

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

SC170-2018

Radicación n.º 11001 31 03 039 2007 00299 01

(Aprobado en sesión de trece de septiembre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Procede la Corte a proferir la correspondiente sentencia sustitutiva, en el presente proceso ordinario que la sociedad **Marcar Distribuciones Ltda.**, promovió en contra de **Philip Morris Colombia S.A.**

ANTECEDENTES

1. En el escrito de demanda (fls. 519 a 543, cd. 2), se elevaron las peticiones que enseguida se sintetizan:

1.1.1 Declarar que entre Philip Morris Colombia S.A. y Marcar Distribuciones Ltda., se celebró contrato de distribución en enero de 2000, que fue incumplido por la

demandada por las siguientes razones: (i.) efectuar unilateralmente y sin el previo aviso establecido en el contrato modificación a la relación de productos objeto del mismo, del plazo conferido para el pago de los productos, de los descuentos que concedía a favor de la demandante; (ii.) darlo por terminado de manera unilateral, injustificada y abusivamente; (iii.) no ejercer control suficiente sobre la actividad de sus trabajadores y permitir que se presentaran ventas de productos en Bogotá provenientes de la ciudad de Cali, a través de otros distribuidores y a un precio inferior al suministrado por la demandada a Marcar Distribuciones Ltda.

1.1.2 Que se declare que Philip Morris Colombia S.A. utilizó indebidamente la información obtenida por parte de Marcar Distribuciones Ltda., en relación con los clientes de esta sociedad.

1.1.3 Se declare que Philip Morris Colombia S.A. incumplió el contrato, al manifestar a los clientes de Marcar Distribuciones Ltda., tanto durante la ejecución del contrato como con posterioridad a ésta, que no debían comprarle a esa sociedad productos de Philip Morris Colombia S.A.

1.1.4 Que se declare que la utilización indebida y la manifestación de no comprar a Marcar Distribuciones Ltda., le implicó a la demandante la pérdida de parte de sus clientes y el deterioro de su buen nombre.

1.1.5 Que se declare que Philip Morris Colombia S.A. está obligada a indemnizar a Marcar Distribuciones Ltda., los perjuicios ocasionados por las conductas mencionadas y, consecuentemente, se le condene al pago de los mismos por concepto de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con la cuantía que se pruebe durante el proceso, así como la cláusula penal pecuniaria, es decir la suma equivalente a 50 salarios mínimos mensuales vigentes por cada incumplimiento que se demostrara en el proceso e intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida desde la fecha en que se generó cada uno de los incumplimientos del contrato y hasta la fecha del pago efectivo, tanto sobre el valor de los perjuicios demostrados, como por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada y se incluya la actualización monetaria a que haya lugar

1.2 Como pretensiones subsidiarias enarboló las siguientes:

1.2.1. Se declare que entre Marcar Distribuciones Ltda., y Philip Morris Colombia S.A. se celebró un contrato de agencia comercial en febrero de 2000, que fue incumplido por la demandada, a más de las razones indicadas en el numeral anterior, por las siguientes: (i.) no efectuar el suministro continuo de productos, de conformidad con lo establecido contractualmente; (ii.) modificar la comisión que concedía a favor de la demandante.

1.2.2. Que Philip Morris Colombia .S.A., está obligada a pagar los perjuicios ocasionados por las conductas antes

mencionadas, por concepto de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con la cuantía que se demuestre en el proceso.

1.2.3. Que Philip Morris Colombia S.A. está obligada a reconocer a favor de Marcar Distribuciones Ltda., el valor de la prestación de que tratan los incisos primero y segundo del artículo 1324 del Código de Comercio a la terminación del contrato, en la cuantía que se demuestre en el proceso y, en ese orden, se le condene al pago de las mismas.

1.2.4. Que las referidas condenas incluyan la actualización monetaria a que haya lugar.

1.2.5. Que se condene a Philip Morris Colombia S.A. al pago de la cláusula penal pecuniaria, es decir, la suma equivalente a 50 salarios mínimos mensuales vigentes por cada incumplimiento que se demuestre en el proceso, junto con los intereses moratorios, causados desde la fecha en que se generó cada incumplimiento hasta la fecha del pago efectivo, tanto sobre el valor de los perjuicios demostrados como por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada.

2. Como soporte de las precedentes pretensiones, se adujeron los hechos relevantes que pasan a compendiarse:

2.1. La sociedad Philip Morris Colombia S.A. ha adelantado la comercialización de sus productos en

Colombia, a través de distribuidores, quienes proveen el comercio y éstos al consumidor final.

2.2. En el segundo semestre de 1999 Martha Ovidia Castro Mahecha presentó una propuesta a la sociedad Philip Morris Colombia S.A. para desarrollar y atender el canal tradicional, es decir la venta tienda a tienda, la cual es aceptada lo que llevó a crear la sociedad Marcar Distribuciones Ltda.

2.3. En su inicio, por decisión de Philip Morris S.A., Marcar Distribuciones Ltda., desarrolló su actividad como sub-distribuidora, comercializando los productos de la demandada a través de John Restrepo & Cía. único distribuidor autorizado, quien fue un simple mandatario en la relación iniciada desde febrero de 2000.

2.4. Entre febrero de 2000 y marzo 21 de 2002 Marcar Distribuciones Ltda. adquirió la mercancía con un descuento del 5% en «*pie de factura*» y, a través de Nota Crédito, Philip Morris Colombia S.A. reconocía a John Restrepo y Cía. un valor adicional del 2% para un total de margen de ingreso o descuento del 7%, más una paca real – una caja con 50 cartones de 10 cajetillas con 10 cigarrillos cada una para un total de 10.000 cigarrillos- mensual, entregada directamente por la demandada, como apoyo.

2.5. En febrero de 2000, al realizar la venta en el canal tradicional, observó que el producto legalmente importado tenía un valor superior por cartón aproximadamente

\$3.000,00, con respecto del mismo producto que llegaba de contrabando, por lo que inició un estudio, detectando que los proveedores se encontraban en el Centro Comercial de la Sabana, en donde concentró gran parte de su actividad, logrando venta legal y desplazando la ilegal con gran beneficio para Philip Morris Colombia S.A. Comienza a crecer el canal mayorista que es el que atiende los minoristas, a los tenderos y a los clientes del canal de consumo como restaurantes, bares y tabernas.

2.6. La sociedad Philip Morris Colombia S.A. y Marcar Distribuciones Ltda., firmaron un contrato denominado “CONTRATO DE SUMINISTRO PARA DISTRIBUCIÓN”, con fecha 26 de marzo de 2002, reconocido por la demandante el 4 de abril de 2002 ante la Notaría 27 de Bogotá, de conformidad con las exigencias de la demandada.

