

Laudo Arbitral
Preparaciones de Belleza S.A., "Prebel S.A." vs. L'Oreal
Mayo 23 de 1997

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por Preparaciones de Belleza S.A., "Prebel S.A.", y de la otra por L'Oreal.

CAPÍTULO I

Antecedentes

1. Integración del tribunal. Instalación

La sociedad Preparaciones de Belleza S.A., "Prebel S.A.", que para los efectos de este laudo se denominará Prebel, solicitó la convocatoria de un tribunal de arbitramento, por conducto de apoderado, mediante la presentación de demanda con el lleno de los requisitos formales el día 18 de octubre de 1995, ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, contra la sociedad L'Oreal, por razón de las controversias surgidas entre las partes con ocasión de los documentos suscritos entre ellas el 10 de julio de 1974 y el 1º de marzo de 1990. L'Oreal por conducto de apoderado dio contestación a la demanda y presentó excepciones de mérito. Citadas las partes para la primera audiencia de trámite, Prebel reformó su demanda de la cual el tribunal corrió traslado a L'Oreal, quien se opuso y presentó excepciones de mérito.

2. Pacto arbitral

El origen del proceso arbitral se encuentra en la cláusula XIII del documento firmado el 10 de julio de 1974 y en la cláusula novena del documento firmado el 1º de marzo de 1990, que a continuación se transcriben, en las que las partes se comprometieron a sustraer todo conflicto surgido de la relación contractual de la jurisdicción ordinaria y conferirlo a la arbitral:

"XII. **Arbitramento.** Las diferencias que surjan entre las partes en referencia a la interpretación, ejecución o terminación del presente contrato, o de cualquiera de las obligaciones o derechos a cargo o a favor de una de las partes, serán resueltas por medio de árbitros o compromisarios designados en la siguiente forma: Cada parte designará un árbitro y los dos así nombrados designarán el tercero que integrará el tribunal.

"En caso de que una de las partes no nombre el árbitro dentro de los treinta (30) días siguientes al nombramiento del primer árbitro, o en el evento de que éstos no pudieran ponerse de acuerdo en la designación del tercero dentro de los quince

(15) días siguientes al nombramiento del segundo árbitro, éste o aquél serán nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá. La decisión de los árbitros será en conciencia y podrán conciliar pretensiones opuestas”.

“**Novena. Arbitramento.** Las diferencias que surjan entre las partes y que no puedan ser resueltas por éstas, relacionadas con la celebración, ejecución, interpretación y terminación del presente contrato serán dirimidas por un tribunal de arbitramento compuesto por tres abogados colombianos, quienes fallarán en derecho y serán designados por las partes de común acuerdo. El tribunal sesionará en Bogotá. En lo dispuesto en esta cláusula se aplicarán las normas pertinentes para el arbitramento consignadas en el Código de Comercio de la República de Colombia”.

3. Trámite inicial

Durante el trámite inicial del proceso que se adelantó en el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, según lo dispuesto en el Decreto 2651 de 1991 (cuya vigencia fue prorrogada mediante la L. 192/95), ante la directora se llevó a cabo la audiencia de conciliación, en varias sesiones, la cual fracasó al no alcanzarse acuerdo alguno sobre las diferencias planteadas. Las partes acordaron designar como árbitros a los doctores Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín, quienes aceptaron los cargos y previas las citaciones de rigor instalaron el tribunal del día tres (3) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996). Durante la audiencia de instalación, fue designado como presidente del tribunal el doctor Hernando Tapias Rocha y como secretaria, la doctora María Cristina Morales de Barrios, quien aceptó el cargo y tomó posesión en forma legal. Las partes consignaron las sumas fijadas por el tribunal para honorarios y gastos del proceso y fueron citadas para la primera audiencia de trámite.

4. Trámite arbitral

El tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias a él sometidas por las partes el 17 de septiembre de 1996, mediante auto dictado en la primera audiencia de trámite (acta 4) y decretó las pruebas del proceso. El trámite se desarrolló en 27 sesiones, durante las cuales las partes rindieron declaraciones mediante sus representantes legales citados para el efecto; se recibieron catorce testimonios y se practicaron cuatro inspecciones judiciales con exhibición de documentos. Además de la prueba documental aportada en las oportunidades iniciales, se allegaron al proceso documentos enviados por diferentes entidades, conforme con los oficios librados por el tribunal a solicitud de las partes.

Fueron rendidos dos dictámenes periciales por peritos ingenieros y peritos financieros, medios probatorios sometidos a la contradicción de ley, durante la cual se objetaron por L’Oreal por error grave.

Los apoderados de común acuerdo desistieron de algunos testimonios e inspecciones judiciales, quedando finalizada la instrucción del proceso el 8 de abril

de 1997, fecha en la cual se citó a las partes para la audiencia de alegatos de conclusión. Ésta se llevó a cabo el 6 de mayo del presente año, con intervención de los señores apoderados de las partes quienes presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes de las mismas al expediente.

5. Término del proceso

Conforme con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, al no señalar las partes término para la duración del proceso, éste es de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, pero podrá prorrogarse una o varias veces, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello, sin que el total de las prórrogas exceda de seis meses.

La primera audiencia de trámite se realizó el 17 de septiembre de 1996; el término del proceso se suspendió por manifestación conjunta de los señores apoderados, debidamente facultados para ello, en varias oportunidades: De diciembre 11 de 1996 a enero 23 de 1997 acta 10 (1 mes más 9 días), de febrero 6 a marzo 5 de 1997 acta 21 (20 días), de 27 de marzo a 7 de abril de 1997 acta 24 (7 días). Se encuentra entonces el tribunal dentro del término legal para proferir el laudo.

6. Apoderados

Prebel y L'Oreal acudieron al proceso representados por apoderados judiciales cuya personería les fue reconocida desde el trámite inicial.

7. Contestación de la demanda. Oportunidad

Prebel, sociedad demandante, al descorrer el traslado de las excepciones de mérito formuladas por L'Oreal advirtió sobre la "aparente irregularidad" del poder otorgado al apoderado de la sociedad demandada, por considerar que no consta en él la presentación personal del representante legal de L'Oreal.

El tribunal al asumir competencia, mediante auto dictado durante la primera audiencia de trámite (sep. 17/96, acta 4) consideró legal el poder otorgado al apoderado de L'Oreal y oportuna la presentación de la contestación de la demanda. Por tal razón asumió competencia para "conocer y decidir en derecho... las excepciones y defensas propuestas por (L'Oreal), según los escritos de contestación" y así mismo decretó las pruebas solicitadas por L'Oreal. Esta providencia no fue recurrida por Prebel por el defecto anotado ni por ningún otro.

El 7 de noviembre de 1996, durante la audiencia del tribunal (acta 10), la secretaría informó de la presentación de un escrito suscrito por P. Castres Saint Martin, quien en su calidad de representante legal de L'Oreal ratificó todas las actuaciones procesales de sus apoderados, doctores Carlos Urrutia, Felipe Vallejo y Patric Sabatier, desde el 11 de marzo de 1996 (fecha anterior a la contestación de la demanda).

Durante las alegaciones de Prebel, su apoderado solicitó al tribunal dar aplicación

en el laudo al artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que el defecto del poder señalado al iniciar el proceso, origina la consecuencia procesal de no contestación de la demandada.

El tribunal encuentra que todo lo actuado por los mencionados apoderados, aún de faltar la formalidad indicada por Prebel, que a juicio del tribunal no existe, como lo consideró desde el principio del proceso, fue ratificado expresamente por L'Oreal, mediante la manifestación del director general de la compañía que obra a folios 307 y 308 del cuaderno del trámite del proceso, documento puesto en conocimiento de las partes durante la audiencia del 7 de noviembre de 1996 (acta 10), sin controversia alguna proveniente de Prebel.

8. Presupuestos procesales

Como quiera que están demostradas en el proceso la existencia y la debida representación de las partes, así como el hecho de haber ellas comparecido por medio de apoderados judiciales, corresponde entonces proceder a examinar y decidir de fondo, las cuestiones sometidas al tribunal, por no existir causal alguna que invalide lo actuado.

CAPÍTULO II

Controversias sometidas al tribunal

1. Pretensiones formuladas por Prebel en la demanda y su reforma

“Primera principal. Que se declare que el contrato celebrado entre las partes (Prebel - L'Oreal), al cual se refiere esta demanda, es un contrato de agencia comercial regido por las normas del Código de Comercio.

“Segunda principal. Que se declaren como ineficaces las cláusulas del contrato que autorizan la terminación por preaviso y la renuncia por parte de Prebel de la aplicación del artículo 1324 del Código de Comercio.

“Tercera principal. Que se declare que la terminación unilateral que hizo la sociedad demandada L'Oreal, mediante comunicación del 28 de junio de 1993 para que tuviera vigencia a partir del 1º de enero de 1994, respecto al contrato de agencia comercial que la ligó con la sociedad Prebel S.A., carece de justa causa de conformidad con la ley.

“Pretensiones consecuenciales. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene la sociedad demandada L'Oreal a pagar a la sociedad demandante Prebel al momento de la ejecutoria de este laudo, las pretensiones a que esta última tiene derecho así:

“Primera principal consecencial. Que se condene a L'Oreal a cancelar en favor de Prebel, la prestación que determina el artículo 1324 inciso primero del Código de Comercio equivalente a la doceava parte del promedio del beneficio obtenido por Prebel en los tres últimos años, por cada uno de los veinte años de vigencia

del contrato.

“Dicha prestación se calcula sobre el promedio de utilidad que en los tres últimos años ascendió a la suma de \$ 1.301.820.000, lo que da una suma total a pagar por los veinte años (20) de vigencia del contrato de \$ 2.169.701.000, o la cifra mayor o menor que se probare dentro del proceso.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

“**Segunda principal consecucional.** Debido a la terminación del contrato sin justa causa, ya que Prebel lo venía cumpliendo cabalmente, que se condene a L’Oreal a cancelar en favor de Prebel la indemnización equitativa como retribución a los esfuerzos del agente en acreditar la marca y la línea de productos L’Oreal, indemnización esta regulada por el artículo 1324 inciso segundo del Código de Comercio, la cual asciende teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios a la suma de dieciséis mil novecientos cinco millones de pesos (\$ 16.905.000.000) según estudio elaborado por Deloitte & Touche o la suma mayor o menor que se probare en el proceso, con base en los perjuicios relacionados en el acápite de los hechos.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

“**Pretensión subsidiaria a la segunda principal consecucional.** En el evento de que sea considerado por los señores árbitros, que el contrato se terminó con justa causa, que se condene a L’Oreal a cancelar a favor de Prebel, la indemnización de los perjuicios causados por la terminación del contrato, por lucro cesante y daño emergente, incluyendo todos los daños derivados de esta actividad mercantil, que como se especificó en la pretensión principal ascienden como mínimo a la suma de dieciséis mil novecientos cinco millones de pesos (\$ 16.905.000.000) según estudio elaborado por Deloitte & Touche o la suma mayor o menor que se probare en el proceso, con base en los perjuicios relacionados en el acápite de los hechos.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago.

“Tercera principal consecucional. Que se condene a L’Oreal al pago de las sumas relacionadas con los ítems II.3.1.7, II.3.1.8, II.3.1.10 y los costos del estudio indicado en el ítem II.3.1.11 del literal B del capítulo IV. II sobre los hechos relativos a la ejecución del contrato.

“Sumas estas que deben cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

“Pretensión primera subsidiaria de la principal. De no declararse el contrato como de agencia mercantil, de todas formas condenar a L’Oreal, a la indemnización de los perjuicios causados por la terminación unilateral del contrato, por lucro cesante y daño emergente, incluyendo todos los daños derivados del cierre de operaciones de Prebel en sus actividades comerciales relativas a los productos L’Oreal y el valor de la totalidad de sus activos patrimoniales derivados de esta actividad mercantil, que como se especificó en la pretensión principal ascienden como mínimo a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

“Pretensión segunda subsidiaria de la principal. Que se declare que la sociedad demandada abusó de su derecho, al dar por terminado unilateralmente el contrato que tenía celebrado con la sociedad demandante y que como consecuencia de ello, se le condene al pago de los perjuicios causados con esta actitud, desmedros constitutivos de daño emergente y lucro cesante que incluyen todos los daños causados por el cierre de operaciones en Prebel, de la línea de productos L’Oreal, tanto en sus actividades comerciales como el valor de sus activos patrimoniales destinados exclusivamente al manejo de esta línea. La indemnización asciende a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente

ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

“Pretensión tercera subsidiaria de la principal. Que se declare que la sociedad demandada incurrió en actos de competencia desleal de que trata el artículo 75 del Código de Comercio y en consecuencia se condene a L’Oreal, al pago de la indemnización por los perjuicios causados a Prebel como consecuencia de los actos de competencia desleal, situación esta que se configuró por cuanto con los actos de terminación unilateral del contrato vigente con Prebel y posterior apertura en el país de la sociedad Probecol S.A., dedicada a la misma actividad que venía desarrollando Prebel en el ítem de distribución, lo convierte en un competidor comerciante que produjo un daño contrario a la ley y a las buenas costumbres tal como lo describe el artículo 75 del Código de Comercio. Adicional a ello, que se le prohíba continuar en el ejercicio del comercio, sanción esta establecida por el artículo 16 del Código de Comercio.

“La sociedad demandada, celebró actos impropios orientados en este caso, a desorganizar la empresa y a obtener los secretos y el manejo de la marca, amparados en la firma de un contrato.

“Los perjuicios ascienden a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

“Pretensión cuarta subsidiaria de la principal. Que se declare que la sociedad demandada se enriqueció sin justa causa a expensas de la sociedad demandante, que sufrió el enriquecimiento consiguiente, fruto de los actos relatados en la demanda, y el esfuerzo promocional desarrollado por Prebel para acreditar los productos de la marca L’Oreal en el país. Como consecuencia de esta declaración que se condene a la sociedad demandada a indemnizar a la demandante, por el enriquecimiento y beneficio recibido por la primera a expensas de la segunda que asciende a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente

ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

“**Costas.** Que se condene en costas al demandado, para todas sus pretensiones”.

2. Excepciones de mérito formuladas por L’Oreal

L’Oreal en las contestaciones a la demanda y su reforma solicita al tribunal pronunciarse sobre las siguientes excepciones:

- Inexistencia de contrato de agencia comercial
- Inexistencia de las obligaciones pretendidas
- Terminación lícita y justa del contrato de concesión
- Buena fe y carencia de culpa de L’Oreal
- Ausencia de causa de las pretensiones indemnizatorias
- Ejercicio legítimo de sus derechos por L’Oreal y enriquecimiento justo de su parte
- Cobro de lo no debido
- Prescripción
- Cualquier otra que resulte probada en el proceso

CAPÍTULO III

Posiciones de las partes

I. De la demandante

1. Según se relata en la demanda, el 10 de julio de 1974 Prebel y L’Oreal, sociedades colombiana y francesa, en su orden, celebraron un contrato por virtud del cual la primera se comprometió a explotar en Colombia los productos de la segunda, a fabricarlos utilizando materias primas y materiales de acondicionamiento suministrados por ella, y según sus fórmulas, procedimientos secretos e instrucciones técnicas; a promocionarlos y, en fin, a distribuirlos de manera exclusiva en el territorio patrio y sin exclusividad por fuera de él, para lo cual Prebel gozaba de libertad para decidir la forma y las modalidades de comercialización de los mencionados productos.

2. L’Oreal, de su parte, concedió a Prebel la licencia exclusiva de fabricación de sus productos en Colombia y el derecho de uso de sus marcas, y se reservó el control de calidad del producto, de los acondicionamientos y de los empaques. Eran para Prebel las utilidades resultantes de la producción y comercialización de

los productos objeto del contrato, después de deducida la regalía que debía pagar a L'Oreal, la cual equivalía a un 8% del importe neto de las ventas de los productos fabricados y vendidos dentro del territorio nacional. Se acordó, así mismo, que el contrato duraría hasta 1980, con prórrogas automáticas sucesivas de dos años, si ninguna de las partes manifestaba, con una antelación de seis meses al vencimiento respectivo, su voluntad de no prorrogarlo; se estipularon, igualmente, reglas para su liquidación, y en él se dejó expresa constancia de la renuncia, por parte de Prebel, a todas las prestaciones e indemnizaciones a que pudiera tener derecho en razón de la terminación del contrato, en particular a la prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio.

3. Se procedió, entonces, al registro de las marcas de L'Oreal ante el Ministerio de Desarrollo y el contrato fue adicionado y modificado de la manera que se precisa en la demanda; se dio comienzo, también, a los trámites necesarios para su aprobación por parte del comité de regalías, trámite durante el cual fue necesario introducirle cambios para reducir el porcentaje de las regalías y eliminar las cláusulas según las cuales la publicidad correría por cuenta de la sociedad colombiana. Similares cambios se hicieron necesarios, posteriormente, para acomodarse a las exigencias de dicho comité, lo cual no impidió que Prebel continuara reconociendo a L'Oreal la contraprestación convenida inicialmente, pagándole el porcentaje no autorizado como remuneración por asistencia técnica. En 1989 —se continúa relatando en la demanda— venció el plazo para solicitar al comité de regalías la aprobación de la prórroga, circunstancia que Prebel hizo notar, con antelación al vencimiento, a Brigard & Castro (sic), firma de abogados encargada por L'Oreal para adelantar el, trámite, la cual le respondió que si Prebel tenía la intención de continuar con el contrato, debía procederse a la elaboración y firma de uno nuevo, lo que —a los ojos de la demandante— resultaba innecesario, por cuanto se había previsto la prórroga automática del contrato, en caso de no manifestarse por escrito intención contraria. A pesar de ello, y con el único propósito de facilitar, —al decir de Prebel—, la aprobación del comité de regalías, aquella envió a Brigard & Castro (sic) el documento original, a fin de que fuese transcrito en su integridad, escrito al que se introdujeron las modificaciones exigidas por dicho comité, reduciéndose las regalías a las aprobadas para la prórroga anterior. No hubo así solución de continuidad —resalta la demandante— entre la ejecución de uno y otro contrato, por cuanto la suscripción en 1990 del segundo se hizo, exclusivamente, para lograr su rápida renovación por parte del comité de regalías.

4. Así las cosas, —se continúa historiando en la demanda—, L'Oreal y Prebel firmaron, el primero de marzo de 1990, el nuevo contrato de que se ha venido hablando, en el que se conservó, básicamente, lo estipulado en el anterior, pero variando su vigencia, pues se pactó que ella iría hasta el 31 de diciembre de 1992, plazo que se renovaba, automáticamente, por períodos de dos años. Se acordaron, igualmente, reglas para la liquidación del contrato, en caso de darse por terminado. El 4 de enero de 1991 el comité de regalías aprobó el nuevo contrato, no sin que antes hubiera sido necesario prescindir de la estipulación relativa a la obligación de Prebel de invertir en publicidad el 15% del monto

presupuestado de ventas que era, según Prebel, el ítem más costoso, modificaciones que no impidieron el que Prebel siguiera cumpliendo las obligaciones que sobre el particular había asumido para con L'Oreal, como ya antes había sucedido. Las demoras, de otra parte, en las diligencias que debían adelantarse ante el comité de regalías, —no imputables a Prebel, asevera la demanda—, imposibilitaron, desde el 19 de febrero de 1981, la remesa de las regalías a través del Banco de la República.

5. El 6 de enero de 1992 —refiere la demanda— L'Oreal remitió a Prebel un documento en el que, dando por sentado que la última continuaría como agente de la primera en Colombia, proponía modificar el sistema vigente, de manera tal que no continuara fabricando los productos en su planta de Medellín, sino que ellos fueran importados por Prebel de México, como producto terminado elaborado por Cosbel S.A., encargándose la sociedad colombiana, además de su importación, como se acaba de decir, de su distribución y venta, debiendo ella asumir los costos que generaría el cambio de los registros sanitarios para importación y venta de los productos, que ya no para su fabricación y venta, propuesta que no fue aceptada por Prebel pero que mostraba, al decir de ésta, que L'Oreal buscaba, desde entonces, reorganizar los registros marcarios y sanitarios, con miras a la actividad que efectivamente comenzó a explotar en 1994, importando los productos terminados y que significó, según la demandante, la iniciación de la terminación del contrato de licencia de marca, de la manera como había sido originalmente concebido. Posteriormente, —narra la demanda—, L'Oreal propuso a Prebel celebrar un contrato de joint venture, propuesta en la que Prebel no estuvo interesada por considerarla inequitativa. Resultado de todo ello fue una nueva modificación del contrato, suscrita por las partes el 15 de junio de 1992, en el sentido de disminuir el período de renovación automática de dos a un año.

6. A partir de 1974 —relata el apoderado de la demandante— Prebel ejecutó el contrato de la manera prevista por las partes, contando con la colaboración de otras sociedades que servían de puente entre Prebel y su clientela (de ahí el nombre de compañías-puente con que se las designa en la demanda), a las cuales la demandante realizaba una primera venta para que ellas, a su turno, procedieran a venderlas directamente a detallistas y almacenes de cadena, lo cual se traducía, según la sociedad colombiana, en un mayor provecho para la sociedad francesa, por cuanto Prebel calculaba las regalías, no sólo sobre sus propias ventas netas como fabricante sino, además, sobre las ventas que efectuaba a través de las compañías-puente, circunstancia que la demandante estima relevante, al momento de determinar el perjuicio que alega le fue causado con la terminación del contrato por parte de L'Oreal.

7. La demandante se queja de que, al cabo de casi veinte años, hubiera sido obligada a entregar a la demandada el negocio, con una infraestructura de producción y una participación en el mercado que colocó, en el último año, 2.408.195 unidades vendidas, con unas ventas brutas de \$ 4.463.892.000 y unas utilidades, apreciadas en 1993, de \$ 1.839.929.000, resultado de esfuerzos

hechos para abrir el mercado nacional, habiéndole tocado iniciar sus tareas, en 1974, con ventas cero de productos de L'Oreal, ya que se trataba de un negocio virgen, a pesar de que la sociedad francesa había intentado, en dos oportunidades, ingresar con sus productos al mercado colombiano.

8. El provecho que L'Oreal derivaba del contrato —afirma la demandante— no se limitaba a las regalías que le remesaba como consecuencia de las ventas realizadas por Prebel directamente y a través de las compañías-puente sino, además, el que representaba la compra de la materia prima que Prebel estaba obligada a adquirir de ella y que era pagada a precios muy superiores a los del mercado internacional, debido a que la demandada vendía tal materia prima como una fórmula cerrada o, lo que es lo mismo, que no discriminaba sus componentes, lo que se tradujo en que el valor de fabricación de los productos por parte de Prebel tuviera un costo superior al de otros productos similares.

9. Si se acudiera al criterio de la denominación dada al contrato por las partes para deducir de ello su naturaleza, —proclama la demandante—, se estaría en presencia de un contrato de licencia de marcas, acompañado de uno de fabricación y de otro de promoción, distribución y comercialización de los productos terminados. El no llamarlo contrato de agencia y preferir el disfraz de contrato de concesión, licencia o fabricación carece de trascendencia, pues la forma como las partes lo ejecutaron muestra, sin lugar a dudas, asevera la sociedad colombiana, que se trató de un contrato de agencia comercial. De la lectura del contrato y sus modificaciones se observa, en efecto, que la referencia al uso de marcas apareja, igualmente, operaciones permanentes de promoción y venta de los productos fabricados, con lo cual se identifica el contrato de agencia mercantil del artículo 1317 y siguientes del Código de Comercio, ya que los caracteres establecidos por dicha normatividad (esto es, que los sujetos del contrato sean dos empresarios independientes, que la actividad del agente sea desarrollada, de manera independiente y permanente, en la promoción y explotación del negocio en una zona prefijada por encargo del agenciado), se cumplen a cabalidad. Adicionalmente, —explica el apoderado de Prebel—, una relación contractual puede tener una naturaleza múltiple; es decir que, además de contener una licencia de marcas y un contrato de fabricación y distribución, puede involucrar, también, un contrato de agencia mercantil. Es así como Prebel, que en cuanto a la fabricación no tenía total autonomía por cuanto dependía de las indicaciones de L'Oreal y que debía ocuparse de las formalidades relativas a higiene y salubridad pública, en aquello que hacía referencia a la contratación de personal y a la distribución, promoción y explotación del negocio, tenía total independencia, pudiendo escoger libremente su clientela así como decidir por sí y ante sí, sobre la necesidad o conveniencia de la apertura de mercados y las condiciones comerciales de venta; ya que la promoción, mercadeo y comercialización eran de su absoluta autonomía.

