

RV: SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN ART 14 DECRETO 806 DE 2020 RAD: 2020-00106-02

Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva <secscnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 24/03/2022 14:58

Para: Lizeth Andrea Cuellar Oliveros <lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Yulieth Alexandra Escobar Sanchez <yescobas@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Nilson Alirio Muñoz Beltran <nmunozb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: julian david trujillo medina <judatru13@hotmail.com>

Enviado: jueves, 24 de marzo de 2022 2:42 p. m.

Para: Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva <secscnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN ART 14 DECRETO 806 DE 2020 RAD: 2020-00106-02

Cordial saludo, ruego que se incorpore el presente escrito en el proceso de la referencia:

**Honorable
Magistrada Dra. ANA LIGIA CAMACHO
TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA – SALA CIVIL
Ciudad**

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

DEMANDANTE: NESTOR NUÑEZ Y OTROS

DEMANDADO: PARMALAT

Rad: 41001-31-03-005-2020-00106-02

Honorable

Magistrada Dra. ANA LIGIA CAMACHO

TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA – SALA CIVIL

Ciudad

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

DEMANDANTE: NESTOR NUÑEZ Y OTROS

DEMANDADO: PARMALAT

Rad: 41001-31-03-005-2020-00106-02

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CONFORMIDAD A LO ORDENADO EN EL ARTICULO 14 DEL DECRETO No. 806 DE 2020

JULIAN DAVID TRUJILLO MEDINA, reconocido en autos como apoderado del demandando POLISERVICIOS LTDA, me permito presentar **sustentación del Recurso de Apelación de conformidad a lo ordenado en el artículo 14 del Decreto No. 806 de 2020** dentro del término legal dispuesto, que pido se tengan en cuenta al fallar el fondo de la Litis, así:

OPORTUNIDAD

El AUTO calendado del pasado 16 de marzo y fijado en el estado del 17 de marzo ambos de 2022, por medio del cual se ADMITE el presente recurso de alzada, se debe contabilizar su término de acuerdo al artículo 14 del decreto 806 de 2020, según el cual se tienen cinco días para sustentar el recurso de apelación.

Por ende dicho término vence el día 25 de marzo de 2022. Fecha dentro de la cual se presenta el presente memorial.

REPAROS CONCRETOS

PRIMER REPARO CONCRETO:

VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL CGP

Este reparo se sustenta en que en el presente fallo, el *AD QUO* no cito una sola norma, jurisprudencia o doctrina relativa **a porque un Contrato de Suministro por Distribución se convierte es un Contrato de Distribución por Concesionario**, pues pareciera que se limitó a su criterio sin ningún tipo de apoyo que así lo respaldase.

Lo cual conllevan a colegir que la valoración que hizo la AD QUO de todas las pruebas estuvo completamente desprovista de la sana crítica, denotando más bien una confianza o creencia desmesurada, infundada e irreflexiva en su mera opinión.

El artículo 7 del C.G.P reitera la sujeción de los jueces al imperio del Derecho, lo que incluye la obligación de tener en cuenta la jurisprudencia y la doctrina probable incluso en lo relativo a la carga dinámica de la prueba; **así como la obligación de "exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos" en caso de apartarse de la doctrina probable en la materia o de cambio de criterio en casos análogos.** Pues dicha norma reza:

"ARTÍCULO 7o. LEGALIDAD. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos."(Negrilla y subrayado fuera de texto)

La importancia de la jurisprudencia de los órganos de cierre, se debe a que contiene fuerza normativa y garantía de seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia, sin embargo el acatamiento de la misma no constituye una obligación absoluta para el juez, **en la medida en que tiene la posibilidad de apartarse de la doctrina probable siempre que dé a conocer de manera clara las razones por las cuales se aparta en su decisión.**

2

Respecto de **la posibilidad de apartarse de la doctrina probable** que trae el artículo 7 del CGP, la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001 dejó claro que dicha posibilidad existe, tanto para la misma Corte Suprema respecto de su doctrina judicial como para los jueces de inferior jerarquía, pero siguiendo una carga argumentativa, que por supuesto se diferencia respecto del órgano que pretenda el distanciamiento. Así, la sentencia indicó:

"Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas."(Negrilla y subrayado fuera de texto)

En dicha decisión, esta Corporación, explicó que para evitar que los jueces sean caprichosos al apartarse de una decisión, si bien no están obligados de forma absoluta al seguimiento del precedente, al apartarse, los jueces *"están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión."*

Es en ese sentido que la Corte Constitucional en pacífica jurisprudencia ha manifestado en sentencias como la SU-047/99, que el juez puede distanciarse de la doctrina probable siempre y cuando exponga clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican la razón por la que decide apartarse de ella.

De igual manera, la Corte Constitucional ha dicho que la importancia de la doctrina probable y la jurisprudencia radica en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.

Pues en Sentencia C-836 del 2001 dijo que el derecho a la igualdad ante la Ley e igualdad de trato por parte de las autoridades obliga especialmente a los jueces a **que NO desconozcan caprichosamente la jurisprudencia y traten de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia,** pues en dicho fallo dijo:

“Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En síntesis, apoyado en las normas, la jurisprudencia y la doctrina debió el AD QUO en primera medida, **determinar si un CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN era un CONTRATO DE SUMINISTRO o no;** y la respuesta era que SI de acuerdo a la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; veamos:

EL CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN

El contrato de SUMINISTRO DE DISTRIBUCIÓN tiene una fisonomía propia que hace que no pueda ser confundido con otros contratos mercantiles, **toda vez que NO es otra cosa que un CONTRATO DE SUMINISTRO en una de sus varias modalidades**, una de ellas es el suministro a un consumidor final y la otra es a un intermediario que se encarga de la comercialización del producto, **sin embargo sigue siendo un contrato TÍPICO ósea regulado de manera expresa por los artículos 968 a 980 del Código de Comercio.**

3

De hecho en reciente jurisprudencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA CIVIL, con ponencia de la Magistrada Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO en fallo calendarado del pasado 15 de febrero de 2018 (*SC170-2018 – RAD. 11001310303920070029901*) **estableció que el contrato de SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN, se encuadra es dentro de uno de SUMINISTRO lo cual lo convierte en un contrato TÍPICO que se rige por sus reglas fijadas en el Código de Comercio,** pues sobre el particular dijo:

“1. Como viene de registrarse, el fallo desestimatorio de las pretensiones dictada en primera instancia fue apelado por la sociedad demandante y el tribunal al desatar dicha impugnación, **, confirmo tal proveído modificándolo para declarar la existencia de un contrato de suministro para distribución** celebrado el 26 de marzo de 2002, el cual se dio por terminado el 26 de marzo de 2004, confirmando la negativa de las restantes pretensiones, particularmente la imputación de incumplimiento contractual que se imputa a la demandada y las consecuentes condenas patrimoniales que se estima de ello se generan.

(...)

3. La Corte en resumen, coligió la comisión por parte del tribunal, en primer lugar, de error de hecho en la apreciación de las pruebas, particularmente el contrato de distribución celebrado entre las partes el día 26 de marzo de 2002 y la misiva del 25 de marzo de 2004, mediante la cual PHILIP MORRIS COLOMBIA S.A., de manera unilateral, puso fin al vínculo negocial que lo ligaba con MARCAR DISTRIBUCIONES LTDA. pues: **“en el entendido que en el negocio aquí concertado por las partes (suministro para distribución), en la medida que no cuenta con una regulación normativa que lo regente, como quedó plasmado en párrafos anteriores, situación que habilito encuadrarlo en el de suministro, por razón de esta hermenéutica, el tribunal debió aplicar al presente asunto esa regla”, refiriéndose a la contenida en el artículo 977 del código de comercio y, en ese orden: “inevitable era entonces, la presencia de un aviso anticipado para considerar que la culminación del negocio resultaba ajustada a la legalidad, evitando así la sorpresa o informe inesperado de su finalización.”**(Negrilla y subrayado fuera de texto)

La jurisprudencia antes citada, no es nueva, puesto que dicha tesis según la cual **se considera que el contrato que más cercanía tiene con el denominado Contrato de Suministro para Distribución es el contemplado en el artículo 968 del Código de Comercio bajo el nombre de SUMINISTRO.**

Así lo dijo la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA CIVIL, con ponencia de la Magistrada Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO en fallo calendarado del pasado 13 de mayo de 2014 (**SC 5851-2014** Ref.: Exp. 11001 31 03 039 2007 00299 01), donde el particular dijo:

“4. En el asunto objeto de examen, el negocio de suministro para distribución que vinculó a las partes de este litigio, realizado en ejercicio pleno de la potestad atribuida por la legislación vigente y reflejo inequívoco de la aludida voluntad privada, en los precisos términos que fue concebido, en rigor, **no contiene regulación específica en las disposiciones actuales;** no empece su frecuente utilización en actividades de comercio, no hay un referente de orden legal concreto, que regente su definición, formación, desarrollo y maneras de culminar dicho pacto.

El antecedente más próximo, de carácter normativo, aparecía en el artículo 975 *in fine* del Código de Comercio bajo el siguiente texto:

“El que recibe el suministro en calidad de distribuidor asume la obligación de promover, en la zona que se designe, la venta de mercancías o servicio de los cuales tiene la exclusividad y responde de los perjuicios en caso de incumplimiento de tal obligación, aunque haya cumplido el contrato en la cuantía mínima fijada”.

Sin embargo, esta disposición fue derogada expresamente por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996, sin que se haya introducido regla alguna de semejante o parecida textura,

ni contenido que supliera la deficiencia aquí resaltada, luego, salvo esa restringida memoria alrededor de dicho negocio jurídico, hoy retirada del ordenamiento, refulege inexistente alguna reglamentación legal aneja al punto.

En efecto, al no estar regido por norma general o especial, es de los clasificados en nuestro ordenamiento como atípico; luego, el tratamiento que ha de merecer exige acudir a la analogía, lo que implica evocar la convención que más se asemeje a su naturaleza y características, para, una vez subsumido en las disposiciones que le son propias, se realice la adecuación jurídica que lo habilite y, por ahí mismo, desplegar las reglas de interpretación connaturales a esta clase de convenios.

(...)

6. Plasmado lo anterior, se considera que el contrato que más cercanía tiene con el denominado por las partes, de suministro para distribución es el contemplado en el artículo 968 del Código de Comercio bajo el nombre de suministro y, definido así:

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

5

6.1. Esa referencia legal atiende con suficiencia el tema auscultado, máxime que, en el presente asunto, la estructura negocial ajustada por los litigantes alude a la provisión permanente de mercancías a instancia de la demandada y en favor de la actora.

(...)

7. Aunado a lo anterior, cumple reiterar que, igual que todo vínculo negocial, el concertado por los aquí contendientes, está sujeto a las reglas generales de interpretación anejas a cualquier acuerdo, atendiendo por supuesto, su naturaleza y características, como así lo regulan los artículos 1618 y ss del Código Civil Colombiano.

La conjugación de los aspectos referidos precedentemente, conducen a establecer un marco normativo idóneo y suficiente en procura de clarificar las directrices jurídicas, incluyendo las reglas de interpretación que gobiernan la convención celebrada por las partes y, así, evidenciar tanto el alcance de sus compromisos como los parámetros a seguir para la finalización del mismo.

(...)

11. Ahora, en el entendido que el negocio aquí concertado por las partes (suministro para distribución), en la medida en que no cuenta con una regulación normativa que lo regente, como quedó plasmado en párrafos anteriores, situación que habilitó encuadrarlo en el de suministro, por razón de esa hermenéutica, el Tribunal debió aplicar al presente asunto esa regla; inevitable era, entonces, la presencia de un aviso anticipado para considerar que la culminación del negocio resultaba ajustada a la legalidad, evitando así la sorpresa o informe inesperado de su finalización.

Pautas que sobre el particular no resultan aisladas; no es, siquiera, regulación en torno a uno solo de los aspectos que inciden en el desarrollo de asuntos similares, sino, contrariamente, reflejan una tendencia reiterada y constante de los marcos jurídicos pertinentes y, de ahí, que en el artículo 972 *ib.*, en cuanto a las obligaciones que cada parte soporta, cuando no se ha fijado un término para su cumplimiento, determina la necesidad de un preaviso o anuncio anticipado sobre el momento de su ejecución. Todo, sin duda, converge en que la extemporaneidad es un asunto que repele el desarrollo del contrato de marras.

12. Planteamientos de esas características trae consigo la evaluación, muy oportuna, atinente a si el preaviso o anuncio anticipado de la cesación del convenio es un asunto de libre disposición de las partes o, contrariamente, les está restringido disponer a su arbitrio de dicha prerrogativa; en otros términos, corresponde examinar la legalidad de una eventual renuncia o modificación de tal garantía.” (Negrilla, fuente y subrayado fuera de texto)

6

En este punto, huelga recordar al *AD QUEM*, que dicha jurisprudencia fue puesta en conocimiento del *AD QUO* no una sino en dos oportunidades procesales. Pues se le cito de manera escrita en el memorial con que se describió el traslado de las excepciones de la demandada, y luego otra vez de manera oral durante los alegatos de conclusión; luego no era un antecedente nuevo ni mucho menos ajeno al juez de instancia.

Ahora bien, establecido por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que un “*contrato de suministro para distribución*”, debía encuadrarse dentro de uno de **SUMINISTRO**, el cual es típico y cuyos requisitos están plenamente definidos en el Código de Comercio; en ese sentido, el deber del AD QUO era establecer las diferencias principales entre un CONTRATO DE SUMINISTRO y uno de AGENCIA COMERCIAL. **Y no como erradamente lo hizo de comparar la Agencia Comercial con un Contrato de Distribución por Concesionario.**

Toda vez que el AD QUO dijo en su fallo de manera caprichosa, arbitraria y sin ningún respaldo jurisprudencial, **que un “*contrato de suministro para distribución*” a su juicio es un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR**

CONCESIONARIO, por ende es un contrato atípico que no se rige por el Código de Comercio, pues así quedo registrado en su sentencia; veamos:

(Ver archivo No. 42 que contiene la lectura del fallo en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de los 46 minutos con 00 segundos)

JUEZ: Se tiene entonces que el resultado de esta elucubración y esta hermenéutica interpretativa del contrato, de los contratos allegados, y conocida la intención de estas partes, en lo que resulta entonces preponderante es saber, si efectivamente coincida la intención, efectivamente la misma concuerda con lo expresado al tenor literal de lo reseñado en los mencionados contratos aducidos por la parte actora al momento de presentar la demanda.

Y luego de hacerse un análisis de todos los contratos pero particularmente del último celebrado con EMCOLAC, ya que justamente es objeto de un presunto incumplimiento, se tiene que en el mencionado contrato aduce que se está en presencia de un **CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN** celebrado entre PARMALAT y la hoy firma EMCOLAC, cuyo objeto era que el proveedor suministra a título de venta real y efectiva al mayorista para su posterior reventa en un territorio asignado, del producto de leche y sus derivados. Estableciéndose que cada suministro constituye una venta en firme.