2.7. En el anexo 6 del citado contrato se señalaron las proyecciones de compras, que permanecieron constantes entre marzo 26 de 2002 y comienzo del 2004, año en que fueron modificadas. Proyectándose un promedio anual de 107.800 cartones, que equivale a un promedio mensual de 8.983,33 cartones o 165,92 pacas, siendo el mejor periodo anual de ventas el comprendido entre el 26 de marzo de 2002 al 25 de marzo de 2003, en el que vendió 3752,49 pacas de cigarrillo, con un promedio mensual de 312,71 pacas, superando en un 188,47% la meta mínima exigida por la demandada, en tanto que para el periodo 26 de marzo de 2003 a 26 de marzo de 2004 la demandante vendió 2461,11

pacas, con un promedio mensual de 205,09, superando la meta mínima en un 123,61%.

2.8. El beneficio económico para Marcar Distribuciones Ltda. quedó pactado en los dos últimos folios del contrato, denominado «POLÍTICAS DE DESCUENTOS», en un porcentaje sobre el valor de compra del distribuidor, repartido de la siguiente manera:

Descuento base	6.0%
Descuento por información suministrada por el distribuidor	1.0%
Descuento por número de vendedores	1.0%
Descuento por programas de fuerza de ventas	1.0%
Marcar Distribuciones Ltda., pagaba en efectivo. Por requerimiento de Philip Morris Colombia S.A. de pagar con cheque, se reconoció adicionalmente a partir de agosto de/022 un descuento del	0.3%

Es decir, un total del 9.3% de las compras que la demandante efectuara a la demandada, calculado sobre el precio con impuesto de la lista de precios del anexo N° 3 del contrato.

2.9. En cumplimiento del numeral 10.7 de la cláusula del contrato denominada «DÉCIMA. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL DISTRIBUIDOR» Marcar Distribuciones Ltda., procedió a comprar el software exigido, por un valor de \$6.500.000,00 y un costo anual de mantenimiento de \$900.000,00 y el 6 de mayo de 2002 se le remitió a la demandada la información requerida en el anexo N° 7 del contrato, con la cual Philip Morris Colombia S.A. accede a la base de datos que la demandante enviaba semanalmente y con ella a toda la información de su clientela.

2.10. Pese a lo establecido en el contrato, y a la infraestructura que ya había hecho montar a la demandante, Philip Morris Colombia S.A. empezó a generar unilateral e ilegalmente cambios de fondo al contrato, sin el consentimiento de ésta.

2.11. Desde el mes de abril de 2002, se inició la actividad de la demandada para bajar el margen de ingreso de Marcar Distribuciones Ltda., frente a lo cual se mostró la inconformidad con comunicaciones del 10 y 21 de mayo de 2002, sin recibir respuesta, dejando de percibir ingresos, de acuerdo a cada una de las facturas afectadas por valor de \$162.947.438,00.

2.12. En agosto de 2002 se le informó, que *«no podía vender más de 95 pacas de Marlboro en el Centro Comercial La Sabana y le entregaron un listado “extractado” de los clientes de la demandante, denominado por la Demandada “CLIENTES APADRINADOS MARCAR DISTRIBUCIONES”;* clientes donde tenía el 80 % de las ventas y de los 80 clientes, sin justificación alguna abusivamente, se le da la orden de venderle sólo a 12. Clientes conseguidos por ella, *«que le fueron arrebatados por la Demandada con base en la información y el trabajo de la demandante»* y con posterioridad funcionarios de Philip Morris Colombia S.A. visitaron a la clientela de Marcar Distribuciones LTDA. *«en el Centro Comercial La Sabana y en clara violación de la ley, les dijeron a los clientes de la demandante que tenían que comprar a otros distribuidores».*

2.13. El 15 de agosto de 2002 protesta por el cambio de políticas sobre el manejo de pedidos, que no consultaba la realidad del mercado, sin obtener respuesta, en tanto que el 22 de agosto siguiente, mediante «CARTA ACUERDO N° 2002-105» la Gerencia Nacional de Ventas de la demandada ratificó por escrito el cambio unilateral, inconsulta e ilegal de las condiciones del contrato, convirtiendo la palabra “autorizado” en una verdadera obligación impuesta desapareciendo el término “sugerido que expresa la carta y obliga a vender al precio mencionado de \$19.900,00, lo que trajo como resultado la caída de las ventas para los meses de agosto, septiembre y octubre de 2002.

2.14. El 23 de septiembre siguiente la demandada modificó la lista de los clientes, dejándola restringida a 11 de ellos, según fax enviado a la demandante. Lista denominada por Philip Morris Colombia S.A. *«como “SUBDISTRIBUIDORES LA 18 – VOLUMEN ASIGNADO A MARCAR” que no son otros que una parte de los clientes propios de Marcar Distribuciones Ltda. Abusó de su posición dominante y continuó con su competencia desleal, además del incumplimiento de las cláusulas del contrato».*

2.15. A finales de octubre del mismo año Philip Morris Colombia S.A. introduce un nuevo producto en el mercado L & M, para lo cual levanta la orden de restricción de ventas de los clientes de Marcar Distribuciones Ltda., quien en el mes de noviembre de ese año vende 322 pacas, resaltando que cuando la demandada vuelve y despacha, la demandante nuevamente crece en ventas.

2.16. En diciembre de 2002 las prácticas ejercidas ilegalmente por la demandada no son sólo la rebaja en el margen de ingresos y las restricciones de su propia clientela, sino que le agrega un nuevo ingrediente, cual es, negarle los despachos, sin aducir explicación alguna, por lo que no realizó el suministro continuo de los productos a favor de la demandante, lo que motivó que ésta volviera a disminuir el volumen de ventas, y a quien *«solo le fue despachado la Orden de Compra del 17 de diciembre de 2002 por tan solo 30 pacas. Ninguno de los clientes del canal mayorista pudo ser atendido por Marcar Distribuciones Ltda.»*

2.17. Dentro del plan de asfixia, la demandada aplicó restricciones relacionadas con el precio de venta a los clientes de la demandante, sin dar el aviso previo de 30 días antes de dar aplicación a la modificación de la lista de precios y, de otra parte, utilizó estas modificaciones para rebajar el margen de ingreso, o lo que se denomina descuento, lo que provocó un desequilibrio contractual y económico en el negocio, porque sólo se beneficiaba la demandada, al crecer el número de pacas vendidas, y el comercio general, al obtener este descuento en las ventas, todo a costa de la demandante.

2.18. En el segundo semestre de 2003 se dio abastecimiento del producto que importaba la demandante en el canal mayorista (Centro Comercial La Sabana) desde la ciudad de Cali, a precios muy inferiores a los autorizados para la demandante, lo que se cuestiona al ser la demandada

la única importadora autorizada de Marlboro en Colombia, imputándole, por lo menos, una falta de diligencia profesional inexcusable, lo que le representó una disminución de sus ingresos por \$38.068.899,00.