10. En razón de lo dicho, —reitera la demanda—, para Prebel el contrato celebrado por las partes reúne los requisitos del artículo 1317 del Código de Comercio para ser considerado como de agencia, pues ambos contratantes tienen

la calidad de comerciantes y Prebel asumió, ante la sociedad extranjera, el encargo de promover y explotar el negocio de la industria cosmetológica en todo el territorio nacional, encargo que fue asumido en forma independiente y estable por la sociedad colombiana. Según ésta, de la ley se infiere que la expiración de la vigencia del contrato no origina la terminación automática de la relación comercial de las partes, pues a su vencimiento surgieron para Prebel unos derechos que la ley tutela, por cuanto la ejecución del contrato aparejó para ella la creación de una infraestructura fabril y comercial de por sí costosa e implicó el establecimiento de un sistema de comercialización de los productos que, además de oneroso, requirió dedicación e inversión cuantiosa para su conservación, funcionamiento y progreso, por cuanto para fabricar, promocionar y comercializar en Colombia los productos de L'Oreal, Prebel hubo de hacer cuantiosas erogaciones en infraestructura y equipo, a fin de estar en posibilidad de explotar el negocio a cabalidad y obtener así el mayor rendimiento de la marca en el país, infraestructura que, al darse por terminado el contrato sin justa causa, ha quedado sin utilización propia, generando un daño emergente y un lucro cesante en perjuicio de Prebel que ha de ser indemnizado por L'Oreal. De otra parte, —afirma la demandante—, el desgaste sufrido por la Compañía en pro de acreditar la marca L'Oreal, al igual que el engranaje de comercialización de los productos, le generaron un grave perjuicio con la terminación del contrato, por lo cual al fijar la suma de la indemnización, debe tenerse en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo de la actividad, siendo de particular importancia la red de distribución creada por Prebel con oficinas en las principales ciudades del país (Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Pereira, Bucaramanga, Cúcuta, Pasto e Ibagué), y el logro de posicionar los productos de la marca en aproximadamente dos mil puntos de venta en el territorio nacional.

11. Tan cierto es, según Prebel, que el contrato celebrado con L'Oreal era de agencia comercial, que en documento del 6 de enero de 1992, del director financiero de L'Oreal, quien había suscrito el contrato de 1991 afirmó, de manera categórica, que Prebel era el agente para Colombia de L'Oreal, lo que significa que el empresario tenía plena conciencia de que el contrato celebrado aparejaba la existencia de una agencia mercantil, particularmente si se recuerda que, en el derecho francés, el concepto de agencia es bastante similar al colombiano.

12. El contrato se dio por terminado unilateralmente mediante carta del 8 de junio de 1993, remitida por la firma de abogados Brigard & Urrutia el 28 de junio siguiente, mediante la cual L'Oreal manifestó su voluntad de no prorrogar el contrato que vencía el 31 de diciembre del mismo año. Ante tal determinación, Prebel procedió a cumplir con las reglas estipuladas para la terminación, no sin antes advertir a su co contratante que presentaría reclamación formal de sus pretensiones patrimoniales por causa de tal terminación.

13. Entre las reglas acordadas por las partes para el caso de terminación del contrato, existía una según la cual L'Oreal debía adquirir parte del producto terminado, materia prima y material de empaque a precios de costo, lo que

condujo a que Prebel sufriera serios perjuicios por esta consideración, los cuales la demandante estima en \$ 153.000.000, discriminados por los descuentos otorgados, por el valor de la mercancía que se vio precisada a destruir y por el valor de los productos que fue necesario encimar para que L'Oreal adquiriera más mercancía de la que estaba dispuesta a recibir, a lo que debe agregarse el costo financiero que representó el que el precio de la mercancía sólo se recibió seis meses después de entregarla, costo que se estimó en \$ 45.000.000. Agréguese a ello —destaca Prebel— el valor del equipo y la maquinaria que se volvió inservible, pues sólo era de utilidad para la fabricación de los productos de la demandada, el cual ascendió a la suma de \$ 260.000.000. Los costos del despido del personal que Prebel se vio en la necesidad de hacer por la terminación del contrato, el cual daba empleo directo a 64 personas, significaron el desembolso de \$ 111.000.000 en indemnizaciones y \$ 64.000.000 más en el pago de nómina durante la época de desmonte del negocio, en el área de cobro. El despojo del negocio, reitera la demandante, que pasó de ésta a L'Oreal, ocasionó a la primera un perjuicio equivalente al valor de la empresa desarrollada, y el que es del orden de \$ 16.905.000.000, según cuantificación hecha por Deloitte & Touche, firma internacional especializada en tales menesteres.

14. Uno de los elementos del contrato de agencia es su permanencia, lo que implica, según el apoderado de la demandante, que no puede terminarse por el transcurso del tiempo ni mediante preaviso unilateral, ya que dentro de las causales de terminación del contrato indicadas en el artículo 1325 del Código de Comercio no se encuentra registrada tal forma de terminación, lo que no fue óbice para que L'Oreal la exigiera y Prebel tuviera que acogerse a ella por adhesión, violando así la normatividad legal colombiana en lo relativo al contrato de agencia. Al ser terminado unilateralmente el contrato en la forma dicha se hicieron claras —manifiesta Prebel—, las maniobras de L'Oreal, en la medida que su actitud denotó que, desde 1990, venía abonando y preparando el terreno para asumir directamente la distribución de sus productos en Colombia, con total exclusión de Prebel, beneficiándose así del posicionamiento en el mercado obtenido, luchado y adquirido por su agente. La propuesta de realizar un joint venture entre las dos compañías, después de que Prebel había desarrollado el negocio con éxito abriendo mercado, posicionando el producto y cumpliendo con las inversiones demandadas por L'Oreal, era una propuesta en la que no se reconocía el esfuerzo de años y que significaba un riesgo cero para la sociedad extranjera, por cuanto ésta exigía a Prebel la renuncia a cualquier pretensión relativa al good will adquirido por las marcas, al valor de los intangibles y al costo del negocio en marcha, amén de la renuncia a los derechos que se pudieran tener en ese momento por concepto del contrato de agencia. Se preveía en el joint venture, además de ello, un mecanismo de recompra, puesto que la intención de L'Oreal era tener en Colombia un negocio eficiente, independiente y administrado directamente por ella, con la perspectiva de obtener el control total a mediano plazo. Este ofrecimiento no era en verdad, según reitera la demandante, serio, por cuanto al año siguiente, el 21 de octubre, más precisamente, se constituyó la sociedad Probecol Ltda., nombre este muy similar al de Probelleza, una sociedad absorbida por Prebel, la que para L'Oreal hizo suponer la existencia de una actitud

que la ley comercial colombiana califica de competencia desleal. El joint venture que en 1992 propuso L'Oreal a Prebel, generó escozor y fue rechazado por Prebel, por cuanto puso de presente la intención de L'Oreal de dar por terminado el contrato, ya que en días anteriores (jun. 15/92) se había modificado el contrato en el sentido de reducir de dos a un año el período de renovación automática del contrato. Si Prebel sólo pudo comenzar a vender los productos tres años después de la firma del contrato en 1974, fue porque tuvo que promocionar la marca y los productos, al igual que elaborar estudios de mercadeo, antes de arriesgarse al lanzamiento de tales productos, situación por la que no tuvo que pasar L'Oreal con su nueva sociedad, pues ésta empezó a funcionar de inmediato en 1994, habiendo alcanzando ventas de \$ 3.172.672.795. Esta situación generó un enriquecimiento sin causa para L'Oreal, ya que se apropió, a expensas de la demandante, de un mercado amplio y bien posicionado en el territorio nacional y del esfuerzo promocional desarrollado por Prebel durante 20 años de ejecución del contrato, acreditando los productos L'Oreal. El enriquecimiento de L'Oreal y correlativo empobrecimiento de Prebel, equivale al valor de la empresa desarrollada por la última, que es del orden de \$ 16.905.000.000. Si bien es cierto, precisa Prebel, que la libertad de empresa es respetada en Colombia y que cualquier comerciante puede adelantar la actividad que desee de manera independiente, también es cierto que el ejercicio de la libre empresa implica comportarse conforme a los principios de lealtad, corrección y buena fe, principios que, según el dicho de la demandante, fueron flagrantemente vulnerados por L'Oreal, habida consideración de que Prebel había logrado colocar en el mercado los productos de la sociedad francesa, invirtiendo para ello grandes sumas de dinero, tiempo y personal, logrando establecer una red de ventas muy amplia en el país. Es ésta la razón por la cual Prebel considera como conducta atentatoria contra la propiedad comercial el que, después de crear la infraestructura y posicionar en el mercado los productos de L'Oreal, ésta de por terminada la relación de manera unilateral, para aprovecharse directamente el concedente, sin dar retribución alguna al agente-productor-distribuidor, que fue quien creó el posicionamiento de sus productos, la participación en el mercado y el conocimiento de los productos L'Oreal por parte del consumidor colombiano.

II. De la demandada

1. Según se narra en la contestación de la demanda, el 10 de julio de 1974 las partes celebraron un contrato que llamaron de concesión, mediante el cual L'Oreal otorgó a Prebel licencia exclusiva de fabricación y distribución de sus productos en Colombia, confiriéndole así un derecho de uso de carácter temporal para que, contando con la tecnología y asistencia técnica de L'Oreal y según sus fórmulas, procedimientos secretos e informaciones técnicas, pudiera Prebel fabricar y distribuir los productos que, resalta la demandada pertenecían, de manera exclusiva, a la demandante, y que ésta distribuía con entera libertad. Según la demandada, Prebel sabía que las marcas de fábrica de los productos estaban registradas en Colombia a nombre de L'Oreal y que el contrato no le otorgaba el derecho de obrar a nombre de esta última, En contraprestación de la concesión, valga decir de los derechos de fabricación y distribución que importaba la licencia,

Prebel se obligó a pagar a L'Oreal una regalía que se calculaba sobre el importe neto de las ventas de todos los productos fabricados y vendidos por el concesionario.

2. Los productos objeto de la distribución —enfatisa la demandada— eran fabricados por la demandante bajo su entera responsabilidad, utilizando materias primas, materiales de acondicionamiento y empaque adquiridos por ésta con sus propios recursos. Eran productos de la exclusiva propiedad de Prebel, la que los fabricaba y vendía en su nombre y por su exclusiva cuenta y riesgo y percibiendo para sí el beneficio de la explotación. Los contratos, bien llamados de concesión, explica la demandada, no eran de mandato. Se requería, desde luego, autorización de L'Oreal para la fabricación y distribución o venta de los productos, por cuanto tales productos eran fabricados por Prebel con la tecnología de L'Oreal y eran vendidos por aquélla al amparo de las marcas de esta última. El derecho de control que L'Oreal ejercía sobre la calidad de la fabricación y sobre los acondicionamientos y empaques, se explica, al decir de la demandada, por la alta tecnología que L'Oreal puso en manos de Prebel y por la gran imagen mundial de las marcas cosméticas cuyo uso temporal concedió a la última. L'Oreal tenía en ello un interés legítimo protegido por los contratos de concesión por lo que, obrando en su calidad de propietaria de las marcas concedidas en uso temporal a Prebel y de la tecnología suministrada a la misma, ejerció ella el derecho contractual de velar por la correcta aplicación y el uso apropiado de tal tecnología por parte del concesionario, control previsto en el contrato de concesión para proteger la imagen de sus acreditadas marcas.

3. Es verdad, admite la demandada, que los gastos de capacitación del personal eran por cuenta del concesionario, pero ello obedecía al hecho de que todos los costos de fabricación y comercialización de los productos fabricados por Prebel corrían por cuenta de esta última, toda vez que ellos eran de su propiedad exclusiva. L'Oreal agrega que capacitó personal de Prebel sin costo distinto a la regalía pactada y que la correspondiente instrucción, impartida en Colombia, México y París, transmitió al personal de Prebel conocimientos técnicos, know how para fabricar y distribuir productos cosméticos, know how que Prebel conserva. Los contratos, apuntala L'Oreal, facultaron a Prebel para distribuir los productos que la última fabricaba bajo licencia de la primera, pero tales productos eran de la exclusiva propiedad de Prebel y, por tanto, ésta no los distribuía a nombre de L'Oreal. Prebel —refuerza la demandada— vendía sus propios productos a su nombre, a su propio riesgo y en su exclusivo interés. Es cierto, asienta L'Oreal, que Prebel tenía derecho de distribuir productos amparados por las marcas de L'Oreal con absoluta libertad en cuanto a la forma y modalidades pero esto comprueba, en su opinión, que la demandante no actuaba dentro del marco propio de un contrato de mandato.

4. También es verdad, confirma la demandada, que la demandante se había obligado a invertir en publicidad, obligación que se explica por cuanto a mayores ventas hiciera Prebel mayor regalía para L'Oreal, cuestión que es común o interesa a cualquier titular de marcas que otro explota por virtud de contratos de

licencia exclusiva, como es el caso de los contratos celebrados por las partes. En todo caso, manifiesta la demandada, la imagen que las marcas de L'Oreal pudieran obtener en Colombia, merced al uso que de ellas hizo Prebel, es un beneficio que pertenece, exclusivamente, a L'Oreal y que, junto con la regalía, constituía una de las ventajas legítimas que el contrato le reportaba a cambio de las contraprestaciones a su cargo, cual eran las de haber concedido a Prebel, con carácter exclusivo, la explotación de sus marcas en Colombia, al igual que la de lucrarse con la venta, como único concesionario, de productos fabricados y vendidos al amparo de L'Oreal. La contraprestación para L'Oreal, concreta ésta, no consistía solamente en la regalía, sino que había otra ventaja derivada del contrato, consistente en los beneficios que a L'Oreal pudiera reportar del uso que Prebel hiciera de sus marcas en Colombia. Las contraprestaciones para Prebel, señala a su turno la sociedad francesa, no era únicamente la utilidad que aquella pudiera obtener o no con su propia explotación industrial y comercial en el país, contingencia que ella sólo corría sino, adicionalmente, la del derecho a usar las marcas y la tecnología de L'Oreal; la que significaba el derecho de obtener asistencia técnica suya para fabricar y comercializar productos cosméticos y de higiene, todo ello con carácter exclusivo y utilizando, a tal propósito, las fórmulas, los procedimientos secretos, los modos operativos y la información técnica relativa a su composición; y, en fin, la del derecho a presentar a sus clientes —a los de Prebel, especifica L'Oreal— los productos que ella fabricaba en Colombia bajo la marca del mismo nombre, ventajas, todas ellas, que el contrato garantizaba a la demandante. El concesionario efectivamente gozaba, continúa relatando ésta última, de absoluta autonomía en la distribución o venta de los productos que él fabricaba y que, en tal carácter, le pertenecían, y aspiraba, desde luego, a obtener utilidades con su venta tal cual, según afirma éste en la demanda, de hecho las obtuvo, circunstancia que, en sentir de L'Oreal, demuestra la naturaleza jurídica del convenio celebrado por las partes, cual es la de un contrato de concesión o licencia para el uso exclusivo de marcas, mediante el cual su propietario, el concedente, otorga al concesionario, a cambio de una regalía, el permiso para que, utilizando la tecnología y asistencia técnica necesaria suministrada por el primero fabrique, por su cuenta y riesgo, los productos, de donde resulta que las utilidades que generó el negocio de fabricación y distribución adelantado por Prebel fueron a parar a las arcas de ésta; lo que comprueba, al decir de la sociedad francesa, que las partes, después de entender y sopesar cabalmente las ventajas recíprocas que del contrato se derivaban para cada una de ellas, asumieron las correspondientes obligaciones que fueron consignadas, con absoluta precisión, en los documentos respectivos.

5. En punto tocante a los contratos celebrados, la demandada especifica que el celebrado el 10 de julio de 1974 tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 1980, fecha a partir de la cual se prorrogaría automáticamente por períodos de dos años, a menos que una de las partes diera aviso a la otra, por escrito y con una antelación no inferior a seis meses a la fecha de terminación respectiva, de su intención de no renovarlo; que en él se estipularon reglas para su liquidación, forma práctica de terminar y desmontar su relación de negocios y lógica consecuencia de la expiración del plazo contractual; que este contrato terminó, por

mutuo consentimiento, el 1º de marzo de 1990, fecha en la que las partes celebraron un nuevo contrato de concesión, dejando expresa constancia de que el mismo reemplazaba y sustituía, en todas sus partes, el del 10 de julio de 1974; que aquel contrato fue, a su turno, modificado, de consuno, el 15 de junio de 1992, disminuyendo el período de renovación automática de dos a un año, a condición de que una de las partes no notificara a la otra, con una antelación no inferior a seis meses, de su intención de no prorrogarlo y, en fin, que el contrato del 1º de marzo de 1990 terminó, por expiración del término convenido, por cuanto L'Oreal notificó expresamente a Prebel, en la forma y dentro del término convenido, su decisión de no prorrogarlo a partir de la expiración del período que se cumpliría el 31 de diciembre de 1993.

6. Refiriéndose a otros hechos y consideraciones consignados en la demanda, el apoderado de la demandada manifiesta que, si bien es cierto que en los contratos se dejó constancia sobre la renuncia que la sociedad colombiana hacía de los derechos que a favor del agente comercial consagra el artículo 1324 del Código de Comercio, la inserción de la cláusula correspondiente obedeció a una precaución elemental que L'Oreal, al igual que muchos otros empresarios, suelen tomar para el evento remoto, —que no es imposible, destaca la demandada—, de que los jueces califiquen erróneamente contratos de esta especie como de agencia comercial. Pero tal constancia, insiste ésta, no constituye prueba o indicio de que el contrato, celebrado por las partes hubiera sido de agencia comercial. Las sociedades francesa y colombiana denominaron correctamente el convenio a que ellas llegaron: Un contrato de concesión, que tenía por objeto una licencia para el uso de unas marcas, amén de la asistencia técnica necesaria para la fabricación y distribución de los productos; por lo que forzar la concesión en un tipo contractual distinto, —refuerza el apoderado de la demandada— es quebrantar el principio de la autonomía de la voluntad que es la base del régimen de las obligaciones y los contratos de derecho privado.

7. No es cierto en cambio, manifiesta el apoderado de la sociedad francesa, que la sociedad colombiana hubiera promocionado las marcas de L'Oreal. Prebel promocionaba sus propios productos, fabricados y distribuidos o vendidos por ella, a su propio costo, a su propio riesgo y para su propio beneficio. Ahora bien: La circunstancia de que tales productos fueran fabricados gracias a la tecnología suministrada por L'Oreal —acentúa el mismo apoderado— y vendidos por Prebel al amparo de la marca de L'Oreal, cuya licencia de uso temporal tenía Prebel con carácter exclusivo en virtud de los contratos de concesión no significa que el objeto del contrato de 1974 o del contrato de 1990, fuera la promoción de la marcas de L'Oreal en Colombia.

8. Según se refiere en la contestación de la demanda, la inferencia de Prebel, en el sentido de que L'Oreal buscaba reorganizar sus registros marcarios y sanitarios para explotarlos en 1994, trayendo al país los productos terminados, no fue tal, sino que ello fue el efecto, simplemente, de la llamada apertura económica, nuevo modelo al que interesaba adaptarse no sólo a L'Oreal sino también a Prebel. Terminado el contrato, cesaba el derecho de uso, fabricación y venta concedido a

Prebel y, habida consideración de que L'Oreal no había renunciado a explotar sus marcas y tecnología en Colombia, y no contrajo, de otra parte, la obligación de abstenerse de hacerlo, se sigue que era perfectamente lícito para la sociedad francesa explotar directamente sus marcas en nuestro país, sin necesidad de concesionario alguno, así como exportar a éste sus productos. No obstante ello, L'Oreal no quiso desentenderse de la suerte de Prebel a la terminación del contrato de concesión —narra el apoderado de la primera— sino que le propuso asociarse con ella mediante un joint venture, en el que Prebel podía beneficiarse de las utilidades que con él se produjeran según su participación en el negocio, propuesta que la demandante consideró inequitativa, a pesar de que las condiciones de la economía y de los negocios habían cambiado con la libertad de importaciones. Prebel consideraba —relata el apoderado de la demandada— que tenía el derecho de explotar la marca de L'Oreal a perpetuidad, posición infundada puesto que aquélla no era la propietaria de la marca que sólo había recibido, en relación con ella, una concesión temporal y no indefinida ni a perpetuidad.

9. En relación con la naturaleza del contrato celebrado por las partes, el apoderado de la demandada, después de advertir que lo dicho al respecto por el apoderado de la demandante no son propiamente hechos sino apreciaciones personales, expone que no es cierto que hubiera existido confusión al respecto por el hecho de que en el contrato se hubiera hecho referencia a la fabricación, distribución y venta de los productos. L'Oreal otorgó a Prebel —realza el mencionado apoderado— el uso temporal de sus marcas y le suministró asistencia técnica para que esta última fabricara y vendiera productos amparados con esta marca. Era ésta la prestación a su cargo como concedente. Tampoco es cierto que por el hecho de haber llamado a Prebel agente en la correspondencia, se hubiera transformado o alterado la naturaleza jurídica de los contratos, como lo plantea la demandante. Lo cierto es —para el apoderado de la demandada— que en los contratos las partes se denominaron a sí mismas concedente y concesionario, respectivamente. No hubo, destaca el mismo apoderado, concurrencia de contratos. El contrato de concesión o licencia de uso de marcas tiene unas características que le dan una fisonomía propia. El contrato de licencia se encuentra tipificado en la legislación colombiana. Además, los contratos de concesión o licencia de uso son tipo contractual perfectamente configurado en la costumbre nacional e internacional. Difieren ellos, de manera notable y por lo ya expuesto, de la agencia comercial; lo que lleva a dicho apoderado a rechazar la afirmación del de la demandante en el sentido de que la designación que las partes dieron a los contratos por ella celebrados, hubiera sido un disfraz para esconder lo que en verdad habían sido contratos de agencia. Una relación contractual puede tener una naturaleza múltiple —se resalta en la contestación de la demanda— pero es condición que respecto de cada uno de los contratos concurren los elementos típicos que los individualizan. No es aceptable abandonar algunas características esenciales de tipo contractual —reitera el mismo apoderado— para forzarlo dentro del contrato de agencia. Debe tenerse presente que, en este caso, los productos eran fabricados por Prebel y eran de su propiedad; la que luego los vendía en su propio nombre, a su costo y riesgo exclusivos; así como que tampoco debe olvidarse que a Prebel aprovechaban los

beneficios de la explotación. La correspondencia cruzada entre ambas empresas confirma el tipo de relación jurídica que existía entre ellas y que está conforme con la naturaleza de los contratos. En cuanto a la noción de independencia como elemento del contrato de agencia —afianza el apoderado de la sociedad francesa— ella debe ser entendida como la que corresponde a quien ejerce su propia industria sin subordinación laboral, mas ella no implica libertad absoluta para actuar, pues importa recordar que el agente es un mandatario que desarrolla un encargo, lo que de por sí significa que debe actuar dentro de los términos que le han sido señalados por el mandante. El concesionario tiene, a diferencia del último, —explica el apoderado de Prebel— un mayor grado de autonomía, derivado del hecho de que explota un negocio consistente en fabricar y comercializar determinados productos por cuenta y riesgo propios, aprovechando un derecho o licencia que le otorga el concedente de usar ciertas marcas que tienen una imagen bien establecida y el acceso a una tecnología que pone a su disposición el concedente. Por último y en relación con la cuestión atinente a la naturaleza del contrato celebrado por las partes, el apoderado de la demandada destaca que en las relaciones entre L’Oreal y Prebel nunca hubo un encargo, por cuanto Prebel fabricaba y comercializaba los productos por su cuenta y riesgo, siendo por ello equivocado el afirmar que dichos contratos deben ser tenidos como de agencia comercial.

10. No son acertados —en opinión del apoderado de la demandada— los planteamientos que el apoderado de la demandante hace en relación con la terminación del contrato, entre ellos, la aseveración de que al llegar la época estipulada al efecto no se genera la terminación automática del contrato. Ese punto de vista carece —al decir del primero— de respaldo jurídico entratándose, inclusive, del contrato de agencia comercial. El contrato de concesión del 1º de marzo de 1990 expiró por vencimiento del término convenido para su duración, por cuanto L’Oreal ejerció, de manera legítima, su opción contractual de no prorrogarlo, razón esta suficiente como para que no pueda hablarse de incumplimiento de su parte. Cosa distinta, concluye el mismo apoderado en relación con la finalización del contrato, es que la terminación injusta de un contrato pueda generar perjuicios a cargo del contratante incumplido y en favor del cumplido, mas no es causa injusta de terminación de un contrato el vencimiento del término previsto para su duración, de lo que se sigue que las razones que Prebel, menciona para configurar una indemnización de perjuicios a cargo de L’Oreal, carecen de respaldo jurídico, por cuanto esta última se limitó a ejercer una facultad contractual al no prorrogar el contrato, porque la terminación de éste fue, entonces, por justa causa y, en fin, porque dicho contrato no era de agencia comercial.

11. La sociedad francesa discrepa de la colombiana, por último, en que esta hubiera sido obligada por la primera a entregarle los productos, la infraestructura de producción ni la participación en el mercado, como se afirma en la demanda. De una parte, las marcas fueron siempre de L’Oreal y si ésta las concedió en uso temporal a Prebel, aquélla, terminada la concesión, recuperó todos sus atributos como titular de las mismas, incluso el derecho a usarlas y explotarlas en

Colombia. De otra parte, durante el tiempo de la concesión, Prebel usufructuó las marcas de L'Oreal y obtuvo utilidades. A raíz de la terminación del contrato de concesión, finalmente, Prebel no entregó ningún activo a L'Oreal: Ni la planta, ni los equipos, ni el personal, ni los contratos. L'Oreal recibió de Prebel, solamente, algunas existencias de productos, por aplicación de la respectiva cláusula de liquidación del contrato, y pagó por ellos. L'Oreal tampoco recibió una red de distribución creada por Prebel ni un negocio en marcha. Organizó, a través de Probecol, por el contrario, un nuevo negocio, cuyo objeto social de importación es sustancialmente distinto al que desarrolló Prebel, el de la fabricación, delimita su apoderado. Probecol —acentúa éste— hizo sus propios arreglos comerciales para distribuir los productos y tuvo dificultad para obtener nuevos registros sanitarios, trámite que fue dispendioso y costoso. Los resultados de Probecol durante 1994 y 1995, en fin, son prueba —asevera el apoderado de L'Oreal— de que Probecol no usurpó a Prebel su exitoso negocio, sino que instaló uno nuevo y con gran dificultad.