Eso lo dice el objeto contractual del mencionado contrato, pero además en la CLÁUSULA DECIMA, y haciéndose una interpretación sistemática del mencionado contrato, se habla de que las ventas que se hacen del proveedor al mayorista, se hacen no a través de la figura de la agencia comercial, si no que en todo caso se entenderá que en el caso de hacer una interpretación se está en presencia, no de una agencia comercial si no que se está en presencia de un contrato de intermediación o de mandato de acuerdo al proveedor.

Eso lo dice en un párrafo del numeral o del acápite DECIMO PRIMERO del mencionado contrato, al decir lo siguiente: *“En todo caso el mayorista no es ni actuara en ninguna caso como representante, agente o intermediario o mandatario del proveedor”*. Eso se señala cuando se trata de cuestionar digamos la verdadera intención de las partes a través de la interpretación sistemática que se haga de este último contrato.

Y se señala más adelante en la CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA: *“Pues la real intención de las partes, es celebrar un **CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN** y no otro distinto”*. Eso igualmente se señala en una de las clausulas, específicamente en la CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA del mencionado contrato.

Ello significa, esto es que no solamente la intención de las partes, sino al hacerse una interpretación sistemática del último contrato celebrado con EMCOLAC, efectivamente las partes fijan los termino y condiciones en que va a girar esa relación comercial **y que dan cuenta como alega la parte demandada en sus alegatos que no se está en presencia de un contrato de agencia comercial, sino lo que yo denomino**

un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN A TRAVÉS DE CONCESIONARIO, que en este caso sería EMCOLAC, representada por el señor Néstor Núñez Romero.

CONTRATO este de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, en donde efectivamente el concesionario el señor Néstor Núñez Romero, es el que está obligado a promover las ventas, prestar la clientela, a prestar el servicio con periodicidad a esas, a contribuir con los gastos de la propaganda de los productos, a respetar los precios que el principal establece y a asegúrale una cifra mínima de ventas.

Significando con ello, que en este caso el concesionario, en este caso el señor Néstor Núñez Romero actuó en el caso que nos ocupa en su propio beneficio. Al adquirir los productos a la firma PARMALAT para a través de la reventa o la venta, o mejor de la reventa y colocarlos en el mercado, en una clientela que ellos en este caso, la parte actora era la encargada de conseguirlos y no la parte demandante en este asunto.

Asumiendo igualmente la demandante en este asunto los riesgos que en su momento dado, implicaba la asunción de esta relación comercial por concepto de pérdidas o devoluciones por parte de los tenderos, **lo que significaba que en su momento dado no se está en presencia de una relación o una agencia comercial, sino vuelvo y reitero en lo que yo denomino un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO**, contrato este que resulta ser digamos atípico en este escenario que hoy nos ocupa.”(Negrilla y subrayado del transcriptor.)

Lo que se reprocha, es que el propio AD QUO acepta y da por probado que cada uno de los contratos celebrados entre PARMALAT y los demandantes se trataban de “*Contratos de Suministro para Distribución*”, pues en el aparte del fallo antes transcrito reza la parte según la cual dijo:

8

“(Ver archivo No. 42 que contiene la lectura del fallo en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de los 46 minutos con 49 segundos)

JUEZ:Y luego de hacerse un análisis de todos los contratos pero particularmente del último celebrado con EMCOLAC, ya que justamente es objeto de un presunto incumplimiento, **se tiene que en el mencionado contrato aduce que se está en presencia de un CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN celebrado entre PARMALAT y la hoy firma EMCOLAC**, cuyo objeto era que el proveedor suministra a título de venta real y efectiva al mayorista para su posterior reventa en un territorio asignado, del producto de leche y sus derivados. Estableciéndose que cada suministro constituye una venta en firme.” (Negrilla y subrayado por el transcriptor)

Y a pesar de ello, en una clara violación de lo preceptuado en el artículo 7 del CGP por NO **“exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos para apartarse de la doctrina probable”** de la Corte Suprema de Justicia antes citada; **concluyo en su fallo que un “contrato de suministro para distribución” a**

su juicio es un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO. Pues así quedo registrado en su fallo:

“(Ver archivo No. 42 que contiene la lectura del fallo en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de los 49 minutos con 45 segundos)

JUEZ: Y se señala más adelante en la CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA: **“Pues la real intención de las partes, es celebrar un CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN y no otro distinto”**. Eso igualmente se señala en una de las cláusulas, específicamente en la CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA del mencionado contrato.

Ello significa, esto es que no solamente la intención de las partes, sino al hacerse una interpretación sistemática del último contrato celebrado con EMCOLAC, efectivamente las partes fijan los termino y condiciones en que va a girar esa relación comercial y **que dan cuenta como alega la parte demandada en sus alegatos que no se está en presencia de un contrato de agencia comercial, sino lo que yo denomino un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN A TRAVÉS DE CONCESIONARIO**, que en este caso sería EMCOLAC, representada por el señor Néstor Núñez Romero.

CONTRATO este de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, en donde efectivamente el concesionario el señor Néstor Núñez Romero, es el que está obligado a promover las ventas, prestar la clientela, a prestar el servicio con periodicidad a esas, a contribuir con los gastos de la propaganda de los productos, a respetar los precios que el principal establece y a asegúrale una cifra mínima de ventas.” (Negrilla, fuente y subrayado por el transcriptor)

Vemos entonces que el AD QUO, se apartó sin justificación alguna de la línea jurisprudencial fijada por la Corte Suprema de Justicia, en relación a que un “*Contrato de Suministro para Distribución*”, se encuadra es dentro de un CONTRATO DE SUMINISTRO lo cual lo convierte en un contrato TÍPICO que se rige por sus reglas fijadas en el Código de Comercio, **lo cual EVIDENCIA un error manifiesto o “de bulto” en la tesis usada para resolver el presente proceso.**

En ese orden de ideas, y analizando la jurisprudencia vigente del órgano de cierre en el caso *sub exámine*, a la luz de esta figura, se llega a la conclusión de que el proceso valorativo del AD QUO, desconoció que un “*Contrato de Suministro para Distribución*”, se encuadra es dentro de un CONTRATO DE SUMINISTRO.

Aunado por **la configuración de una evidencia que se mostraba rápida y detonante;** según puede colegirse de un examen armónico entre lo confesado por

la representante legal de PARMALAT y las aseveraciones hechas en la contestación de la demanda que no fueron desvirtuadas en el curso del proceso. Y esa evidencia palpable, monumental y directa, se oponía indefectiblemente a una conclusión contraria a la negativa del pago de la indemnización solicitada en la presente demanda.

SEGUNDO REPARO CONCRETO:

EL ANÁLISIS DEBIÓ CENTRARSE EN COMPARAR SI ESTÁBAMOS EN PRESENCIA DE UN CONTRATO DE SUMINISTRO O EN UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

En el presente proceso, no era OBJETO DE DEBATE establecer si estábamos en presencia de un CONTRATO DE SUMINISTRO o de uno de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, por las confesiones vertidas por la apoderada de PARMALAT en la contestación de la demanda (*art. 193 del CGP*), la confesión vertida por la representante legal de PARMALAT durante el interrogatorio de parte y lo dicho por uno de los testigos de PARMALAT quien dijo ser su directora jurídica en la época en que ocurrieron los hechos; donde todos aceptaron que lo que habían suscrito las partes eran CONTRATOS DE SUMINISTRO.

Y acá, radica la inconformidad con la manera como el AD QUO resolvió el presente litigio, **pues al proferir su fallo OMITIO completamente los hechos aceptados por la parte demandada, que lo imposibilitaban a adecuar los contratos que se demandaban dentro de uno de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, a pesar de que PARMALAT acepto que se trataban de unos CONTRATOS DE SUMINISTRO;** luego no ha debido ser objeto de debate establecer si un contrato de suministro de distribución es realmente un contrato de distribución, porque ya estaba aceptado por la demandada que se trataban de contratos de suministro.

10

Y lo que ha debido hacer el juez, era verificar si las cláusulas de esos contratos de suministro tenían requisitos esenciales de contratos de agencia comercial o no.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pues si se revisa el escrito de contestación, y el propio video de la audiencia, donde la abogada de PARMALAT durante la etapa procesal de "*fijación del litigio*" de viva voz da como ciertos los hechos 13, 15, 16, 17 y 18, los cuales rezan lo siguiente:

Al responder el hecho 13 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto, los cuatro Contratos a los que hace referencia este hecho corresponden a diferentes **Contratos de Suministro para la Distribución** (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al responder los hechos 15, 16 y 17 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto, la real intención de las partes fue la de celebrar **un contrato de suministro para la distribución**. Solicito que se tenga como CONFESIÓN de los Demandantes respecto a la real intención de éstos al celebrar los contratos objeto de esta demanda con Parmalat.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al responder el hecho 18 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto, **la real intención de las partes fue la de celebrar un contrato de suministro para la distribución**. Solicito que se tenga como CONFESIÓN de los Demandantes respecto a la real intención de éstos al celebrar los contratos objeto de esta demanda con Parmalat.

Por lo demás, se trata de la transcripción del artículo 968 del Código de Comercio, al cual, el mismo demandante CONFIESA regía la relación comercial con Parmalat. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior se concluye que la parte demandada ACEPTA que: **“la real intención de las partes fue la de celebrar un contrato de suministro para la distribución”** y que como ya se advirtió líneas arriba, en palabras de la propia corte, se trata de es de verdaderos CONTRATOS DE SUMINISTRO, ósea contratos típicos regidos por artículo 968 del código de comercio y demás concordantes.

11

Inclusive, si el AD QUO hubiese sido más cuidadoso, se hubiera percatado, que PARMALAT al contestar los hechos 65 y 117 confirma que se trataba de CONTRATOS DE SUMINISTRO, veamos:

Al responder el hecho 65 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto que **los Contratos de Suministro para la Distribución** como lo fueron (...).

Señalo incluso que se trata de contratos típicos regulados en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al responder el hecho 117 PARMALAT en su párrafo segundo, dijo lo siguiente:

“Es cierto que cada uno de los Contratos mencionados en esta contestación **fueron inequívocamente contratos de suministro para la distribución.**”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL

Si la propia apoderada de PARMALAT, a lo largo de su escrito de contestación de la demanda ACEPTA de manera clara e inequívoca que lo suscrito entre las partes fue un "**Contrato de Suministro para Distribución**", **que en palabras de la propia corte debe entenderse como un CONTRATO DE SUMINISTRO**, vemos que el efecto que tiene lo dicho en el escrito de contestación de la demanda no es otro que el contenido en el artículo 193 del CGP que reza:

“ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Dentro de este contexto, resulta comprensible que el legislador demande que, para estos actos procesales (*demanda, las excepciones y las correspondientes contestaciones*), **se exija un especial compromiso de veracidad entre el poderdante y el apoderado, presumiendo siempre que este último confiese en nombre del primero.**

Es así, que la CORTE CONSTITUCIONAL al declarar la exequibilidad del artículo 193 del C.G.P en la sentencia C - 551 de 2016, dijo sobre el particular:

7.3 Para la Corte la presunción establecida por el legislador consistente en que el apoderado judicial **siempre podrá confesar** en la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario, decisión que no admite estipulación que prive al abogado de tal facultad, **persigue fines legítimos y constitucionalmente importantes, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta.** Adicionalmente, tal decisión no infringe ninguna prohibición expresa que haya consagrado el constituyente en el texto constitucional.

Como se determinó en un pasaje anterior, el esquema adoptado por el Congreso de la República busca la satisfacción del ejercicio más completo de la garantía de una mayor eficiencia en la administración de justicia, **responsabilizando en un grado elevado y generando un compromiso inescindible –aunque mediara la voluntad de hacerlo- entre la parte y su apoderado respecto de lo que se confiesa en ciertas actuaciones que resultan definitorias para el adecuado trámite del proceso,** como son las previstas en el artículo demandado. La eficaz administración de justicia se relaciona además íntimamente con la posibilidad de alcanzar los fines del Estado previstos en el artículo 2º de la Carta, en especial con el propósito de llegar un orden justo. Así, el propósito del legislador con el artículo 193 del Código General del Proceso es legítimo.

De otra parte, la Sala considera que la medida es adecuada. Establecer la confesión por apoderado judicial para las actuaciones procesales ya tantas veces enunciadas, además de estipular que esa facultad de confesar *siempre* existe, contribuye efectivamente a la finalidad propuesta. Al establecer la prohibición en el sentido que poderdante y apoderado no pueden estipular en contrario, el legislador dio la máxima eficacia a la figura de la confesión por apoderado, de cara al propósito que tiene y que ya se enunció. **Como quedó explicado en las**

consideraciones generales de esta sentencia, la demanda, la contestación, presentar excepciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario, son momentos vitales del proceso, que le dan forma y tienen la virtualidad de definirlo, fijando el objeto del litigio, determinando su decurso, permitiendo dar un adecuado trámite a todo el juicio. Es decir, la medida logra cumplir con lo que busca.

El compromiso de veracidad que crea la norma efectivamente avanza en el fin propuesto: quien otorga poder y su apoderado deberán ser especialmente cautos en el proceso, en especial porque no podrán disponer libremente en el poder si este último está en capacidad o no de confesar en las actuaciones procesales que estructuran el litigio; asumirlo con mayor responsabilidad, so pena de confesar lo que no se quiere y respecto de lo que no hay posibilidad de retractación y que será tenido como prueba de confesión.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir que el legislador ha considerado, en buen sentido, que las afirmaciones y negaciones realizadas durante un proceso en cualquiera de sus etapas procesales por el abogado, en este caso de PARMALAT como extremo pasivo, **tienen la posibilidad de comprometer probatoriamente la posición de la parte que representan.**

CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Y de la lectura del artículo 193 del CGP, vemos que la confesión por apoderado judicial se extiende también a lo que se diga en cualquier intervención que se haga en el proceso, incluidos los ALEGATOS DE CONCLUSIÓN; **por ello es dable aplicar esta sanción a lo dicho por la apoderada de PARMALAT durante sus alegaciones de cierre, donde de manera magistral y vehemente dejo claro que un “Contrato de Suministro para Distribución”, en sus propios dichos debe entenderse como un CONTRATO DE SUMINISTRO para la resolución del presente litigio.**

13

Lo anterior quedo registrado en el video de dicha audiencia, cuando durante su intervención, la apoderada de PARMALAT de manera magistral dijo:

“(Ver archivo No. 40 que contiene los alegatos de conclusión de las partes en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de las 2 horas con 28 minutos con 12 segundos)

APODERADA DE PARMALAT: Esto que es bien curioso y bien particular, esto demuestra algo que por alguna razón mi respetada contraparte desconoce, **y es que PARMALAT siempre ha reconocido que esto se trató de un CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN.**

Nosotros sabemos que el suministro que tiene distintas modalidades, pero esto es un solo contrato, y es un contrato típico, regulado en el Código del Comercio, **y el SUMINISTRO PARA LA DISTRIBUCIÓN tiene una particularidad; y es que**

sigue siendo el mismo SUMINISTRO, lo que pasa es que los bienes que se compran periódicamente están destinados a ser revendidos frente a terceros, que es lo que ocurre particularmente en este caso.