2.19. Sostuvo, que algunas órdenes de compra que fueron remitidas a la demandada –relacionadas en la demanda- no fueron despachadas, sin justificación alguna y sin el aviso señalado en la cláusula quinta del contrato, generando con ello la disminución de sus ingresos, en cuantías de \$18.444.458,00, \$1.597.275,00, \$4.152.915,00, \$7.347.465,00.

2.20. El 3 de marzo de 2004, mediante comunicación PMC-018/04, la Treasury Manager de Philip Morris Colombia S.A. le exigió a la demandante hacer las compras de todos los productos únicamente mediante pago de contado, con un descuento del 3%, pese a la existencia de un cupo rotatorio de \$400.000.000,00, aprobado a Marcar Distribuciones Ltda., con un plazo para pago de un término de 45 días; medida que no es sólo violatoria de lo pactado, sino que *«se dirigió a afectar directamente la Caja de la Demandante, pues dentro del plan de marchitamiento resultaba un golpe recio ya que suprimía la liquidez de la sociedad»*.

2.21. El 25 de marzo de 2004 Philip Morris Colombia S.A. envió a Marcar Distribuciones Ltda. la comunicación. N° 02904-04, en la cual expresamente le señala que tenían la intención de terminar el contrato, motivo por el cual, *«si esta propuesta es aceptada por usted, por favor, indíquelo mediante la firma*

de la copia de esta carta en el espacio destinado abajo y devolverla a nuestra atención»; propuesta que no fue aceptada por la demandante, al afirmar en la parte superior «recibido para REVISIÓN y estudio no implica aceptación».

2.22. Con posterioridad a ello, la demandada realizó otros despachos y entregó a la demandante la proyección de compras esperadas para el año 2004, pero después volvió a dejar de despachar otra orden de compra sin justificación alguna, generándole una disminución en el ingreso de \$2.875.095,00, dejando de realizar el suministro continuo de los productos, sin explicación y sin previo aviso, dentro de los términos y condiciones establecidas en el contrato.

2.23. El 30 de marzo siguiente, el Gerente Nacional de Ventas le informó sobre el diseño de un nuevo modelo de distribución, dándole instrucciones verbales para que se pusiera en contacto con Global Wine & Spirits Ltda., a lo cual el 1º de abril solicitó a Philip Morris Colombia S.A. la ratificación por escrito de la nueva propuesta, sin obtener respuesta.

2.24. En el mes de mayo del mismo año, pese a la falta de respuesta escrita de la demandada, se reunió en las oficinas de Global Wine & Spirits Ltda. con la Gerente Financiera y la Gerente Nacional de Ventas, señoras Ruth Virginia Pineda y Sonia Janet Alfonso, respectivamente; hechos que llevaron a la demandante a la convicción de que el contrato se había prorrogado, como en efecto lo fue, *«pues de que otra manera se explican los hechos posteriores incluida la*

*manifestación inequívoca de la misma Demandada en la carta del 13 de abril de 2004, F & A 039/04 dirigida a PROTABACO S.A. donde afirma contundentemente que el contrato **estuvo vigente hasta el 30 de marzo de 2004**».*

2.25. Philip Morris Colombia S.A. nunca manifestó inconformismo o incumplimiento alguno con las actividades comerciales de Marcar Distribuciones Ltda., por el contrario, expidió referencias comerciales favorables para la entidad, quien tuvo un comportamiento contractual, comercial, profesional y ético impecable. «*Las compras de la Demandante no excedieron el cupo de crédito otorgado. Se pagó dentro de los plazos establecidos en el contrato o se pagó antes del vencimiento*».

2.26. Las actuaciones de la demandada conllevaron que Marcar Distribuciones Ltda., liquidara la fuerza de venta y contratos de trabajo existentes, sin poder cancelar desde el 2004 las liquidaciones laborales respectivas; la terminación unilateral sin justa causa del contrato «*determinó que la demandante dejara de percibir los ingresos de la proyección entregada por Philip Morris Colombia S.A. para todo el año de la prórroga automática 2004-2005*».

2.27. Señala, que el «*contrato firmado entre las partes, es un típico contrato de adhesión en el cual el objetivo buscado era consolidar el mercado de cigarrillos en una zona a la cual le era difícil acceder a la Demandada y aprovechar la clientela de la Demandante, regulando los precios dentro del mercado a cambio de un descuento que beneficiaba al distribuidor, pero a costa de la Demandada*».

2.28. La demandada siempre aceptó todas las ofertas de compra enviadas por la demandante, pero no todas fueron despachadas en el término acordado de diez (10) días calendario contados desde el recibo, y si bien tenía la opción de no aceptar las órdenes de compra debía informarlo por escrito en un término de cinco (5) días, lo que no se cumplió, pues *«la forma de enterarse para la Demandante, fue con la falta de despacho de los productos»*.

2.29. La demandante violó la cláusula 27 del contrato sobre información confidencial, *«al usar para su lucro la información confidencial de los clientes del distribuidor y limitó la posibilidad de ampliar el mercado de la Demandante e incluso se le generaron obstáculos para con su misma clientela, amen que su “principal trabajo lo realizaba en el “Centro Comercial La Sabana”. Las actuaciones de la Demandada llevaron ... a salir del Canal Mayorista en el que realizaba un alto porcentaje de sus ventas»* y la *«Demandada incluso llegó a ordenar a la Demandante que tenía que vender menos y además sólo a algunos de los clientes que MARCAR DISTRIBUCIONES LTDA tenía»*.

3. El juzgado al que le correspondió conocer el asunto, que lo fue el Treinta y Nueve Civil del Circuito de esta capital, admitió la demanda con auto del 20 de junio de 2007 (fl. 545 Cd 2), que notificó a la convocada el 18 de julio de la misma calenda (fl. 555, cd. 1).

4. Dentro del término de traslado, que siguió al enteramiento personal atrás relacionado, Philip Morris Colombia S.A. formuló las excepciones que denominó: Entre Philip Morris y Marcar no se celebró un contrato de

distribución en febrero de 2000; Philip Morris no incumplió el contrato como consecuencia de que lo dio por terminado en forma unilateral, injustificada y abusiva; Philip Morris no incumplió su obligación de despachar las mercancías solicitadas por Marcar; Philip Morris no incumplió el contrato como consecuencia de haber modificado unilateralmente la relación de productos; el plazo para el pago de productos y los descuentos establecidos contractualmente; Philip Morris no incumplió el contrato al permitir que se presentaran ventas en Bogotá de productos provenientes de la ciudad de Cali, por intermedio de otros distribuidores y a un precio inferior al suministrado a Marcar; Philip Morris no utilizó ningún tipo de información obtenida de Marcar en relación con los clientes de esa sociedad; Philip Morris no incumplió el contrato al manifestarle a los clientes de Marcar que no le compraran productos a ella; no hay lugar a indemnización de perjuicios; las pretensiones subsidiarias no pueden prosperar, por cuanto no se celebró un contrato de agencia comercial.