III. Las pretensiones

1. La **primera** de las pretensiones principales impetra del tribunal la declaratoria de que el contrato celebrado por las partes es de agencia comercial; la **segunda** declarar ineficaces las cláusulas del contrato que autorizan su terminación por preaviso y la renuncia, por parte de Prebel, de la aplicación del artículo 1324 del Código de Comercio; y la **tercera** la declaración de que la terminación unilateral que hizo L'Oreal, mediante comunicación del 28 de junio de 1993 para que tuviera vigencia a partir del 1º de enero de 1994, respecto al contrato de agencia comercial que la ligó con Prebel, carece de justa causa.

2. Las **pretensiones consecuenciales** de las tres pretensiones principales van dirigidas a que, como consecuencia de aquellas, el tribunal condene a L'Oreal apagar a Prebel las prestaciones que determina el artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio (**primera principal consecucional**), el inciso segundo del mismo artículo (**segunda principal consecucional**), ésta “ debido a la terminación del contrato sin justa causa”, y “las sumas relacionadas en los ítems II.3.1.7, II.3.1.8, II.3.1.10 y los costos del estudio indicado en el ítem II.3.1.11 del literal B del capítulo IV. II sobre los hechos relativos a la ejecución del contrato” (**tercera principal consecucional**).

3. La **pretensión subsidiaria** a la segunda de las consignadas en el numeral 2º inmediatamente anterior (segunda principal consecucional), para el evento de que el tribunal considere que el contrato se terminó con **justa causa**, pide a éste condenar a L'Oreal apagar a Prebel la indemnización de los perjuicios, por daño emergente y lucro cesante, causados por la terminación del contrato, incluyendo todos los daños derivados del cierre de operaciones de Prebel en sus actividades comerciales relativas a los productos L'Oreal y el valor de la totalidad de sus activos patrimoniales derivados de esta actividad mercantil. No se expresa en la demanda la razón jurídica para la condena impetrada, pero de la confrontación **de las pretensiones segunda principal consecucional y subsidiaria a la segunda**

principal consecucional, parece inferirse que, mientras que con la primera de ellas se persigue que el tribunal, de declarar que el contrato celebrado por las partes es de agencia comercial y que él se terminó sin **justa causa**, condene a la demandada al pago de la prestación consignada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, al paso con la segunda de las mismas se busca que, de no despachar el tribunal favorablemente la aludida pretensión sobre la naturaleza jurídica del contrato, o que, no obstante hacerlo, llegare a considerar que hubo **justa causa** para su terminación, aún si se le tiene como contrato de agencia o que, sin serlo, se le considere como otro distinto en el que **la justicia de la causa** pueda apreciarse de manera diferente.

4. Dentro de este mismo orden de ideas, según ha podido apreciarse, la prosperidad de las **pretensiones declarativas segunda y tercera** relativas, aquella, a la ineficacia de las cláusulas del contrato que autorizan su terminación por preaviso ya la renuncia, por parte de Prebel, de la aplicación del, artículo 1324 del Código de Comercio, y ésta a que carece de justa causa la terminación unilateral que del contrato hizo L'Oreal mediante comunicación del 28 de junio de 1993, parten del supuesto, también, de que el tribunal acoja favorablemente **la primera**, declarando que el contrato celebrado por las partes es de agencia comercial. Igual cosa sucede con las pretensiones **primera y segunda principales consecucionales**, apoyadas ambas sobre la hipótesis de haber las partes celebrado un contrato de agencia. Lo mismo acontece, en fin, con la **tercera de las pretensiones principales consecucionales**, pues en ella se pide que L'Oreal sea condenada al pago de ciertas sumas relacionadas con la liquidación del contrato, tales como adquisición de parte del producto terminado, materia prima y material de empaque a precios de costo (ítem II.3.1.7), inutilización de maquinaria y equipo que sólo era útil para la ejecución del contrato con L'Oreal (ítem II.3.1.8), despidos de personal a la que Prebel se vio abocado en razón de la terminación del contrato (ítem II.3.1.10) y costos del estudio realizado por Deloitte & Touche (ítem II.3.1.11), hechos todos relativos (“en cuanto a la ejecución propiamente dicha”, se dice en la demanda a la página 12) a los perjuicios que Prebel reclama por la terminación del contrato de agencia comercial.

5. La **pretensión primera subsidiaria de la principal** (de la primera principal, se entiende), para el caso “de no declararse el contrato como de agencia mercantil”, impetra del tribunal “**condenar**” a L'Oreal, “**de todas formas, ... a la indemnización de los perjuicios causados por la terminación unilateral del contrato...**”, solicitud poco clara, particularmente por el uso de la expresión **de todas formas**, pero que puede ser racionalmente interpretada acudiendo a lo que sobre el particular expresa el apoderado de la demandante a las páginas 82 y 83 de su alegato de conclusión. **Las pretensiones segunda, tercera y cuarta subsidiarias de la principal**, en fin, invocan claramente el abuso del derecho, la competencia desleal y el enriquecimiento sin causa, en su orden, como razones jurídicas de las respectivas solicitudes de declaración y condena.

CAPÍTULO IV

Contrato de agencia comercial

I. Definición legal del contrato de agencia

Según el artículo 1317 del Código de Comercio, “Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. Y termina diciendo esta norma: “La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.

II. Elementos esenciales del contrato de agencia

Aplicable por mandato expreso del artículo 822 del Código de Comercio, el artículo 1501 del Código Civil establece que “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas adicionales”.

Pues bien: ¿Cuáles son las cosas tan esenciales al contrato de agencia, que de llegar a faltar alguna el contrato no existe o se trate de un contrato diferente?

Conforme a la definición transcrita, hay contrato de agencia comercial cuando un comerciante “asume” el encargo que le confiere otro comerciante, y este encargo tiene por objeto que el comerciante que lo “recibe”, llamado genéricamente agente, en forma independiente y de manera estable promueva o explote los negocios de aquel otro comerciante, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional.

La idea dominante, explícita en la norma que la define, es la de ser la agencia comercial un encargo. y esta sola palabra evoca inmediatamente la figura del mandato.

1. La agencia es variedad del mandato comercial

El contrato de agencia se encuentra regulada en el capítulo quinto, penúltimo del título XIII del libro cuarto del Código de Comercio, relativo al mandato comercial. Los demás capítulos de este título se refieren, el primero, a las generalidades del contrato; el segundo a los derechos y obligaciones del mandatario y del mandante; el tercero a la extinción del mandato; el cuarto, dividido en varias secciones, a la comisión, y el quinto y último de este título, a la preposición.

No dice el Código de Comercio que sea la agencia comercial una variedad o

especie del contrato de mandato, como ocurre por el contrario con la comisión y la preposición —en medio de las cuales se ubica— entendida la comisión como una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio pero por cuenta ajena, y descrita la preposición como una forma de mandato cuyo objeto es la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. Sin embargo, la sola inclusión de las reglas propias de la agencia mercantil dentro del título del mandato, entre estas dos típicas expresiones del mandato comercial, muestra también como, desde el punto de vista de la ley, es la agencia en primer lugar una variedad del contrato de mandato comercial.

El tratamiento que la ley da en seguida a la figura de la agencia confirma aquella posición. No sólo en el artículo 1317 establece el Código de Comercio que la agencia es un encargo dado por un comerciante a otro para promover o explotar los negocios del primero, sino que llama, precisamente agente a la persona que recibe dicho encargo, esto es, a la que lo asume y por tanto se obliga a cumplirlo en interés del mandante. Y para no dudarle termina ese capítulo estableciendo que al agente se aplicarán, en lo pertinente, o sea en la adecuado conforme a esa cualificación, las normas de los capítulos I a IV de este título relativo al mandato comercial, esto es, todas las reglas del capítulo primero sobre las generalidades del contrato de mandato; las del capítulo segundo que regla los derechos y obligaciones del mandatario y del mandante, y las del capítulo tercero que toca con la extinción del mandato.

Es entonces por orden del propio legislador que se aplican a la agencia las reglas que rigen el mandato comercial; y no sólo las que tipifican el contrato y precisan cuáles son las obligaciones del mandatario mercantil, sino aún las que regulan la extinción del contrato.

Se reitera de este modo que así no lo haya dicho expresamente el Código de Comercio para la agencia comercial, resulta ser esta figura de la intermediación comercial una variedad del contrato de mandato.

2. Aplicación a la agencia de las reglas sobre el mandato comercial

El artículo 1262 del Código de Comercio, define el mandato diciendo que “es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra...”, y aunque en esta, definición acentúa la obligación que para el mandatario nace del acuerdo de voluntades, sin embargo deja de lado la característica de ser el encargo aceptado la fuente de aquella obligación. Con todo, no pudo menos el Código que relevar en otras disposiciones inmediatamente siguientes la necesidad de que exista un encargo aceptado como antecedente obvio de la obligación del mandatario. Así ocurre, por ejemplo, cuando reiterando la necesidad del encargo establece en el artículo 1263 que el mandato comprenderá “los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento”, y por el contrario el mandato general “ no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio o negocios

encomendados, salvo que se haya otorgado autorización, expresa o especial”; cuando, refiriéndose a la remuneración del mandatario, señala que en caso de que “el mandato termine antes de la completa ejecución del encargo”, éste tendrá derecho a un honorario que se fijará tomando en cuenta el valor de los servicios prestados y la remuneración total del mandato (art. 1254); cuando reiterando aquel concepto dispone que el mandatario “no podrá exceder los límites de su encargo” y deduce de fundamental limitación que “los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique” (art. 1266); cuando precisa, todavía como desarrollo del principio conforme al cual la obligación del mandatario es cumplir el encargo que le confiere el mandante, que “en los casos no previstos por el mandante, el mandatario deberá suspender la ejecución de su encargo, mientras consulta con aquel...” (art. 1267); cuando dispone como consecuencia del pago por el mandatario de la obligación que nace de la aceptación del encargo, que “el mandatario deberá comunicar sin demora al mandante la ejecución completa del mandato y aún las circunstancias sobrevinientes que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato (art. 1269); “cuando establece que si el mandato se confiere a varias personas, cada uno de los mandatarios podrá obrar separadamente, “pero una vez cumplido el encargo por uno de éstos, deberá el mandante noticiar del hecho a los demás...” (art. 1272); cuando, tratándose de personas que se ocupen profesionalmente en actividades comprendidas por el mandato pero que “no acepten el encargo que se les ha conferido”, les impone la obligación de tomar las medidas indicadas en el artículo 1273; en fin, “cuando el mandato se confiera por varios mandantes y para un mismo negocio”, dispone que aquellos serán solidariamente responsables para con el mandatario de las obligaciones contraídas (art. 1275).

3. Aplicación al mandato comercial de las normas civiles

Desde el exclusivo punto de vista del derecho comercial, el mandato no es pues nada distinto del encargo que un comerciante confía a otro, quien lo acepta, de celebrar o ejecutar actos de comercio por cuenta de aquél.

Pero si se atiende al importantísimo principio marcado por el artículo 822 del propio Código de Comercio —que reprodujo el artículo 182 del anterior Código de Comercio del Estado de Panamá, adoptado para Colombia por la Ley 57 de 1887— el cual impone al interprete aplicar a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, todos “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse”, a menos que la ley establezca otra cosa, aparece con mayores veras que no son las normas del mandato comercial las únicas que sirven para conocer el contenido y alcance de la regulación legal de la agencia, toda vez que con éstas coexisten las del mandato civil, en todo aquello en que no hayan sido modificadas por las que regulan los encargos que tienen por objeto la celebración o ejecución de actos de comercio.

Pues bien, la aplicación del enunciado principio confirma que el llamado mandato comercial es variante especial para actos de comercio del mandato civil. Pero

sobre todo, permite ver con mayor claridad que no puede existir mandato alguno de naturaleza mercantil que no derive de un encargo aceptado previamente por el mandatario.

Esta claridad surge desde la definición dada por el artículo 2142 del Código Civil. Esta norma, en lugar de limitarse a definir el contrato por la descripción de la obligación del mandatario, como lo hizo el Código de Comercio para el mandato comercial, enuncia todos los elementos del negocio diciendo que es “un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”, y finaliza ratificando estos elementos al decir que “la persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

De esta manera, cuando el artículo 1317 del Código de Comercio precisa lo que ha de entenderse por agencia comercial, no queda duda en cuanto a que esta modalidad del contrato de mandato se caracteriza por ser un encargo que un comerciante confiere a otro, quien por la aceptación asume la obligación correspondiente, esto es, la de promover o explotar por cuenta de aquél algunos o todos los negocios del primero.

4. Contenido del encargo

Visto que es esencial en el contrato de agencia comercial el que existe un encargo dado por el empresario y aceptado por el agente, porque sin encargo aceptado no hay contrato de mandato, ni civil ni comercial, y mucho menos contrato de agencia comercial, aspecto de la mayor importancia es ahora el de establecer cuál es el contenido de ese encargo.

Como la obligación del mandatario en toda clase de mandato es cumplir el encargo que le confía el mandante, y este encargo delimita a su vez el contenido de la obligación del mandatario, en el caso de la agencia comercial el objeto de la obligación del mandatario es promover o explotar los negocios del mandante.

5. La remuneración del agente

Al ser obvio en materia mercantil que no pueden existir actos a título gratuito, haberse establecido para el mandato comercial que el mandatario tiene derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades o en su defecto a la que se determine por medio de peritos, o sea que en todo caso el mandatario ha de ser remunerado por el mandante (art. 1264), y reiterado para la agencia comercial en el artículo 1322 que el agente tiene derecho a remuneración aunque el negocio no se lleve a efecto 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 para no concluir el negocio, perdió el contrato de mandato todo vestigio de su antigua unilateralidad para devenir contrato bilateral.

Como quiera que en virtud de esta característica el simple acuerdo de las

voluntades de mandante y mandatario crea obligaciones para cada una de las partes: Para el mandatario, cumplir el encargo aceptado; para el mandante, pagar la remuneración del mandatario, resulta ser corolario obligado de la evolución que de unilateral conduce al mandato a ser contrato bilateral el que se aplican al contrato de mandato y en especial a la agencia comercial las consecuencias correspondientes a esta especial categoría de contratos tales como la excepción de contrato no cumplido y la acción resolutoria, que no sólo son propias de todo contrato bilateral sino que en lo que toca con su mecanismo de aplicación se explican por la idea de que en tal clase de contratos las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa.

6. El objeto del encargo es promover o explotar los negocios del agenciado

Según la definición del artículo 2317 del Código de Comercio, objeto del encargo es la promoción o explotación de los negocios del mandante.

Una y otra expresión —promover o explotar— no tienen acepciones técnicas, y por ello la única manera de entenderlas es atribuirles la que corresponda conforme al sentido natural y obvio de las palabras.

De esta manera, 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.

“Promover o explotar”, pues, no son expresiones que puedan ser interpretadas como opuestas, o a las cuales se les pueda atribuir sentidos divergentes o contradictorias, sino todo lo contrario, muestran tales expresiones legales conceptos que si bien no son sinónimos, por lo menos resultan equivalentes.

Se afirma así como en la agencia comercial el propósito que anima el encargo es fundamentalmente la necesidad o el deseo de un comerciante de que otro se encargue de los negocios que él mismo no puede o no quiere explotar, y como también, el conocimiento de esta necesidad es lo que a su vez constituye el motivo que lleva al agente a asumir la obligación de promover o explotar tales negocios.

Es lo que ha confirmado uno de los doctrinantes más calificados en esta materia. En la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Medellín en mayo de 1981, y en el II seminario de derecho comercial, organizado por Confecámaras en octubre de 1982, páginas 771 y 772, decía el doctor Fernando Hinestrosa:

“...El encargo primordial del agente es promover o explotar, valga repetirlo (C.C., art. 1317). Los términos tienen cierta sinonimia, a la vez que distintas acepciones; el promover es más perspicuo: Estimular, mostrar; el explotar: Sacar utilidad, es más equívoco, sobre todo cuando se le mira como obligación del agente frente al

empresario. El agente puede representar al empresario, de estar investido de poder al efecto, por cualquiera de los medios de apoderamiento, caso en el cual se tendría una coligación, con integración o superposición de las normas sobre representación y apoderamiento, mandato. Pero, valga insistir en que lo propio del agente es promover negocios, y en ese sentido puede decirse que tiene parecido con el comisionista, sin embargo, uno y otro actúan en condiciones y con fines en últimas diferentes: El trabajo del comisionista es ocasional, en tanto que el agente tiende a una estabilidad, la continuidad, la permanencia y se encuentra en una dependencia económica mayor respecto del empresario. El deber del agente, es promover, estimular, atraer clientela y llevarla al empresario, para que éste decida sobre la celebración del negocio adelantado por el agente, es él quien tiene el poder último de decir “sí” o “no”, a menos que el agente, a más de tal, sea representante del empresario y para agilidad y mayor efectividad de su desempeño.

“13. Su obligación consiste, pues, en un *lacere*, obligación de hacer, prestar servicios, trabajo personal sólo suyo pero independiente, solo o acompañado de trabajo personal de otros también independientes (sub agentes) o dependientes, empleados, pero de él y no del empresario.

“*Facere*: promover o explotar negocios ajenos, del empresario y aquí se presenta un problema jurídico interesante, de donde se ve la dificultad, como también el riesgo de manejar derechos de distintos orígenes, con distintas tradiciones ya veces conceptos, no obstante su ancestro común, en este caso el derecho romano. El agente es un mandatario, la agencia es un mandato *sui generis*. En la definición del agente en el derecho francés que trae el citado artículo 1º del Decreto 1958, se dice que es un mandatario especial; allí está la esencia, el agente es un mandatario, la agencia es un mandato, especial, pero un mandato. ¿Pero qué se entiende por mandato? Fundamentalmente el poder, pero también la obligación de prestar determinados servicios. ¿De qué clase o, mejor, en qué clase de actos? El derecho italiano codificado, pero desde antes, en la doctrina, distingue o procura distinguir entre lo que es el encargo de un acto material de lo que es el encargo de un acto o de un negocio jurídico (cfr. a Minervini, Il mandato). Bastante sutil parece la diferencia entre *facere* actividad material y el *facere* actividad jurídica. ¿Y, en esto de promover o explotar, hasta dónde va un encargo de ejecución puramente material, cuándo se puede decir que la actividad prevenida o la realizada es propiamente jurídica? El propio Código de Comercio dice que el pago, que de suyo es la prestación de lo debido (C.C., art. 1627), puede constituir un negocio jurídico, caso en el cual está sometido a las reglas de esa clase de actos (art. 878), y lo que es más diciente e indicativo: el contrato de agencia comercial constituye el capítulo V del título 13 del libro IV, título 13, que engloba el mandato, es sus generalidades, sus particularidades y sus especies”.

7. En la promoción de los negocios, el agente obra por cuenta y riesgo del empresario agenciado

Una de las características más sobresalientes del mandato civil, del mandato

comercial y por ende de la agencia mercantil es el tener que obrar el mandatario por cuenta y riesgo de quien le confiere el encargo, como dice el Código Civil, o por cuenta de otro, como lo precisa el Código de Comercio para el mandato comercial, o en la promoción o explotación del negocio ajeno, como resulta de los textos legales sobre agencia comercial.

El obrar por cuenta de otro significa que quien actúa en la gestión de un interés ajeno no afecta su propio patrimonio sino el patrimonio del interesado en la gestión.

8. El elemento por cuenta en la historia fidedigna del establecimiento de las normas sobre agencia comercial

Aparecía esta característica en el proyecto de Código de Comercio que, sometido al Congreso Nacional en 1958, pero no aprobado en esa legislatura fuera finalmente objeto de la revisión de la comisión designada para ese preciso efecto como consecuencia de las facultades otorgadas por la Ley 16 de 1968.

En el artículo 1227 de ese proyecto se afirmaba, en efecto, que “Por medio del contrato de agencia una persona asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar, por cuenta de otra, negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada”.

Y se explicaba al respecto en la exposición de motivos de ese proyecto que “Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial”. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal. Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo. El agente promueve y explota los negocios del principal, en determinada zona. Su remuneración puede consistir en un porcentaje (sic), o en la diferencia de precios entre el fijado por el principal y el que éste obtenga del comprador al colocar el artículo en el respectivo mercado, o en otra forma cualquiera de retribución. Lo importante es que el agente promueva o explote los negocios respectivos por cuenta del principal. Porque hay una forma del comercio de importación que suele confundirse con la agencia y que en realidad no lo es; Se trata de la distribución de mercaderías por un importador que las compra al fabricante o al despachador extranjero, sin que obre por cuenta de éstos.

Toda utilidad o beneficio que directa o indirectamente reciba el “principal” de las actividades del agente, cuando tal utilidad o beneficio constituyan una de las consideraciones del contrato, implicarán la presencia del requisito “por cuenta” en referencia. De consiguiente, cuando el distribuidor obre en alguna forma “por cuenta” del fabricante o del despachador extranjero, tal distribuidor será igualmente agente de su principal”.

Los artículos del proyecto de 1958 confirmaban el principio de tener que obrar el agente por cuenta del principal: “Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades, ni el agente podrá asumir el encargo de tratar, en la misma zona y

para el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores” (art. 1228); “El agente deberá cumplir el encargo que se le ha confiado conforme a las instrucciones recibidas, y suministrar al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio” (art. 1232); “El agente que se halle impedido para cumplir el encargo deberá dar inmediato aviso al empresario, so pena de resarcir los perjuicios que le ocasione” (art. 1233).

Empero, al ser expedida la regulación sobre agencia comercial con antelación de algunos meses a la vigencia plena del Código de Comercio, la expresión “por cuenta” no apareció en la definición del artículo 1317. Ello conduce al tribunal a preguntarse si esa expresión fue eliminada porque se considerara ajena u opuesta a los elementos esenciales del contrato de agencia, o si por el contrario, se estimó que aquella expresión no le agregaba nada al concepto de agencia, entendida como variedad del mandato comercial.

Para despejar la primera inquietud, limitada a saber si la expresión “por cuenta” fue omitida porque al legislador le pareciere contraria a la regulación propia de la agencia comercial, baste señalar que no existe una sola constancia de que la Comisión que finalmente revisó el proyecto de código de 1958, hubiera definido este tópico de una manera distinta a como se entendía en el proyecto, como quiera que las normas de este proyecto que se apoyaban en el principio de ser esencial a la agencia el obrar por cuenta de otro se mantuvieron intocadas. Pero, sobre todo, se pregunta el tribunal, ¿cuál habría podido ser en efecto, la consecuencia contraria a ser la agencia negocio que se desarrolla por cuenta ajena? y ¿cuál, a su vez, la consecuencia adecuada de que pudiera ser cumplido por cuenta propia?

9. Presencia del elemento por cuenta en la ley vigente

Prácticamente todas las normas del mandato comercial muestran aplicaciones del principio conforme al cual todo mandatario obra por cuenta y en interés del mandante, pero en la reglamentación de la agencia comercial resulta explícito el elemento por cuenta, como explicación de las siguientes normas correlativas a las que antes se transcribieran del proyecto de 1958, o sean en su orden los artículos 1317, 1318, 1319, 1320 del Código de Comercio, pero, destaca sobre todos los demás el texto del artículo 1321 que después de establecer que “el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas”, le impone seguidamente al agente rendir al empresario “las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”.

Y para descartar la idea de que pueda existir contrato de agencia mercantil en ausencia del elemento por cuenta, baste al tribunal mostrar que si se prescinde de la idea de que por definición el agente comercial promueve o explota por encargo negocios ajenos, para entender por el contrario que alguien pueda promover o explotar negocios ajenos sin haber recibido el encargo que a ello conduce, esa persona o comerciante cuando más podría ser considerado como un gestor

oficioso, y no como agente comercial de nadie, por lo que no le correspondería tampoco la utilidad o provecho resultante de tales promoción o explotación no autorizadas, ni tendría causa la remuneración que eventualmente pudiera corresponderle, como que ésta no provendría de la promoción y explotación autorizadas de lo ajeno que es lo que caracteriza la noción de agente comercial.

Y para terminar este tópico, baste al tribunal aclarar que no es lo mismo obrar en nombre propio o ajeno que obrar por cuenta de otro.

Mientras el obrar en nombre propio o ajeno hace relación a las relaciones del mandatario con los terceros que con él negocian como sustituto de la voluntad del mandante, el obrar por cuenta de otro hace relación a las relaciones internas del mandante y mandatario y se encamina a determinar a quién corresponden los riesgos de la gestión encomendada.

En sus relaciones con terceros, el mandatario puede obrar como tal a nombre propio o en nombre ajeno, esto es, está obligado a declarar a los terceros con quienes negocia que su declaración de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica no se emite para sí sino por otra persona, pero en uno u otro caso actúa para otra persona en cabeza de la cual se encuentra el provecho económico del negocio concluido por el mandatario.