Por eso comercialmente la gente ha decidido considerar que no es SUMINISTRO PARA LA DISTRIBUCIÓN y por eso le dicen coloquialmente DISTRIBUCIÓN como para hacer una fuerte diferenciación, sin embargo sigue siendo un CONTRATO DE SUMINISTRO. (...)” (Negrilla, mayúscula y subrayado del transcriptor)

CONFESIÓN DE LA REPRESENTANTE LEGAL DE PARMALAT

Huelga recordar lo dicho por la propia representante legal de PARMALAT, quien al ser cuestionada sobre qué tipo de contrato se había suscrito entre las partes, **sin hesitación alguna CONFESO que se trataba era de CONTRATOS DE SUMINISTRO**.

CONFESIÓN DE LA TESTIGO DE PARMALAT, Dra. DIANA OSPINA LOPEZ

PARMALAT, dentro de sus pruebas, solicito el testimonio de la Dra. DIANA OSPINA LOPEZ que se había desempeñado como abogada de la demanda para la época en que ocurrieron los hechos, quien coincidió con lo dicho en la contestación de la demanda, el interrogatorio de parte y los alegatos de conclusión, relativo a que lo que habían suscrito las partes dentro de este proceso siempre se trató de un CONTRATO DE SUMINISTRO, pues así quedo evidenciado en sus respuestas.

14

En primera medida, al ser indagada sobre este asunto por el apoderado de PARMALAT respondió:

“(Ver archivo No. 41 que contiene los TESTIMONIOS de las partes en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de 1 horas con 46 minutos con 36 segundos)

APODERADO PARMALAT: Ok, quería preguntarte si habías participado en la terminación del contrato con EMCOLAC?

TESTIGO Dra. DIANA OSPINA LOPEZ: No, lo que se hizo, a ver ellos tenían un contrato, si no estoy mal un CONTRATO DE SUMINISTRO, e en ese contrato e pues digamos que habían muchos, pues habían muchos vacíos que queríamos entrar a regular, había un tema de territorio también ahí que era importante para definir para PARMLAT en cuento que querían era la entrada de otros distribuidores y digamos que fue el acercamiento con EMCOLAC para redefinir el contrato que en ese momento estaba.

Acto seguido, al ser contrainterrogada por este extremo activo, contesto lo mismo, pues sobre el particular dijo:

“(Ver archivo No. 41 que contiene los TESTIMONIOS de las partes en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de 1 horas con 51 minutos con 50 segundos)

APODERADO DEMANDANTE: Era un contrato distinto que tenía con EMCOLAC, ósea eran dos contratos distintos?

TESTIGO Dra. DIANA OSPINA LOPEZ: Claro, con EMCOLAC como le digo, el contrato que yo conocí, no lo hice yo, lo hizo el abogado anterior; **e si mal no recuerdo era un CONTRATO DE SUMINISTRO**, que este ee, y bajo ese contrato la, fue que pues se hicieron las reformas.(...)”

A pesar que el despacho cita solo lo dicho por el señor NESTOR NUÑEZ y su esposa en su fallo, **OMITIO el AD QUO pronunciarse sobre las CONFESIONES vertidas por PARMALAT a través de su apoderado judicial, su representante legal y su testigo, sin ninguna justificación legal, jurisprudencial o doctrinaria más que su mera opinión.**

Establecido que el “*contrato de suministro para distribución*” suscrito en cada uno de los 4 contratos que hoy se demanda, debía encuadrarse dentro de un **CONTRATO DE SUMINISTRO**, el cual es típico y cuyos requisitos están plenamente definidos en el Código de Comercio; en ese sentido, se debían establecer las diferencias principales entre este y uno de AGENCIA COMERCIAL, **y no con uno de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIA como lo hizo el AD QUO.**

15

Por ello, era deber del juez de instancia hacer un paralelo de estos dos tipos contractuales (*SUMINISTRO y AGENCIA COMERCIAL*) para definir los requisitos esenciales, las obligaciones, los riesgos y los efectos de su terminación en cada uno de ellos, para dilucidar cuál fue la real intención de las partes en este proceso.

Sin embargo, **el AD QUO concluyo en su fallo sin ningún apoyo jurisprudencial más que su mera opinión**, que lo que habían suscrito las partes era un contrato de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, y por ende hizo un análisis comparativo entre los elementos esenciales de un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN con un CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL para resolver el presente proceso.

Por lo anteriormente citado, es que queda PROBADO que el AD QUO, debió centrarse en comparar si estábamos en presencia de un Contrato de Suministro o en un Contrato de Agencia Comercial, y NO con un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN como finalmente ocurrió.

TERCER REPARO CONCRETO:

VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 225 DEL CGP

El artículo 225 del CGP reza que:

“ARTÍCULO 225. LIMITACIÓN DE LA EFICACIA DEL TESTIMONIO. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.”

Y descendiendo al caso concreto, como se estaba tratando de probar las obligaciones originadas de unos de unos contratos, NO entendemos porque el Juez no uso ninguna de las CLÁUSULAS de estos contratos para resolver el presente litigio, y se limitó únicamente a tener como piedra angular de su sentencia lo dicho por la esposa del demandante señor NESTOR NUÑEZ, a pesar de que la norma arriba transcrita le exigía que los testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

Pues ha debido exigir a ultranza una tarifa legal postulando “*que los documentos vencen testigos*” tal como lo consagra la norma en cita.

16

CUARTO REPARO CONCRETO:

EL ANÁLISIS DEBIÓ CENTRARSE EN UN CONTRATO DE SUMINISTRO O EN UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

ESTABLECER SI LO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES ES UN CONTRATO TÍPICO O ATÍPICO

Para efectos de la adecuada interpretación judicial y a fin de que el funcionario pueda calificar el contrato, debe tener claro si está frente a un convenio típico o atípico, ya que si se trata de lo primero, deberá guiarse por las reglas que para el caso prevé el Código de Comercio, realizando la concordancia entre lo pactado y lo consagrado positivamente; y si de lo segundo deberá analizar la forma como los particulares elaboraron las disposiciones que gobernarán esos acuerdos.

Al quedar plenamente PROBADO por las confesiones vertidas en el escrito de contestación de la demanda, el interrogatorio de parte de la representante legal de PARMALAT, la vehemente exposición de la apoderada de PARMALAT en sus alegaciones finales donde expuso de manera pormenorizada porque eran contratos

típicos, quedo claro que los contratos suscritos con PARMALAT eran **CONTRATOS DE SUMINISTRO**.

En conclusión, **se tiene que el CONTRATO DE SUMINISTRO es un CONTRATO TÍPICO que se encuentra plenamente identificado en el Código de Comercio**; por ello, era deber del despacho analizar sus requisitos esenciales a fin de determinar si estábamos en presencia o no de una verdadera Agencia Comercial.

ESTABLECER LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Huelga recordar que para establecer la real intención de las partes al suscribir un contrato, ha dicho la jurisprudencia que hay que aplicar además del artículo 1618 del Código Civil, lo preceptuado en el artículo 1501 de la misma codificación, **consistente en establecer los ELEMENTOS ESENCIALES del contrato a interpretar so pena que degeneren en un contrato diferente**, pues dicha norma que reza:

“ARTICULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. **Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente**; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

17

Lo que le da fisonomía a un negocio jurídico no es la denominación que le asignen las partes, sino los elementos que le confieren una determinada estructura negocial, típica o atípica y la función económica que pretenden cumplir los contratantes.

De la literalidad de los Contratos de Suministro celebrados con PARMALAT, y lo dicho por los propios testigos de PARMALAT en la audiencia de pruebas; encontramos que dichos contratos tiene dos elementos esenciales inmersos en su clausulado, cuales son **i)** en primer lugar que PARMALAT daba INSTRUCCIONES ESPECIFICAS y de obligatorio cumplimiento a los demandantes en los campos comercial, logístico y administrativo, **ii)** en segundo lugar se pactaron CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD a favor de PARMALAT para vender UNICAMENTE sus productos lácteos y sus derivados por parte de los demandantes e **iii)** en tercer lugar determinar con base en los elementos esenciales si fue adecuada o no la terminación de dicho vínculo contractual.

En síntesis, debía el AD QUO establecer si dar INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS y de obligatorio cumplimiento a los demandantes en los campos comercial, logístico y administrativo, rendir informes, pactar CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD y la manera como terminaron el vínculo contractual, **son elementos esenciales** de un CONTRATO DE SUMINISTRO o de una AGENCIA COMERCIAL.

RESPECTO A LAS INSTRUCCIONES

Caracterizado el tipo de contrato que se celebró entre los hoy demandantes y PARMALAT, **cual es uno de SUMINISTRO**, encontramos que es un contrato TÍPICO al estar regulado en el Código de Comercio en su TÍTULO III, el cual es definido en el artículo 968 que reza:

“ARTÍCULO 968. <CONTRATO DE SUMINISTRO DEFINICIÓN>. El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, **a cumplir en favor de otra, en forma independiente**, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Vemos entonces que su requisito ESENCIAL es que la contraprestación que se cumple a favor de otra persona debe ser de manera INDEPENDIENTE.

Pues en el CONTRATO DE SUMINISTRO esta obligación se termina con la entrega del producto; y el comprador que recibe ese producto es libre y autónomo de venderlo como quiera, en los horarios que quiera de día o de noche, por los canales comerciales que quiera presencial o por internet, hacer las promociones como quiera o no hacerlas; en conclusión en un Contrato de Suministro NO es un elemento esencial de esa modalidad contractual recibir instrucciones ni rendir informes del proveedor.

Esta INDEPENDENCIA es la principal diferencia con los CONTRATOS DE AGENCIA COMERCIAL, **puesto que este último contrato trae como requisito ESENCIAL que el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las INSTRUCCIONES RECIBIDAS y deberá RENDIR INFORMES**, lo anterior encuentra fundamento legal en el artículo 1321 del Código de Comercio que reza:

“ARTÍCULO 1321. <CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO Y RENDICIÓN DE INFORMES>. El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado **al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá 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.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Para la doctrina, el agente NO es libre de tomar decisiones autónomas en los campos comercial, logístico y administrativo; puesto que siempre se debe ceñir a las instrucciones que le imparta el agenciado, pues sobre el particular el profesor GABRIEL ESCOBAR SANIN ha dicho:

“[e]l agente no es (...) totalmente libre de fijar la manera de hacer la distribución y la propaganda, sin consultar con el empresario, porque ello toca con el propio interés de éste. En efecto, no puede fijar precios, preferir o excluir ciertos sectores o grupos de clientes, ni realizar la propaganda a su antojo, a menos que no tenga especiales instrucciones del empresario, quien puede darlas en cualquier tiempo y exigir modificaciones”¹.

¹ ESCOBAR SANIN, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales. Negocios de Sustitución. Bogotá. Universidad Externado de Colombia: 1987, p. 432.

La independencia de que habla el artículo 1317 del Código de Comercio, **NO significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario**, pues en pacífica jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“(...) no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra y, por ende, a coordinar con éste las actividades de promoción que desarrolle, como quiera que se trata de una labor de respaldo o apoyo a una actividad que a los dos beneficia (...)”².

Pues el empresario puede dar instrucciones específicas al agente en aspectos logísticos y administrativos, como lo precisó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia hace poco, que sobre el particular dijo:

“**no es del todo ajeno a la forma como se lleva a cabo la promoción de sus mercancías, pudiendo hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente**, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume”³. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

La intervención de PARMALAT al dar INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS y de obligatorio cumplimiento a los demandantes en los campos comercial, logístico y administrativo, el cual se observa en cada uno de los contratos demandados; **no es en la organización establecida por el agente para ofertar sus servicios; lo es en la materialización del encargo adquirido.**

La razón estriba en que se desprende de sus propias facultades o poderes (*artículo 1320 del Código de Comercio*). De ahí que tiene derecho PARMALAT a velar por el acatamiento de las instrucciones impartidas y a recibir del agente información sobre las condiciones del mercado en la zona asignada y demás circunstancias útiles para valorar la conveniencia de cada negocio (canon 1321, *ibídem*).

Queda claro entonces que la real intención de las partes NUNCA fue suscribir unos Contratos de Suministro; sino que queda PROBADO que se configura una AGENCIA COMERCIAL y ha debido otorgárseles la calidad de “*agentes comerciales*” a los hoy demandantes por su sometimiento absoluto a la sociedad PARMALAT LTDA, en los campos comercial, logístico y administrativo, con el propósito de lograr mayor “*penetración en el mercado y un control de su fuerza de ventas*”; las narradas “*devoluciones*” e indicadas asignación territorial y número de vendedores.

Acerca de la participación de la sociedad PARMALAT LTDA, en las actividades de los demandantes, si bien no de asesoría hacia éste, si de **cuidado de sus propios**

² CSJ. Casación Civil. Sentencia 199 de 15 de diciembre de 2006, expediente 09211.

³ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 2013, expediente 00333.

intereses (manejo de presupuesto, tipo de productos, imposiciones), de donde “no había simplemente compra para reventa” como lo manifestaron.

En conclusión, se tiene que las sociedades demandantes, ejercían su actividad comercial, **impulsando los productos de PARMALAT LTDA.**, toda vez que está demostrada no solo la reventa de productos de la demandada, sino también la participación de esta última en las estrategias de venta, la fijación de un territorio, el otorgamiento de promociones y descuentos, en asesoría de publicidad, transporte y almacenamiento de mercancía entre otras cosas; lo cual demuestra que cuando las sociedades demandantes comercializaban sus productos, lo hacían en nombre y representación de PARMALAT LTDA, **elementos esenciales estos de un Contrato de Agencia Comercial y no de uno de Suministro**, como explique líneas arriba.

RESPECTO A LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD

Acá resplandece el grave error en que incurrió el AD QUO al decir que estábamos frente a un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO y no frente a un CONTRATO DE SUMINISTRO, pues al ser este último típico; de la lectura de los artículos 975 y 976 del Código de Comercio encontramos que está PROHIBIDO fijar “cláusulas de exclusividad” en los contratos de suministro.

En los CONTRATOS DE SUMINISTRO, **no se pueden pactar CLAUSULAS DE EXCLUSIVIDAD, porque se considera que se enmarcan dentro del régimen de COMPETENCIA DESLEAL**, tan es así que los artículos 975 y 976 del Código del Comercio fueron DEROGADOS expresamente por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996 “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”.