5. Rituado el trámite que le es propio a la primera instancia, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad le puso fin, con sentencia del 16 de diciembre de 2010 (fls. 1146 a 1152, cd. 3), en la que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

6 Apelado dicho fallo por Marcar Distribuciones Ltda., el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, mediante el suyo, que data del 10 de junio de

2011, lo confirmó con modificación del numeral 1º de su parte resolutive, *«para declarar que entre las sociedades Philip Morris Colombia S.A. y Marcar Distribuciones Ltda. se celebró un contrato de suministro para distribución el 26 de marzo de 2002, el cual se dio por terminado el 26 de marzo de 2004»* (fls. 29 a 50, cuaderno 7).

7. En virtud del recurso extraordinario de casación que Marcar Distribuciones Ltda. interpuso contra el fallo del *ad quem*, esta Corporación, mediante sentencia del 13 de mayo de 2014, lo casó y decretó la práctica de un dictamen pericial por parte de experto contable (fls. 103 a 179 precedentes).

8. El auxiliar designado por esta Corporación presentó el informe requerido que fue sometido a la contradicción de las partes, frente a lo cual el extremo convocado solicitó aclaración y complementación que le fue oportunamente ordenada y rendida éstas dentro del traslado de ley lo objetó por error grave.

LA SENTENCIA DE CASACIÓN

En el estudio del recurso extraordinario, realizado en la sentencia de mayo 13 de 2014, esta Corte dejó sentado, que *«de suyo surge que la controversia suscitada en el presente asunto proviene de una relación contractual, concretamente, de un negocio de suministro para distribución, como así lo llamaron las partes y quedó ratificado por el ad-quem; circunstancia esta última que, en lo que interesa al presente fallo, es un asunto alrededor del cual no existe diferencia que ventilar, por existir total acuerdo»*, anotando más

adelante que *«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 cual en todo caso una vez perfeccionado *«y respondan a ese referente contractual típico o atípico, les asiste una realidad innegable y es que, por mandato legal, son ley para quienes los han formado, como así está consagrado en el artículo 1602 del C.C.»*, adentrándose en el examen de los antecedentes normativos. Tras lo cual anota que *«[E]n todo caso, los pactos celebrados, una vez devengan perfeccionados y respondan a ese referente contractual típico o atípico, les asiste una realidad innegable y es que, por mandato legal, son ley para quienes los han formado, como así está consagrado en el artículo 1602 del C.C.»*, de suerte 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 censura se soportó en nueve (9) cargos, de los cuales, los tres (3) primeros, compendió la Corte, en conjunto *«se dirigen a cuestionar, en primer lugar, la vigencia del contrato ajustado por las partes y, luego, en el evento de aceptarse su culminación, atendiendo el clausulado inserto en el texto del mismo, se reprocha la forma en que la demandada puso punto final al convenio y, en particular, su irregular comportamiento, dado que al optar por la cesación del pacto, no se comportó de buena fe, abusó de sus derechos y contrarió sus propios actos»*, por lo que al estudiar la apreciación que hiciera el Tribunal de la carta remitida por

Philip Morris Colombia S.A., mediante la cual comunicó su voluntad de finiquitar el contrato, estima que no se trató de una propuesta de terminación sino un verdadero enteramiento de su intención de ponerle fin, de manera unilateral, motivo por el cual no se le puede atribuir error alguno, *«dado que no trasluce ni absurdo ni arbitrario, corresponde respetarlo en esta sede, pues no puede olvidarse que la autonomía de la que gozan los funcionarios de instancia, deviene invulnerable en el recurso extraordinario de casación, salvo evidencias de yerros protuberantes, que, como se dijo, no se dan en este caso analizado»*.

No obstante lo anterior, frente a esa terminación unilateral y súbita que hiciera la demandada, refiere que, *«resulta incontrovertible que a pesar de existir cláusulas que autorizan la terminación unilateral del convenio, en cualquier tiempo, es menester, en virtud de la aplicación del principio de buena fe, la existencia de un preaviso; en el entendido que el anuncio anticipado de la culminación del pacto crea al comerciante las condiciones favorables para lograr hacer el tránsito de actividad o implementar medidas para evitar perjuicios»*.

Remata el análisis de los mentados cargos diciendo, que: *«[E]n conclusión, demostrado como quedó que el Tribunal pasó por alto realizar un estudio más profundo sobre la forma unilateral como fue dado por finalizado el convenio de suministro para distribución de los cigarrillos Marlboro, no obstante estar acordado por los contratantes, se estructuró el yerro planteado, lo que abre paso a la acusación e impone la adopción de los correctivos pertinentes, pues la culminación del negocio en la forma abrupta en que se hizo y sin preaviso prudencial, afectó el principio de la buena fe y de lealtad que debe regir en la ejecución de los contratos, lo que aparejó el detrimento denunciado»*. (Subrayas ajenas).

En relación con los otros seis (6) cargos, que se enfilaron a cuestionar, según lo precisó la Corte al abordar su estudio, *«al desconocimiento por parte de la proveedora, sociedad Philip Morris Colombia S.A., de los compromisos surgidos del contrato de distribución, incumplimiento referido a temas puntuales como: i) no despachar varias órdenes de compra; ii) gestar el cambio de clientes entre distribuidores ubicados en la Capital; iii) estimular que a la ciudad de Bogotá llegaran distribuidores de Cali; además, que los mismos vendieran el producto (cigarrillos Marlboro) a un precio inferior; y, iv) por la modificación, de manera unilateral e inconsulta, de los descuentos que había concertado con la actora»*. Y tras el análisis que al desatar el recurso extraordinario realizó esta Corporación se concluyó, que *«[E]n ese contexto, la interpretación del acusador no refulge ajustada a los parámetros del contrato ni de la ley; su percepción destella sólo eso, la personal forma de apreciar el contenido del documento a partir de su texto literal y evaluado de manera parcial, más no aduce elemento alguno que informe sobre el alcance que las partes quisieron brindar a esa cláusula, menos con la contundencia necesaria para infirmar lo que reluce de la carta memorada. Bajo esa perspectiva, emerge, entonces, que la réplica formulada a la sentencia emitida proviene, en estrictez, no de un error del fallador, sino de una diferente manera de concebir el trabajo del Tribunal; es decir, la distribuidora no coincide con la interpretación que el ad-quem prodigó al contrato de distribución y, en particular, a la cláusula sexta del mismo. En todo caso, no constituye una trasgresión de lo pactado por parte de la sociedad Philips Morris*.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de delimitar que se está en un asunto de responsabilidad contractual y la necesidad de acreditar los presupuestos de procedencia de la misma, previa remembranza de la agencia comercial, como forma de

intermediación comercial, pasó a verificar la satisfacción en el *sub lite* de esos requisitos, con el siguiente resultado:

1. Sostuvo, que *«la parte demandante falló en su intento de acreditar que su actividad se dirigió a la conquista, ampliación o reconquista del mercado de productos de la accionada en beneficio de PHILIP MORRIS S.A. por cuenta de ésta o que los negocios con base en dichos productos hubieren sido encomendados por la aquí demandada; por el contrario la prueba arrojada al plenario conduce a demostrar que su actividad la desplegó en beneficio e interés mercantil propio y exclusivo»*.