Pero el mandatario puede no declarar a esos terceros con quienes negocia que actúa en nombre del mandante, sea porque no tenga interés en hacer esta declaración, ora porque no haya recibido del mandante el poder necesario para hacerlo. Conforme al artículo 2177 del Código Civil, el mandatario se obliga entonces personalmente.

En uno u otro caso, esto es, haya actuado el mandatario en la declaración de voluntad en representación del mandante y declarado al efecto que obra para éste y no para sí, o haya obrado el mandatario para sí y no para el mandante, desde el punto de vista ya no de su relación con terceros sino del contenido del vínculo que le une con el mandante, en ambos casos obra el mandatario por cuenta ajena ya que el interés para disponer no se encuentra o afecta su propio patrimonio, sino el patrimonio de otro. En el caso del mandato civil o mercantil, por ejemplo, el patrimonio del mandante, como quiera que es éste el que sufriría las consecuencias felices o desafortunadas de la gestión de los negocios de aquel, encomendada al mandatario.

10. No obra por cuenta ajena quien hace su propio negocio

De lo dicho se infiere que no puede ser considerado como mandatario y mucho menos como agente comercial quien no asuma la obligación de hacer algo para otro, sino para sí mismo, esto es, quien obra por cuenta propia, o sea tomando para sí los riesgos de las operaciones que ejecute. Si tal cosa hiciere un supuesto mandatario no estaría gestionando el negocio de otro sino haciendo su propio negocio.

Es éste precisamente el fundamento de tres sentencias de la sala de casación civil, en las que aludiendo la Corte al contrato de agencia comercial, y partiendo de la afirmación inequívoca de ser este contrato que se celebra por cuenta y riesgo de un principal, ha deducido de esta premisa que no hay agencia cuando el agente compra cosas del empresario para revenderlas, ya que entonces el supuesto agente hace su propio negocio y no el del agenciado.

En sentencia de casación civil con fecha 2 de diciembre de 1980. Magistrado ponente doctor Germán Giraldo Zuluaga. (G.J.T. CLVI, 2407, pág. 239), dijo la Corte:

“La definición dada en el artículo 1317 transcrito antes, redujo indiscutiblemente el campo de las actividades que ahora pueden denominarse jurídicamente agencia comercial. En el pasado, y aún ahora, en el lenguaje común se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor o 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 comercial a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que se le han demarcado.

“La función del agente comercial ... es más específica ..., 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”.

“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 promueven 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 ... El agente comercial, entonces, que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos, no propios”.

En sentencia de casación civil de diciembre 14 de 1992, cuyo magistrado ponente fue el doctor Héctor Marín Naranjo (G.J.T. CCXIX, N° 2458, pág. 684), añadió la Corte:

“... dentro de la exclusividad ... prevista en el artículo 1318 queda comprendida la prohibición del empresario, no sólo de valerse de otros agentes dentro del territorio asignado para aquél ... sino también la de ejecutar negocios él mismo”.

En sentencia de casación civil con fecha octubre 31 de 1995. Magistrado ponente: doctor Pedro Lafont Pianetta, aún no publicada en la Gaceta Judicial, precisó la misma Corte:

“... cuando un comerciante difunde un producto comprado para él 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 posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua, 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 ... de agenda comercial entre ellos”.

En aclaración del voto, el magistrado Javier Tamayo Jaramillo señaló en relación con la anterior decisión:

“...es claro que la simple compraventa no da lugar por sí sola al nacimiento del contrato de agencia mercantil, ni siquiera en aquellos casos en que el vendedor que compra para revender, en forma independiente, y sin haberlo pactado con el fabricante o con el mayorista, acude a medios publicitarios o de cualquiera otra índole para impulsar la ventas del producto.

“Pero nada impide que, además de la simple compraventa, el distribuidor, previo acuerdo con el suministrador, se comprometa, mediante remuneración adicional ... a impulsar el producto y en general, a ser su representante o agente, y, en tales circunstancias, las prestaciones a que tiene derecho el agente en caso de que se termine el contrato de agenda, se medirán teniendo en cuenta únicamente lo que valga la remuneración que por ese servicio adicional reciba de manos del empresario...”.

11. El elemento por cuenta en la doctrina

Una parte de la doctrina es explícita en cuanto a señalar que el contrato de agencia mercantil el agente obra por cuenta del empresario agenciado. Así lo dice José Armando Bonivento en su libro “Contratos mercantiles de intermediación”, editado por la Librería del Profesional en Bogotá, 1996, página 141:

“La exigencia de este elemento no aparece expresamente en la definición propuesta por el artículo 1317 que venimos comentando, al contrario de lo que ocurría en el Proyecto de Código de Comercio de 1958, que a la letra decía: “Por el contrato de agenda una persona asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar, por cuenta de otro, negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada (art. 1227)”.

Independientemente, por ahora, de la controversia sobre si es o no elemento esencial de la agencia, la actuación por cuenta de otro, como concepto jurídico involucrado en la noción misma del 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 representantes, 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) de las operaciones efectuadas por aquél. Adelantando, en algo, lo que será objeto de desarrollo posterior, habría que decir que, dentro de este contexto, la agencia comercial —si se sostuviese la tesis de que estamos frente a un elemento esencial— excluiría la posibilidad de promoción o explotación de negocios por cuenta propia, así medien labores de fabricación y distribución de productos inicialmente radicados en cabeza del agenciado.

Lo que ocurre —no sobra insistir— es que las consecuencias de asumir una y otra posición, vale decir, descartar o exigir la actuación por cuenta de cómo un elemento esencial de la agencia comercial, tienen hondo calado, particularmente cuando se trate de examinar la aplicación del régimen legal de esta modalidad contractual a figuras que involucran fenómenos de distribución de bienes en interés de otro, pero se asumen, en la doctrina universal e incluso en la ley, denominaciones específicas diferentes, como el suministro con distribución, la concesión, la franquicia, etc. El punto central de controversia, pues, es el que tiene que ver con el carácter esencial o no de que la actuación de intermediario —potencial agente— sea realizada por cuenta del interesado —potencial agenciado. En su expresión más elemental: de lo que se trata es de saber si puede haber agencia comercial cuando un comerciante asume, en forma independiente, el encargo de promover o explotar negocios de un empresario, como agente o representante, o como fabricante o distribuidor de sus productos, aunque no actúe, desde el punto de vista jurídico, por cuenta de ese empresario, o si por el contrario, la tipificación legal de la agencia exige, además de la existencia del encargo, la independencia y la estabilidad, que la gestión del comerciante intermediario sea realizada por cuenta del pluricitado empresario. ¿Cuáles son las posiciones que se defienden en torno a tan fundamental tópico? ...”.

Por su parte, Gabriel Escobar Sanín, en su libro “Negocios civiles y comerciales”, tomo I, segunda edición, editado por la Universidad Externado de Colombia en Bogotá, 1987, página 426, anota lo siguiente:

“Por tanto, una primera obligación importante del agente y, al mismo tiempo su derecho principal —que debe serle respetado y garantizado— es la de celebrar negocios jurídicos por cuenta del productor, vendiendo o suministrando bienes o servicios, elemento que tipifica la agencia como un negocio de sustitución y concretamente como una especie de mandato”.

12. Consecuencias para doctrina de faltar el elemento por cuenta

En conferencia antes parcialmente transcrita, pronunciada en el Colegio de Abogados de Medellín en mayo de 1981, y en el II seminario de derecho comercial, organizado por Confecámaras en octubre de 1982, página 764, explicaba el doctor Fernando Hinestrosa:

“... El concesionario o el distribuidor en sentido estricto han venido a desplazar parcialmente al agente, con grandes dificultades para distinguir esa figura de la agencia, de suyo, por las afinidades que tienen entre sí, y por el empleo indistinto de los términos para señalar cualquiera actividad de distribución. El concesionario (distribuidor) es un promotor, sí, pero y acá el rasgo propio y definitivo de la figura, es jurídicamente autónomo e independiente, al punto que adquiere para sí, en firme y definitivamente las mercancías que le vende el empresario, y, por tanto, corre, él sí, íntegros los riesgos: De celebrar o no negocios, de pago, y los riesgos mismos de las cosas en su poder como propietario”.

“Una posibilidad adicional, novedosa y ya muy extendida en todo el mundo, es la de que el concesionario no sea solamente un comprador del producto elaborado y distribuido de él, sino que haya de agregar algo propio: Bienes y trabajo, dentro de las pautas estrictas señaladas por el empresario concedente: Concedente del derecho a usar un nombre, una patente, un diseño, una marca, un procedimiento técnico (know how), y por el cual obtiene una regalía (royalty) fija o a destajo o porcentual, o ella y un pago inicial. Es el contrato de Franchising...”.

Por su parte, Gabriel Escobar Sanín en su libro, antes citado, “Negocios civiles y comerciales”, tomo I, segunda edición, editado por la Universidad Externado de Colombia en Bogotá, 1987, página 427, dice:

“Es frecuente que el titular o propietario de una patente o “tecnología patentada” conceda onerosamente a otra persona licencia para explotar la invención, a fin de que aquella pueda “fabricar el producto objeto de la invención patentada o hacer uso de técnicas o procedimientos no patentados (Know-How, en ocasiones de mayor valor que la primera), y que también se le autorice para emplear los dibujos y modelos industriales y los signos distintivos de propiedad del concedente, pagando un determinado precio (regalía o “royalty”) al beneficiario de la concesión por el solo hecho de estar facultado para hacer el aprovechamiento económico del objeto y hacerse dueño exclusivo de los bienes producidos, de manera que los negocios que celebre en relación con éstos no son por cuenta ni metros a nombre del concedente, porque no le benefician ni le perjudican. No hay aquí asomo alguno del contrato de agencia, sino del denominado “licencia contractual” o contrato de licencia (art. 555), que esencialmente implica la concesión de un usufructo limitado sobre bienes muebles incorporales, regidos por normas especiales del Código de Comercio (arts. 534, 552, 556 y ss.), negocio que en términos muy generales constituye el fundamento de la tan discutida “transferencia de tecnología”, que ha venido siendo estudiada en el derecho público y en el privado, en la economía y la política, y en todos los terrenos de la ciencia en donde naturalmente ha penetrado el desarrollo tecnológico universal”.

III. Elementos no esenciales de la agencia

Ya ha dicho el tribunal cómo, por qué y cuáles son elementos esenciales del contrato de agencia comercial la existencia de un encargo confiado por el empresario al agente, quien al aceptarlo se obliga a promover o explotar los negocios de un empresario y al cumplirla lo hace por cuenta de aquél.

Unidos estos elementos a los que tienen que ver con los sujetos de la relación contractual, el ser en primer lugar agente tan solo un comerciante independiente y estable y el ser el empresario persona que obra tratando de ensanchar los mercados de sus productos, todos los demás exigidos por la ley resultan ser tan solo elementos naturales del contrato, esto es, cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial.

1. La representación del empresario por el agente

Decía la exposición de motivos del articulado del proyecto de 1958:

“... Finalmente, el agente puede ser representante del principal. Tal representación podrá deducirse de la forma como se anuncie el agente, de los ramos sobre que verse su explotación y, en general, de las actividades de dicho agente, cuando ellas se presenten bajo una apariencia que implique la representación, porque el principal, con su silencio, ha permitido a los terceros creer que su agente lo representa”.

Mostraba así la comisión encargada de redactar los textos del proyecto, lo que creía ella ser el motivo de los siguientes artículos de éste: 1229, El agente podrá obrar en su propio nombre, o como representante del empresario, si se le ha conferido esta facultad. En tal caso se aplicarán las normas del capítulo II del título IX del libro I de este código”. Artículo 1230, “El contrato de agenda contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que hayan de versar sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que deban desarrollarse, y será inscrito en el registro público de comercio, como se previene en los artículos 142 y siguientes. La falta de alguno de los anteriores requisitos no perjudicará a terceros de buena fe exenta de culpa”. Artículo 1231, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo anterior se aplicará cuando la forma como se anuncie el agente, o los ramos sobre que verse su explotación, induzcan a terceros de buena fe exenta de culpa a la creencia de que dicho agente representa al empresario. Según el artículo 1324 del Código de Comercio, el agente puede actuar como representante o agente del empresario.

No presenta mayor dificultad entender lo primero. Si el agente recibe del principal el poder necesario para que sus actos de voluntad en relación con terceros produzcan efectos o repercutan en el patrimonio del representado, sin duda que las actuaciones del agente serán representativas. Pero lo que es más difícil de entender es que el agente comercial pueda actuar simplemente como agente.

La oposición que el texto legal hace entre representante y agente no puede tener otro significado que mostrar que el agente comercial puede en el desarrollo de su encargo representar o no al empresario que le confía la gestión de sus negocios.

Sin duda, el agente obra en la gestión de un interés que no es el suyo, o sea en relación con productos de otra persona, y por tanto para promover o explotar estos negocios puede obrar ante terceros sea como representante del empresario, si para ello se encuentra facultado por el negocio, ora a nombre propio, o sea

siempre por cuenta de un interés ajeno pero sin revelar el nombre del principal.

Es ésta la confirmación sin duda alguna de que el específicamente calificado como contrato de agencia mercantil, puede ser representativo o no.

En sentencia de casación civil del 3 de marzo de 1978, con ponencia del doctor, Alberto Ospina Botero, publicada en la Gaceta Judicial, tomo CLVIII, 2390, página 26, dijo la Corte:

“Si tanto el mandato civil, como el comercial pueden llevar consigo la representación del mandante, cuando el mandatario exterioriza ante terceros la calidad jurídica con que actúa, o sea, contrata o ejecuta, la gestión encomendada por cuenta y riesgo de aquél, también puede acontecer que oculte esa calidad y, por consiguiente contrate en su propio nombre, no comprometiendo en este evento el mandante respecto de terceros. En efecto los artículos 2177 del Código Civil y 1162 de Código de Comercio, establecen, el primero, que el mandatario puede, en ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del demandante; si contrata en su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante. Y, el segundo, que el mandato puede llevar o no la representación de mandante”.

“Cuando el mandato no es representativo, por cuanto el mandatario ha contratado en su propio nombre, los preceptos antes mencionados pone de presente que el mandante no tiene acción alguna respecto de los terceros para beneficiarse de los efectos de mandato, pero sí la tiene con relación al mandatario, cuando éste se muestra renuente a desplazarle y concederle los derechos derivados de la convención celebrada en esas condiciones (C.C., art. 2182, 2183, C. Co. 2168)”.

“Con todo, cuando se trata de un mandato sin representación destinado a la constitución de una sociedad, sea ésta de índole civil o comercial, como el socio es el mandatario y es él quien adquiere ese interés en la sociedad y no el mandante, ha sostenido la doctrina de la Corte que este último no puede obligar ni al, mandatario ni a los demás socios que tengan y reciban como socio en la sociedad”.

“Los puntos que se dejan expuestos han sido exhaustivamente tratados por la jurisprudencia de la Corte, pues en fallo del 17 de mayo de 1976, dijo sobre el particular: ...” en el ejercicio de su cargo el mandatario puede obrar de dos maneras, a saber: a) obra en representación del demandante, es decir asumiendo su personería como si éste fuera el que ejecutara o celebrara con terceros el acto o contrato; y b) ya en su propio nombre, sin representar al mandante, no dando noticia a los terceros de la calidad en que obra”.

En el primero de estos dos supuestos se trata del mandato representativo, que está destinado a producir efectos no sólo entre las partes que lo celebran, sino también ante terceros, según lo establece el artículo 1505 del Código Civil.

En el segundo, en cambio, el mandato no confiere representación y por tanto sus

efectos se limitan a los contratantes, según el principio del efecto relativo de los contratos a que alude el artículo 1602 *eiusdem*. Estas dos clases de mandato están reconocidas por los artículos 2177 del Código Civil y 356 del antiguo de Comercio. En efecto, la primera de estas dos disposiciones estatuye que “el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contratara a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante”; y reza la segunda de dichas dos normas, que “el comisionista puede obrar en nombre propio, o a nombre de sus comitentes. En caso de duda, se presume que ha contratado a su propio nombre”. Cuando el mandato no es representativo, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrate, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados o tener al mandante como parte en el pacto, puesto que, no habiendo representación es el mandatario quien en éste es realmente parte.

Los efectos del mandato se reducen entonces a los que todo contrato produce, que para el caso son: El mandatario queda obligado a transferir al mandante todo el beneficio que de los negocios con terceros derive (C.C., arts. 2182 y 2183); y el mandante, por su parte, debe proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del encargo, y reembolsarle los gastos razonables que la comisión le impongan (art. 2184 *ibíd.*). En el mandato sin representación, entonces, el mandante no tiene derecho ni acción alguna contra los terceros que han contratado con su mandatario.

Como lo ha dicho la Corte “**la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al permitir el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato corresponden al mandante ya él lo benefician exclusivamente...**” (LXXI, 358 y XC, 545) (resalta la Sala). “De lo atrás expuesto debe seguirse que si en la escritura de constitución de una sociedad, sea ésta civil o comercial, se expresa que uno de los socios constituyentes obra en nombre propio, cuando actúa en verdad en ejercicio de un mandato sin representación otorgado por otra persona, el socio es el mandatario y como tal deberá ser tenido por sus consocios y por los terceros, sin perjuicio, eso sí, de las relaciones personales entre mandante y mandatario, atrás referidas. El mandante no podrá compeler a su mandatario ni a los demás socios a que con este carácter lo reciban a él en la sociedad”. (Extractos 1980, Cas. C., 3 de mar. de 1978).

2. La fabricación, el suministro, o la distribución de productos del empresario, no son objeto del encargo sino medios aptos para su cumplimiento

Según la definición citada, y la exégesis de esta definición hecha por el tribunal a

la luz de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, lo esencial de la agencia mercantil es la asunción por el agente de la obligación de hacer consistente en promover o explotar los negocios del empresario agenciado.

Y si lo esencial en la agencia es este particular encargo, obvio resulta que como medios aptos para lograrlas el agente puede encargarse de fabricar o no los productos del empresario, o simplemente distribuirlos.

Es que como el encargo se confiere al agente para celebrar o ejecutar los actos jurídicos en que tales promoción o explotación consistan, poco importan los actos materiales que la respectiva promoción o explotación exijan para ser realizadas directamente por el agente; a saber: fabricar él mismo las cosas del empresario o simplemente distribuir estas mismas cosas o las que el empresario le suministra.

3. El término de duración del contrato

Decía el artículo 1234 del proyecto de 1958 que “Si en el contrato de agencia no se estipuló término de duración cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, previo aviso a la otra con la anticipación pactada o usual. El preaviso podrá sustituirse por una indemnización equivalente”.

Y se explicaba ese texto en la exposición de motivos, diciendo que “... Por lo demás, en el proyecto se provee a evitar la revocación intempestiva o abusiva de la agencia y a la retribución del enriquecimiento sin causa por parte del principal, como secuela del “good will” adquirido por el crédito de la marca de su empresa o de sus productos, gracias a las actividades del agente”.

El proyecto de 1958 admitía dos causas de terminación del contrato de agencia comercial: El vencimiento del término del contrato y la revocación del mandante. Y fue esta revocación, como expresiva de la terminación unilateral del contrato la que preocupó a la comisión.

Sin embargo, al ser expedido el Código de Comercio la alusión inicial a que el contrato podía terminar por vencimiento del término no apareció con la claridad que tuvo en el proyecto.

Con todo, aparece inequívoca esta causa de terminación del contrato de agencia en el texto del artículo 1320 del Código de Comercio que ocupó en parte el lugar del texto del artículo del proyecto: “El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes y facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil”, pero “No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”, termina diciendo esta norma.

En cambio, la terminación unilateral fue clasificada como justa o injusta, a efecto de que en este último caso dé lugar a indemnización de perjuicios.

Se ha dicho que en virtud de estas disposiciones no cabe ya que el contrato de agencia pueda terminar por vencimiento del plazo fijado por las partes para su duración, y se soporta este aserto en que por ser la agencia contrato destinado a ser ejecutado de manera estable, no puede extinguirse por vencimiento de plazo alguno señalado para este fin.

No encuentra el tribunal cuál pueda ser el fundamento de esta teoría. El que el agente comercial deba ejecutar el encargo de manera estable en nada se opone a que se señale un término o plazo para que se extinga el negocio, con tanto mayor razón cuanto que se trata de un contrato de ejecución continuativa.

Cuando más podría llegarse por este camino a estimar que resultaría contrario al propósito de estabilidad el que el término de duración fuera corto, jamás que no pueda ser convenido.

Pero sobre todo lo único que mostraría la supuesta eliminación del vencimiento del término como causa de terminación del contrato de agencia, es que el legislador no tomó partido en este punto, como quiera que por el contrario, habría regulado específicamente la terminación que proviene de alguna de las partes, para calificar a esta terminación unilateral de justa o de injusta a fin de establecer para la terminación unilateral injusta el pago de una indemnización.

Como el legislador tomó partido acerca de que el vencimiento del plazo es causa de terminación del contrato de agencia comercial al no haber regulado sino la terminación unilateral del contrato de agencia, la regla del Código Civil que permite la terminación del mandato por vencimiento del término continúa siendo una de las causas de la extinción del contrato.

IV. Contrato de agencia comercial en otras legislaciones

1. Necesidad de un análisis comparativo

Parece conveniente elucidar a la luz de una metodología comparativa cuáles son los elementos que tipifican ese contrato.

1.1. En el derecho francés

a) El Código Civil francés enuncia el mandato así:

“El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer una cosa para el mandante y en su nombre”.

b) En el Decreto 58-1345 del 23 de septiembre de 1958, relativo a los agentes comerciales, establece el artículo 1º:

“Es agente comercial el mandatario que, a título de profesión habitual e independiente, sin estar ligado a un contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye compras, ventas, arrendamientos o prestaciones de servicios, en nombre y por cuenta de productores, industriales y

comerciantes.

1.2. En el derecho alemán

a) En el título X, del mandato, el artículo 662 del BGB dice:

“Artículo 662: Por la aceptación de un mandato, el mandatario se obliga a gestionar gratuitamente para el mandante un negocio que éste le ha confiado”.

b) Refiriéndose al Código de Comercio alemán, dice Karl Hensheimer en su obra derecho mercantil, páginas 86 y siguientes:

“Agentes mercantiles son aquellos que sin depender directamente de otros comerciantes, se ocupan de un modo permanente en concluir los negocios de éstos o en servirles de mediadores para la conclusión de los mismos (art. 84); los agentes mercantiles tienen a su vez la condición de comerciantes. La posición jurídica de los agentes, en la mayoría de los casos y para diferentes ramos de negocios, es más bien la de simples intermediarios y con menos frecuencia la de encargados de su conclusión ... Los agentes mercantiles que concluyen los negocios por sí mismos, es decir, que están facultados para convenir las operaciones de que se trate, tienen condición análoga a la de los comisionistas, de los cuales se diferencian, no obstante, en que éstos concluyen la negociación o contrato en su propio nombre, mientras que el agente comercial lo hace en nombre de su representado (cf., art. 383)...”.

1.3. En el derecho suizo

a) En el Código suizo de las obligaciones, el título trece relativo al mandato, cuyo primer capítulo regula el “mandato propiamente dicho”, el artículo 394 dispone:

“El mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga, en los términos de la convención, a gestionar el negocio del cual se ha encargado o a prestar los servicios que ha prometido...”.

b) y en el capítulo IV del mismo título trece relativo al mandato, el capítulo IV: del contrato de agencia, el artículo 418 a, dice:

“Agente es aquél que asume a título permanente la obligación de negociar la conclusión de negocios para uno o varios mandantes, o de concluirlos en su nombre y por su cuenta, sin estar ligado hacia ellos por un contrato de trabajo”.

1.4. En el derecho italiano

a) El artículo 1703 del título III sección primera capítulo IX, sobre mandato, dice:

“artículo 1703: El mandato es el contrato por el cual una parte se obliga a cumplir uno o más actos jurídicos por cuenta de otra”.

b) En el mismo título, relativo al mandato, el artículo 1742 sobre la agencia dice:

“artículo 1742: Por el contrato de agencia una parte asume establemente el encargo de promover, por cuenta de otra, contra una retribución la conclusión de contratos en una zona determinada”.

2. Resultados de la comparación realizada

Para que haya mandato civil es indispensable en Francia que el mandatario obre para el mandante y en su nombre. El mandato, por consiguiente es en Francia esencialmente representativo; si el mandatario llega en ese país a obrar en nombre propio y no a nombre del mandante, o si el encargo que recibe es secreto porque no pueda revelar el nombre de su mandante, dejan de producirse los efectos propios del mandato cuales son que el mandante queda directamente obligado ante los terceros por los actos del mandatario.

Por el contrario, en los derechos alemán, suizo e italiano el mandato civil o comercial puede ser o no representativo. En estas legislaciones las reglas propias de la representación se encuentran separadas de las atinentes al mandato, como ocurre en Colombia y para la representación en general conforme al artículo 1505 del Código Civil y para el mandato comercial por la afirmación contenida en el artículo 1262 del Código de Comercio conforme al cual el mandato puede ser o no representativo.

Salvo, pues, el derecho francés, en el que el contrato de mandato es esencialmente representativo, en todos los demás esta cuestión no es de la esencia del mandato.