Ello en concordancia con el artículo 19 de la misma Ley que reza:

“ARTÍCULO 19. PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> **Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad**, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Dicha norma fue declarada **exequible** por la Corte Constitucional, quien en Sentencia C - 535 de 1997 fue clara en advertir lo siguiente:

“5.1. La norma apunta a estimular la libre competencia económica. **La cláusula de exclusividad pactada en los contratos de suministro, puede erigirse en barrera de entrada a los competidores y a los demás agentes económicos.** La distribución de un determinado bien que se realice a través de un solo canal comercial, ciertamente impide a otros empresarios participar en su colocación en el mercado. **De otro lado, en relación con las unidades**

económicas que demanden el bien como ingrediente de su proceso productivo, la **exclusividad de su distribución, puede significar precios más altos de los normales o inclusive desabastecimiento del mismo.** La finalidad a la que se endereza la prohibición legal, se ajusta plenamente a la Constitución que ha elevado la ley de competencia económica al rango de derecho constitucional de todas las personas (CP. art. 333).”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Descendiendo al caso concreto, vemos que la CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD esta proscrita en los Contratos de Suministro, en la medida que en casos como el que nos ocupa cual es la comercialización de productos lácteos, **podría incidir directamente en el precio de los productos que se comercializan en este campo.**

Sin embargo, en los CONTRATOS DE AGENCIA COMERCIAL si está permitido **pactar CLAUSULAS DE EXCLUSIVIDAD**, de conformidad con el artículo 1319 del Código del Comercio que reza:

“ARTÍCULO 1319. <EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL AGENCIADO>. En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.”

Toda vez que en los CUATRO (4) contratos **establecen de manera EXGETICA que se PACTABA una CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD con PARMALAT**, quedando claro que se trataba de una verdadera AGENCIA COMERCIAL, puesto que los CUATRO (4) CONTRATOS en su CLAUSULA NOVENA rezan exactamente lo mismo, lo cual transcribo a continuación:

“NOVENA. -EXCLUSIVIDAD EN LA LINEA DE PRODUCTOS: **EL MAYORISTA se obliga con EL PROVEEDOR, a vender con exclusividad productos lácteos de la marca PARMALAT, así como también a no vender ni mercadear productos similares de otras marcas.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anteriormente narrado, queda claro entonces que la real intención de las partes era suscribir un Contrato de Agencia Comercial y no uno de Suministro.

RESPECTO A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Ahora para abordar el presente reparo concreto, hay que dejar claro que NO se puede hablar de incumplimiento por parte de los demandantes cuando estamos en presencia de una posición contractual dominante de PARMALAT, que fijo unas serie de cláusulas abusivas dentro de unos contratos sucesivos, cuyo título es de DISTRIBUCIÓN, pera su interpretación es de SUMINISTRO PARA DISTRIBUCION, que no son otra cosa que CONTRATOS DE SUMINISTRO según lo dicho por la jurisprudencia, pero con elementos esenciales de una AGENCIA COMERCIAL, en un claro abuso del derecho o del aprovechamiento de una condición de inferioridad o

debilidad de la parte demandante. De manera que los demandantes NO gozaron de plena libertad para diseñar y configurar el contenido de sus contratos.

En síntesis, los contratos que hoy se demandan son de adhesión pues su contenido fue impuesto por PARMALAT al adherente sin ninguna posibilidad de ser discutido ni modificado, incrementándose así el riesgo de alteración del equilibrio jurídico del mismo, mediante la inclusión de cláusulas abusivas en su contenido.

Lo INJUSTO de la determinación de terminar el contrato por parte de la demandada, parte en primer lugar del hecho probado con fundamento en el contrato, que TODAS LAS CONDICIONES del contrato fueron FIJADAS por PARMALAT COLOMBIA LIMITADA, **es decir se trató de un contrato de ADHESIÓN**, por ende leonino, que generó una POSICIÓN DOMINANTE en cabeza del accionado y en contra del reclamante.

Por tanto todas las razones aducidas por PARMALAT COLOMBIA LMITADA para terminar de manera repentina y unilateral el contrato, se originan en hechos GENERADOS y determinados por la misma empresa demandada, pues toda la operación del actor dependía en su integridad de las condiciones de venta, precios y volúmenes de entrega de productos lácteos que AUTORIZABA la accionada.

Es así que, siendo TODAS las condiciones del contrato FIJADAS por PARMALAT COLOMBIA LIMITADA, las mismas SOLO favorecían o favorecen los intereses de la accionada, al extremo de ser ella la UNICA BENEFICIADA con la apertura, crecimiento, consolidación y fijación de un mercado, que ejecutaron en su provecho mis procurados.

22

Del mismo modo, la accionada y agenciada, definía ella hasta el valor del precio del agenciamiento, determinando los márgenes de utilidad que podrían recibir mis procurados por los productos que representaban y agenciaban de la accionada.

De no ser así, como se define en el hecho anterior, y de ser cierto, que NO LO FUE, que se tratase de un contrato de RE VENTA de productos, se pregunta, **¿cuál era el motivo de pactar el CONTROL DE LOS PRECIOS de la REVENTA?**

La única realidad es que mis procurados eran verdaderos AGENTES Y REPRESENTANTES de la agenciada, PARMALAT COLOMBIA LIMITADA y prueba también de ello es que no poseían la POTESTAD contractual de manejar los precios de los productos, por eso, la denominación de REVENTA dada por la accionada al contrato que terminó de manera INJUSTA y repentina, es falaz, es impuesta por la accionada y solo tiene el propósito de desconocer, como lo está haciendo, el pago de los derechos indemnizatorios a favor de mis procurados.

Así las cosas, el contrato terminado de manera injusta y repentina por la accionada y base de la presente reclamación, es de aquellos denominados o conocidos como

contratos de ADHESIÓN, con estipulaciones leoninas en beneficio exclusivo del productor agenciado de lácteos, en este caso de PARMALAT COLOMBIA LIMITADA.

Hasta la INTERPRETEACIÓN DEL CONTRATO se la reservó PARMALAT COLOMBIA LIMITADA al establecer que:

- a.** Determinó la denominación o nombre del contrato, así como el objeto del mismo;
- b.** "PRIMERA: ...El PROVEEDOR podrá, a su exclusivo criterio, ampliar el portafolio de productos a ser vendido por el MAYORISTA." ...;
- c.** Impone la EXCLUSIVIDAD y el TERRITORIO a atender, así como a que sea PARMALAT quien a su propio criterio le MODIFIQUE el territorio asignado, según estipulación "SEGUNDA", reservando PARMALAT el derecho de atender grandes superficies y supermercados institucionales;
- d.** Los precios son FIJADOS por PARMALAT, según estipulación TERCERA del contrato, no son materia de negociación y menos aún los valores con los cuales el agente distribuye los productos lácteos;
- e.** Mis procurados se obligaron, según la estipulación CUARTA a FIRMAR todo documento que le exija la accionada, y producto de esta obligación, se vio apremiado a firmar el acta del 5 de septiembre del 2018, con base en la cual la convocada "estructura" la pretendida JUSTA CAUSA para terminar el contrato;
- f.** Del mismo modo se le impone por la accionada el apremio a los convocantes de realizar los pagos de la TOTALIDAD de las ventas de los productos lácteos a la accionada, DIARIAMENTE, según la misma estipulación QUINTA;
- g.** Así mismo, según estipulación SEXTA, se obliga al actor a aceptar que sea PARMALAT quien fije el LÍMITE DE PEDIDOS, pues la convocada "establecerá a su exclusivo criterio un cupo de crédito a EL MAYORISTA, señalando un límite máximo para sus pedidos.";
- h.** Pero, no obstante, se impone como carga a los convocantes, a renglón seguido de la anterior obligación, es decir en la estipulación SEPTIMA, que "desarrollará al máximo su capacidad de venta, a fin de garantizar al PROVEEDOR el cumplimiento de los presupuestos asignados para cada mes"; así sucesivamente todas las demás obligaciones IMPUESTAS en el contrato sin debate o negociación alguna a cargo del actor y de conformidad con las estipulaciones ofrecidas por el convocado.

Luego decir que en un Contrato de Suministro: "***no revendieron los productos de Parmalat en las zonas establecidas en la misma cláusula lo que llevó al deterioro de las zonas de venta***", evidencian elementos NO esenciales que de conformidad al artículo 1501 del código civil hace que degenere en otro tipo contractual como lo es la Agencia Comercial, es por ello que debe aplicársele la confesión por apoderado judicial de que habla el artículo 193 del CGP al siguiente párrafo de exceptiva No. 7 del escrito de contestación de la demanda que reza:

"Como quedará demostrado en el proceso, las Demandantes incumplieron gravemente las obligaciones contenidas en la cláusula segunda de los contratos de distribución, **pues no revendieron los productos de Parmalat en las zonas establecidas en la misma cláusula lo que llevó al deterioro de las zonas de venta**, esto llevo a que el 18 de diciembre de 2018, Parmalat tuviere que modificar las zonas de distribución para que mediante otro esquema

de comercialización se pudiere suplir la demanda de productos lácteos en las zonas abandonadas por EMCOLAC.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por ende, la causal que invocan ellos para declarar la terminación del mentado CONTRATO DE SUMINISTRO, lo que hace es dejar en evidencia que estábamos era frente a una real agencia comercial.

RESPECTO A LA CLÁUSULA ABUSIVA EN CONTRATOS DE ADHESIÓN

La teoría de **las cláusulas abusivas** surge como un mecanismo para recomponer el equilibrio jurídico roto, existiendo diferentes criterios para su aplicación en el derecho colombiano, según se trate de contratos de adhesión con consumidores o de contratos de adhesión entre empresarios (*o no consumidores*)

Ahora bien, no podemos olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, si el adherente ostenta la calidad de consumidor, entonces quedará sometido al régimen de protección general establecido en la Ley 1480 de 2011 (*Estatuto del Consumidor*); si el consumidor es adherente de un contrato de servicios públicos domiciliarios, estará protegido por el régimen especial previsto en la Ley 142 de 1994; y si es adherente de un contrato bancario o financiero, será protegido por el régimen especial previsto en la Ley 1328 de 2009. En todo caso, también puede suceder que el adherente no ostente la calidad de consumidor como en el presente caso, evento en el cual no quedará sometido a ningún régimen especial de protección de los mencionados anteriormente.

24

Sin embargo, no quedará desprotegido, porque se le aplicarán las normas del derecho común, dentro de las cuales sobresale el artículo 1624 C.C., de acuerdo con el cual *"se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor"*, y *"las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella"*.

Adicionalmente, la jurisprudencia ⁴ y la doctrina han extendido la aplicación de la teoría de las cláusulas abusivas a los contratos negociados, caso en el cual el Juez deberá realizar un análisis de las circunstancias en que fue celebrado el contrato y de la manera como ha sido ejecutado para determinar si existe o no en su contenido una cláusula abusiva o vejatoria, y de existir, su sanción será la nulidad.

En relación con el ámbito objetivo de aplicación de la teoría de las cláusulas abusivas se reconoce que el régimen de protección se brinda regularmente a los contratos de adhesión, aunque no podemos desconocer que en derecho colombiano su aplicación

⁴ Laudo arbitral en derecho, 1.º de diciembre de 2006, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Scholls, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo, demandante: Concelular S.A. (en liquidación), demandado: Comunicación Celular S.A., Comcel S.A.: *"En principio, la doctrina de las cláusulas abusivas se ha aplicado a las relaciones contractuales con consumidores, pero en teoría nada se opone a que se dé la situación abusiva en contratos celebrados entre profesionales"*.(Negrilla y subrayado fuera de texto)

ha sido extendida por la doctrina a los contratos negociados, entendidos como aquellos en los cuales el contenido es discutido y fijado por las partes en un estado de igualdad jurídica.

El **equilibrio jurídico del contrato** consiste en que las partes, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato, adquieran derechos y contraigan obligaciones recíprocas y equivalentes entre sí. De ese modo, todas las cláusulas dirigidas a mantener en estado de inferioridad al adherente, a impedirle o dificultarle el ejercicio de sus derechos, a reafirmar la posición de superioridad en la que se encuentra el predisponente, a aliviar o exonerar a este de responsabilidades, entre otras, conllevan el rompimiento del equilibrio contractual, porque ellas no permiten verificar la reciprocidad y equivalencia de derechos adquiridos y obligaciones contraídas que exige el ordenamiento jurídico en los contratos.

En el caso en concreto, fue PARMALAT quien elaboro el contenido de los cuatro (4) contratos que hoy se demandan, fijando unilateralmente las reglas a las que se sometieron de manera voluntaria los hoy demandantes, sin que existiera la mínima posibilidad para ellos de discutir ni modificar ninguna de las reglas así impuestas; situación está que implico un mayor riesgo de existencia de cláusulas abusivas en sus contenidos, pues PARMALAT, en ejercicio de su autonomía privada, incluyo algunas cláusulas que lo beneficiaban de manera exorbitante sin importar que se torne más gravosa la posición de los demandantes.

Este riesgo se encuentra fundamentado en la desigualdad propia que existe entre las partes en los contratos de adhesión, a partir de la cual el predisponente aprovecha su posición de superioridad contractual para establecer reglas que privilegien su posición comercial respecto de la del adherente. Sin embargo, **el principio de la buena fe contractual** exige al predisponente obrar con lealtad, corrección y honestidad, de manera que este debe obrar con objetividad en el momento de elaborar las reglas que impondrá al adherente, de modo de no privilegiar sus intereses individuales por encima de los intereses del adherente ni ir en detrimento de sus derechos; e igualmente exige que los derechos que ellos adquieran y las obligaciones que contraigan sean recíprocas y equivalentes entre sí; de esta manera el predisponente, como parte fuerte del contrato, podrá lograr la realización del deber ser, esto es, dar un trato igualitario al adherente, manifestado en el carácter justo del contenido predispuesto del contrato.

Concluyendo entonces que el incumplimiento, fue consecuencia de unas cláusulas abusivas insertadas por PARMALAT en los mentados contratos, las cuales generaron un desequilibrio jurídico en el contrato, entendido como una alteración que rompió el equilibrio que debía existir en relación con los derechos adquiridos, las obligaciones contraídas y las responsabilidades asumidas por las partes con ocasión del perfeccionamiento de dichos contratos.

Y acá toma vital relevancia **el principio de la buena fe contractual**, el cual no solo impone a las partes tener conciencia e intención de obrar correctamente

durante todas las etapas del *iter contractus*, sino, adicionalmente, el deber de actuar con lealtad, confianza, honestidad y transparencia en todas ellas para asegurar la satisfacción tanto de sus propios intereses individuales como de los del otro contratante.

QUINTO REPARO CONCRETO:

INDEBIDA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA PARTE DEMANDANTE ELABORADO POR EL PERITO DIEGO CHIAPPE

El AD QUO hace una errada valoración del dictamen pericial aportada con la demanda junto con una inadecuada interpretación del artículo 1324 del Código de Comercio, al decir en su fallo que lo dicho en dicho peritazgo no vale y NO hay lugar al pago que ordena dicho artículo, **i)** porque estábamos en presencia de un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO en lo que respecta al primer párrafo de dicho artículo y **ii)** frente a la indemnización equitativa que trata el segundo párrafo del mismo artículo a un porque la sociedad EMCOLAC presentaba pérdidas en sus balances.