2. *«El caudal probatorio con que se nutrió este informativo, especialmente la documental y la pericial, apuntan a dejar en claro que la relación comercial existente entre las partes del proceso giró en torno a la concreción o realización de compraventas mercantiles de un producto destinado a la reventa bajo la modalidad de suministro, conclusión que encuentra asidero en la gran cantidad de ordenes de compra y facturas cambiarias adosadas al expediente...»* Así las cosas *«no surge la conclusión que entre las partes del proceso se hubiera celebrado contrato de agencia comercial, de distribución propiamente dicho, o contrato de adhesión, pues el simple suministro de un producto destinado a la reventa, aún adicionado con otras condiciones no da lugar a los negocios jurídicos preanotados, a pesar de que esa actividad se haya desplegado de forma reiterada, continua y permanente a lo largo de unos años, ese solo hecho no muta en alguno de esos tipos de contrato señalados por la actora en su demanda»*.

3. Concluye diciendo, que el demandante *«mercadeó productos propios no ajenos, es la razón por la cual se torna innecesario el estudio de los demás elementos de la acción formulada en la demanda, al no acreditarse la existencia del primero de los*

presupuestos». Puntualizando, que debe «tener en cuenta la accionante que la compraventa de mercancías para posterior reventa, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia es generadora de otros contratos tales como los que se invocan en la demanda y en el alegato de conclusión u otras de similares naturaleza y características, pues de ella –la compraventa- no se desprende que el vendedor esté obligado a pagar al comprador remuneración alguna efectúese o no el negocio, ni el comprador a dar información acerca de las condiciones del mercadeo para valorar la conveniencia de cada negocio, ni que la empresa del comprador esté dirigida a la conquista, reconquista, conservación o ampliación de la clientela para el empresario fabricante...».

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la sociedad Marcar Distribuciones Ltda. formuló el recurso de alzada, para que el superior la revoque y, en su lugar acceda a las pretensiones, con soporte en los argumentos que por los restringidos alcances del presente fallo sustitutivo, según más adelante se explicará, sucintamente se exponen:

a) Cuestiona que el juez no tuviera en consideración que *«el suministro tiene diversas formas. Una de ellas es el suministro a un consumidor final y la otra es la del suministro a un intermediario que se encarga de la distribución del producto»*, siendo a este último al que se hizo referencia en la demanda como contrato de distribución, y de haber entendido así la demanda era evidente que ha debido declarar las pretensiones principales, habida consideración que *«allí se ve*

claramente como la existencia del suministro para la distribución era clara desde la demanda».

b) Señala que no obstante lo anterior, *«el juzgado falló igualmente porque lo que existió entre las partes fue un contrato de agencia mercantil, como se dejó claramente expuesto en los alegatos de conclusión», pero que, «en adición a lo anterior, la demanda no se quedaba únicamente en si existía o no un contrato de agencia, suministro o como quisiera denominarlo el juez de descongestión. No, la demanda tenía una serie de pretensiones adicionales que se derivaban del incumplimiento de la relación contractual, sin importar cuál hubiera sido esta»; refiriendo algunas de las conductas que, considera, constituyen incumplimiento, para rematar diciendo, que Philip Morris «dio terminación al contrato de suministro para la distribución o de agencia mercantil, sin tener en cuenta lo establecido en la ley».*

c) Ante el juzgador de segunda instancia refiere, que la pretensión principal era que se declarara la existencia de un contrato de *distribución*, que corresponde a una clase de *suministro*, *«por lo que no tenía sentido que el juzgado se haya limitado a analizar si existía o no un contrato de agencia comercial».* No obstante anota que *«la realidad del contrato era la de un contrato de agencia mercantil, por lo que no debieron prosperar las pretensiones principales, sino las subsidiarias, las que se diferencian, esencialmente, en la naturaleza del contrato (distribución-agencia)».*

d) Aduce que Philip Morris *«no terminó el contrato respectivo dentro de los términos de ley, en la medida en que la carta de terminación fue ilegal. Así lo establece el art. 973 del Código de Comercio, aplicable tanto al contrato de suministro, como al contrato de*

agencia mercantil, por remisión a las normas del contrato de suministro (artículo 1330 C. Co. (sic)). En esta medida, el contrato no habría terminado y PHILIP MORRIS habría incurrido en incumplimiento del mismo, debiendo indemnizar los perjuicios causados» y si se entendiera que terminó «lo fue en forma unilateral, abusiva y en incumplimiento de las normas que regulan el contrato (ya se entienda agencia o suministro)».

CONSIDERACIONES

1. Como viene de registrarse, el fallo desestimatorio de las pretensiones dictado en primera instancia fue apelado por la sociedad demandante y el tribunal, al desatar dicha impugnación, confirmó tal proveído modificándolo para declarar la existencia del 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 declaración de incumplimiento contractual que se imputa a la demandada y las consecuentes condenas patrimoniales que se estima de ello se generan.

2. Como quedó visto, contra el fallo del *ad quem*, la demandante recurrió en casación y, en desarrollo de tal impugnación extraordinaria, propuso nueve (9) cargos, de los cuales, resultaron prósperos únicamente los tres primeros que se dirigieron *«a cuestionar, en primer lugar, la vigencia del contrato ajustado por las partes y, luego, en el evento de aceptarse su culminación, atendiendo el clausulado inserto en el texto del mismo, se reprocha la forma en que la demandada puso punto final al convenio y, en particular, su irregular comportamiento, dado que al optar por la*

cesación del pacto, no se comportó de buena fe, abusó de sus derechos y contrarió sus propios actos».

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 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»*; refiriéndose a la contenida en el art. 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»*.

4. El quiebre de la sentencia de segundo grado, en virtud de la prosperidad de los indicados cargos, con los alcances restringidos que respecto de ellos fijó la Sala, determina que su actividad en el presente fallo de remplazo deba limitarse a resolver los reclamos planteados por el demandante referentes a las repercusiones que tiene la decisión de la demandada de finiquitar el contrato que lo vinculaba con la actora de manera tempestiva y las consecuencias patrimoniales que a partir de ello pudieran causarse.