En todos estos derechos la agencia comercial es una variedad de mandato; del mandato mercantil en Francia y por tanto debiendo allí el agente obrar “en nombre de quien le confiere el encargo, mas no en las otras regulaciones mencionadas, en todas las cuales, como se precisó antes, el ser representativo el mandato no lo caracteriza como tal”.

Mas en todas esas legislaciones, incluida la francesa, el mandatario obra “para el mandante” o “por cuenta de productores, industriales y comerciantes”; o el mandatario se obliga a gestionar gratuitamente para el mandante un negocio que éste le ha confiado; “o el mandatario se obliga, en los términos de la convención, a gestionar el negocio del cual se ha encargado o a prestar los servidos que ha prometido...” o agente comercial “es aquel que asume a título permanente la obligación de negociar la conclusión de negocios para uno o varios mandantes, o de concluirlos en su nombre y por su cuenta, sin estar ligado hacia ellos por un contrato de trabajo; o, en fin, agente es aquel que asume a título permanente la obligación de negociar la conclusión de negocios para uno o varios mandantes, o de concluirlos en su nombre y por su cuenta, sin estar ligado hacia ellos por un contrato de trabajo”.

Sin duda, pues, con sólo leer los textos de la ley propios de las citadas reglamentaciones europeas que de una manera u otra pueden verse como antecedentes o modelos seguidos por la nuestra, se ve que el mandato es

esencialmente un encargo de gestionar los negocios de otro, encargo que el mandatario asume y desempeña por cuenta del mandante, esto es, en interés del mandante y no del mandatario, y que la agencia comercial, como variedad del mandato civil o mercantil, no puede separarse del género al que pertenece sino en aquellos previstos específicamente por la ley.

CAPÍTULO V

Naturaleza de la relación contractual

1. Según se asevera en la demanda, “de la lectura del contrato y sus modificaciones se observa que las referencias al uso de las marcas apareja, igualmente, operaciones permanentes de promoción y venta de los productos fabricados, con lo cual se identifica en el desarrollo contractual el contrato de agenda mercantil del artículo 1317 y siguientes del Código de Comercio ... Adicionalmente, una relación contractual puede tener una naturaleza múltiple, es decir, además de contener una licencia de marcas, un contrato de fabricación y distribución, puede involucrar un contrato de agencia mercantil” (Véase demanda II.3.1, pág. 11).

2. En la contestación de la demanda, la demandada, a su turno, rechaza “las afirmaciones sobre la concurrencia de contratos”, por considerar que “el contrato de concesión o licencia de uso de marcas tiene unas características que le dan una fisonomía propia”, que dicho “contrato se encuentra tipificado en la legislación colombiana” y que, “además, los contratos de concesión o licencia de uso son tipo contractual perfectamente configurado por la costumbre internacional y nacional” anotando, de otra parte, que “una relación contractual puede tener una naturaleza múltiple, pero es condición que respecto de cada uno de los contratos concurren los elementos típicos que lo individualizan”, por lo que “en ningún caso puede aceptarse, como lo pretende el demandante, que se puedan abandonar algunas características esenciales al tipo contractual para forzarlo dentro del contrato de agencia” (véase contestación al punto II.3, pág. 27).

3. Con ocasión de las alegaciones finales, el apoderado de la demandante complementó sus puntos de vista relativos a la naturaleza del contrato que ligaba a las partes manifestando al efecto que “la licencia de uso de marcas concurre o coexistió con un contrato de agencia mercantil. Concurrió la licencia para usar una marca con una licencia para fabricar y distribuir, que también contemplaba un encargo para promocionar la misma marca. No resulta extraño ni inadecuado que una relación contractual, apuntala el mismo apoderado, como la que existió entre L’Oreal y Prebel, se concibe de naturaleza múltiple y compuesta, es decir, que a la vez que contenga un acuerdo de licencia de marcas involucre, además, un contrato de agencia comercial, por cuanto los dos figuras contractuales no se excluyen entre sí, más bien se complementan, lo cual implica que un concesionario sea a la vez agente comercial del concedente, quien en tal caso asumiría la condición de “empresario” considerada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio”, así como que estudiando “el contrato suscrito el 10 de julio de 1974 y las distintas modificaciones a él introducidas, es fácil

observar cómo, si bien el acuerdo se refiere de 0manera explícita al uso de las marcas, apareja igualmente operaciones permanentes de promoción, distribución y venta de los productos fabricados, con lo cual fácilmente se identifica en el desarrollo contractual el contrato de agencia comercial en los términos del artículo 1317 del Código de Comercio ... Esas labores de promoción y explotación de un negocio encomendadas a Prebel por parte de L'Oreal, son las que dan vida jurídica al contrato de agencia mercantil, en forma paralela y simultánea al contrato de licencia de uso de marca; de otra manera —sigue explicando el mismo apoderado—, el contrato denominado de “licencia de marcas” en sus estipulaciones desborda, ampliamente, el tema propio de la licencia, para invadir y extenderse a otros campos, que se identifican plenamente con el contrato de agencia mercantil. Es cierto que la licencia de marcas, de la naturaleza y características de aquellas a las que se refiere el contrato, implica de suyo y necesariamente el aspecto de la fabricación de los productos, pero no es menos cierto que tal como se reglamentó implica, adicionalmente, labores de promoción y explotación, propias más del contrato de agencia que de la licencia de marcas ... En la relación compleja que vinculó a Prebel con L'Oreal —se precisa un poco más adelante— se producían beneficios para ambas partes, derivados de la naturaleza de cada uno de los contratos que la conforman, coexistiendo dentro de ella como sus componentes integrantes. La utilidad derivada de la producción y promoción, en beneficio del agente; el mercado y la clientela y la imagen y el posicionamiento, que beneficia al empresario-agenciado, en especial después de la terminación del contrato; las regalías, que benefician al titular de la marcas y la utilidad en la venta de las materias primas y otros insumos, que beneficia a quien encarga la producción”. Y páginas después Prebel reitera a través de su abogado: “Consecuentemente con los anteriores planteamientos, y de no aceptarse que la labor de intermediación en Colombia desplegada por Prebel en beneficio de L'Oreal se efectuó bajo los lineamientos de un contrato de agencia mercantil, deberá entenderse que entre las partes no se celebró un simple contrato de licencia de uso de marca, como lo pretende L'Oreal, sino que se pactó un negocio de mayor entidad y alcances que, por no tipificar los elementos esenciales de la agencia mercantil y ningún otro contrato en particular (por la misma diversidad de las relaciones jurídicas enmarcadas en él), deberá entenderse como innominado, dentro de aquellos que contemplan labores de intermediación y, en forma específica, para lograr la penetración y acreditación de una marca en un mercado determinado y, como tal, deberá ser indemnizado Prebel por la terminación unilateral de dicho contrato por parte de L'Oreal, no obstante Prebel haber aceptado firmar la renuncia al cobro de cualquier tipo de indemnización toda vez que, como se expuso, Prebel no puede “condonar el dolo futuro” de L'Oreal, por expresa prohibición legal” (véase alegato 5.2.1, págs. 36 a 40 y 83).

4. En su alegato de conclusión, el apoderado de L'Oreal hace un pormenorizado análisis del contrato de concesión o licencia de uso de marca y asistencia técnica, en el que, después de señalar que “las marcas son cosas inmateriales, obras del intelecto, que están sometidas a un régimen jurídico propio”, explica que, “en relación con una marca, el titular puede celebrar contratos de diversa índole: dos operaciones son frecuentes: i) Puede transferirla, a cualquier título, como cuando

celebra un contrato de compraventa de marca, ii) Puede arrendarla, ya que la marca puede “usarse sin consumirse” (C.C., art. 1974), situación que en el lenguaje de la propiedad industrial se expresa diciendo que la concede en licencia de uso ... La licencia de uso de marcas es una forma que tiene su titular de explotarla (C. Co., arts. 555, 556-2, 594 y 597). El titular de la marca (el concedente) permite que otro (el concesionario) le dé un uso comercial apropiado a su función distintiva: fabricar y colocar en el mercado (distribuir) productos marcados con ella, de manera que no se confundan con los de la concurrencia y su imagen contribuya a crear una clientela para tales productos, que pertenecen al concesionario. A cambio del uso de la marca y el suministro de tecnología, de las cuales se beneficia, el concesionario se obliga a pagar al concedente una remuneración o canon que se conoce como regalía. La duración de la licencia de marca puede ser determinada o indeterminada. Cuando en el contrato se pacta una duración definida, la relación contractual termina con la llegada del plazo. Las partes recobran su libertad: El concedente recupera la totalidad de sus prerrogativas como titular de la marca y dueño de la tecnología, y el concesionario no puede usarla en adelante ... Con frecuencia el contrato de concesión de licencia de uso de marcas viene acompañado de suministro de tecnología y know how. En el lenguaje de la propiedad industrial, esta relación jurídica se conoce como contrato de asistencia técnica ... Ahora bien: la circunstancia de poder ceder el uso de la marca, la facultad legal y contractual para ejercer atributos del dominio que se tiene sobre estos bienes materiales, no significa, en manera alguna, que sus titular pierda el control sobre su marca mientras la usa otro, el beneficiario de la licencia, también llamado concesionario. En efecto: a) El titular de una marca que cede temporalmente el derecho de usarla, no se desentiende de la calidad de los productos fabricados y distribuidos por el beneficiario de la licencia al amparo de su marca. b) Para el dueño de la marca no resulta indiferente la imagen que adquiere su dueño su marca en el territorio donde se desempeña el licenciatarío o concesionario, pues ella no sólo es un signo distintivo, sino la manera de crear una clientela para los productos que se identifican con ella ... Durante la vida del contrato, la buena imagen de la marca beneficia al concesionario y, después del contrato, la buena imagen adquirida por la marca beneficia a su titular, que al expirar el contrato recobra el derecho a explotarla directamente en el mismo territorio. De ahí que en los contratos de concesión de licencia de marca celebrados entre L’Oreal y Prebel se contengan previsiones sobre control de calidad y publicidad. En ello está en juego la integridad y el prestigio de la marca, cuya propiedad permanece en cabeza del concedente, y que éste pueda explotar directamente una vez termino el contrato en el mismo territorio donde se desempeño el concesionario durante el tiempo que duró la licencia”. Y más adelante el abogado de L’Oreal se expresa así: “Bien es cierto que el artículo 1324 de Código de Comercio, en su segundo párrafo, contempla la actividad de acreditar una marca. Cabe preguntarse, de nuevo, si por el hecho de acreditarse una marca estamos en presencia de un contrato de agencia comercial. La respuesta sigue siendo negativa, apoyada en fuertes razones: a) La agencia comercial se define por la concurrencia de todos los elementos típicos contenidos en el artículo 1317 y no tomando uno de ellos aisladamente. Es de tener en cuenta que la palabra marca no aparece mencionada en el artículo 1317, que emplea

únicamente la expresión productos. Y los productos no pueden confundirse con las marcas: aquellos son bienes corporales; éstas son cosas incorpóreas (C.C., art. 653) que sirven para distinguir a los primeros (C. Co., art. 583). Mal se puede traer la situación excepcional del artículo 1324 para alterar la definición del artículo 1317. Una cosa es definir la figura jurídica de la agencia comercial y otra cosa es fijar criterios para determinar el valor de una indemnización. No se puede hacer de la excepción la regla. b) También es preciso entender que la marca va indisolublemente unida al producto; el producto que se promueve y distribuye en un mercado se identifican o distinguen con una marca (art. 583); y la promoción del producto forzosamente hace conocer la marca. Inversamente, la marca reputada es un motor de ventas: da a conocer el producto que designa ... En cualquier caso, no hay agencia comercial cuando la marca está adherida al producto que persona distinta al empresario vende en su propio nombre y en su propio interés, como sucedió con Prebel en el caso del pleito. Se comprende que la situación es distinta en tratándose de licencias de uso de marcas. El concesionario produce y vende productos propios al amparo de marcas ajenas que, por gozar de cierto prestigio, le sirven para estimular las ventas, en su propio beneficio; y por ello paga una regalía. El efecto del “posicionamiento” final de la marca, como resultado de la promoción adelantada por el concesionario, se entiende compensado por las utilidades que el mismo obtiene con las ventas realizadas durante la vida del contrato (que no podía realizar sin hacer promoción); con tanta mayor razón si gozaba de exclusividad, como en el caso de los contratos que se discuten en este pleito.

Este posicionamiento o imagen de marca es un efecto natural, previsto y previsible por ambas partes, desde la celebración del contrato de concesión. La imagen no puede separarse de la marca para pretender un derecho sobre la imagen divorciado de la marca ... En los contratos de concesión celebrados entre Prebel y L’Oreal no se contiene obligación para Prebel de promocionar la marca L’Oreal en Colombia, ni la obligación correlativa para L’Oreal de pagar una remuneración por semejante promoción, ni por la imagen final que la marca tuviera a la terminación del contrato ... Prebel hizo pagos (regalías), pero no recibió pagos de L’Oreal ... Es bueno repetirlo: La imagen está indisolublemente ligada a la marca; hace parte de ella. Su uso temporal no confiere un derecho a la imagen divorciado de la marca, en cuanto bien mercantil, en cuanto derecho de propiedad industrial” (véase el citado alegato, 3.1, págs. 95 a 100 y 110 a 114).

5. El tribunal observa

5.1. En el derecho privado suelen darse, particularmente en el comercial, acuerdos de voluntades, creadores de obligaciones y correlativos derechos, que no están reglamentados por ley. Son los llamados contratos innominados o atípicos que se rigen, sin contrariar normas imperativas, por las estipulaciones de las partes, por las reglas generales de los contratos, por las propias del contrato típico más semejante y, en fin, por la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho (L. 153/1887, art. 8º). De allí que antes de invocar los principios generales referentes a contratos ni tomar partido sobre el contrato que más se asemeja al

celebrado por las partes, es necesario analizar el texto de los dos documentos relativos a tal contrato y, sólo en el caso de que la intención de las partes no sea clara o que del estudio indicado aparezca oscuro el contenido de las obligaciones surgidas de la convención, adentrarse en las lucubraciones propuestas por el apoderado de la demandante.

5.2. En el documento del 10 de julio de 1974 se lee, a manera de causa de las recíprocas obligaciones que los contratantes asumen, “que L’Oreal posee y utiliza formulas, procedimientos secretos de fabricación, modos operatorios, información técnica relativa a la composición, fabricación y empleo de diversos productos cosméticos y de higiene, particularmente para uso capilar y que L’Oreal sigue creando y adquiriendo nuevas fórmulas y otros datos técnicos; que L’Oreal posee marcas de fabricar registradas en Colombia, y que L’Oreal puede, todavía crear o adquirir nuevas marcas” y en fin que el concesionario (como se identifica a Prebel en el texto del documento), desea explotar en Colombia, con el asesoramiento y la asistencia de L’Oreal, los productos y marcas de L’Oreal” ; que, bajo la expresa denominación que de “concesión” se da al contrato, “L’Oreal otorga al concesionario, y este acepta, la licencia exclusiva de fabricación y distribución de los productos del contrato en el territorio de Colombia ...”; que “la presente concesión confiere al concesionario un simple derecho de uso para los fines del presente contrato”; que “el uso que haga el concesionario de las marcas del contrato beneficiará exclusivamente a L’Oreal, que sigue siendo el único propietario de dichas marcas”; que “el concesionario explotará, bajo su sola y entera responsabilidad, los productos del contrato ...”; y, por último, que “como contraparte a la presente concesión, el concesionario pagará a L’Oreal una regalía ...”. Estipulaciones prácticamente idénticas se consignan —valga la anotación— en el documento del primer día de marzo de 1990, por lo que, en aras de la brevedad, el tribunal se abstiene de reproducirlas.

5.3. No aparece en parte alguna de los documentos contentivos del contrato que ligaba a las partes en mención, como en más de una ocasión realza el tribunal en este laudo, del alegado encargo de promoción, distribución y venta de los productos fabricados, como tampoco puede inferirse, de esta y otras pruebas allegadas al proceso, intención de conferir y aceptar tales encargos. Las afirmaciones del apoderado de Prebel antes transcritas sobre coexistencia de un contrato de licencia de uso de marcas con otro para fabricar y distribuir que contenía, además, un encargo de promover las mismas marcas o, como también se dice que había, en forma paralela y simultánea al contrato de licencia de uso de marca, otro relativo a labores de promoción y explotación de un negocio que L’Oreal había confiado a Prebel, no encuentran asidero alguno en las probanzas que obran en este proceso. Tampoco es jurídicamente aceptable, como lo quiere el mismo apoderado que, de no aceptarse que la labor desplegada por Prebel enmarca dentro de un contrato de agencia, deberá entenderse que entre las partes no se celebró un simple contrato de licencia de uso de marcas, sino que se pactó un negocio de mayor entidad, un contrato, para mayor seña, innominado, sobre labores de intermediación para la penetración y acreditación de una marca, que fue terminado unilateralmente por L’Oreal; terminación que, como tal, da

derecho a Prebel, según su apoderado, para ser indemnizado, por aquélla, de los perjuicios que ella dice haber sufrido por tal terminación por cuanto, si bien Prebel acepta haber renunciado al cobro de cualquier indemnización, tal renuncia es ineficaz, en razón de que la demandante “no puede condonar el dolo futuro de L’Oreal, por expresa prohibición legal”.

5.4. Para el tribunal, el contrato que la partes celebraron fue de concesión de licencia de uso de marcas. L’Oreal otorgó a Prebel, como de manera clara y precisa se expresa en los documentos contentivos del contrato, el derecho exclusivo, mientras el contrato estuviera en vigencia, de utilizar las marcas de la primera para la fabricación, venta y distribución de productos amparados con ellas. L’Oreal concedió a Prebel el uso de sus marcas, se las arrendó, como bienes inmateriales que son, si se quiere; pero siguió siendo la titular o propietaria de ella y, como tal, interesada en que Prebel les diera uso adecuado, no sólo porque las recobraría al expirar el término del contrato sino, además, porque distinguen sus acreditados productos en el mundo entero. Como L’Oreal destacó en el curso del proceso, la marca va indisolublemente unida al producto, por lo que la promoción que de éste se haga promueve, necesariamente, la marca. Durante 17 años Prebel produjo y distribuyó sus productos al amparo de la marca L’Oreal, y pagó por ello una regalía. Posicionó la marca, es verdad, pero tal posicionamiento fue la consecuencia o efecto normales, previsto y previsible, de producir y vender sus productos, durante un largo lapso, al amparo de las marcas de propiedad de L’Oreal. Como en su oportunidad precisó L’Oreal, “la imagen no puede separarse de la marca para pretender un derecho sobre la imagen divorciado de la marca; la imagen está indisolublemente ligada a la marca”; hace parte de ella. Su uso temporal no confiere un derecho a la imagen divorciado de la marca. No se estipuló en el contrato obligación de Prebel de posicionar las marcas de L’Oreal, ni aquélla pactó con ésta, remuneración especial por hacerlo de manera autónoma, como lo ha querido la demandante. Nada en la ejecución del contrato indica, tampoco, que la sociedad francesa hubiere confiado a la colombiana ese preciso encargo. Repárese en que nada pagó L’Oreal a Prebel durante la vida de contrato, sino que fue ésta la que pago a aquélla, a título de regalías, por la licencia de uso de sus marcas, claros indicios de que Prebel no era agente de L’Oreal y de que la demandante hacía su propio negocio producir y distribuir productos al amparo de la marca L’Oreal no el negocio de L’Oreal.

5.5. No asiste razón a la demandante, tampoco, en su intento de configurar un contrato innominado autónomo y distinto, por ende, a los típicos de agencia y licencia de uso de marcas. Las voluntades de las partes se expresaron con diáfana claridad en los documentos que las contienen, y nada autorizaría al tribunal para adentrarse, como lo ha querido la demandante, en busca de intenciones distintas generadoras de obligaciones diferentes a las expresadas, apuntaladas —además, valga la acentuación— por la aplicación práctica que de ellas hicieron, sin reserva alguna, ambas partes. Por último, la petición que el apoderado de la demandante hace al tribunal, en el sentido de que, de no declararse el contrato como de agencia mercantil proceda éste, “de todas formas” , a condenar a L’Oreal a indemnizar los perjuicios que le causó por la terminación

unilateral del contrato, no podrá ser atendida por éste, no sólo porque, con prescindencia de su naturaleza, el contrato terminó por expiración del plazo estipulado al efecto, modalidad de las obligaciones que no puede ser calificada de justa o injusta, como antes se vio sino, adicionalmente, porque es posible impetrar pretensión indemnizatoria de perjuicios sin que se precise, como en todo caso de responsabilidad civil, la naturaleza y cuantía del daño cuyo resarcimiento se pide y la obligación que el demandante estima infringida.

CAPÍTULO VI

Renunciabilidad de prestaciones legales

Como segunda pretensión principal ha pedido el demandante: “Que se declaren como ineficaces las cláusulas del contrato que autorizan la terminación por preaviso y la renuncia por parte de Prebel de la aplicación del artículo 1324 del Código de Comercio”.

Aunque pudiera pensarse que esta pretensión es consecencial de la relativa a la declaración de existir contrato de agencia comercial por lo que dependería del suceso de aquella primera, su formulación un tanto autónoma en punto a la declaración de ineficacia de las cláusulas del contrato que autorizan la terminación con preaviso, así como la imposibilidad del tribunal para dejar de pronunciarse sobre lo que le ha sido pedido pretextando al efecto indebida acumulación de pretensiones, le impone solucionarla.

Tres posiciones se han dado en relación con este problema. En primer lugar la de quienes piensan que todo derecho es renunciable con tal de que la renuncia sólo afecte el interés individual del renunciante y no esté prohibida la renuncia. Luego, la de quienes encuentran en las normas de agencia comercial que toda la regulación es de orden público y, por ende, cualquier renuncia de un derecho cuya fuente esté en tal regulación sería inválida o ineficaz. En fin, dentro de esta última vertiente parecería poder incluirse lo que en frases marginales y sin mayores razones dijo la Corte en alguna ocasión: “... la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces la Corte no ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa consideración”. (Sent. de Cas. civil, dic. 2/80, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, G.J. T. CLXVI, núm. 2407, pág. 254).

La primera posición se funda en la vigencia del viejo principio conforme al cual la fuente suprema de las relaciones jurídicas entre particulares es la voluntad de los individuos. Estos que nacen y viven libres son los únicos que pueden recortar esa libertad a través de los negocios que se su ponen fundados en ella, conforme al

postulado de la autonomía de la voluntad y los principios de la economía liberal. Raras son por consiguiente las cosas que la voluntad de los particulares no puede regular y entre ellas está precisamente la imposibilidad de renunciar aquellos derechos que no resultan de la voluntad de los particulares sino que se entienden fundados en el orden público, esto es, en interés general de la sociedad.

Aparentemente fácil de enunciar, el principio se toma de difícil concreción. ¿Cuáles son, en efecto, los derechos que se entienden fundados en un interés general de la sociedad y que por consiguiente los particulares no pueden renunciar?

La respuesta a esta pregunta no ha sido fácil. La calificación de si una norma es de interés general a efecto de saber si se la puede considerar o no de orden público no puede ser hecha sino por los jueces, pero como ellos no pueden proveer por vía general o reglamentaria, y sus decisiones tan solo vinculan a quienes han sido partes en los respectivos procesos, aquella calificación del concepto de orden público forzosamente ha tenido que ser hecha por el propio legislador.

En virtud del abandono de los principios de la economía liberal y aunada a típicas tendencias intervencionistas, esa calificación del legislador ha terminado haciéndose de dos maneras: O por el señalamiento precioso en relación con que por ser una determinada legislación de orden público, como ocurre con los derechos y prestaciones que provienen del trabajo humano, los cuales son por ello irrenunciables, o por la expedición de leyes cuya redacción muestre inequívocamente que la intención del legislador es la de que nadie pueda escapar a través de actos puramente voluntarios a la normatividad que ella contiene, leyes que entonces son llamadas imperativas.

En el Código de Comercio el criterio para determinar esta cuestión, resulta particularmente difuso, En ocasiones el Código acude al criterio de mostrar taxativamente las normas que en su entender son imperativas, otras veces establece que determinada norma es meramente supletiva de la intención de las partes. En fin, la ausencia de todo criterio se muestra en la curiosa manera como el Código regula este tema en el título relativo al contrato de seguro. Parece ser este el caso en punto de la agencia comercial. La regulación de los derechos que resulta para el agente de la terminación del contrato de agencia y concretamente la prestación a que se refiere el inciso primero del artículo 1324 o la curiosa indemnización "equitativa" fijada por peritos, a que alude el inciso segundo de dicha norma, no son efecto o consecuencia de declaraciones de voluntad de los particulares, sino creación del legislador, así como son de orden puramente legal todos aquellos principios que le dan su razón de ser al contrato de agencia, o que señalan cuáles son sus elementos naturales, o que determinan cuáles son los derechos y obligaciones correlativos que nacen de la aceptación de un encargo otorgado para promover o explotar los negocios de otro, o en fin el que dispone que a la agencia de hecho se le aplican las normas allí contenidas.

Así, pues, por virtud del contenido mismo de la regulación no parece que

prestaciones establecidas por el legislador para todo caso en que el contrato termine, puedan ser objeto de una renuncia anticipada mediante la simple consideración de que el eventual aumento del patrimonio del agente es cuestión que no concierne sino a su individual interés, pero de otra parte si lo que quiso el legislador fue que los derechos derivados para el agente no pudieran ser renunciados, le hubiera bastado enunciar la reglamentación de la agencia como propia del orden público.