Pues así lo sustentó en su fallo el AD QUO, veamos:

(Ver archivo No. 42 que contiene la lectura del fallo en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de la hora con 04 minutos con 40 segundos)

JUEZ: Y declarar probada la exceptiva de mérito denominada: “*La relación comercial entre el demandante y PARMALAT obedece a un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN*”, **y en este caso DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO para no reclamar, para de esta manera hacer nugatoria la reclamación de la cesantía comercial de qué trata el artículo 1324 del Código de Comercio.**

No obstante lo anterior y como quiera que igualmente a estas plenarias se han allegado no solamente prueba documental de la cual emergen serios indicios en contra de la parte actora, en este caso para tener por justificada la terminación de esta relación comercial debo decir que e al hacerse una valoración de las experticias allegadas, particularmente la del señor CHIAPPE, DIEGO CHIAPPE; vemos como este en su experticia e tiene como fundamento o llega a una conclusión que de cierta manera y como lo hace resaltar la parte demandada, en este asunto, **no resulta lógica para este juzgador como quiera que para el año 2016, 2017 la empresa EMCOLAC presentaba algunas pérdidas en sus balances contables, razón por la cual no me resulta lógico que se reclame una cesantía comercial o una utilidad bruta, cuando es la misma sociedad la que presentaba pérdidas desde antes de la terminación del Contrato que hoy catálogo de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIÓN.**”(Negrilla y subrayado puestos por el transcriptor)

Huelga recordar que el artículo 1324 del Código de Comercio trae dos sanciones las cuales son distintas, independientes y autónomas cuales son que la terminación del

contrato de agencia comercial con o sin justa causa da lugar al pago de la cesantía comercial, y la segunda es que si dicha terminación fue sin justa causa además tendrá derecho a una indemnización equitativa en los términos allí consignados.

Pues dicha norma reza:

“ARTÍCULO 1324. <TERMINACIÓN DEL MANDATO>. El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> **Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos**, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

27

RESPECTO A LA CESANTIA COMERCIAL

El primer grave yerro, es decir que niega el reconocimiento de la cesantía comercial fijada en el peritazgo, porque estábamos en presencia de un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO.

Sin embargo, ya quedo plenamente probado que dicha afirmación del juzgador de instancia resulta acéfala de sustento legal o jurisprudencial, y completamente alejada de una adecuada hermenéutica jurídica para interpretar los contratos demandados, puesto que los CONTRATOS DE SUMINISTRO suscritos con PARMALAT son verdaderos CONTRATOS DE AGENCIA COMERCIAL por sus elementos esenciales, como ya se explicó a la sociedad líneas arriba.

Vemos entonces que la **CESANTÍA COMERCIAL se reconoce automáticamente por la terminación de un Contrato de Agencia Comercial, indistintamente que haya mediado o no justa causa para su terminación.**

Desde antaño, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en diferenciar las diferentes partidas restaurativas del artículo 1324 del Código de Comercio, dejando claro que la CESANTIA COMERCIAL es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de Agencia Comercial, así lo dijo en la sentencia SC de 2 de julio de 2010, rad. 2001-00847-01:

(...) en la jurisprudencia vernácula y la doctrina, la consagración en el artículo 1324 del Código de Comercio de prestaciones diversas a cargo del empresario al momento de terminar la agencia, esto es, la relativa al pago de la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia o del promedio de todo lo recogido, siendo inferior la duración del contrato, y la concerniente a la indemnización equitativa, cuando sin justa causa comprobada, lo revoca, termina unilateralmente u ocasiona su conclusión justificada por el agente.

Estas prestaciones se distinguen con absoluta nitidez, por su fuente, concepto, causa, factores de cálculo y extensión, conformemente a la disciplina normativa del contrato de agencia comercial, su tipología, estructura nocional, función práctica o económica social, contenido, efectos y directrices definitorias de su *ratio legis*, establecimiento y aplicación.

La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, “cesantía comercial”, prestación “por clientela, ‘retributiva’”, “suplementaria”, “extraordinaria” o “diferida”, ostenta rango contractual, dimanada del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin éste.

28

(...)

En efecto, la prestación remuneratoria prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según se precisó, es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de agencia. En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización “equitativa” y “retributiva.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia ha dicho que, **la CESANTÍA COMERCIAL se debe reconocer en la terminación del Contrato de Agencia con independencia de la causa que dio origen al rompimiento**, así lo dijo en la sentencia SC de 26 de junio de 2011, rad. 2000-00155, en el sentido de que:

“(...) el artículo 1324 del Código de Comercio, consagra el derecho al pago de la cesantía comercial, con independencia de la causa que dio origen al rompimiento, a la par que contempla, el derecho al reconocimiento de una indemnización cuando ello ocurre de manera intempestiva y unilateral, por causas no

imputables o ajenas a la parte afectada con dicha determinación (...).”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

En otras palabras, con el simple hecho de PROBARSE que el Contrato de Suministro para Distribución suscrito con PARMALAT, era verdaderamente un Contrato de Agencia Comercial, ello habilitaba automáticamente el reconocimiento y pago de la cesantía comercial a favor de los demandantes **con independencia de la causa que dio origen al rompimiento de dicho contrato,** en la suma fijada en el referido peritazgo.

En ese contexto, en lo concerniente a la denominada por la doctrina «*cesantía comercial*» contemplada en el primer párrafo del artículo 1324 del Código de comercio, se debe tomar únicamente el tiempo de duración del contrato, y para su cuantificación básicamente se debía probar el monto de la comisión recibida por los actores en cada uno de los últimos tres años, a fin de poder establecer, a partir de ese dato, el promedio de ingresos que por tal concepto captaron los «agentes» durante dicho período, para luego deducir la doceava parte, cifra esta con la que se obtiene el monto de la mencionada prestación, multiplicándola por el número de años de vigencia del contrato.

Y no ha debido, restar valor probatorio a las sumas que se establecen en dicho peritazgo, bajo el errado argumento de que estábamos frente a un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO.

Pues en su fallo, para negar la “*cesantía comercial*” se limitó a decir que como a su juicio estábamos en presencia de un **CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, se hace nugatoria la reclamación de dicho rubro,** pues en su fallo dijo:

“Y declarar probada la exceptiva de mérito denominada: “*La relación comercial entre el demandante y PARMALAT obedece a un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN*”, y en este caso **DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO para no reclamar, para de esta manera hacer nugatoria la reclamación de la cesantía comercial de qué trata el artículo 1324 del Código de Comercio.**”(Negrilla, fuente y subrayado por el transcriptor)

RESPECTO A LA INDEMNIZACIÓN EQUITATIVA POR TERMINACIÓN SIN JUSTA CAUSA

El AD QUO denegó el reconocimiento de dicha prestación, esencialmente porque dijo que a su juicio:

“(…) vemos como esté en su experticia e tiene como fundamento o llega a una conclusión que de cierta manera y como lo hace resaltar la parte demandada, en este asunto, **no resulta lógica para este juzgador como quiera que para el año 2016,**

2017 la empresa EMCOLAC presentaba algunas perdidas en sus balances contables, razón por la cual no me resulta lógico que se reclame una cesantía comercial o una utilidad bruta, cuando es la misma sociedad la que presentaba pérdidas desde antes de la terminación del Contrato que hoy catálogo de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIÓN.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como puede apreciarse, es evidente la deficiencia técnica desplegada por el sentenciador de instancia, puesto que si bien es cierto EMCOLAC presentaba perdidas, ello no era motivo de observación para proyectar esta indemnización.

Puesto que era factible obtener precisión y claridad acerca de dicho rubro, con el peritazgo aportado con la demanda, puesto que el mismo NO presenta deficiencias en cuanto a los soportes en que se apoya, dado que provienen de la verificación de los asientos incorporados en los respectivos libros o documentos contables, según el mismo perito lo certifica.

Huelga recordar lo dicho en pacífica jurisprudencia por la Sala civil de la Corte Suprema de Justicia, **respecto a que la cesantía comercial se fija de acuerdo a las ventas o la gestión de promoción y acreditación concreta del producto, y no por las utilidades que le queden al agenciado**, tema que también fue objeto de escudriñamiento en SC de 22 de junio de 2011, rad. 2000-00155-01, según la cual:

(...) los motivos que antecedan la terminación del contrato de agencia, **en nada afectan el pago de la cesantía comercial a favor del intermediario, pues ésta se fija de acuerdo a las ventas o la gestión de promoción y acreditación concreta del producto para uno o varios proyectos de venta en particular, efectuadas durante el lapso determinado en la norma**; pero no sucede lo mismo con la ruptura anticipada o terminación abrupta del convenio, a instancia de una de las partes y sin razones valederas para ello, pues, si a dicha decisión le precede una causa injusta, se abona el camino para la prestación prevista en el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, esa sí una verdadera indemnización pues resulta de imputar la causa de la ruptura al abuso de una de las partes. Por lo demás, el empresario podría pedir una indemnización, jamás cesantía, mientras que el Agente puede pedir ambas.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Pues sobre la «*indemnización equitativa*» para efectos de fijar su cuantía, **era imperioso considerar «la extensión, importancia y volumen de los negocios», adelantados por los agentes**, pues sobre el particular ha dicho la Corte en reitera jurisprudencia⁵ que:

“Con relación a la «*indemnización equitativa*» por razón de la terminación unilateral del contrato, sin justa causa, **para efectos de fijar su cuantía, era imperioso considerar «la extensión, importancia y volumen de los negocios», adelantados por**

⁵ Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO Magistrada Ponente SC6315-2017 Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01 (Aprobado en sesión de catorce de junio de dos mil dieciséis) Bogotá D. C., nueve (9) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

los «agentes» durante el desarrollo del citado convenio, al igual que el esfuerzo realizado para acreditar la marca y línea de productos comercializados.

Lo anterior implica, que para la tasación en concreto de la respectiva condena dineraria, se requería la verificación (i) del volumen de ventas y su cuantía, efectuadas por el «empresario» en la zona geográfica donde los «agentes» desarrollaban su actividad para la época de vigencia del contrato; (ii) las utilidades por aquellas recibidas como retribución a la labor ejecutada, y (iii) los demás aspectos que permitieran establecer los perjuicios causados por concepto de daño emergente y lucro cesante.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Complementariamente a lo expresado, cabe indicar que esa misma sentencia de la Corte en sentencia (*CSJ SC, 22 jun. 2011, rad. 200-00155-01*), es clara en indicar que si se prueba que el agente creó condiciones que facilitan la continuidad de la operación, en cuyo caso el empresario podría edificar sobre lo construido, aprovechamiento que no puede quedar sin contraprestación cuando en las pretensiones se involucra la aludida prestación indemnizatoria, ha sostenido:

(...), al margen de las comisiones y de la cesantía comercial, es posible que con prescindencia de las ventas realizadas o fallidas (artículo 1322 C. Co.), el agente haya creado una riqueza inmaterial de la que pueda beneficiarse el empresario y que por lo mismo debería ser cubierta por este, en caso de subitánea e injusta terminación del contrato, con abstracción de las operaciones efectivamente realizadas o en curso. Esa indemnización está justificada, si se aprecia que el proceso de maduración de una clientela y el posicionamiento de un nombre o de un producto, son procesos que pueden ir en progreso de modo que es posible vaticinar que plausiblemente se avecina el éxito, o que la actividad del agente creó condiciones que facilitan la continuidad de la operación, en cuyo caso el empresario podría edificar sobre lo construido, aprovechamiento que no puede quedar sin contraprestación, pero que, en todo caso debe ser probado, en tanto, es susceptible de demostración por los medios ordinarios de convicción, en especial por la prueba pericial.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

31

En otras palabras, **queda PROBADO que los demandantes le crearon condiciones que facilitan la continuidad de la operación a PARMALAT para la comercialización de sus productos lácteos durante más de 19 años en el departamento del Huila**, en cuyo caso el empresario pudo edificar sobre lo construido, aprovechamiento que no puede quedar sin contraprestación por parte de PARMALAT hacia los demandantes.

SEXO REPARO CONCRETO:

DECIR QUE NO ES NECESARIO SOLICITAR EL REGISTRO ABIERTO DE AVALUADORES – RAA PARA VALORAR UN AVALUO

Huelga recordar que el artículo 228 del CGP permite a la parte demandada que se oponga a un peritazgo, aportando otro peritazgo, que fue lo que hizo la sociedad PARMALAT en el caso concreto.

El artículo 168 del CGP establece que **el juez deberá rechazar las pruebas ilícitas**, pues dicha norma reza:

“ARTÍCULO 168. RECHAZO DE PLANO. El juez rechazará, mediante providencia motivada, **las pruebas ilícitas**, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como la prueba pericial allega por PARMALAT era un **avaluó**, la misma debe regirse por las ritualidades de la Ley 1673 de 2013, la cual tiene por objeto regular el oficio de los evaluadores, al igual que asignar responsabilidades a las personas que se desempeñan en dicha actividad, resalta el riesgo social que implica el ejercicio de la actividad de Avaluador, pues la deficiente valoración de un bien conduce a la afectación de los activos de la persona contra quien se dirija, pues el ejercicio descontrolado del oficio de tasador implica un riesgo para la comunidad.

32

Los Avaluadores que realicen avalúos con destino **a procesos judiciales** o administrativos, o cuando sus avalúos vayan a hacer parte de las declaraciones y soportes que las personas y entidades realicen ante cualquier autoridad del Estado, **tienen la OBLIGACIÓN no solo de estar inscritos en el Registro Abierto de Avaluadores – RAA, sino de tenerlo VIGENTE para el ejercicio de su profesión, de lo contrario incurrirá en el "ejercicio ilegal de la actividad del Avaluador por persona no inscrita"**.

Lo anterior, encuentra fundamento legal en el artículo 9 la Ley 1673 de 2013⁶ que establece lo siguiente:

“Artículo 9°. Ejercicio ilegal de la actividad del evaluador por persona no inscrita. Ejercer ilegalmente la actividad del evaluador será considerado como simulación de investidura o cargo y será sancionado penalmente en la forma descrita por el artículo 426 de la Ley 599 de 2000; Actualmente ejercerá ilegalmente la actividad

⁶ Por la cual se reglamenta la actividad del Avaluador y se dictan otras disposiciones.

de evaluador, la persona que, sin cumplir los requisitos previstos en esta ley, practique cualquier acto comprendido en el ejercicio de esta actividad.

(NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-385 de 2015.)

En igual infracción incurrirá la persona que, mediante avisos, propaganda, anuncios o en cualquier otra forma, actúe, se anuncie o se presente como evaluador inscrito en el Registro Abierto de Evaluadores, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley o cuando indique ser miembro de alguna Lonja de Propiedad Raíz o agremiación de evaluadores sin serlo.

