNASE a la parte Convocante **DORIS LOZANO DE SANCHEZ** a pagar a la **COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA –COOMEVA**, al pago de las costas y agencias en derecho, conforme a la liquidación efectuada en la parte considerativa, por la suma de Cuarenta y Siete Millones Cuatrocientos Mil Ciento Noventa Pesos Moneda Legal (\$47.400.190.00)

DECIMO PRIMERO: CONDÉNASE a la parte Convocada **COOMEVA MEDICINA PREPAGADA S.A.** al pago del 80% de la condena en costas y agencias en derecho, a favor de la parte convocante **SERVIMED SERVICIOS MEDICOS LTDA.**, conforme a la liquidación efectuada en la parte considerativa, por la suma de Noventa y Cinco Millones Doscientos Treinta y Dos Mil Setecientos Sesenta y Dos Pesos Moneda Legal (\$95.232.762.00)

DECIMO SEGUNDO: El Tribunal se abstiene de pronunciarse respecto a las pretensiones primeras y segundas subsidiarias por lo expresado en la parte motiva de este laudo.

DECIMO TERCERO: **EXPEDIR Y REMITIR** por Secretaría, y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, copia auténtica del presente laudo.

DECIMO CUARTO: **EXPEDIR** copia auténtica del presente laudo con destino a cada una de las partes.

DÉCIMO QUINTO: **ORDENAR** la protocolización del expediente en la Notaría Once del Círculo de Cali.

DÉCIMO SEXTO: La presente providencia queda notificada por estrados.

Notifíquese, Cópiese y Cúmplase.

Los Árbitros,

CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI
Presidente,

CARLOS ARTURO COBO GARCIA

FABIO DIAZ MESA

MARIA DEL PILAR RAMIREZ ARIZABALETA
Secretaria