5. Sobre lo primero, se establece en definitiva que, como ya fue expuesto, en los contratos van inmersas no sólo las expresas estipulaciones que las partes, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, determinen como marco directo de su relación negocial, a las cuales se deberán sujetar, sino también aquellas que por su alcance resulten de su naturaleza, de manera particular los principios de lealtad y buena fe contractual, que se exige desde la misma etapa de los acercamientos preliminares hasta el periodo de ejecución e incluso de liquidación o culminación del negocio.

Estas directrices han sido recogidas expresamente en el ordenamiento interno al imponer el legislador el imperativo de cumplimiento; es así como el artículo 1602 del C.C., dispone que *«todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o causas legales»*, lo que trae aparejado que el contrato celebrado en esas condiciones está llamado a ser cumplido y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes están compelidas a atender a cabalidad todas y cada una de las obligaciones que de él emanan, so pena que su incumplimiento, falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, sea sancionada a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, siendo posible exonerarse, en principio, únicamente por causas que justifiquen la conducta, no imputables al contratante fallido, como son la fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el asunto y los términos del contrato, teniendo presente en todo caso que *«siempre que resulte posible*

prever un hecho capaz de oponerse a la ejecución del contrato y que se pueda evitar con diligencia y cuidado, no habrá fuerza mayor ni caso fortuito» (CSJ SC11822-2015 de 3 de sept. de 2015 exp. 2009-00429)

En punto de la buena fe en la ejecución de los contratos el artículo 1603 del mismo estatuto es refulgente al precisar, que *«los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella».*

En este orden, si bien en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, en caso de no cumplirse lo pactado, lo que habilita al contratante cumplido para pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del negocio y que, además, las partes igualmente pueden acordar las causas, formas o tiempos en que pondrán fin a su vínculo contractual, al no estar ello prohibido, al hacer uso de dicha prerrogativa igualmente deberán honrar el principio de la buena fe, que en esta materia tiene como norte reducir al máximo la afectación patrimonial que de dicha ruptura podría emerger.

6. En el presente caso, en la cláusula décima tercera del contrato, se pactó un término de duración de un (1) año, que *«se entenderá prorrogado por igual término a no ser que una de las partes manifieste su intención de no prorrogarlo, mediante escrito que dirigirá a la otra parte.*

No obstante lo anterior cualquiera de las Partes podrá dar por terminado el presente Contrato, en cualquier momento, con una antelación no menor de 90 días calendario mediante escrito que dirigirá a la otra parte».

De acuerdo con ello, es inocultable que la voluntad de las partes fue no solo acordar una prórroga automática del contrato, sino también dejar abierta la posibilidad de poner fin al mismo, aun antes del vencimiento del año acordado, o en el curso de cualquiera de sus prórrogas si las hubiera, esto es, que no necesariamente debía perdurar la relación por periodos de un año pactado.

Empero, como bien se apuntó, por la naturaleza del contrato celebrado y que en su desarrollo no estaban involucrados, exclusivamente, los intereses de los contratantes, sino también los de terceros, como son los comerciantes a quienes estaba destinada la comercialización del producto y consumidores finales del mismo, en un ejercicio de colaboración y duración *«culminar el contrato en un lapso corto de tiempo, trunca las legítimas expectativas de dicho empresario y ese mismo efecto logra generar lo que podría llamarse una terminación inesperada; en otras palabras, cuando la finalización se produce sin un aviso previo, se genera o compromete al distribuidor, quien por lo imprevisto de la noticia, no alcanza a ajustar, con la misma celeridad, su organización, lo que, en línea general, le impacta de manera negativa, pues abruptamente ve limitados sus ingresos no obstante mantener la misma organización, lo que, muy seguro, le prevendrá para liquidar personal, activos, etc.,»* (Sent. Cas. Civ. 5851-2014 de 13 de mayo de 2014); por tanto, era dable tomar en consideración ese hito temporal de noventa (90)

días, igualmente acordado, como parámetro para evitar la afectación del cocontratante, utilizándolo como tiempo razonable de preaviso para culminar la relación por la sola consumación del tiempo, lo que no se hizo.

En efecto, dan cuenta las pruebas arrimadas que, contrario a dichos principios, Philip Morris Colombia S.A., muy a pesar que con su conducta no ponía de manifiesto una voluntad inequívoca de no extender la relación por un periodo adicional, si en cuenta se tiene que las órdenes de compra expedidas por Marcar Distribuciones Ltda., eran unas veces atendidas otras no, pero, emitiendo las facturas, incluso, con vencimiento posterior a la fecha en que debería finalizar el contrato, poniendo al corriente de ésta las proyecciones de ventas que se esperaban para el nuevo periodo, entre otras, de manera abrupta emite la comunicación del 25 de marzo de 2004 (fl. 383), mediante la cual fulmina el acuerdo, poniéndole de presente su decisión de «no extender “El contrato” posterior al 26 de marzo de 2004».

Este proceder, es susceptible de ser calificado como un incumplimiento contractual, al no haberse acatado debidamente las reglas de terminación que de su alcance y naturaleza se imponían, pues como aquí se dijo

no admite discusión que si la remuneración del distribuidor proviene de las mismas ventas, el no lograr el volumen necesario de ellas o culminar el contrato en un lapso corto de tiempo, trunca las legítimas expectativas de dicho empresario y ese mismo efecto logra generar lo que podría llamarse una terminación inesperada; en otras palabras, cuando la finalización se produce sin un aviso previo, se genera o compromete al distribuidor, quien por lo imprevisto de la noticia, no alcanza a ajustar, con la misma

celeridad, su organización, lo que, en línea general, le impacta de manera negativa, pues abruptamente ve limitados sus ingresos no obstante mantener la misma organización, lo que, muy seguro, le prevendrá para liquidar personal, activos, etc.». (Sent. 5851-2014 ya citada).

Lo anterior, permite colegir que, efectivamente, la sociedad Philip Morris Colombia S.A., sin que medie causa que lo justifique, incurrió en el incumplimiento contractual que se le imputa por la firma Marcar Distribuciones Ltda., haciéndolo así responsable civilmente de los perjuicios que de su proceder emanan, lo que obliga a que se deba modificar la sentencia apelada para así declararlo.

7. De acuerdo con lo indicado, emerge la necesidad de examinar las pretensiones consecuenciales de condena que se plantearon en la demanda, y en desarrollo de ese cometido, de manera liminar, se deben hacer algunas precisiones.

7.1. La primera que, en aras de establecer su verdadera causación y cuantía esta Corporación decretó dictamen pericial, que debidamente incorporado y agotada su contradicción, fue objetado por error grave, por el extremo convocado, quien se limitó a exponer sus propias apreciaciones sobre el alcance y contenido del mismo, con soporte en argumentos que ya fueron expuestos como motivos de oposición a las pretensiones del convocante, a modo de simple alegato, sin adjuntar o solicitar prueba alguna para evidenciar el error, desatendiendo la carga demostrativa, que le impone el artículo 238 del C.P.C., lo que resulta suficiente para declarar infundada la misma, sin

perjuicio del análisis crítico que habrá de hacer la Sala de dicha pericia para la resolución del caso.