También incurre en ejercicio ilegal de la actividad, el evaluador, que estando debidamente inscrito en el Registro Abierto de Evaluadores, ejerza la actividad estando suspendida o cancelada su inscripción al Registro Abierto de Evaluadores, o cuando dentro de procesos judiciales desempeñe su función sin estar debidamente autorizado por el funcionario competente. Estas violaciones serán sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las sanciones penales y civiles aplicables.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

El despliegue de dicha actividad, **trae consecuencias disciplinarias al servidor público que avale esta circunstancia**, pues el artículo 10 de la misma Ley reza:

“Artículo 10. Encubrimiento del ejercicio ilegal de la actividad del evaluador de persona no inscrita. La persona natural o jurídica que permita o encubra el ejercicio ilegal de la actividad, podrá ser sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con el procedimiento y montos señalados en esta ley. Adicionalmente, el evaluador que permita o encubra el ejercicio ilegal de la actividad, podrá ser suspendido del ejercicio legal de la actividad hasta por el término de tres (3) años.

Parágrafo. El servidor público que, en el ejercicio de su cargo, autorice, facilite, patrocine, encubra o permita el ejercicio ilegal de la valuación incurrirá en falta disciplinaria grave, sancionable de acuerdo con las normas legales vigentes. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En el caso concreto, y una vez revisada la lista de evaluadores inscritos en el Registro Abierto de Evaluadores en la página web raa.org.co que administra la Superintendencia de Industria y Comercio, se observa que el aludido avalúo realizado por el señor HERNANDO ORTIZ SOLANO por petición de PARMALAT, conlleva una flagrante vulneración a la normatividad vigente en materia de avalúos pues éste incurrió en el *"ejercicio ilegal de la actividad del evaluador por persona no inscrita"*.

Puesto que para el día 7 de diciembre de 2021, una vez que se ingresa su número de identificación de Evaluador, registra lo siguiente: ***"No se ha encontrado un***

Avaluador con el código AVAL-79490544", como se evidencia a continuación:

The screenshot shows a mobile browser interface. The address bar displays 'raa.org.co'. The page header includes the RAA logo (Registro Abierto de Avaluadores) and the logo of the Superintendencia de Industria y Comercio. The main heading is 'Confirmar Avaluador'. Below it, a message states: 'Esta consulta no sustituye la obligación del avaluador de demostrar su calidad, a través de la certificación de inscripción (Art. 2.2.2.17.3.5 del Decreto. 1074 de 2015)'. A search input field contains the code 'AVAL-79490544'. A 'REVISAR' button is visible below the input field. At the bottom of the search results, a message reads: 'No se ha encontrado un Avaluador con el código AVAL-79490544'.

34

Si bien es cierto que a folio 24 de dicho dictamen, allegan el RAA del señor HERNANDO ORTIZ SOLANO, de manera hábil, audaz y torticera OMITEN allegar la segunda hoja donde trae la fecha de expedición para verificar su vigencia, aunado a que dicho formato es viejo, pues los nuevos formatos cambiaron hace más de un año y ya no son así. Lo cual evidencia es la MALA FE y TEMERIDAD con que obra la apoderada de PARMALAT al aportar un avaluó que es ilegal.

Para una muestra de ello, me permito allegar el RAA del Avaluador nuestro, en su formato actual:

Listo AVAL-79858061-2021...



PIN de Validación: b4396a97



<https://www.raa.org.co>



Corporación Autorregulador Nacional de Avaluadores - ANA
NIT: 900796614-2

Entidad Reconocida de Autorregulación mediante la Resolución 20910 de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio

El señor(a) DIEGO RICARDO CHIAPPE RIAÑO, identificado(a) con la Cédula de ciudadanía No. 79858061, se encuentra inscrito(a) en el Registro Abierto de Avaluadores, desde el 15 de Diciembre de 2017 y se le ha asignado el número de avaluador AVAL-79858061.

Al momento de expedición de este certificado al registro del señor(a) DIEGO RICARDO CHIAPPE RIAÑO se encuentra **Activo** y se encuentra inscrito en las siguientes categorías y alcances:

Categoría 4 Obras de Infraestructura		
Alcance	Fecha	Regimen
• Estructuras especiales para proceso, puentes, túneles, acueductos y conducciones, presas, aeropuertos, muelles y demás construcciones civiles de infraestructura similar.	15 Dic 2017	Régimen Académico
Categoría 12 Intangibles		
Alcance	Fecha	Regimen
• Marcas, patentes, secretos empresariales, derechos autor, nombres comerciales, derechos deportivos, espectro radioeléctrico, fondo de comercio, prima comercial y otros similares.	15 Dic 2017	Régimen Académico
Categoría 13 Intangibles Especiales		
Alcance	Fecha	Regimen
• Daño emergente, lucro cesante, daño moral, servidumbres, derechos herenciales y litigiosos y demás derechos de indemnización o cálculos compensatorios y cualquier otro derecho no contemplado en las clases anteriores.	12 Feb 2018	Régimen Académico

Régimen Académico Art 6 Literal A numeral (1) de la Ley 1673 de 2013

Los datos de contacto del Avaluador son:

Ciudad: TESALIA, HUILA
Dirección: CARRERA 12 NO. 5-51
Teléfono: 3114952734
Correo Electrónico: drchiappe@yahoo.com

Titulos Académicos, Certificados de Aptitud Ocupacional y otros programas de formación:

Página 1 de 2



Listo AVAL-79858061-2021...



Página 1 de 2



PIN de Validación: b4390a97



Ingeniero Civil - Universidad Santo Tomas.
Especialización en Valuación de Activos y Propiedad Intelectual - Universidad Externado de Colombia.

Que revisados los archivos de antecedentes del Tribunal Disciplinario de la ERA Corporación Autorregulador Nacional de Avaluadores - ANA; no aparece sanción disciplinaria alguna contra el(la) señor(a) DIEGO RICARDO CHIAPPE RIAÑO, identificado(a) con la Cédula de ciudadanía No. 79858061.

El(la) señor(a) DIEGO RICARDO CHIAPPE RIAÑO se encuentra al día con el pago sus derechos de registro, así como con la cuota de autorregulación con Corporación Autorregulador Nacional de Avaluadores - ANA.

Con el fin de que el destinatario pueda verificar este certificado se le asignó el siguiente código de QR, y puede escanearlo con un dispositivo móvil u otro dispositivo lector con acceso a internet, descargando previamente una aplicación de digitalización de código QR que son gratuitas. La verificación también puede efectuarse ingresando el PIN directamente en la página de RAA <http://www.raa.org.co>. Cualquier inconsistencia entre la información acá contenida y la que reporte la verificación con el código debe ser inmediatamente reportada a Corporación Autorregulador Nacional de Avaluadores - ANA.



PIN DE VALIDACIÓN

b4390a97

El presente certificado se expide en la República de Colombia de conformidad con la información que reposa en el Registro Abierto de Avaluadores RAA., a los dos (02) días del mes de Noviembre del 2021 y tiene vigencia de 30 días calendario, contados a partir de la fecha de expedición.

Firma: _____

Alexandra Suarez
Representante Legal

Página 2 de 2



La anterior situación, se le puso de presente al despacho ese mismo 7 de diciembre de 2021, memorial que fue replicado por PARMALAT el día 10 de diciembre de 2021, donde ellos mismos ACEPTAN que su perito no aparece con la licencia vigente, sin embargo tratan de justificar esto diciendo que fue por errores administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues la demandada esto dijo en su memorial:

“Pese a que la consulta en la página web del RAA no es el mecanismo idóneo para acreditar la inscripción y la validez del registro como Avaluador, ante la gravedad de las acusaciones del señor Julián David Trujillo Medina, **el perito Hernando Ortiz Solano acudió el 9 de diciembre de 2021 a las oficinas del Autorregulador Nacional de Avaluadores – ANA, para establecer los motivos por los cuales no aparecían registros de su número de Avaluador y se hicieran las correcciones correspondientes en la página web del RAA.**

Como consecuencia de ello, **al consultar el 10 de diciembre de 2021, el RAA y digitar el número de Avaluador AVAL-79490544 que corresponde al del señor Hernando Ortiz Solano, aparece la información** que tanto echa de menos el señor Julián David Trujillo Medina, como aparece a continuación.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo anecdótico, es que la apoderada de PARMALAT en un claro beneficio propio, **jamás dijo** cual fue esa causa administrativa por la cual su perito no aparecía registrado en el portal de la Superintendencia de Industria y Comercio.

37

Confirmando PARMALAT que solo a partir del 10 de diciembre de 2021, volvió a estar vigente el RAA de su perito Avaluador, tan es así que ellos mismos allegaron al despacho dicho documento ese mismo 10 de diciembre de 2021; documento que no estaba con el avalúo inicialmente presentado, en otras palabras el avalúo presentado no tenía anexo el Registro Abierto de Avaluadores – RAA para el momento en que allegaron dicho avalúo al despacho.

Es por ello, que se le interrogo a dicho perito sobre la vigencia o no de su Registro Abierto de Avaluadores –RAA, quien entro en múltiples contradicciones, veamos:

- i) Pues en un principio dijo que estaba vigente,
- ii) Luego dijo que el Registro Abierto de Avaluadores – RAA nunca perdía su vigencia,
- iii) Luego dijo que no estaba vigente, porque la entidad auto reguladora tenía un saldo a favor suyo sin que exista prueba siquiera sumaria de eso en el expediente,
- iv) Para por ultimo terminar **CONFESANDO** que en efecto, solo hasta el 10 de diciembre del año 2021 fue que pago nuevamente al ente auto regulador para tener VIGENTE su Registro Abierto de Avaluadores – RAA.

Pues así quedo registrado durante la audiencia que se recepcionó su atesto, veamos:

(Ver archivo No. 41 que contiene los TESTIMONIOS en la audiencia del 13 de diciembre de 2021, video de expediente digital CGP20211213-140632, a partir de las 2 horas con 27 minutos con 18 segundos)

APODERADO DEMANDANTE: Señor Hernando, para el momento en que rindió su dictamen pericial tenía el Registro Abierto de Avaluadores vigente?

PERITO PARMALAT: Claro que sí.

APODERADO DEMANDANTE: Tiene prueba de ello?

PERITO PARMALAT: Claro que sí.

APODERADO DEMANDANTE: Que prueba tiene?

PERITO PARMALAT: El certificado, yo estoy registrado desde el 09 de marzo de 2018.

APODERADO DEMANDANTE: No registro no, vigente?

PERITO PARMALAT: Vigente también, es que la vigencia no se pierde, porque esto es una comprobación de capacidad académica.

APODERADO DEMANDANTE: Si la vigencia no se pierde (...)

PERITO PARMALAT: Perdóneme un momentico.

APODERADO DEMANDANTE: Perdón, continúe.

PERITO PARMALAT: Desde que, digamos a partir de la Ley del Avaluador y desde que me expidieron mi certificado como Avaluador en las categorías, ese fue el que de marzo de 2018, desde ahí para adelante digamos que queda uno certificado como Avaluador, por que la capacidad de actuar como Avaluador no se pierde con la vigencia de la calidad que está certificada.

APODERADO DEMANDANTE: Ósea que ustedes no tienen que renovarlo el tiene Registro Abierto de Avaluadores?

PERITO PARMALAT: No eso no se renueva, lo único que se hace es que hay una sociedad administradora que es ANA, que es una auto reguladora si, y la auto reguladora es la que digamos controla ese servicio de los avaluadores que están, obviamente (inaudible), ha generado en este momento hay un tema, sobre la mesa de quienes pueden actuar como avaluadores y quienes no, porque hay unos cambios en la estructura digamos, pero la calidad como Avaluador no depende, a no ser que tenga una queja o algo que implique que yo no puedo actuar porque estoy sancionado, es parte de la entidad como obligación de la autoreguladora.

APODERADO DEMANDANTE: Don Hernando, ustedes no tienen que pagar para que esté vigente ese certificado año a año?

PERITO PARMALAT: Si se tiene que pagar, pero ósea el pago es una cuota de sostenibilidad de la entidad, no es que genere el no reconocimiento, ósea no es que si yo no pago soy evaluador y si no pago soy valuador. Es simplemente una cuota que se pactó a raíz de la sostenibilidad de esas entidades que ellos no reciben nada, simplemente (inaudible)

APODERADO DEMANDANTE: Cuando usted presento el presente avalúo, usted había pagado ese impuesto o esa erogación?

PERITO PARMALAT: Eso estaba pagado hasta el 2022, 2021, no le sé decir con datos exactos porque yo tenía un saldo a favor y que no se ha podido conciliar, el tema con la pandemia, ellos quedaron de que atenderían al público, decían que telefónicamente y eso todavía está en conciliación, pero a raíz de la solicitud que se hizo, fue que me puse al día de la cuenta de sostenibilidad.

APODERADO DEMANDANTE: Perdón no le entendí, usted me dice que era que no había pagado porque ellos le tenían una deuda a usted?

PERITO PARMALAT: Si pero no es eso, simplemente eso era una conciliación de cuentas pendientes y se hizo el ajuste ahorita y todavía está pendiente la conciliación, hoy esta emitido el documento que se hizo allegar a través del abogado, donde consta que yo estoy registrado desde el 09 de marzo de 2018.

APODERADO DEMANDANTE: Cuando usted dice que se hizo un ajuste, que quiere decir, que pago?

PERITO PARMALAT: Si se pago.

APODERADO DEMANDANTE: Ósea que usted pago hasta el 10 de diciembre, que es el que allego el abogado, 10 de diciembre de 2021?

PERITO PARMALAT: Si, ese día se hizo el pago del valor que está pendiente con la ANA.” (NEGRILLA, FUENTE Y SUBRAYADO DEL TRASCRIPTOR)

En efecto, como lo aceptada el perito y la apoderada de PARMALAT, a partir del día 10 de diciembre de 2021, volvió a estar vigente en el portal del RAA de la Superintendencia la tarjeta profesional del mentado perito.

Por ello, NO PUDE SER ADMITIDA dicha prueba presentada por PARMALAT, ni tampoco pueden ser usadas sus conclusiones dentro del presente proceso para restar valor probatorio al peritazgo presentado por la parte actora; que fue lo que hizo el AD QUO, sin embargo como ya se ha advertido, su fallo estuvo completamente desprovisto de una adecuada hermenéutica, carecen de soportes legales y jurisprudenciales sus conclusiones, tornándose más apreciaciones personales, caprichosas y arbitrarias.

En ese orden de ideas al quedar sin oposición nuestro avalúo, debe tomarse en integralidad los resultados allí contenidos para proyectar tanto la CESANTÍA

COMERCIAL como la INDEMNIZACIÓN EQUITATIVA de que habla el artículo 1324 del Código del Comercio.

SEPTIMO REPARO CONCRETO:

INDEBIDA VALORACIÓN DE LOS TESTIMONIOS:

Como ya se ADVIRTIO líneas arriba, de que los CONTRATOS DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN celebrados con PARMALAT, eran verdaderamente CONTRATOS DE SUMINISTRO; era deber del AD QUO de conformidad a las obligaciones relatadas por los testigos, establecer si estábamos en presencia de un CONTRATO DE SUMINISTRO o un AGENCIA COMERCIAL.