Menos aún parece posible que se pueda renunciar a prestaciones indemnizatorias previstas para cuando la terminación resulte contraria a la ley, pues entonces la irrenunciabilidad resulta no de que la cuestión atañe al orden público sino de que siendo en este caso la indemnización de naturaleza extracontractual la jurisprudencia invalida toda cláusula que tienda a establecer la irresponsabilidad de quien ilícitamente causa un daño.

Como la pretensión que busca la declaración de ser ineficaz la renuncia hecha por Prebel a la aplicabilidad del artículo 1324 del Código de Comercio fue hecha en función de afirmarse en la demanda que ese contrato fue de agencia comercial y la específica ineficacia pedida se apoya en que las normas legales que reglan la agencia comercial son de orden público y por tanto irrenunciables de su parte, el que el tribunal llegue a una conclusión distinta en cuanto a la calificación del contrato se refiere, permite que proceda a denegar la declaración de ineficacia de tal renuncia sustentada a la luz de las normas legales que rigen la agencia comercial.

No ocurre la mismo con la primera parte de la pretensión, esto es, la relativa a que se declare ineficaz la cláusula que faculta a L'Oreal para terminar el contrato mediante, aviso previo dado por éste a Prebel. Esta segunda parte de la pretensión se apoya en la consideración de no ser válida la terminación de un contrato mediante aviso previo, y por ello requiere un pronunciamiento específico.

CAPÍTULO VII

La terminación del contrato

1. Según se afirma en la demanda, “el contrato se dio por terminado unilateralmente mediante carta del 8 de junio de 1993, remitida por la oficina de abogados Brigard & Urrutia el 28 de junio de 1993, en la cual L'Oreal manifestó su intención de no prorrogar el contrato que venía el 31 de diciembre del mismo año”. Se asevera, allí mismo, que uno de los elementos del contrato de agencia es su permanencia, lo que implica no poder terminarse por el transcurso del tiempo, ni mediante preaviso unilateral, ya que dentro de las causales de terminación del contrato de agencia indicadas en el artículo 1325 del Código de Comercio, no se encuentra relacionada esta forma de terminación; no obstante L'Oreal, contrariado la norma, estipuló en el contrato la cláusula a la cual por adhesión Prebel se tuvo que acoger, violando en todo caso la normatividad colombiana en lo relativo al contrato de agencia” (Ver demanda, “IV.III., hechos relativos a la terminación del contrato, pág. 22).

2. Refiriéndose a este mismo tema, el apoderado de la demandante sostiene, en su alegato de conclusión, que “la terminación del contrato por vencimiento del término no es causal justa para dar por terminado el contrato de agencia mercantil; que “en el evento hipotético (y remoto) de considerarse que sí es causal justa para dar por terminado el contrato, no es dable aplicarla en el contrato suscrito entre Prebel y L’Oreal, ya que allí se estipuló, no un vencimiento de término por el acaecimiento de una fecha, sino por decisión unilateral de uno de los contratantes” y porque, “además, esa condición no es permitida por el legislador colombiano”; que “la terminación del contrato se fundamentó en la presunta existencia de un término de duración, cuando en realidad se está frente a una condición dependiente de la voluntad unilateral de una de las partes”; que “el artículo 1325 de Código de Comercio es taxativo, y no menciona el vencimiento de término como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia”; que, “por el principio de la autonomía de la voluntad, las relaciones pueden darse por terminadas, pero esto no significa la exoneración de la obligación a cargo del agenciado de reconocer el esfuerzo, costo y tiempo invertido en la acreditación de una marca y conquista de un mercado, y de indemnizar al agente por todos los perjuicios causados por la terminación”; que “la razón de ser del artículo 1325, al establecer cuáles son las causas que justificadamente permiten terminar el contrato sin lugar a indemnización, es la de sancionar al contratante incumplido o incurso en causales que perjudicarían el desarrollo normal del contrato, lo que no sucede con el vencimiento del término, en virtud del cual no se puede castigar injustamente al agenciado que observó oportuna y diligentemente todas sus obligaciones y compromisos derivados del contrato”; que, “así las cosas, si a Prebel no le es imputable culpa por la cual se diera por terminado el contrato con L’Oreal, y dentro de la normatividad del contrato de agencia mercantil no se encuentra el vencimiento del término como una justa causa para dar por terminado este tipo de contrato, en justicia deberá el tribunal liquidar la suma que por culpa de L’Oreal corresponde al perjuicio originado a Prebel con la terminación unilateral de la relación comercial y jurídica”; que, “en el supuesto caso de considerarse que la cláusula es válida y no atenta contra normas de orden público económico, debe entenderse que fue la decisión unilateral de L’Oreal el verdadero motivo de la terminación del contrato, y no la decisión conjunta de los contratantes”; que “debe acudirse al artículo 1325 del Código de Comercio que regula expresamente las causales de terminación unilateral del contrato de agencia mercantil por alguno de los contratantes (agente o agenciado), y claramente puede apreciarse que en esa lista taxativa no está contemplada esa causal”; que “no es pertinente acudir por analogía a las normas que gobiernan el mandato civil, como pretende la demandada, por estar, se repite, taxativamente regulada la terminación justa y unilateral del contrato” y que, de aceptarse “que existe remisión expresa a las normas del mandato civil, como se pretende, sólo podría hacer respecto de aquellas causales que contengan manifestaciones unilaterales”; que “la forma de terminación del contrato, tal como fue contenida en el contrato y acogida por las partes, no es un plazo: es una condición” por cuanto, “mientras el plazo comporta un hecho futuro y cierto, la condición es un hecho futuro e incierto”, por lo que “cuando las partes sometieron la no prórroga automática del contrato a la simple voluntad de alguna de ellas, no establecieron el día cierto de conclusión

contractual, elemento esencial de todo plazo sino que, por el contrario, condicionaron la terminación a la decisión voluntaria y unilateral de alguna de ellas”; que el artículo 1141 del Código Civil dispone “que el día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición, y se sujeta a las reglas de las condiciones, y el artículo 1139 de la misma codificación, en su inciso 4º preceptúa que el hecho es “incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case”; que “claramente puede apreciarse que tanto L’Oreal, como Prebel (seis meses antes de la fecha fijada para la próxima prórroga), podían tomar la decisión de prorrogarlo o no prorrogarlo, y ahí precisamente es donde nace la incertidumbre propia de las obligaciones condicionales, y ajena a las de plazo”; que “en este orden de ideas, por tratarse a una decisión sometida única y exclusivamente al arbitrio de las partes, debemos evidentemente entender que estamos en frente de una de las terminaciones del contrato de aquellas definidas por la ley “unilaterales”, y como tal debemos entender que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1325 del Código de Comercio, existen unas causales de terminación unilaterales del contrato de agencia mercantil que son justas y otras que no”; que “así las cosas, de la sola lectura del mencionado artículo, y en esto no hay diferencias de interpretación por parte de la doctrina colombiana, se deduce claramente que las **justas** de terminación están taxativamente reguladas en esa disposición” y, en fin, que “necesariamente tendremos que concluir que, a pesar de que la terminación del contrato de agencia mercantil puede presentarse por una decisión de alguna de las partes (agenciado o agente), esta conducta implica una causa, pero injustificada, para dar por terminado el contrato”. (Ver el citado alegato, págs. 91 a 94)

3. Se lee en la contestación de la demanda, a este mismo propósito de la terminación, que “el contrato de concesión de 1º de marzo de 1990 tenía una duración precisa y terminaba por expiración de su vigencia, si alguna de las partes manifestaba a la otra su intención de no renovarlo, en la forma y con la antelación prevista en su cláusula sexta. L’Oreal ... notificó a Prebel su intención de no renovarlo oportunamente, con lo cual expiró el término de vigencia contractual. Que es tanto como decir que estas obligaciones eran a plazo y que el plazo era resolutorio. Esta es una modalidad de las obligaciones que es lícito estipular y que no contraviene el orden público ... La ... teoría que expone el demandante carece de respaldo, inclusive, en tratándose del contrato de agencia comercial, toda vez que el propio artículo 1320 del Código de Comercio prescribe que dicho contrato ha de contener, entre otras condiciones el tiempo de duración de las mismas (facultades del agente) ... Cosa distinta es que la terminación injusta de un contrato pueda generar perjuicios a cargo del contratante incumplido y en favor del contratante cumplido. Mas no es causa injusta de terminación de un contrato el vencimiento del término previsto para su duración, por lo ya explicado” (véase la contestación de la demanda, II.3.6, pág. 31).

4. En relación con ésta misma cuestión de la terminación del contrato objeto de análisis, el apoderado de la demandada se pronuncia afirmando que “aún si los contratos celebrados por las partes en litigio fueran calificados como de agenda

comercial, las obligaciones que ellos engendran pueden extinguirse por el vencimiento del plazo. El tratado de la agenda comercial tiene previsto que en el contrato se estipule el tiempo de su duración” (art. 1320: “... el tiempo de duración de las mismas ...”). Y nada en este régimen dispone o hace disponer la renovación obligada del contrato ... y más adelante el mismo apoderado se expresa así: “Si bien es cierto que el artículo 1325 del Código de Comercio señala con carácter taxativo las causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial, no debe confundirse esta figura con la llegada del plazo ... de allí que el artículo 1325 no incluyera el plazo ...”. Y pocas líneas más adelante se lee: “La idea de que no se puede poner término a los contratos de agencia comercial carece de respaldo en la ley. Es un defecto que viene de confundir dos causas de terminación distintas: El plazo extintivo y la revocación. La primera, convención de las partes, y la segunda, acto unilateral y arbitrario del mandante. Y de no entender tampoco que cuando la ley prohíbe revocar sin justa causa el mandato propio de la agencia comercial, por ser de la especie que se celebran también en interés del mandatario (C. Co., arts. 1279 y 1280), no por ello borra la otra causa de terminación: el plazo extintivo”. Lo que los artículos 1324, inciso 1º, y 1325 nos indican —señalan el mismo apoderado— “es que la agencia comercial es una modalidad de mandato conferida en interés común del empresario y del agente y que, por tanto, no puede revocarse por el empresario, o sea terminarse unilateralmente (antes del plazo si se estipuló duración), sino mediando justa causa comprobada, so pena de indemnizar perjuicios al agente. Pero sin lugar a dudas, el mandato sometido a plazo termina con la expiración del término pactado y no da lugar a indemnización alguna, pues se trata de una causa de extinción de las obligaciones convenida, justa y cuya eficacia está sancionada por la ley” (véase el mencionado alegato, págs. 138 a 142).

5. El tribunal de su parte observa

El numeral 1º de la cláusula IX del contrato celebrado por las partes el 10 de julio de 1974, relativa a la duración del mismo, es del siguiente tenor: “El presente contrato entrará en vigencia el 1º de septiembre de 1974 y durará hasta el 31 de diciembre de 1980. Después del 31 de diciembre de 1980 el contrato se renovará por períodos de dos (2) años, a menos que una de las partes le dé aviso a la otra, por escrito, con seis (6) meses de antelación por la menos, a la fecha de terminación del respectivo período, de su intención de no renovarlo”.

El numeral 6.1 de la cláusula sexta del contrato celebrado por las partes el primer día del mes de marzo de 1990, relativa a la duración y terminación dicho contrato, es como sigue: “El presente contrato entrará en vigencia a partir de la solicitud de aprobación del presente contrato por el comité de regalías y durará hasta el 31 de diciembre de 1992. Después del 31 de diciembre de 1992, el contrato se renovará por períodos de dos (2) años, a menos que una de las partes le de aviso a la otra, por escrito, con seis (6) meses de antelación por lo menos, a la fecha de terminación del respectivo período, de su intención de no renovarlo”.

El 6 de enero de 1992 y el 10 de junio siguiente (con carta del 25 de junio del

mismo año) se redujo a un año la prórroga automática ...

Consciente de la incompleta definición que del plazo da el Código Civil en su artículo 1551, y por expresa remisión del artículo 1555 ibídem, según el cual “el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación...”, la doctrina ha preferido, desde siempre, las que el mismo estatuto trae con ocasión “De las asignaciones testamentarias a día” y, específicamente, el artículo 1138, a cuyo tenor tales asignaciones “pueden estar limitadas a plazos o días, de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho”, destacando así sus características de ser el término hecho futuro y cierto al cual están subordinadas la exigibilidad o la extinción de una obligación. El término “es cierto y determinado (plazo determinado) —agrega el artículo 1139 ibídem— si necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año ... Es cierto pero indeterminado (plazo indeterminado), si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo; como el día de la muerte de una persona ... Finalmente es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuando ...” (esta clase de plazo equivale, en verdad, a una condición). Es plazo suspensivo, de otra parte, la fecha o el acontecimiento futuro y cierto del cual depende la ejecución y correspondiente exigibilidad de la obligación a él sometida, al paso que constituye plazo extintivo la fecha o el acontecimiento futuro y cierto, cuando quiera que su llegada extingue la obligación. El plazo, en fin, “puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo” (C.C., art. 1551).

“Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”, enseña el artículo 1530 del Código Civil. “La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no, acontezca”, complementa el artículo inmediatamente siguiente. “Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor ...” (C.C., art. 1534). “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”, dispone el propio código en su artículo 1535.

Doctrina y jurisprudencia han distinguido dos condiciones potestativas: La simplemente potestativa, que supone una manifestación de voluntad y la realización de un hecho exterior de cualquiera de las partes, y la meramente potestativa, que consiste o depende, única y exclusivamente, de la voluntad del deudor y que se condensa en la expresión si *voluero*, si se me antoja. La condición meramente potestativa del deudor, aniquila el acto jurídico por ausencia del elemento voluntad propio del acto jurídico, si es suspensiva; no así cuando es resolutoria porque, en tal caso, sólo significa que el deudor se reserva el derecho de dar por terminada la obligación en cualquier momento, valga decir, de revocar el contrato que la originó.

El contrato que L’Oreal y Prebel celebraron estaba sometido, ciertamente, a plazos extintivos expresos, ciertos y determinados: el 31 de diciembre de 1980,

según el contrato del 10 de julio de 1974 y, de ahí en adelante, los de 31 de diciembre de 1982, 1984, 1986, 1988 y 1990, por virtud de las renovaciones bienales estipuladas constitutivas, ellas también, de plazos extintivos expresos, ciertos y determinados; el 31 de diciembre de 1992, según el contrato del primer día del mes de marzo de 1990; y, por último, el 31 de diciembre de 1993, como efecto de la convención del 15 de junio de 1992, que disminuyó de dos a un año el término de la renovación, y del aviso que, en los términos pactados, dio L'Oreal a Prebel, con carta de fecha 8 de junio de 1993, de su intención de no renovarlo.

Pero si, según se ha visto, es claro que el contrato que ligaba a demandante y demandada terminó el 31 de diciembre de 1993 por vencimiento del término extintivo a que estaba sometido, cabría preguntarse, entonces, ¿qué papel jugó o cuál fue el efecto jurídico del aviso que, apoyándose en la cláusula IX del contrato del primer día del mes de marzo de 1990, dio L'Oreal a Prebel de su intención de no renovarlo? La respuesta es que la condición positiva simplemente potestativa en que tal aviso consistía, no era modalidad que afectará la duración del contrato sino su renovación, de suerte tal que al darse él de la manera y en los términos estipulados, la renovación inicialmente bienal y luego anual que venía sucediéndose desde 1980, no tendría ya lugar después de ese 31 de diciembre de 1993.

Para expresarlo en otros términos, mientras que la duración del contrato estaba — y estuvo siempre— sometida a la modalidad del plazo extintivo, su renovación, que no debe confundirse con prórroga alguna, estaba sujeta a la modalidad propia de una condición extintiva simplemente potestativa, consistente en el aviso que una de las partes diera a la otra, por escrito y con seis meses de antelación a la fecha de terminación del respectivo período, de su voluntad de no renovar el contrato. Refiriéndose a un contrato de seguro pero, como tal, aplicable a cualquier contrato de ejecución sucesiva, el tribunal que el 4 de diciembre de 1979 dirimió el litigio surgido entre Abocol, de una parte, y Seguros Bolívar y Aseguradora Colseguros, de la otra, expresó lo siguiente: “las renovaciones de los contratos (ejecución sucesiva) son, como el mismo nombre lo señala, manifestaciones de voluntad destinadas a ser actual un acuerdo pretérito llamado a extinguirse por el transcurso del tiempo. Son, pues, nuevo acuerdo sobre elementos pasados. Y lo son porque en el contrato (de ejecución sucesiva) sus elementos esenciales no pueden faltar, pero está” naturalmente encaminados u extinguirse en el momento en que, por razón de las previsiones de las partes, cesen (las obligaciones asumidas por ellas). Es que no puede olvidarse el atributo específico, reconocido por la ley, de ser un contrato de ejecución sucesiva, de cumplimiento continuado con el tiempo, pero que cesa en un determinado momento ... La renovación se distingue, entonces, de la prórroga de un contrato, esto es de la ampliación del término o plazo en él previsto para el cumplimiento de las obligaciones, en que la ampliación ni siquiera implica novación de la obligación u obligaciones de las partes, las cuales permanecen intactas, porque sobre ellas no recae el acuerdo de voluntad, acuerdo que, por el contrario, versa tan sólo sobre el plazo específico previsto para el cumplimiento. Por consiguiente, la renovación supone (en los contratos de ejecución sucesiva) el hacer nuevo el

acuerdo de voluntades respecto de sus elementos pretéritos. Es contrato distinto del anterior pero que actualiza cada uno de sus elementos, esenciales, naturales y accidentales. Siendo esto así, de ninguna manera puede afirmarse que la renovación se equipare a la ampliación del plazo. Es acuerdo nuevo que se produce al vencimiento del contrato. Convierte en nuevos los mismos elementos que tuvo el anterior, pero no impide que éste quede extinguido puesto que las prestaciones de las partes se cumplieron en el tiempo”.

El plazo es modalidad natural de obligaciones cuyas prestaciones se alargan en el tiempo o se cumplen en secuencias sucesivas. El contrato que ligaba a las partes terminó, según se ha visto, por vencimiento del plazo acordado al efecto. No hubo, en consecuencia, revocación o terminación unilateral del mismo ni, menos aún, carencia de justa causa, pues el cumplimiento de un plazo extintivo de un contrato y, por ende, de las obligaciones que de él se derivan, no es susceptible de calificarse de justo o injusto. No es cierto, por ello, que la terminación del contrato hubiera obedecido al acaecimiento de una condición dependiente de la voluntad unilateral de una de las partes, aunque nada hubiera obstado para que así hubiera sido, pues el cumplimiento de una condición, al igual que la llegada de un plazo extintivo, no pueden considerarse, en sí mismos, justos o injustos; como tampoco es verdad que, por no mencionarse en el artículo 1325 de Código de Comercio el vencimiento del término como justa causa para dar por terminado el contrato de agencia mercantil, ello signifique que este contrato no pueda finalizar o no pueda hacerlo sin que el empresario tenga, siempre, que indemnizar perjuicios, pues la propia norma, no sólo hace expresa remisión al artículo 1279 precedente, sino que condiciona la prestación de su inciso segundo a la revocación o terminación unilateral del contrato sin justa causa, vale decir, intempestiva.

Son las anteriores razones las que impedirían al tribunal, así considerara que el contrato era de agencia comercial, despachar favorablemente cualquier pretensión indemnizatoria cuya *causa petendi* sea la terminación del mencionado contrato y, aún con mucha más razón, si la naturaleza jurídica de éste resultare distinta.

CAPÍTULO VII

Objeción por error grave

Procede el tribunal a decidir las objeciones propuestas por el apoderado de L'Oreal a los dictámenes periciales rendidos dentro del proceso, por ser la oportunidad procesal prevista en el artículo 113 de la Ley 23 de 1991.

1. Objeción por error grave al dictamen pericial rendido por los ingenieros Julián Obando y Jorge Torres Lozano

El objetante señala los siguientes errores graves del dictamen pericial técnico:

1.1. “Error por haber determinado los peritos en el dictamen un supuesto perjuicio causado a Prebel”.

1.2. “Error por haber sustentado los peritos el dictamen no en su propia información y análisis sino en la información contable que suministró Prebel”.

1.3. (Enumerado como 4). “Error grave por suministrar conclusiones contradictorias en aspectos fundamentales del dictamen”.

1.4. (Enumerado como 5) “ Error grave en cuanto a la capacidad de producción de los equipos”.

Por su parte, Prebel se opuso a la objeción presentada, por considerar que los errores indicados no son nada diferente de argumentos, basados en desacuerdos con los métodos de análisis empleados por los peritos y en contradicciones inexistentes.

El actual artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que regula el procedimiento para la contradicción de la pericia, en su numeral 4º, permite que el dictamen puede ser objetado por error grave, “... siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas ...”.

Esto significa que si el error señalado al dictamen no afecta las conclusiones ni se origina en éstas, el juez al valorar la prueba podrá detectar las supuestas equivocaciones o errores, haciendo caso omiso de ellos para poder acoger las conclusiones que no se encuentren afectadas por el error. Son las conclusiones del dictamen las que el juez habrá de tener en consideración al apreciar la pericia, lo cual conforme con el mandato del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, requiere del análisis de la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, además de la competencia de los peritos y los otros elementos probatorios que obren en el proceso.

Para el tribunal, los errores graves 2, 3 y 4 formulados por el apoderado de L’Oreal, se refieren a aspectos deficientes del mismo, que de existir, no afectarían la totalidad de las conclusiones del dictamen, ya que en su apreciación podría el tribunal acoger aquéllas no afectadas por los supuestos errores.

Con relación al error que a juicio del objetante se funda en la calificación por parte de los peritos de perjuicio, además de originarse esta denominación en el texto mismo de la pregunta, para el tribunal no es más que una apreciación del contenido jurídico que en el momento de valorar la pericia puede ser desechada por no corresponder a las funciones propias de los técnicos.

Así las cosas, no encuentra el tribunal los errores graves formulados.

2. Objeción por error grave al dictamen rendido por los doctores Moisés Rubinstein Lerner y Jorge Torres Lozano

El objetante señala los siguientes errores graves del dictamen pericial financiero y contable:

- 2.1. “Error por haber basado los peritos su dictamen en estados de pérdidas y ganancias que no son confiables”.
- 2.2. “Error consistente en no aplicar la metodología denominada “flujo de caja libre descontada””.
- 2.3. “Error consistente en haber suplantado la metodología señalada en el dictamen inicial por una metodología distinta en el escrito de aclaración”.
- 2.4. “Error grave por suministrara conclusiones contradictorias en aspectos fundamentales del dictamen”.
- 2.5. “Error que consiste en tasar perjuicios moratorios que carecen de todo fundamento”.
- 2.6. “Error consistente en tomar los gastos de Prebel y Probecol en promedio para tasar la indemnización equitativa”.
- 2.7. “Error consistente en no tomar como tasa de impuesto sobre la renta la fijada por ley”.
- 2.8. “Error consistente en indexar cifras que no son definitivas”.

El apoderado de Prebel se opuso a la objeción formulada por considerar que los señalados errores se ubican en diferencias de criterio con las metodologías contables empleadas por los peritos para responder los diversos aspectos a ellos encomendados para su concepto.

En efecto, encuentra el tribunal que, como lo manifiesta el apoderado de Prebel, los errores enumerados como 2, 3, 4, 6 y 7, no son más que discrepancias de criterio por la aplicación de metodologías diversas a las que, a juicio del objetante, son las correctas para definir cada uno de los casos señalados en la formulación de la objeción.

El tribunal entiende que para existir el error debería demostrarse que la metodología utilizada por los peritos es equivocada como tal, y no limitarse a discrepar por la aplicación de otra metodología diferente pero existente y válida.

El error grave numerado como uno en el escrito de objeciones exige por parte del objetante a los peritos, el que hubieran elaborado nuevos estados financieros de Prebel, lo cual rebasa a todas luces sus funciones. Lo que los peritos hicieron fue cumplir con el encargo de responder sobre los elementos y supuestos de hecho existente, haciendo las observaciones que consideraron necesarias para que el tribunal al apreciar el dictamen tuviera los elementos de juicio indispensables para utilizarlo o no como medio probatorio eficaz.

Con relación a los errores numerados como 5 y 8, entiende el tribunal que los peritos únicamente se limitaron a realizar los cálculos solicitados y ordenados por el tribunal al decretar la prueba.

Por las razones anteriores, no encuentra el tribunal, los elementos de los errores graves determinantes de las conclusiones del dictamen pericial contable y financiero, razón por la cual no prosperan las objeciones formuladas.

CAPÍTULO IX

Consideraciones del tribunal

Con base en los anteriores razonamientos legales, doctrinarios y jurisprudenciales sobre los temas en que se fundamentan las principales controversias sometidas al tribunal, procede éste a decidir las en el orden propuesto en la demanda, para despachar luego las excepciones de mérito a que haya lugar.

Pretensiones principales de la demanda

“1. Primera principal. Que se declare que el contrato celebrado entre las partes (Prebel - L’Oreal), al cual se refiere esta demanda, es un contrato de agencia comercial regido por las normas del Código de Comercio”.