7.2. La segunda, que aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración, como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada, esta Corporación, señalando que *«dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria»* (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 1968, G.J. CXXIV, Pág. 62, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01)” (Sent. Cas. Civ. de 9 de noviembre de 2006, Exp. 2003-00015-01).

7.3. Tercera, que a los contratantes les está permitido acordar, de manera previa, la forma como deberán ser reparados los perjuicios en el caso de incumplirse o cumplirse defectuosamente, las obligaciones contractuales, mediante la fijación de una cláusula penal que, de conformidad con lo indicado en el art 1592 del C.C. «es

aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal»; estipulación que permite eximir al reclamante de la carga de demostrar los perjuicios que se le causaron con ocasión de la infracción de la obligación principal y cuál la naturaleza de éstos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen *juris et de jure*, en forma tal que el deudor no es admitido a probar en contrario, extendiéndose este beneficio probatorio a la acreditación de la cuantía de los perjuicios, porque en virtud de ella este monto queda fijado de antemano.

No obstante, como dichos conceptos constituyen en últimas modalidades para procurar dejar indemne el patrimonio del afectado, la reclamación de perjuicios y la cláusula penal no podrán acumularse, salvo estipulación expresa en contrario (art. 1600 C.C.); así lo ha indicado la Corte al decir, lo siguiente:

«la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar

su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato” (Sent. Cas. Civ. de 23 de mayo de 1996, Exp. 4607).

8. Atendiendo lo anterior, determinado como fue que Philip Morris S.A., sin que mediara causa que justificara su abrupto proceder, puso fin a la relación comercial sin avisar de manera anticipada a su cocontratante Marcar Distribuciones Ltda., lo que es susceptible de calificar como un incumplimiento contractual, deviene civilmente responsables de los perjuicios que ello generó, y que sería del caso reconocer, en atención a la reclamación que de ellos se hiciera en la demanda.

8.1. Empero, no puede soslayar la Sala que, de manera impropia, el demandante en las pretensiones UNDÉCIMA y DÉCIMA TERCERA acumula, para efecto de su reparación, el cobro de los perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante y la cláusula penal indicada en el contrato, lo que no es de recibo y obliga a que se deba desestimar ésta última pretensión.

Lo anterior porque, expresamente, la cláusula VÍGESIMA TERCERA del contrato reza, que *«El incumplimiento de cualquier obligación derivada del presente Contrato por el Distribuidor, que no hubiere sido remediada por el distribuidor en un término máximo de 30 días calendarios contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación enviada por el Proveedor al Distribuidor en la cual haga constar el incumplimiento, dará derecho al Proveedor a exigir el pago de una pena, que no tiene la condición de estimación anticipada de perjuicios, equivalente a la suma de cincuenta salarios mínimos legales mensuales.*

Para estos efectos el Distribuidor renuncia a cualquier requerimiento judicial o privado, de manera que bastará la manifestación del Proveedor sobre el incumplimiento, expresada por escrito, para que pueda cobrarse judicialmente la suma mencionada...», lo que podría interpretarse como una cláusula penal pactada en beneficio exclusivo del Proveedor –Philip Morris S.A.- que, en principio, haría inviable al Distribuidor –Marcar Distribuciones Ltda.- pretender hacerla efectiva en su favor.

Pero si aún se desatendiera ese tenor literal de la estipulación contractual, por lo odioso -al ser como es un contrato bilateral, que permitiría calificar la misma como una cláusula abusiva, en razón a que esa literalidad generaría un desequilibrio jurídico injustificado en el contrato, contrario al principio de la buena fe, que ha sido determinante para la definición de este juicio- y se interpretara en el sentido que la misma resulta aplicable indistintamente a ambos contratantes, de igual forma resultaría improcedente su otorgamiento.

Ello, debido a que de su contenido se advierte que el cobro de la misma tenía como razones para su reconocimiento la desatención de las obligaciones propias de la ejecución contractual, no por la terminación unilateral, justificada o no del contrato, pues nótese que para su causación devenía indispensable un requerimiento previo, por escrito, del beneficiado al otro, sobre la existencia del incumplimiento y, además, que esta desatención contractual *«no hubiere sido remediada... en un término máximo de 30 días calendario contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación enviada... en la cual haga constar el incumplimiento»*, eventos que de suyo son extraños al hecho particular y concreto de la terminación, lo que impide que pueda materializarse su reclamación por esta puntual causa.

8.2. Queda entonces por determinar lo relacionado con el *quantum* de los perjuicios reclamados, susceptibles de ser reparados, como consecuencia directa de la decisión de Philip Morris Colombia S.A. de terminar súbitamente el contrato que lo ligaba con Marcar Distribuciones Ltda.

A título de daño emergente, no brota prueba de erogaciones que de manera injustificada hubiera tenido que asumir la demandante a causa de la terminación, pues desde el contrato mismo se acordó por las partes en la cláusula QUINTA del convenio, que *“el Distribuidor reconoce desde la fecha de la suscripción del presente Contrato que la terminación anticipada del contrato por parte del Proveedor no genera contingencia alguna”*, lo que

impide que pueda hacerse reconocimiento alguno por ese concepto.

8.3. No tiene ese carácter absoluto lo referente al lucro cesante, entendido éste como «*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento*» (1614 C.C.), pues del material probatorio arrimado al juicio, es dable pregonar su causación.

Al respecto se tiene que precisar, de manera liminar, que la Corte únicamente estimó viable la censura contra la decisión de instancia, en razón a la terminación indebida de la relación comercial, de manera que el lucro cesante susceptible de ser reconocido es aquel que se derive de dicha actuación, no de aquellas que pudieron presentarse en desarrollo de la ejecución del contrato.

En ese entendido se procuró establecer la afectación cierta, directa que aquella terminación generó en el patrimonio de la demandante, encontrando que pese a dicha circunstancia la empresa siguió funcionando, sobre todo vendiendo el mismo producto, aun cuando a partir de ese momento lo hiciera no como distribuidor sino como subdistribuidor, a través de otras empresas, afectándose así el margen de rentabilidad a percibir, puesto que en la primera de las condiciones mencionadas, acorde con las estipulaciones contractuales, estaba llamado a percibir un margen del 9.3%, en tanto que en la segunda sólo se le reconocía el 5%, generándose así una afectación indiscutible

en el margen de utilidad que estaba llamada a recibir con la ejecución de aquella distribución y que impone su reconocimiento.