Y acá destaca lo dicho por el TESTIGO de PARMALAT el señor NELSON CAICEDO, quien a lo largo de su relato CONFESO que el ejerció la labor como SUPERVISOR de EMCOLAC, y dentro del giro normal de sus funciones encomendadas por PARMALAT estaban las de:

- 1.1 Ordenar ventas directas de productos de la empresa PARMALAT COLOMBIA LTDA., con **cumplimiento de cuotas diarias establecidas por el productor.**
- 1.2 Ordenar la difusión de **comunicaciones, solicitudes y exigencias realizadas por el productor a los diferentes puntos de recargues.**
- 1.3 Ajustar los **márgenes de utilidad aprobados por el productor sobre las facturaciones mensuales del mayorista en referencias específicas de productos.**
- 1.4 Verificación de metas de **cumplimiento de facturación mensual propuestas por el PRODUCTOR (Parmalat)**
- 1.5 Elaboración de **análisis de compras de clientes** puntuales con **justificación del número de compras mensuales.**
- 1.6 **Coordinación y atención a la reestructuración de zonas y a la frecuencia de visita de clientes establecida por Parmalat con el objetivo de rentabilizar el negocio y la operación.**
- 1.7 Diligenciamiento de formatos establecidos por Parmalat para "**montar la estructura de ventas**" y para el "**levantamiento de datos de los clientes que conforman cada zona**" con plazo de entrega de los mismos e incluyendo datos de **censos** adelantados por el mayorista.
- 1.8 Diseñar "**ofertas especiales**" para alcanzar **metas mensuales en litros** de producto (leche particularmente) con el propósito de aumentar volumen e ingreso.
- 1.9 Diseñar acciones referentes a la **atención de rutas de distribución**, planes de contingencia y demás, por solicitud **expresa** del productor (Parmalat).

- 1.10 Verificar que se estaban atendiendo las estrategias de PARMALAT en búsqueda de cubrir el 100% de clientes de cada zona presionando las ventas al tendero con mayor volumen, todo esto de acuerdo a los planes de acción diseñados y difundidos por PARMALAT COLOMBIA LTDA.
- 1.11 **Atender y difundir con los clientes los planes de incentivo diseñados por PARMALAT para la comercialización de los productos buscando diferenciales en precios frente a la competencia y enviando informes de resultados diarios en búsqueda de metas establecidas por el productor.**

Sin embargo, si no encontrábamos en presencia de un CONTRATO DE SUMINISTRO esta obligación se termina con la entrega del producto; y el comprador que recibe ese producto es libre y autónomo de venderlo como quiera, en los horarios que quiera de día o de noche, por los canales comerciales que quiera presencial o por internet, hacer las promociones como quiera o no hacerlas; en conclusión en un Contrato de Suministro NO es un elemento esencial de esa modalidad contractual recibir instrucciones ni rendir informes del proveedor.

De igual manera, **el cumplimiento del encargo de acuerdo a las instrucciones y rendición de informes de que habla el artículo 1321 del código de comercio**, se evidencia también con la PRUEBA DOCUMENTAL No. 7.3.21 denominada "*Acta de Trabajo del 18 de febrero de 2017*" aportada por PARMALAT en su escrito de contestación de la demanda. Dichas actividades ahí enunciadas va en contravía de la naturaleza de un contrato de "*suministro*", cual es la obligación **pura y simple** en que un empresario le entrega productos a un intermediario para su distribución.

41

Desde luego, la intervención del agenciado (*Parmalat*) en la ejecución del objeto jurídico de la agencia comercial, en sí mismo considerado, que no en la organización establecida por el agente para ejecutarla, se repite, abrevia en las facultades o poderes de los cuales el empresario se ha desprendido (*artículo 1320 del Código de Comercio*).

Igualmente, al tenor del artículo 1321, ibídem, en los correlativos derechos del productor de bienes o servicios de velar no solo porque el agente cumpla el encargo confiado conforme a las instrucciones impartidas, sino de la obligación que éste tiene de informar a aquél las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás circunstancias que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.

Luego, era de bulto o evidente que la intervención de PARMALAT al dar INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS y de obligatorio cumplimiento a los demandantes en los campos comercial, logístico y administrativo, el cual se observa en cada uno de los contratos demandados; **no es en la organización establecida por el agente para ofertar sus servicios; lo es en la materialización del encargo adquirido.**

Lo cual lo convertía era en un CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL y no uno de SUMINISTRO.

Lo que se le REPROCHA al AD QUO, que ningún pronunciamiento hizo sobre este testimonio en su fallo, lo cual evidencia que no valoro en conjunto todas las pruebas obrantes en el proceso, y a las pocas que tuvo en cuenta dio un alcance que las mismas no tenían, configurándose un grave yerro factico en la valoración pruebas que componían el plenario.

AMPLIACIÓN DE REPAROS CONCRETOS

Mediante memorial allegado al AD QUO dentro de los tres días siguientes a que se profirió la presente sentencia, se hizo una ampliación a los reparos concretos dichos en la audiencia de fallo de manera oral, adicionándose los que a continuación reseño:

REPARO CONCRETO 9:

VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO, POR LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL NUMERAL SEGUNDO DEL ARTICULO 96 Y EL PÁRRAFO 4 DEL NUMERAL 7 DEL ARTICULO 372 DEL CGP, POR NO TENER POR PROBADOS LOS HECHOS ACEPTADOS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda según el CGP, es la oportunidad que tiene el demandado para defenderse, decir que hechos acepta y no son objeto de debate y cuales niega o desconoce, sobre los cuales deberá versar la fijación del litigio, y pedir la pruebas que pretenda hacer valer en el proceso.

Tan es así, que el numeral 2 del artículo 96 es claro en indicar **que la parte demanda podrá indicar que hechos admite que son ciertos y no serán necesario probarlos**, pues dicha norma reza:

“ARTÍCULO 96. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La contestación de la demanda contendrá:

(...)

2. Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, **con indicación de los que se admiten**, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Inclusive, así lo ordena la etapa de FIJACIÓN DEL LITIGIO de que habla el párrafo 4 del numeral 7 del artículo 372 del CGP que establece que es deber del juez establecer los hechos probados y cuáles deben ser probados, pues dicha norma reza:

“**ARTÍCULO 372. AUDIENCIA INICIAL.** El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

7. Interrogatorio de las partes, práctica de otras pruebas y fijación del litigio. Los interrogatorios de las partes se practicarán en la audiencia inicial.

El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.

El juez podrá decretar y practicar en esta audiencia las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes.

A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y acá, radica la inconformidad con la manera como el AD QUO resolvió el presente litigio, **pues al proferir su fallo OMITIO completamente los hechos aceptados por la parte demandada, que lo imposibilitaban a adecuar los contratos que se demandaban dentro de uno de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, a pesar de que PARMALAT acepto que se trataban de unos CONTRATOS DE SUMINISTRO;** luego no ha debido ser objeto de debate establecer si un contrato de suministro de distribución es realmente un contrato de distribución, porque ya estaba aceptado por la demandada que se trataban de contratos de suministro.

43

Y lo que ha debido hacer el juez, era verificar si las cláusulas de esos contratos de suministro tenían requisitos esenciales de contratos de agencia comercial o no.

Pues si se revisa el escrito de contestación, y el propio video de la audiencia, donde la abogada de PARMALAT de viva voz da como ciertos los hechos 13, 15, 16, 17 y 18, los cuales rezan lo siguiente:

Al responder el hecho 13 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto, los cuatro Contratos a los que hace referencia este hecho corresponden a diferentes **Contratos de Suministro** para la Distribución (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al responder los hechos 15, 16 y 17 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto, **la real intención de las partes fue la de celebrar un contrato de SUMINISTRO** para la distribución. Solicito que se tenga como CONFESIÓN de los

Demandantes respecto a la real intención de éstos al celebrar los contratos objeto de esta demanda con Parmalat.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al responder el hecho 18 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto, **la real intención de las partes fue la de celebrar un contrato de SUMINISTRO** para la distribución. Solicito que se tenga como CONFESIÓN de los Demandantes respecto a la real intención de éstos al celebrar los contratos objeto de esta demanda con Parmalat.

Por lo demás, se trata de la transcripción del artículo 968 del Código de Comercio, al cual, el mismo demandante CONFIESA regía la relación comercial con Parmalat. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior se concluye que la parte demandada ACEPTA que: **“la real intención de las partes fue la de celebrar un contrato de SUMINISTRO”** y que se trata de la transcripción del artículo 968 del código de comercio, que regula estos contratos típicos.

Inclusive, si el AD QUO hubiese sido más cuidadoso, se hubiera percatado, que PARMALAT al contestar los hechos 65 y 117 confirma que se trataba de CONTRATOS DE SUMINISTRO, veamos:

Al responder el hecho 65 PARMALAT dijo lo siguiente:

“Es cierto que los Contratos de Suministro para la Distribución como lo fueron (...).

Señalo incluso que se trata de contratos típicos regulados en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al responder el hecho 117 PARMALAT en su párrafo segundo, dijo lo siguiente:

“Es cierto que cada uno de los Contratos mencionados en esta contestación **fueron inequívocamente contratos de suministro para la distribución.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Huelga recordar que los contratos típicos poseen una regulación jurídica propia fijada de manera exegética en el código de comercio, frente a los contratos atípicos, que carecen de regulación legal escrita y dependen de su desarrollo jurisprudencial, por ello me referiré a este contrato en particular, así:

CONTRATO DE SUMINISTRO DE DISTRIBUCIÓN

El contrato de SUMINISTRO DE DISTRIBUCIÓN tiene una fisonomía propia que hace que no pueda ser confundido con otros contratos mercantiles, **toda vez que NO es otra cosa que un CONTRATO DE SUMINISTRO en una de sus varias**

modalidades, una de ellas es el suministro a un consumidor final y la otra es a un intermediario que se encarga de la comercialización del producto, **sin embargo sigue siendo un contrato TÍPICO ósea regulado de manera expresa por los artículos 968 a 980 del Código de Comercio.**

De hecho en reciente jurisprudencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA CIVIL, con ponencia de la Magistrada Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO en fallo calendarado del pasado 15 de febrero de 2018 (*SC170-2018 – RAD. 11001310303920070029901*) **estableció que el contrato de SUMINISTRO DE DISTRIBUCIÓN, se encuadra es dentro de uno de SUMINISTRO lo cual lo convierte en un contrato típico que se rige por sus reglas**, pues sobre el particular dijo:

“1. Como viene de registrarse, el fallo desestimatorio de las pretensiones dictada en primera instancia fue apelado por la sociedad demandante y el tribunal al desatar dicha impugnación, **confirmo tal proveído modificándolo para declarar la existencia de un contrato de suministro para distribución** celebrado el 26 de marzo de 2002, el cual se dio por terminado el 26 de marzo de 2004, confirmando la negativa de las restantes pretensiones, particularmente la imputación de incumplimiento contractual que se imputa a la demandada y las consecuentes condenas patrimoniales que se estima de ello se generan.

(...)

3. La Corte en resumen, coligió la comisión por parte del tribunal, en primer lugar, de error de hecho en la apreciación de las pruebas, particularmente el contrato de distribución celebrado entre las partes el día 26 de marzo de 2002 y la misiva del 25 de marzo de 2004, mediante la cual PHILIP MORRIS COLOMBIA S.A., de manera unilateral, puso fin al vínculo negocial que lo ligaba con MARCAR DISTRIBUCIONES LTDA. pues: **“en el entendido que en el negocio aquí concertado por las partes (suministro para distribución), en la medida que no cuenta con una regulación normativa que lo regente, como quedó plasmado en párrafos anteriores, situación que habilito encuadrarlo en el de suministro, por razón de esta hermenéutica, el tribunal debió aplicar al presente asunto esa regla”, refiriéndose a la contenida en el artículo 977 del código de comercio y, en ese orden: “inevitable era entonces, la presencia de un aviso anticipado para considerar que la culminación del negocio resultaba ajustada a la legalidad, evitando así la sorpresa o informe inesperado de su finalización.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)**

45

Establecido que el contrato de “*suministro de distribución*” suscrito en cada uno de los 4 contratos que hoy se demanda, **según lo aceptado por la propia demandada al contestar la demanda**, debían encuadrarse dentro de uno de **SUMINISTRO** el cual es típico cuyos requisitos están plenamente definidos en el código de comercio; en ese sentido, el deber del AD QUO era establecer las diferencias principales entre este y uno de AGENCIA COMERCIAL, y no con uno de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO como erradamente lo hizo el togado.

REPARO CONCRETO 10:

VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO, POR LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1501 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 1501 del Código Civil, es claro en indicar que los requisitos esenciales de un contrato cuando producen efectos y tienen otra nominación, degeneran en otro diferente, pues dicha norma reza:

“ARTICULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. **Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente**; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

En el caso concreto, estaba más que probado que estábamos ante un CONTRATO DE SUMINISTRO, no solo por la confesión vertida por la representante legal de PARMALAT que así lo acepto, lo dicho por su apoderada en el escrito de contestación de demanda y los alegatos de conclusión, la testigo Dra. DIANA OSPINA quien era la jurídica de PARMALAT y confeso que se trataba de: **“un contrato de suministro con muchos vacíos legales”**; e inclusive así fue acogido por la propia SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA⁷ quien en un reciente fallo concluyo que un Contrato de Suministro de Distribución era realmente un Contrato de Suministro, pues sobre el particular dijo:

“3. La Corte en resumen, coligió la comisión por parte del tribunal, en primer lugar, de error de hecho en la apreciación de las pruebas, particularmente el contrato de distribución celebrado entre las partes el día 26 de marzo de 2002 y la misiva del 25 de marzo de 2004, mediante la cual PHILIP MORRIS COLOMBIA S.A., de manera unilateral, puso fin al vínculo negocial que lo ligaba con MARCAR DISTRIBUCIONES LTDA. pues: **“en el entendido que en el negocio aquí concertado por las partes (suministro para distribución), en la medida que no cuenta con una regulación normativa que lo regente, como quedó plasmado en párrafos anteriores, situación que habilito encuadrarlo en el de suministro, por razón de esta hermenéutica, el tribunal debió aplicar al presente asunto esa regla”**, refiriéndose a la **contenida en el artículo 977 del código de comercio** y, en ese orden: *“inevitable era entonces, la presencia de un aviso anticipado para considerar que la culminación del negocio resultaba ajustada a la legalidad, evitando así la sorpresa o informe inesperado de su finalización.”*(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Luego, lo que ha debido haber hecho el togado de instancia era revisar los requisitos esenciales de los contratos demandados y a partir de ahí determinar si era un contrato de suministro o uno de agencia comercial; hecho este que no ocurrió.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA CIVIL, con ponencia de la Magistrada Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO en fallo calendarado del pasado 15 de febrero de 2018 (SC170-2018 – RAD. 11001310303920070029901)

Huelga recordar que el CONTRATO DE SUMINISTRO es un contrato puro y simple donde los riesgos terminan con la entrega de la cosa a comercializar, puesto que el comerciante que la toma para sí, por cuenta y riesgo propio vera si la vende de día o de noche, por internet o de manera presencial, con publicidad o sin esta, con promociones o sin estas, en conclusión no debe recibir ningún tipo de instrucción por que la gestión la hace de manera independiente, aunado a que está expresamente prohibida la exclusividad en este tipo de contratos.