En el alegato de conclusión el apoderado de Prebel señala las características y elementos del contrato de agencia comercial para fundamentar su petición junto con los medios probatorios que los demuestran:

Bilateralidad, onerosidad, de ejecución sucesiva, *intuito personae*, auxiliar y consensual son las características señaladas. En cuanto a los elementos que lo constituyen enumera: calidad de comerciante de los contratantes y asunción del encargo por parte del agente; la promoción y explotación de los negocios del agenciado por el agente en un determinado ramo; la calidad de representante del agente y para el caso concreto, la fabricación de productos de marca del agenciado, todo en forma independiente y exclusiva.

Con relación a la remuneración del agente, prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio pone de presente que se constituyó mediante las utilidades recibidas por Prebel por razón de la venta de los productos de L’Oreal.

El tribunal en anterior capítulo de este laudo determina cuáles son los elementos esenciales del contrato de agencia comercial:

1. Necesidad de que haya encargo.
2. La remuneración del agente al agenciado.
3. El objeto del encargo es promover y explotar los negocios del agenciado.
4. El agente obra por cuenta y riesgo del agenciado.

Con base en lo anterior, el tribunal procede a examinar cuáles son los supuestos de hecho que aparecen demostrados en el proceso para concluir si se encuentran o no presentes los elementos esenciales del contrato de agenda comercial y

decidir la primera pretensión principal formulada por Prebel.

I. Encargo de L'Oreal a Prebel

A. Medios probatorios examinados:

Documentales: Contratos:

Documentos de 10 de julio de 1974 y 1º de mayo de 1990

Declaraciones: 1. Interrogatorio de parte Pierre Henri Joseph Castres Saint Martín, representante legal de L'Oreal. Audiencia diciembre 5 de 1996, acta 18. 2. Testimonio de Rafael Martínez Villegas, accionista Prebel, audiencia diciembre 11 de 1996. acta 11. 3. Testimonio de Julio César Salazar Zuluaga, director de contraloría de Prebel, audiencia noviembre 28 de 1996, acta 16.

1. Interrogatorio de parte Pierre Henri Joseph Castres Saint Martín, representante legal de L'Oreal.

Apoderado Prebel: “En ese contrato que vinculó a L'Oreal y a Prebel, ¿cuáles eran las funciones y deberes propios de cada una de las partes en el contrato?”

Señor Castres. “En 1974 firmamos con la firma Prebel un contrato, se trataba claramente de un contrato de concesión. El contrato del 90 que reemplazó al contrato anterior era igualmente un contrato de concesión.

“En nuestra visión de las cosas, el contrato de concesión liga a un concedente, es decir a nosotros el cual es propietario de la marca del conjunto de las patentes y fórmulas necesarias para la fabricación de nuestros productos con un concesionario al cual le confiamos con exclusividad el cuidado de fabricar y de distribuir los productos que llevan nuestra marca en el territorio, en esta circunstancia Colombia.

“El concesionario dentro de este contrato y es el único tipo de contrato que tenemos con terceros explota nuestros productos en el territorio objeto de concesión con sus propios riesgos y para su propio beneficios y bajo su única responsabilidad.

“La contraparte da o paga unas regalías cuya tasa fue establecida en un 6% de la cifra del volumen de negocios, el conjunto de los derechos y obligaciones de las dos partes fue establecido en el contrato del 74 y más adelante en el contrato de 1990.

“Creo haber así respondido en lo que respecta a la naturaleza general de ese contrato y quisiera insistir sobre el hecho de que en este tipo de contratos, el concesionario actúa por su propia cuenta, es él el que decide acerca de la manera como va a lanzar nuestros productos aún si nosotros le hacemos recomendaciones, pero es él el que decide en última instancia y es él el que obtiene los beneficios de la operación.

“Nosotros en este paso reunimos nuestras obligaciones o cumplimos nuestras obligaciones a Prebel nosotros le dimos, le suministramos el conjunto de la asistencia que Prebel requería y que nosotros nos habíamos comprometido a darle, con el fin de permitirle a Prebel que desarrollara las marcas y que diera a conocer nuestros productos en el territorio de Colombia, esta es mi respuesta”.

2. Testimonio de Rafael Martínez Villegas, accionista de Prebel

Apoderado de Prebel. “Cuando supo usted de L’Oreal por primera vez como objetivo de negocios y como se empezó a desarrollar esa relación entre Prebel y L’Oreal, cuánto tiempo duró y como concluyo?”

Señor Martínez: “Por allá, por los años de 1970 en Prebel empezamos nosotros a explorar la posibilidad de adquirir líneas nuevas, nosotros teníamos básicamente Elizabeth Arden, una línea americana muy exitosa y teníamos una línea propia, pero pensamos que corriamos demasiados riesgos representando una sola línea, entonces exploramos la posibilidad, sabíamos que L’Oreal era una buena línea, nos pusimos en contacto con ellos, me acuerdo que en esa época mi padre viajó a París, habló con ellos y los señores de L’Oreal vinieron varias veces y nos entrevistaron con alguna profundidad en relación con la calidad de nuestra capacidad de producción, nuestra capacidad de ventas, nuestra capacidad administrativa y después de unas conversaciones relativamente largas, acordaron darnos la concesión de L’Oreal para fabricar y vender sus productos en Colombia sobre una base de exclusiva. Esa relación se formalizó por los años de 1974 y terminó por los años de 1993 más o menos”.

Apoderado de Prebel: “Quién tomó la iniciativa de buscar a la otra parte? Prebel a L’Oreal o L’Oreal vino a buscar a Prebel?”.

Señor Martínez: “Nosotros tomamos la iniciativa, repito nosotros teníamos en la empresa la experiencia de otras líneas y nosotros fuimos a París, allí nos presentamos con ellos, ellos quedaron que venían aquí y mandaron personas de varias áreas, del área de producción, del área técnica, del área química, del área de mercado, administración, manejo de inventarios y nuevamente después de evaluar nuestra capacidad de ser unos buenos representantes para los productos de ellos allá, ellos son muy exigentes, muy exitosos, son muy profesionales y yo creo que si nos escogieron era porque pensaban que nosotros teníamos la capacidad profesional para representarlos, pero nuevamente la iniciativa fue nuestra, nos evaluaron y nos concedieron la franquicia de su representación”.

El testigo al responder al apoderado de L’Oreal sobre el mismo tema, manifestó:

Apoderado de L’Oreal: “Ha dicho usted en respuesta anterior, que la iniciativa para la celebración del control con L’Oreal, partió de Prebel, es correcto?”.

Señor Martínez: “Sí señor”,

Apoderado de L’Oreal: “Que su señor padre se traslada a París e hizo contado

con los directivos de Prebel y que estos enviaron una serie de funcionarios a explorar la credibilidad de ustedes para darles o no la concesión?”.

Señor Martínez: “Sí señor”.

Apoderado de L’Oreal: “Qué período puede usted estimar entre ese primer viaje de su señor padre a París y la celebración de ese contrato, fue cuestión de 1 día, 2 días, 5 días?”.

Señor Martínez: “No, primero que todo mi padre fue el que inició el contrato, yo lo conté como una anécdota, pero nosotros iniciamos, primero, les escribimos una carta y recibimos respuesta y tuvimos varios contactos”.

Apoderado de L’Oreal: “Quién escribió esa primera carta?”.

Señor Martínez: “Yo creo que la escribí yo, creo que ese período pudo haber sido de dos años, período de la maduración del contrato...”.

Apoderado L’Oreal: "Desde esa época del año 74, el doctor Sanín ha sido el consejero externo de Prebel? Él tuvo oportunidad de asesorarlos en la elaboración de ese contrato?”.

Señor Martínez: “Sí, yo creo que no nos asesoró porque como referí ahora, pudo haber sido imprudencia mía, pero yo no discutí mucho el articulado, yo quería la concesión, queríamos tener una marca diferente, L’Oreal era una de las marcas importantes que había en el mundo y basado en una relación más personal que en unos artículos de un contrato, yo firmé el contrato, yo creo que el doctor Sanín no nos asesoró a ese respecto”.

Apoderado L’Oreal: “En el año 74 cuando usted firmó ese contrato y cuando lo firma como representante legal de Prebel, cuáles eran sus expectativas con ese contrato? El contrato usted mismo nos lo ha descrito en una respuesta anterior, como un contrato y así resulta de su texto, un contrato en virtud del cual se le concedía a Prebel la licencia para fabricar y para distribuir esos productos de L’Oreal, correcto?”.

Señor Martínez: “Sí”.

3. Testimonio del señor Julio César Salazar Zuluaga, director de contraloría de Prebel

Manifestó al tribunal para responder a una pregunta del apoderado de Prebel referente a las obligaciones de las partes: “o sea, indiscutiblemente el negocio se inicia con lo que L’Oreal nos ofrece, nos ofrece un menú de productos que ellos tienen a nivel internacional y dice cuáles son los productos mas importantes y nos insinúan cuáles se deben lanzar en Colombia ...”. Según las sugerencias de ellos nosotros implementábamos y hacíamos un lanzamiento con base a como se vendía en Prebel, aunque ellos nos insinuaban los productos y nos daban asesoría, nosotros al final teníamos autonomía como para escoger los productos

que lanzábamos y los productos que no nos parecían que eran para el mercado no los lanzábamos”.

B. Consideraciones del tribunal

Los anteriores medios probatorios confieren al tribunal la certeza de que no existió el elemento **encargo**, ni al inicio de la relación contractual, ni durante su desarrollo. En efecto, fue Prebel quien en busca de una ampliación de su negocio solicitó de L’Oreal la posibilidad de obtener la licencia del uso de su marca para la fabricación de aquellos productos que fueran de probable comercialización en Colombia. Prebel, siempre escogió los cosméticos que conforme su propia dinámica comercial le convenían para el ensanche de su fábrica. L’Oreal una vez constató su capacidad industrial le ofreció toda la gama de productos de su marca para la fabricación en Colombia por Prebel. Esto sucedió desde el principio de la relación y durante todo el término de la misma. No aparece entonces el **encargo** como el elemento esencial del contrato de agencia comercial, en los textos de los documentos suscritos por la partes, ni en los hechos que se ejecutaron en desarrollo del cumplimiento del objeto de la relación contractual.

II. Remuneración del agenciado al agente como elemento del mandato

A. Medios probatorios examinados:

Documentales: Contratos.

Certificación comisario de cuentas L’Oreal, soportes contables de pagos de regalías de Prebel a L’Oreal.

Respuesta Incomex a oficio del tribunal.

Dictamen pericial financiero: Cuadros 3-1, 3-2, 9-1, (págs. 7 a 11 y 41).

Declaraciones: 1. Testimonio Mario Gandolfo, ejecutivo L’Oreal, acta 14. Audiencia noviembre 21 de 1996 acta 14. 2. Testimonio José Arango Vélez. Funcionario de la dirección administrativa y financiera de Prebel, acta 11 Audiencia de noviembre 12 de 1996.

1. Testimonio Mario Gandolfo, funcionario L’Oreal.

“... Las regalías eran adecuadas porque yo recibía la estadística de ventas mensual. Prebel pagaba el 6% sobre la venta neta realizada a minoristas ..., o sea, se calculaba sobre el monto que los minoristas, en caso de distribución pública y los salones pagan como pesos sin impuestos en la factura de compra ...”.

2. Testimonio José Arango V., funcionario de Prebel

“... el porcentaje de regalías era del 6% sobre la venta neta, lo pagábamos en forma trimestral de tal manera que al final de año se hacía la liquidación definitiva y se cancelaba la diferencia que correspondía en el último semestre...”.

“En las regalías hay dos elementos a considerar: a) Por solicitud de L’Oreal las regalías se discriminaban una parte como asistencia técnica y otra proporción como marcas ..., y b) Se pagaban sobre la base autorizada por el comité de regalías. Siempre existió completo acuerdo en cuanto a la forma de hacer este pago”.

B. Consideraciones del tribunal

No existe discusión alguna respecto de la obligación de pago de regalías que Prebel tenía con L’Oreal, ni de su porcentaje, ni de la base para calcularlas, según el contrato entre ellas celebrado.

Los representantes legales de las partes en sus declaraciones, son concordantes con la profusión de testimonios que como los transcritos relataron al tribunal ese hecho. Los señores peritos financieros en su dictamen contabilizaron todos los pagos realizados por Prebel a L’Oreal por concepto de regalías desde 1974 hasta 1993 y describieron los sistemas de pago utilizados. Obra en el expediente numerosa prueba documental al respecto, aportada por ambas partes y allegada por diversas entidades oficiales tales como Incomex. También es pertinente para el tribunal la certificación enviada por el comisario de cuentas de L’Oreal acompañada de las copias de la totalidad de los soportes contables que reposan en los archivos de la sociedad francesa en París sobre el pago de regalías, sobre los cuales no hubo inconformidad alguna según declaración de su representante señor Castres Saint Martín.

No requiere de mayor análisis el que los hechos demostrados en torno al elemento esencial del contrato de agencia comercial: Remuneración del agenciado al agente, como en este caso particular, remuneración de L’Oreal a Prebel, no existe. Por el contrario, fue Prebel quien a lo largo de 16 años pagó a L’Oreal los porcentajes pactados como reconocimiento al uso o licencia de la marca concedida para los productos fabricados en Colombia por la empresa nacional. Esto en cumplimiento de las claras disposiciones contenidas en los textos de los documentos que regularon el contrato existente entre las partes, que como ya se dijo es a todas luces de Concesión de Licencia de Uso de Marca. No pueden considerarse las utilidades de Prebel en su propio negocio como una retribución de L’Oreal, según tesis del apoderado de Prebel, dado que esas utilidades no son más que el producto de su propio negocio.

III. El objeto del encargo es promover y explotar los negocios del agenciado

A. Medios probatorios examinados

Dictamen pericial financiero: Estados financieros.

Documentales: Certificación comisario de cuentas L’Oreal

Declaraciones: 1. Interrogatorio de parte representante legal L’Oreal. 2. Testimonio Mario Gandolfo funcionario de L’Oreal. 3. Testimonio Rafael Martínez,

accionista Prebel. 4. José Arango Vélez, funcionario Prebel.

2. Testimonio Mario Gandolfo funcionario de L’Oreal

“Cuando yo tomo la responsabilidad me vinculo a Prebel, inmediatamente veo papeles de los cuales soy destinatario como firmas bajo papel membreteado como Colbel, Disbelleza y se me comenta que son circuitos de distribución realizados por Prebel, hago una consulta y se me dice que es entera libertad de Prebel definir los canales de distribución que considerara adecuada ...

“... las regalías fueron pagadas sobre la base contractual, eso era lo que interesaba a París”.

“... Porque el contrato establecía la libertad de Prebel de definir, de elegir a sus propios distribuidores”.

4. Testimonio José Arango Vélez, funcionario Prebel.

“... funcionaban de la siguiente manera: Una sociedad productora que era Prebel y unas sociedades comercializadoras que eran las que hacían las ventas de los productos.

“Prebel y las comercializadoras se manejaban como una sola compañía y solamente se utilizaba la parte de las comercializadoras por una distribución geográfica que dentro del país se hizo, con el objetivo de un mayor posicionamiento comercial y un mayor acercamiento a los clientes a través de ellas.

B. Consideraciones del tribunal

Encuentra el tribunal en la declaración transcrita en el aparte anterior del señor Martínez —accionista y representante legal de Prebel durante muchos años— la clara intención de esa compañía de obtener “líneas de producción” para crecer en el mercado colombiano; para hacer de una empresa familiar una gran industria con negocios propios y enorme capacidad de expansión. Declaraciones como la de José Arango Vélez y Julio César Salazar, funcionarios de Prebel, demuestran que el negocio de fabricación y comercialización de cosméticos de marca L’Oreal por parte de Prebel fue propio, desde 1974 hasta 1993.

No obra en el expediente ninguna prueba que permita al tribunal establecer que L’Oreal asumió riesgo alguno por la operación comercial de Prebel en Colombia. Por el contrario, las vinculaciones financieras de Prebel con las denominadas sociedades puentes Colcos, Colbel y Disbel, cuya constitución y representación fue plenamente demostrada en el proceso, confieren al tribunal la certeza de que Prebel asumió siempre los riesgos de su propio negocio. No aparece en el dictamen pericial financiero, operación contable entre Prebel y L’Oreal diferente a los conceptos de regalías, compra de materias primas o pagos por asistencia técnica, efectuados todos por Prebel a L’Oreal. Ninguno de los declarantes relató

en el proceso hechos tendientes a concluir que L'Oreal dirigía o intervenía en la ejecución del negocio de Prebel desde el punto de vista de organización o dirección financiera.

C. Conclusión

El análisis anterior es suficiente al tribunal para negar la primera pretensión principal de la demanda. Con relación a la fabricación y distribución de productos de L'Oreal por parte de Prebel, denominados en capítulo anterior, elementos no esenciales de la agencia comercial, encuentra el tribunal que está plenamente demostrado en el proceso que Prebel fabricó y distribuyó productos de marca L'Oreal, pero de exclusiva propiedad de Prebel como fabricante y total autonomía en su operación de comercialización y distribución. En otras palabras, Prebel siempre manejó su propio negocio como fabricante profesional de cosméticos, cumpliendo además con L'Oreal las obligaciones derivadas del contrato de concesión de licencia de uso de marca, mediante el pago de las regalías acordadas y la asistencia técnica requerida.

“2. Segunda pretensión principal “Que se declaren como ineficaces las cláusulas del contrato que autorizan la terminación por preaviso y la renuncia por parte de Prebel de la aplicación del artículo 1324 del Código de Comercio”.

El tribunal entiende que esta pretensión contiene dos solicitudes de declaratoria de ineficacia, la primera relacionada con la cláusula que autoriza la terminación del contrato por preaviso, y la segunda la de la renuncia por parte de Prebel de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio.

Respecto de la primera, según lo examinado atrás en capítulo especial (VII), si el contrato hubiera sido de agencia comercial, en sentir del tribunal esa cláusula también habría sido válida, pero no siendo el contrato de agencia comercial como al analizar la pretensión anterior lo dijo el tribunal, no se ve ningún motivo para despachar favorablemente esta parte de la petición.

La segunda declaratoria, relacionada con la ineficacia de la cláusula que contiene la renuncia de Prebel a la aplicación del artículo 1324 del Código de Comercio, al no haberse declarado por el tribunal que el contrato es de agencia comercial, corre la misma suerte de la anterior.

“3. Tercera pretensión principal. “Que se declare que la terminación unilateral que hizo la sociedad demandada L'Oreal, mediante comunicación del 28 de junio de 1993 para que tuviera vigencia a partir del 1º de enero de 1994, respecto al contrato de agencia comercial que la ligó con la sociedad Prebel S.A., carece de justa causa de conformidad con la ley”.

Tal como lo expuso el tribunal en el capítulo VII de este laudo, el contrato que ligaba a las partes terminó por vencimiento del plazo acordado, por tanto no habrá de calificarse de justo o injusto el cumplimiento de un plazo extintivo.

Al no prosperar las tres pretensiones principales de la demanda, no se hace necesario el estudio de las denominadas pretensiones consecuenciales primera, segunda, subsidiaria de la segunda y tercera. Por razón del orden propuesto en la demanda, el tribunal estudiará para decidir las Pretensiones subsidiarias principales.

CAPÍTULO X

Pretensiones subsidiarias

“4. Pretensión primera subsidiaria de la principal. De no declararse el contrato como de agencia mercantil, de todas formas condenar a L’Oreal, a la indemnización de los perjuicios causados por la terminación unilateral del contrato, por lucro cesante y daño emergente, incluyendo todos los daños derivados del cierre de operaciones de Prebel en sus actividades comerciales relativas a los productos L’Oreal y el valor de la totalidad de sus activos patrimoniales derivados de esta actividad mercantil, que como se especificó en la pretensión principal ascienden como mínimo a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros)”.

Tal como lo ha repetido constantemente el tribunal no hubo terminación unilateral del contrato por parte de L’Oreal. Sin embargo, de haberla habido no ve el tribunal qué obligación contractual pudiera haberse violado con ella a efectos de que con tal violación nazca el derecho a solicitar perjuicios. Por esta razón el tribunal negará la pretensión que se examina.

“5. Pretensión segunda subsidiaria de la principal. Que se declare que la sociedad demandada abusó de su derecho, al dar por terminado unilateralmente el contrato que tenía celebrado con la sociedad demandante y que como consecuencia de ello, se le condene al pago de los perjuicios causados con esta actitud, desmedros constitutivos de daño emergente y lucro cesante que incluyen todos los daños causados por el cierre de operaciones en Prebel, de la línea de productos L’Oreal, tanto en sus actividades comerciales como el valor de sus activos patrimoniales destinados exclusivamente al manejo de esta línea. La indemnización asciende a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma deberá cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser

indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma ser actualizada por el sistema determinado por los árbitros”).

1. Legislación aplicable

Artículo 830 del Código de Comercio, Ley 153 de 1887, artículo 8º.

2. Los hechos que según la demanda tipifican el abuso del derecho

En varios apartes de la demanda se relata cómo L’Oreal manifestó por escrito su intención de no renovar el contrato celebrado con Prebel, manifestación que trajo consigo que el contrato terminara el 31 de diciembre de 1993.

En la petición subsidiaria a la segunda principal consecucional se solicita que se condene a L’Oreal por los perjuicios causados “... al dar por terminado el contrato que tenía celebrado con la sociedad demandante ...”.

Esta acusación fue contestada por la demandada así: “Debe rechazarse la pretensión de Prebel tendiente a que se declare que L’Oreal abusó de su derecho al dar por terminado el contrato en forma unilateral y que, en consecuencia, se le condene a pagar perjuicios cuyo monto estima aquélla en diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000). En efecto:

“De una parte no es exacto decir que L’Oreal terminó unilateralmente el contrato con Prebel. Este contrato terminó por haber llegado la época fijada por las partes para que cesaran las obligaciones resultantes del mismo, según consta en la cláusula sexta del contrato de concesión del 1º de marzo de 1990. Y por la negativa de L’Oreal a prorrogar su vigencia, en ejercicio de su opción legítima reconocida por la misma cláusula. No se abusa del derecho cuando se termina una relación contractual de 18 años, siendo así que las partes desde el inicio de su relación de negocios habían contemplado la duración precaria de los contratos y previsto (anticipado y regulado) sus efectos. La pretensión del demandante sí constituye por el contrario, un abuso del derecho”.

3. La acción originada en el abuso del derecho

Hasta la vigencia del Código de Comercio que en forma expresa lo consagra, el tipo legal del abuso del derecho apareció en Colombia como uno de los varios desarrollos jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia ha hecho del artículo 8º, de la Ley 153 de 1887, y que desde la sentencia de la desaparecida sala de negocios general (G.J. XLII, pág. 601), ha venido estudiando y, en oportunidades, dándole la aplicación correspondiente.

El primer numeral de tercer inciso del artículo 95 de la Constitución promulgada en 1991, elevó a deber constitucional esta figura, al decir: “Es deber de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Abusar es, etimológicamente, “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien”. El mismo DRAE define el abuso del derecho en forma equivocada al decir: “Ejercicio de un derecho con ánimo de hacer daño a otro”.

Varias son las tesis sostenidas sobre el abuso del derecho; algunos consideran que para que se configure el fenómeno es necesario que exista dolo, intención de perjudicar; otros en cambio en forma más acertada, consideran que sólo es necesaria la existencia de la culpa, de un error de conducta. Ambas tesis han sido manejadas por nuestra Corte la cual, finalmente, ha hecho suya la segunda en varios casos en los cuales de su aplicación deduce una responsabilidad extracontractual, tal como lo dice en sentencia del 5 de agosto de 1937. (G.J. 1927, págs. 419 a 422), en la cual se lee:

“Comprendido así el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo ... hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada”.

La anterior tesis fue ampliada cuando la Corte entendió, y así lo expresó, que el daño puede tener origen no sólo en la culpa sino también, siguiendo a Josserand, cuando el ejercicio del derecho se exceda o se desvíe de los fines que económicamente le corresponde, causando, claro está, un daño, aunque el titular abusador del derecho no obtenga provecho para sí.

Esta es, precisamente, la tesis que recogió el artículo 830 del Código de Comercio, al decir: “El que abuse de sus derecho está obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Con posterioridad, la Corte en brillante sentencia pronunciada el 19 de octubre de 1994, expediente 3972, con ponencia del doctor Jaramillo Scholls, dejó claro el tipo legal del abuso del derecho puede tener aplicación tanto en el campo extracontractual como en el contractual.

Dijo la Corte en esta oportunidad:

“El deber jurídico de no excederse en el ejercicio de un derecho subjetivo, de evitar su empleo de manera antisocial o inmoral o que contradiga la finalidad socioeconómica que dicha potestad tiene, es parte integrante de toda situación jurídica individual activa o de poder y de carácter patrimonial, su sustancia es por lo tanto la de un deber genérico que toma pie en el principio general de derecho prohibitivo del abuso en cualquiera de sus modalidades y al cual, para decirlo con palabras de un ilustre tratadista, jamás puede serle extraña la materia contractual

pues esta noción moral que como tantas otras viene a fecundar la aptica(sic) juridicidad, "... hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercido de los derechos derivados de los contratos a fin de que este ejercido no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados ...” (Arturo Alessandria Rodríguez, El contrato dirigido, Santiago de Chile, 1942).

Agrega la sentencia:

“Nada hay de insensato en entender, guardando consonancia con estas directrices básicas, que los tribunales sabrán en cada hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el tantas veces citado artículo 830 del Código de Comercio, tomando en consideración que esta ilicitud originada por el “abuso” puede manejarse de manera subjetiva —cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder— o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo”. (Gaceta Judicial 2470, págs. 741 y 749).

En reciente sentencia (oct. 31/95, expediente 701, refiriéndose a un caso similar al presente, dijo la Corte:

“Con todo, la jurisprudencia nacional, bajo la consideración de que los derechos han de ejercerse conforme a la función social que les compete u(sic) sin que puedan atentar contra la justicia que debe presidir las relaciones sociales, tiene precisado que “es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio”, de tal manera que, como “cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad”, cual lo dijo la Corte en sentencia del 21 de febrero de 1938”. (G.J. T. XLVI, pág. 60).

“Reiterada posteriormente, ello significa, entonces que para que pueda incurrirse en abuso del derecho, se hace indispensable que aquél de quien éste se predica incurra en culpa, es decir, en una conducta en la que no habría incurrido otra persona de recto proceder puesta en sus mismas circunstancias, ya que por acción deliberada y a propósito, ya por negligencia o imprudencia en el actuar”.

Aplicadas las nociones anteriores, el cargo tercero que ahora se estudia, no puede prosperar, por las razones que van a expresarse:

Es evidente que, si como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato (la séptima, del celebrado entre las partes el 12 de mayo de 1981), se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada o no prorrogarse por un

término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se dé aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación. Es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad, no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho, como lo afirma el recurrente en casación, máxime si la conducta de la demandada se ajustó a lo previsto en la cláusula séptima del contrato mencionado, consideración ésta que sería suficiente para el fracaso de la acusación que aquí se analiza.

4. La petición

Textualmente dice así: “que se declare que la sociedad demandada abusó de su derecho al dar por terminado unilateralmente el contrato que tenía celebrado con la sociedad demandante ...”.

5. Consideraciones

5.1. Para este tribunal es claro que las partes firmaron dos documentos en los cuales se estipularon obligaciones iguales; el primero en julio de 1974 y el segundo en marzo de 1990.

5.2. En el primero se pactó: “El presente contrato entrará en vigencia el 1º de septiembre de 1974 y durará hasta el 31 de diciembre de 1980. Después del 31 de diciembre de 1980 el contrato se renovará por dos años, a menos de que una de las partes le dé aviso a la otra, por escrito, con seis meses de antelación por lo menos, a la fecha de terminación del respectivo período, de su intención de no renovarlo”. (Cláusula IX, duración).

5.3. En el segundo, el de 1990, se convino: “El presente contrato entrará en vigencia a partir de la solicitud de aprobación del presente contrato por el comité de regalías y durará hasta el 31 de diciembre de 1992. El contrato se renovará por períodos de dos años, a menos que una de las partes le dé aviso a la otra, por escrito, con seis meses de antelación por lo menos, a la fecha de terminación del respectivo período, de su intención de no renovarlo”.

5.4. En junio 15 de 1992 las partes modificaron el contrato (el de marzo de 1990) manteniendo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1992 y reduciendo la renovación automática de dos a un año.

5.5. La temporalidad del contrato fue clara desde su iniciación pues además de pactarse claramente su vigencia, se establecieron las reglas para su liquidación, tal como consta en la cláusula 7ª de los documentos contentivos del contrato.

Por otra parte hay en el expediente claras manifestaciones del propósito de L'Oreal de asociarse con Prebel, sin que esta última haya aceptado, la última de ellas expresada por L'Oreal en documento del 6 de enero de 1992, cuyo contenido (propuesta) no fue aceptado por Prebel.

5.6. Por medio de carta suscrita por el señor Castres Saint Martin el día 8 de junio

de 1993, L'Oreal manifestó a Prebel su intención de no renovar el contrato, por lo cual las partes contratantes aceptaron como fecha de terminación el 31 de diciembre de 1993.

5.7. De lo anterior queda claro para este tribunal que el contrato terminó por vencimiento del término pactado para su vigencia y ejecución y no, como lo afirma el demandante, por terminación unilateral que del contrato hiciera L'Oreal, por lo cual la doctrina de la Corte contenida en la sentencia del 31 de octubre de 1995 antes citada, es aplicable al presente litigio.

“6. Pretensión tercera subsidiaria de la principal. Que se declare que la sociedad demandada incurrió en actos de competencia desleal de que trata el artículo 75 del Código de Comercio y en consecuencia se condene a L'Oreal, al pago de la indemnización por los perjuicios causados a Prebel como consecuencia de los actos de competencia desleal, situación ésta que se configuró por cuanto con los actos de terminación unilateral del contrato vigente con Prebel y posterior apertura en el país de la sociedad Probecol S.A., dedicada a al misma actividad que venía desarrollando Prebel en el ítem de distribución, lo convierte en un competidor comerciante que produjo un daño contrario a la Ley ya las buenas costumbres tal como lo describe el artículo 75 del Código de Comercio. Adicional a ello, que se le prohíba continuar en el ejercicio del comercio, sanción ésta establecida por el artículo 16 del Código de Comercio.

“La sociedad demandada, celebró actos impropios orientados en este caso, a desorganizar la empresa ya obtener los secretos el manejo de la marca, amparados en la firma de un contrato.

Los perjuicios ascienden a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil(sic) pesos (\$ 17.502.750(sic)) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma deberá cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de evaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros)”.

1. Ley aplicable.

Artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio (D. 410/71).

Presunción del artículo 77. Es inaplicable, pues no está acreditada la utilización de propaganda en la forma prevista en el segundo inciso de este artículo.

2. Los hechos que la demanda considera que dan origen a la deslealtad

competitiva

La lectura de la demanda lleva a la conclusión de que, los aspectos fácticos sobre los cuales se fundamenta la petición son los siguientes:

2.1. El sexto párrafo del hecho III.1 (pág. 23 de la demanda, fl., del expediente) que dice:

“El nombre utilizado por L’Oreal es bastante similar al nombre de la sociedad absorbida por Prebel (llamada Probelleza) encargada de fabricar y distribuir los productos Helena Rubinstein, (propiedad de la sociedad L’Oreal) lo que hace suponer la existencia de una actitud que la ley comercial colombiana califica de competencia desleal, pues se trata de un acto realizado por un competidor comerciante que produce un daño contrariado la ley y las buenas costumbres, debido a que no sólo hace uso de un nombre similar que crea confusión en el público, sino que tomó posesión directa de los negocios que venía utilizando la firmar, generando la pérdida del mercado que causó graves perjuicios a Prebel.

La demandada contestó este hecho en la siguiente forma:

“Carecen de fundamento las imputaciones sobre competencia desleal que hace el demandante en el último párrafo de este numeral, y por ellos las rechazo. Lo cierto es que el nombre Probecol se distingue fácilmente del nombre comercial “Probelleza” que, por lo demás, desapareció desde que fue absorbida la sociedad Probelleza por Prebel a principios de 1993. Vale la pena destacar que Prebel nunca antes había formulado reclamo por el uso del nombre Probecol, ni advertido riesgo de confusión. Ni siquiera cuando e representante legal de Prebel firmó conjuntamente con el señor Mario Gandolfo, representante legal de Probecol S.A., una carta dirigida a los clientes de los productos de marca L’Oreal. El hecho de haber firmado la carta y no objetar el uso de la razón social de Probecol, es clara muestra de que Prebel estuvo de acuerdo con el uso de dicho nombre. Por lo tanto, es evidente que la alegación de competencia desleal desaparece por sustracción de materia”.

2.2. Rompiendo la ortodoxia procesal, Prebel en la parte correspondiente de las peticiones, señala otros hechos que tienden, a configurar la competencia desleal.

2.2.1. “La posterior apertura en el país de la sociedad Probecol dedicada a la misma actividad que venía desarrollando Prebel en el ítem de distribución, lo convierte en un comerciante que produjo un daño contrario a la ley y a las buenas costumbres tal como lo describe el artículo 75 del Código de Comercio”.

2.2.2. “La celebración de actos impropios orientados en este caso, a desorganizar internamente la empresa y a obtener los secretos del manejo de la marca, amparados en la firma de un contrato”.

Al oponerse a esta pretensión, la sociedad demandada respondió los hechos envueltos en ella, así:

“La terminación del contrato ocurrió por vencimiento del plazo estipulado, L’Oreal ejerció su derecho cuando optó por no prorrogar el contrato del 1º de marzo de 1990, con estricta sujeción a los dispuesto en su cláusula sexta”.

“Terminada la concesión que otorgó a Prebel el uso temporal de las marcas de L’Oreal y de su tecnología, así como el derecho a distribuir (vender) productos amparados y explotarlos con esas marcas, el concedente recuperó el derecho a usarlas y explotarlas en Colombia, bien directamente o a través de una sociedad filial suya, como lo es, en efecto, Probecol S.A., Prebel no podía seguir explotando las marcas L’Oreal en Colombia, porque la concesión para su uso tenía carácter temporal y la licencia terminó en la forma que previeron las partes en el contrato, Prebel nunca fue titular de las marcas L’Oreal. El ejercicio por L’Oreal de sus derechos no constituye competencia desleal, L’Oreal no renunció a estos derechos, que son inclusive anteriores al contrato de concesión de 1984. Más aún: El respeto de estos derechos por Prebel fue llevado en el contrato a la jerarquía de causa de las obligaciones (ver consideraciones) que asumió L’Oreal frente a Prebel, y que ésta se obligó a respetar, L’Oreal no contrajo frente a Prebel obligaciones de no hacer para cuando terminara el contrato de concesión, en el sentido de abstenerse de usar y explotar sus marcas y tecnología en Colombia. Ni limitó ni condicionó tampoco esos derechos.

“De otra parte, Probecol S.A., es una sociedad dedicada a la importación de productos L’Oreal, objeto social distinto al que desarrolla Prebel.

“L’Oreal no ha realizado actos impropios ni tendientes a desorganizar internamente a Probecol S.A., ni a obtener los secretos del manejo de la marca. Esta pretensión debe ser rechazada. El titular de una marca cuya concesión de uso expiró, tiene el derecho a explotarla, Prebel incurre en el error grave de considerar que tenía derecho a explotar las marcas de L’Oreal.

3. La acción de competencia desleal

El artículo 76 del Código de Comercio establece que esta acción (ordinaria en la época en que sucedieron los hechos y hoy abreviada en virtud de la L. 256/96, art. 24), está radicada en cabeza del perjudicado quien al pedir la indemnización por los perjuicios recibidos podrá, también, pedir las medidas cautelares que estimen necesarias probando, plenamente la infracción y otorgando la caución que se le fije.

La nueva concepción de la llamada competencia desleal es la de que para ser titular de la acción no se requiere ser competidor, ni perjudicado directo, ni recibir un daño cuantificable, y esto se explica fácilmente por cuanto así como algunos de los hechos mencionados en el artículo 75 se refieren a la contraposición de intereses empresariales, otros en cambio se refieren al mercado en general y con él al consumidor. Tenemos entonces que las sanciones a la competencia desleal no han sido establecidas en beneficio de los competidores, su establecimiento también tiene origen en la defensa de la colectividad mediante el control del mercado para que éste se ajuste a las reglas de la buena fe, de la ley, de las

costumbres y de los usos.

Vale la pena anotar que esta concepción a la cual se llegó doctrinalmente (con base en el núm. 9º del art. 76) se ha visto confirmada por la Ley 178 de 1994 (aprobatoria del “Convenio de París para la protección de la propiedad industrial”) y por la Ley 256 de 1996, pues el convenio en su artículo 10 Bis establece para los países signatarios la obligación de asegurar a sus “nacionales una protección eficaz contra la competencia desleal” y la segunda garantiza la libre y leal competencia económica, “... en beneficio de todos los que participen en el mercado ...”.

De lo anterior (art. 76) surgen entonces dos acciones: 1. La declaratoria y de condena, con medidas cautelares; y 2. La preventiva o de prohibición. Para la primera es menester probar el daño, su valor y la relación de causalidad con el hecho imputado el cual también deberá demostrarse. Para la segunda, en cambio, sólo es preciso la demostración del hecho contravencional.

4. La petición

La petición (tercera de la subsidiaria principal), se enmarca en la primera acción antes descrita, la declaratoria y de condena. Entonces es necesario para que tenga una decisión favorable que los hechos imputados se demuestren y constituyan actos de competencia desleal; que estos hechos hayan producido un daño, el cual deberá demostrarse; y, como es lógico, que entre los hechos contravencionales y el daño existía una relación de causalidad.

5. Consideraciones

5.1. Antes se han señalado los hechos que en opinión del demandante, llevaron a L’Oreal a infringir las normas que tipifican determinadas conductas empresariales, infracción o infracciones que ocasionaron perjuicios a la sociedad demandada y que, según la demanda, hacen a L’Oreal acreedora a la sanción establecida en el artículo 16 del Código de Comercio.

Veamos ahora si estos hechos corresponden a los que la legislación vigente en su momento consideraba constitutivos de competencia desleal. Los posibles ataques legales a la competencia se encuentran previstos, repetimos, en los subrogados artículos 75 y 77 del Código de Comercio, vigentes con anterioridad a la Ley 256 de 1996.

José Ignacio Narváez resume el Artículo 76 del Código de Comercio y el artículo 21 de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial (Washington 1929) aprobada por la Ley 59 de 1936, en cuatro grandes grupos:

- i. Prácticas tendientes a sembrar confusión.
- ii. Maquinaciones tendientes a desviar la clientela.
- iii. Prácticas encaminadas a desorganizar a los competidores.

iv. Prácticas que desorganizan el mercado.

5.2. Los hechos que llevaron a la infracción fueron, en resumen: 1. El uso del nombre Probecol por su similitud con Probelleza; 2. Haber asumido a través de Probecol, la distribución de sus propios productos; 3. La realización de actos encaminados a desorganizar la empresa; y 4. La obtención de los secretos de manejo de la marca.

Para el tribunal no es constitutivo de competencia desleal el uso de la palabra Probecol por varias causas: 1. Que Probelleza había desaparecido cuando se constituyó Probecol; 2. Que las palabras Probecol y Probelleza no se prestan para ser confundidas; y 3. Que el nombre utilizado como señuelo de ventas era L'Oreal cuya propiedad no se encuentra en duda.

Es de advertir que la ley defiende los derechos inherentes al nombre comercial y para ello el artículo 609 del Código de Comercio consagra la acción respectiva; igualmente debe el tribunal precisar que según el artículo 610 de la misma obra estos derechos terminan con el retiro del comercio del titular, con la terminación del ramo de negocios para el cual se destine o por la adopción de otro nombre para la misma actividad.

Para el tribunal se encuentra establecido que quien vendía los productos L'Oreal en Colombia era Prebel y no Probelleza. No entiende entonces la imputación que a L'Oreal le hace Prebel en la que se dice que el uso de un nombre similar a Probelleza (así no lo sea) puede inducir en confusión al consumidor y menos entiende cuando fue la misma Prebel, junto con Probecol, la que informó a los clientes que a partir de enero de 1994 los productos L'Oreal serían vendidos por Probecol.

Tampoco constituye competencia desleal asumir la distribución de sus propios productos.

En cuanto a lo que considera la demanda como “actos encaminados a desorganizar la empresa”, este tribunal no encuentra hecho alguno que los describa, ni prueba que los acredite.

La acusación consistente en obtener los secretos de manejo de la marca, además de no estar demostrada, es insostenible pues si L'Oreal ha manejado sus marcas en su país de origen (Francia) y en muchos más, no se entiende como para manejarla en Colombia tuviera que recurrir a una contravención comercial.

De lo anterior se desprende que los actos imputados por Prebel a L'Oreal o no son constitutivos de la infracción señalada, o no se encuentran probados.

5.3. El daño producido por estos hechos, así no sean constitutivos de competencia desleal, o no estén probados, no aparece demostrado, pues ninguna de las pruebas pedidas y practicadas lo fueron para este propósito. No estando acreditado este extremo, es imposible deducir la relación de causalidad.

Lo precedente llevará a que este tribunal niegue la petición a la cual se refiere el aparte 4 anterior .

“7. Pretensión cuarta subsidiaria de la principal. Que se declare que la sociedad demandada se enriqueció sin justa causa a expensas de la sociedad demandante, que sufrió el enriquecimiento consiguiente, fruto de los actos relatados en la demanda, y el esfuerzo promocional desarrollado por Prebel para acreditar los productos de la marca L’Oreal en el país.

Como consecuencia de esta declaración que se condene a la sociedad demandada a indemnizar a la demandante, por el enriquecimiento y beneficio recibido por la primera a expensa de la segunda que asciende a la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

“Esta suma deberá cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros)”.

1. Ley aplicable

Artículo 831 del Código de Comercio Ley 153 de 1887, artículo 8º.

2. Los hechos que según la demanda tipifican el enriquecimiento sin causa

“... es así como ante (sic)de la terminación efectiva del mismo y sólo tres meses después de haber enviado la carta notificando la no prórroga del contrato (dejaba de regir el 1º de enero de 1994) el 21 de octubre de 1992, L’Oreal constituyó la sociedad Probecol la cual se encarga directamente de la distribución y comercialización de los productos que venía desarrollando Prebel apoyada en los documentos de 1974 y 1990”.

“Si Prebel tardó tres años después de firmado el contrato con L’Oreal para comenzar a vender los productos, fue precisamente porque debió proceder a la promoción de la marca, los productos, y a la elaboración de estudios de mercado para arriesgarse al lanzamiento de los productos, situación ésta por la que no tuvo que pasar L’Oreal con su nueva sociedad constituida en Colombia ya que inmediatamente comenzó a funcionar en el año de 1994 alcanzó ventas de \$ 3.172.672.795. Según información que consta en el documento de renovación de matrícula mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá que se anexa en el acápite de pruebas”.

“Esta actitud originó entonces para L’Oreal un enriquecimiento sin causa, pues a

expensas de la sociedad demandante se apropió de un mercado amplio y bien posicionado en el territorio nacional por el esfuerzo promocial desarrollado por Prebel durante veinte (20) años en ejecución del contrato acreditando los productos de la marca L'Oreal. El enriquecimiento de L'Oreal y correlativo empobrecimiento de Prebel, equivale al valor de la empresa desarrollada por Prebel que es del orden de los dieciséis mil novecientos cinco millones de pesos (\$ 16.905.000.000), el desplazamiento patrimonial de Prebel carece desde el punto de vista legal de una causa que lo justifique”.

La sociedad demandada manifestó al respecto: “... la acción *in rem verso* sólo procede en ausencia de un contrato”.

3. La acción originada en el enriquecimiento sin causa

Hasta la vigencia del Código de Comercio que en su artículo 831 lo consagra, el tipo legal del enriquecimiento sin causa apareció en Colombia como otro de los desarrollos jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia ha hecho del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, y que desde la sentencia de la desaparecida sala de negocios generales de septiembre de 1935, ha venido estudiando y en algunas oportunidades dándole aplicación.

Los principales estudiosos de las obligaciones Ospina, Pérez, Vives y Tamayo, llegan a las mismas conclusiones a las cuales ha llegado la Corte. En sus exposiciones reiteran la estructuración de esta teoría, utilizando para ello las mismas bases doctrinales de la Corte.

Por lo anterior llegan a la conclusión de que para que exista el enriquecimiento sin causa se requieren cinco condiciones: 1. Un enriquecimiento; 2. Un empobrecimiento; 3. Una relación de causalidad entre los dos; 4. La ausencia de causa y 5. La ausencia de cualquier otra acción.

En varias sentencias, entre ellas, la de septiembre 6 de 1935, noviembre 19 de 1936, marzo 27 de 1939, la Corte resumió lo relativo al enriquecimiento sin causa en la siguiente forma:

“Esta doctrina que tiene en la legislación colombiana apoyos tan fundamentales como las normas contenidas en el capítulo 2º del título 33 del libro IV del Código Civil, pago de lo no debido y artículo 1524 de la misma obra, no puede aplicarse sino con ciertas restricciones y que dan el fundamento para establecer la acción de *in rem verso*: a) Es necesario que haya habido un enriquecimiento; b) Un empobrecimiento correlativo; c) Es preciso que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin causa; d) Es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de *in rem verso* tiene un carácter esencialmente subsidiario, y e) Por último esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley”.

De esto queda claro que si los cinco requisitos antes mencionados no se reúnen, no será procedente la acción de reintegro cuyo origen es el enriquecimiento sin

causa.

Decir enriquecimiento y empobrecimiento es suficientemente claro y son fenómenos que no requieren mayor explicación. Significan, sencillamente, el aumento y la disminución de dos patrimonios. Por esto el aumento y la disminución deben ser correlativos esto es, entre ellos debe existir una relación de causa a efecto, el uno aumenta en virtud de que el otro disminuye. Además, tanto el aumento como la disminución deben carecer de causa. Reunidas estas condiciones habrá de estudiarse si el patrimonio disminuido tiene alguna acción legal para buscar mediante su ejercicio el reintegro de la parte que se ha desplazado hacia el patrimonio enriquecido; si la tiene no podrá hacer uso de la acción del enriquecimiento sin causa pues esta es, sin lugar a dudas, una acción que sólo aparece en ausencia de todas las demás.

4. La petición

“Pretensión cuarta subsidiaria de la principal. Que se declare que la sociedad demandada se enriqueció sin justa causa a expensas de la sociedad demandante, que sufrió el enriquecimiento consiguiente, fruto de los actos relatados en la demanda, y el esfuerzo promocional desarrollado por Prebel para acreditar los productos de la marca L’Oreal en el país. Como consecuencia de esta declaración, que se condene a la sociedad demandada a indemnizar a la demandante, por el enriquecimiento y beneficio recibido por la primera a expensas de la segunda que asciende la suma de diecisiete mil quinientos dos millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 17.502.750.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso”.

5. Consideraciones

5.1. Antes se ha visto que la acción de enriquecimiento sin causa es una acción de reintegro, por medio de la cual se busca la recomposición de un patrimonio que se ha visto disminuido incausadamente a favor de otro.

No se trata, entonces, de una acción de perjuicio es, se repite, una acción de reintegro.

5.2. Dado que uno de sus requisitos es el de la ausencia de cualquier otra, la acción de enriquecimiento incausado es autónoma y no puede presentarse como subsidiaria de otras.

5.3. Sus dos extremos el enriquecimiento y el empobrecimiento, deben ser plenamente probados para, luego, establecer la relación de causalidad y la ausencia de causa con el fin de poder analizar si existe alguna acción diferente a la de enriquecimiento sin causa.

Como se ve, no es una acción que se presente con facilidad; por el contrario, como lo dice Alberto Tamayo Lombana:

“... las condiciones a que está sometida son realmente severas. Por lo cual opina el tratadista Dupichot que las condiciones de funcionamiento de esta acción son tan draconianas que ella no tiene manera de obrar. Y que por tal razón esta institución creada por la jurisprudencia es célebre en la facultad de derecho pero poco práctica”.

Todo lo anterior conduce a que este tribunal niegue la pretensión cuarta subsidiaria de la principal.

CAPÍTULO XI

Excepciones propuestas por L’Oreal

Como será negada la totalidad de las pretensiones el tribunal no considera necesario pronunciarse sobre las excepciones formuladas por L’Oreal, como quiera que las opuestas por éste no son verdaderas excepciones sino defensas encaminadas a mostrar la falta de condiciones de las acciones ejercidas, salvo la de prescripción que se hace también innecesario examinar ya que no prosperan las pretensiones del demandante Prebel.

CAPÍTULO XII

Costas

Con base en el artículo (sic), numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, el tribunal condenará en costas a la parte vencida en el proceso, según la siguiente:

Liquidación (CPC, art. 393, núm. 2º)

1. Costos según acta de instalación

Honorarios árbitros	\$ 420.000.000
Honorarios secretaria	\$ 70.000.000
Gastos de funcionamiento y admon.	\$ 17.495.000
Protocolización registro y otros	<u>\$ 42.505.000</u>
	\$ 55.000.000
2. Honorarios peritos ingenieros (acta 2)	\$ 14.000.000
3. Honorarios peritos economistas (acta 2)	<u>\$ 40.000.000</u>
	\$ 54.000.000

LAUDOS CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

4. Gastos peritos ingenieros (acta 23)	\$ 1.320.000
5. Gastos peritos economistas (acta 23)	<u>\$ 9.510.000</u>
Total	\$ 614.830.000

Por razón de haber sido cancelados los costos anteriores por mitades por las partes durante el proceso, Prebel deberá cancelar a L'Oreal la suma asumida por ésta parte procesal, o sea la cantidad de \$ 307.415.000.

6. Agencias en derecho	<u>\$ 140.000.000</u>
	\$ 447.415.000

Parte resolutive

En mérito de lo expuesto:

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias sometidas por Preparaciones de Belleza S.A., "Prebel S.A.", y "L'Oreal", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

1. Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas por L'Oreal a los dictámenes periciales técnico y financiero rendidos dentro del proceso.
2. Negar las pretensiones principales, consecuenciales y subsidiarias de la demanda y en consecuencia absolver a L'Oreal de todas las peticiones y condenas solicitadas por Preparaciones de Belleza S.A. "Prebel S.A."
3. De conformidad con lo dicho en la parte motiva no es el caso de hacer pronunciamiento alguno en relación con las excepciones propuestas por L'Oreal.

(FALTANTES PÁGINAS 153 Y 157)