Sin embargo, probado quedo, e incluso fue aceptado por el propio juez de instancia en su fallo que el demandante: "***estaba agobiado por las instrucciones permanentes de PARMALAT respecto a las ventas, las metas, la publicidad, los informes, los canales de venta, ect***", también quedo probado que en los contratos demandados se pactaron cláusulas de exclusividad para comercializar únicamente productos de PARMALAT.

Vemos entonces, que regir instrucciones y pactar cláusulas de exclusividad, **NO SON REQUISITOS ESENCIALES del Contrato de Suministro**, y de acuerdo a lo que estipula el artículo 1501 del Código Civil al haber producidos efectos dichos contratos degeneraron en otro distinto.

Y si el juez de instancia, hubiese sido juicioso en su análisis, y hubiese cotejado y analizado todas las pruebas que obraban en el proceso y no se hubiese limitado únicamente a lo que dijo un testigo de oficio por el decretada, era más que fácil y de bulto concluir que de acuerdo a los artículos 1319 relativo a la "exclusividad a favor del agenciado" y 1321 relativo a "cumplimiento del encargo y rendición de informes" ambas del Código de comercio, **eran estos REQUISITOS ESENCIALES de un Contrato de Agencia Comercial.**

Por ello, resulta harto impropio por parte del togado de instancia, que concluya en su sentencia que estábamos frente a unos contratos de DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO.

Sin embargo, en el presente fallo, el AD QUO no cito una sola norma, jurisprudencia o doctrina relativa **a que un Contrato de Suministro por Distribución se convierte automáticamente en un Contrato de Distribución por Concesionario**, pues pareciera que se limitó a su criterio sin ningún tipo de apoyo que así lo respaldase. Lo cual conllevan a colegir que la valoración que hizo la AD QUO de todas las pruebas estuvo completamente desprovista de la sana crítica, denotando más bien una confianza o creencia desmesurada, infundada e irreflexiva en su mera opinión.

REPARO CONCRETO 11:**VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO, POR LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DEL ARTÍCULO 281 DEL CGP**

El principio de congruencia de la sentencia exige que ésta debe estar acorde con los hechos, las pretensiones **y las excepciones que hubieran sido alegadas dentro del proceso**, se encuentra contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso y establece lo siguiente:

“Artículo 281. Congruencias.

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio” (subraya y negrilla por fuera del texto)

48

DEVIS ECHANDÍA, define a la Congruencia como:

“El principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes...⁸”.

En el sentido de lo anterior, es categórico el pronunciamiento de Palacio, que se pronuncia en los siguientes términos:

“...la observancia del principio de congruencia **exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y la oposición**⁹”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Huelga recordar en este punto, que PARMALAT de conformidad a lo descrito en el reparo antes planteado, ya había aceptado que los cuatro contratos que se demandaron eran CONTRATOS DE SUMINISTRO; no solo porque así lo dijeron en su escrito de contestación de demanda, sino porque los cuatro contratos al ser exactamente iguales rezan en su parte inicial o introductoria junto con su CLAUSULA PRIMERA que se está celebrando un **CONTRATO DE SUMINISTRO.**

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Teoría General del proceso, t. 1, pág. 49

⁹ PALACIO, Derecho Procesal Civil, t. V, pág. 405

Puesto que así se evidencia de su literalidad, toda vez que todos rezan exactamente lo mismo; lo cual se transcribió en el HECHO 14 de la demanda y reza:

✓ **CONTRATO DE CARLOS BAQUERO GRACIA CEDIDO A NESTOR NUÑEZ**

“Entre los suscritos, LUIZ GUILHERME DE GUSMAO RIBEIRO, mayor de edad y con su domicilio en Santafé de Bogotá, identificado como aparece al pie de su firma, en su calidad de representante legal de la sociedad comercial PARMALAT COLOMBIA LTDA, sociedad con domicilio en Bogotá DC, quien para los efectos del presente contrato se denominara el PROVEEDOR y de otra parte CARLOS ALBERTO GRACIA (sic), mayor de edad y domiciliado en Bogotá DC, identificado como aparece al pie de su respectiva firma, quien para los efectos del presente contrato se denominara EL MAYORISTA, se ha celebrado el contrato de SUMINISTRO que se registrá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA: - OBJETO: EL PROVEEDOR, suministrara a título de ventas real y efectiva al MAYORISTA, para su posterior reventa dentro del territorio asignado, el producto LECHE PASTEURIZADA, BOLSA PARMALAT, LECHE ULTRAPASTEURIZADA, BOLSA PARMALAT Y CITRUS PUNCH SANTAL en sus distintas presentaciones comerciales. **Cada suministro constituirá una venta en firme.** El PROVEEDOR podrá a su exclusivo criterio, ampliar el portafolio de productos a ser vendido al MAYORISTA.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

✓ **CONTRATO DE FORTILACTEOS**

“Entre los suscritos, LUIZ GUILHERME DE GUSMAO RIBEIRO, mayor de edad y con su domicilio en Santafé de Bogotá, identificado como aparece al pie de su firma, en su calidad de representante legal de la sociedad comercial PARMALAT COLOMBIA LTDA, sociedad con domicilio en Bogotá DC, quien para los efectos del presente contrato se denominara el PROVEEDOR y de otra parte NESTOR NUÑEZ ROMERO, mayor de edad y domiciliado en Bogotá, identificado como aparece al pie de su respectiva firma, en su calidad de representante legal de la sociedad comercial **FORTILACTEOS S de H**, sociedad con domicilio en Neiva, quien para los efectos del presente contrato se denominara EL MAYORISTA, se ha celebrado el contrato de SUMINISTRO que se registrá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA: - OBJETO: EL PROVEEDOR, suministrara a título de ventas real y efectiva al MAYORISTA, para su posterior reventa dentro del territorio asignado, el producto LECHE PASTEURIZADA, BOLSA PARMALAT, LECHE ULTRAPASTEURIZADA, BOLSA PARMALAT Y CITRUS PUNCH SANTAL en sus distintas presentaciones comerciales. Cada suministro constituirá una venta en firme. El PROVEEDOR podrá a su exclusivo criterio, ampliar el portafolio de productos a ser vendido al MAYORISTA.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

✓ **CONTRATO DE CODILAC LTDA**

“Entre los suscritos, LUIZ GUILHERME DE GUSMAO RIBEIRO, mayor de edad y con su domicilio en Santafé de Bogotá, identificado como aparece al pie de su firma, en su calidad de representante legal de la sociedad comercial PARMALAT COLOMBIA LTDA, sociedad con domicilio en Bogotá DC, quien para los efectos del presente contrato se denominara el PROVEEDOR y de otra parte NESTOR NUÑEZ ROMERO, mayor de edad y domiciliado en Bogotá, identificado como aparece al pie de su respectiva firma, en su calidad de representante legal de la sociedad comercial **COMPAÑÍA DE DISTRIBUIDORA DE LACTEOS LTDA – CODILAC LTDA**, sociedad con domicilio en Neiva, quien para los efectos del presente contrato se denominara EL MAYORISTA, se ha celebrado el contrato de SUMINISTRO que se registrá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA: - OBJETO: EL PROVEEDOR, suministrara a título de ventas real y efectiva al MAYORISTA, para su posterior reventa dentro del territorio asignado, el producto LECHE PASTEURIZADA, BOLSA PARMALAT, LECHE ULTRAPASTEURIZADA, BOLSA PARMALAT Y CITRUS PUNCH SANTAL en sus distintas presentaciones comerciales. Cada suministro constituirá una venta en firme. El PROVEEDOR podrá a su exclusivo criterio, ampliar el portafolio de productos a ser vendido al MAYORISTA.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

✓ **CONTRATO DE EMCOLAC**

“Entre los suscritos, LUIZ GUILHERME DE GUSMAO RIBEIRO, mayor de edad y con su domicilio en Santafé de Bogotá, identificado como aparece al pie de su firma, en su calidad de representante legal de la sociedad comercial PARMALAT COLOMBIA LTDA, sociedad con domicilio en Bogotá DC, quien para los efectos del presente contrato se denominara el PROVEEDOR y de otra parte NESTOR NUÑEZ ROMERO, mayor de edad y domiciliado en Bogotá, identificado como aparece al pie de su respectiva firma, en su calidad de representante legal de la sociedad comercial **EMPRESA COMERCIALIZADORA DE LACTEOS Y ALIMENTOS DEL SUR S.A.S. -EMCOLAC**, sociedad con domicilio en Neiva, quien para los efectos del presente contrato se denominara EL MAYORISTA, se ha celebrado el contrato de SUMINISTRO que se regirá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA: - OBJETO: EL PROVEEDOR, suministrara a título de ventas real y efectiva al MAYORISTA, para su posterior reventa dentro del territorio asignado, el producto LECHE LARGA VIDA Y DERIVADOS en sus distintas presentaciones comerciales. Cada suministro constituirá una venta en firme. El PROVEEDOR podrá a su exclusivo criterio, ampliar el portafolio de productos a ser vendido al MAYORISTA.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo anteriormente transcrito, **fue aceptado de manera tacita como cierto en el escrito de contestación de la demanda;** pues si bien es cierto de manera audaz omiten decir que es cierto, si aceptan que es una transcripción literal de cada contrato, pues al responder el HECHO 14 de la demanda dijeron:

“No es un hecho, es una transcripción de los siguientes Contratos:

Contrato No. 1: Entre Parmalat y Carlos Alberto Baquero Gracia de fecha 16 de agosto de 2001, terminado de común acuerdo el 16 de enero de 2003.

Contrato No. 2: Entre Parmalat y FORTILACTEOS, representada por Néstor Núñez Romero de fecha 16 de enero de 2004, terminado de común acuerdo el 1 de abril de 2004.

Contrato No. 3: Entre Parmalat y CODILAC de fecha 1 de abril de 2004, terminado de común acuerdo el 11 de septiembre de 2012.

Contrato No. 4: Entre Parmalat y EMCOLAC de fecha 1 de octubre de 2012, terminado con justa causa en el incumplimiento de EMCOLAC el día 9 de marzo de 2019.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Aunado a que cada contrato en su última cláusula reza lo siguiente:

“(…) NORMAS SUPLETIVAS: En lo no estipulado en el presente contrato, **se aplicaran las normas del Código de Comercio respecto del contrato de SUMINISTRO** y del contrato de DEPOSITO en cuanto fuera compatibles con el mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En pacífica jurisprudencia, la CORTE CONSTITUCIONAL ha dicho que el Principio de Congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, **puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni EXTRA PETITA, ni ULTRA PETITA, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso.** Sobre el particular, así se pronunció en SENTENCIA T - 455 de 2016 al decir:

“24.1. El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, **puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso.** Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “*como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”*¹⁰. **Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.**

51

La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, profirió en el 2008 la sentencia 1274¹¹ de ese año, en la que estableció lo siguiente:

*“... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso”*¹².

24.2. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. **Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita),** pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de

¹⁰ Sentencia T-714 de 2013, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que a su vez reitera lo dicho en las sentencias T-773 de 2008, (M.P. Mauricio González Cuervo); T-450 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-025 de 2002, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), entre otras.

¹¹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Sentencia T-450 de 2001. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

INCONGRUENCIA ULTRA PETITA

La incongruencia por *ultra petita* consiste en la distorsión entre lo pedido por las partes, ya sea en la demanda o en la defensa y lo otorgado en el dispositivo del fallo.

Además, la *ultra petita* será **i) cuantitativa**, por ejemplo al concederse más dinero del pedido o **ii) cuantitativa**, como ocurre en el caso concreto que requiriéndose que se definiera si se estaba en presencia de un CONTRATO DE SUMINISTRO o uno de AGENCIA COMERCIAL, el juez determinara de manera unilateral, y sin ningún soporte legal, jurisprudencial o probatorio más que su mera opinión que se estaba en presencia de un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN POR CONCESIONARIO, a pesar que ninguna de las partes solicitó que se reconociera dicha denominación.

A modo síntesis cabe afirmar que el juez no se encuentra limitado por las calificaciones jurídicas de las partes, **pero si por la invocación de lo pedido por las partes ya sea en las pretensiones o en las excepciones, lo que no podrá mutarse.**

52

REPARO CONCRETO 12:

NO ES CIERTO QUE LOS CONTRATOS DEMANDADOS SEAN “INTUITO PERSONAE”

Es falsa la razón dada por el togado de instancia en su fallo, al decir que los contratos demandados eran *intuitio personae* y que estaba prohibido cederlos, razón está que uso para decir que se trataba de contratos distintos.

Todos los contratos demandados, al ser idénticos traen la misma cláusula respecto a la facultad de ceder los mismos con el consentimiento previo o explícito del proveedor, la cual es exactamente igual en cada uno de ellos y reza:

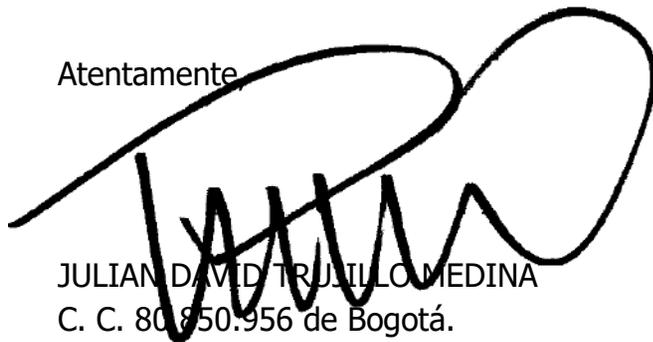
“(…) CESIÓN: Este contrato es celebrado *intuitio personae* en relación con el MAYORISTA. En consecuencia el MAYORISTA no podrá otorgar SUBDISTRIBUCIONES a terceros, ni podrá ceder total o parcialmente este contrato **sin el consentimiento previo o explícito del proveedor.**”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior, es dable concluir, que PARMALAT a través del consentimiento explícito permitía ceder el presente contrato, y como quedó PROBADO a lo largo del proceso este mismo contrato, para el mismo territorio, con las mismas condiciones fue cedido de FORTILACTEOS a EMCOLAC LTDA, y este último fue cedido a EMCOLAC SAS, **toda vez que la operación jamás paró;** PARMALAT tampoco

probo que entre un contrato y el otro haya habido una interrupción en la ejecución del mismo, pues queda claro que la comercialización de sus productos la hizo el señor NUÑEZ de manera ininterrumpida por 17 años en todo el territorio del departamento del HUILA, a través de distintas sociedades, pero con el consentimiento explícito de PARMALAT, que siempre permitió que se cediera dicho contrato.

Aunado a que PARMALAT no aportó ninguna prueba documental, que acreditara que el contrato con FORTILACTEOS o la sociedad CODILAC LTDA hubiesen terminado.

Atentamente,



JULIAN DAVID TRUJILLO MEDINA
C. C. 80.850.956 de Bogotá.
T. P. 165.655 del C.S.J