No se discute que, de acuerdo con el contrato, no existía una cantidad específica que, de manera forzosa, debiera despachar periódicamente la demandada en desarrollo de la ejecución del negocio jurídico, toda vez que lo pactado por las partes en relación al volumen de suministro fue, que «*el Proveedor, en función de sus inventarios, podrá a su entera discreción aceptar o no la orden de compra expedida por el Distribuidor o aceptarla parcialmente, pues las Partes entienden que las órdenes de compra emitidas por el Distribuidor se deben entender como ofertas mercantiles divisibles*», esto es, que dichas órdenes podían ser aceptadas total o parcialmente, incluso rechazadas y, en ese orden, era potestativo de Philip Morris Colombia S.A. realizar o no los despachos, o por lo menos el volumen integral de los mismos; empero, no se puede pasar por alto que, a más que por la esencia misma del contrato resultaba indispensable que el proveedor se allanara a realizar un suministro constante que hicieran factible el desarrollo cabal del mismo por parte del distribuidor, aquella limitante estaba supeditada únicamente en función de «*sus inventarios*», de suerte que puede afirmarse que al tener existencias suficientes, bien podía realizar los despachos de rigor, acorde con las necesidades puestas de presente por la convocante, a través de las correspondientes órdenes de compra que aquella le remitiera.

Si ello es así, siendo ésta la única condicionante para el despacho de las órdenes de compra emitidas por Marcar Distribuciones Ltda., puede entonces afirmarse que aquella diferencia porcentual a que se vio abocada, al tener que desempeñar su actividad no como distribuidor autorizado que era sino como sub-distribuidor, con las restricciones de mercado que ello implica, constituye una afectación cierta susceptible de reparar.

Sin embargo, dicho margen de utilidad sólo puede ser reconocido por el periodo de noventa (90) días, que se consideró prudente para preavisar al Distribuidor la voluntad de poner fin al negocio, amen que por las mismas estipulaciones contractuales no podría realizarse dicha estimación por el término del año que aquel podía prorrogarse, dada la facultad adicional que se acordó de darlo por terminado en cualquier tiempo, habida cuenta que a partir de la expiración del mentado periodo la culminación del negocio se constituye en un ejercicio legítimo de la autonomía comercial, que no merecería ningún reproche y, que de suyo, no hace responsable a Philip Morris S.A. de la afectación *a posteriori* que pudiera llegar a tener Marcar Distribuciones Ltda., en el desarrollo de sus actividades.

Esto último cobra mayor relevancia al examinar la pericia practicada en esta Sede y sus anexos, de la cual se extrae que, por causas antecedentes, la empresa venía presentando problemas de solvencia y liquidez que afectaban el desarrollo de su objeto social, al punto que para el cierre del periodo contable de 2003 su ejercicio arrojó cifras

negativas (-\$3.817.296), que tuvo una muy ligera mejoría para el periodo 2004 (\$324.655,00) (fls. 300, 302 Cd Corte), lo que dificultaría establecer el nexo de causalidad entre la terminación del contrato objeto de escrutinio en este asunto y cualquier contingencia posterior que pudiera tener su funcionamiento, puesto que hasta ese momento refiere la pericia la demandada reconoció y pagó a título de descuento el 9.3% acordado –respuesta 2 al cuestionario del dictamen- (fl. 65 dictamen).

8.4. Si a lo anterior se agrega que la sociedad, tanto antes como después de la terminación del contrato, a más de la comercialización del cigarrillo Marlboro, distribuía otros productos (ver facturas fls. 319-328), aun cuando fuera en una mínima proporción, los cuales también incidían en sus resultados económicos, no es posible determinar una afectación distinta a la ya mencionada con posterioridad a marzo de 2004, por causa de la terminación del pluricitado contrato.

Obsérvese que también puso de presente la pericia las condiciones en que operaba Marcar Distribuciones Ltda., hasta el mes de marzo de 2004, cuando Philip Morris Colombia S.A. dio por terminado el contrato, refiriendo la existencia de cuatro (4) vendedores, tres (3) de ellos vinculados a través de una empresa de servicios temporales, un asistente administrativo y un gerente, para seguidamente afirmar que se debió poner fin al contrato con la empresa temporal y cancelar los contratos de los tres empleados directos -respuesta iii del dictamen- (fl. 66 Cd Corte).

Empero, es lo cierto que de esa culminación del contrato con la empresa de servicios temporales no fluye ningún detrimento patrimonial para Marcar Distribuciones S.A., puesto que, en últimas dejó de asumir un costo que estimó ya no le resultaba indispensable para desarrollar sus actividades.

8.5. Respecto del resto del personal habría que hacer un par de precisiones: la primera, que los señores Martha Castro Mahecha y Cristian Eduardo Cuentas Castro, quienes tenían los cargos de gerente y sub gerente, o como se indica en la pericia de asistente administrativo, respectivamente, eran socios capitalistas de la empresa, y según los estatutos de ésta el gerente y subgerente eran los llamados a ejercer la representación de la compañía, siendo los mencionados señores designados mediante acta de Junta de Socios 000001 del 27 de marzo de 2000 para esa labor, de suerte que por su particular condición, era la Junta la que podía revocar aquella designación, sin que para el 15 de marzo de 2007, cuando se expidió el certificado de existencia y representación que se anexó a la demanda apareciera inscrita modificación alguna en relación con ellos, y dada la repercusión que tiene la inscripción de esos actos en el Registro Mercantil ante terceros, como sería la demandada Philip Morris Colombia S.A., no es plausible pregonar que a partir del 26 de marzo se terminó su relación con la demandante, menos que ello fue a consecuencia de la terminación del contrato.

En lo que hace al señor José Ignacio Cuentas, quien tenía la calidad de vendedor, tampoco podría afirmarse que esa terminación de su relación tuvo como causa exclusiva el finiquito del contrato existente entre las empresas, puesto que si el objeto social de la demandante es, en esencia, «*la compra, venta, distribución y comercialización de productos de consumo masivo*», sin que el producto de la demandante fuera el único y exclusivo producto por ella comercializado, habiendo culminado el contrato con la empresa de servicios temporales que le proveía de otros vendedores, no devenía razonable que prescindiera del único que le quedaba y formaba parte de su planta de personal, amen que ello traería aparejada la afectación directa de su actividad, lo que no se dio, pues de acuerdo con los documentos anexados ésta siguió desarrollando su objeto social hasta el año 2008, cuando entró en estado de disolución, y se afirma en el dictamen con “*la gerente y un vendedor con contrato verbal*”. (Aclaración visible a fl. 314), de suerte que quien ejerciera esta última función –José Ignacio Cuentas u otro cualquiera– es asunto exclusivo del resorte de la demandante, que impide que se le pueda reprochar a la demandada la desvinculación que pudo hacerse de éste.

Lo segundo, que si se hiciera abstracción de lo anterior, resulta relevante apuntar, que por la naturaleza misma de la actividad, pero sobre todo de las particularidades del contrato, del cual se pretende derivar la causación de los perjuicios, no se puede pasar por alto que las partes acordaron que el mismo podría darse por terminado en cualquier tiempo, lo que constituía una contingencia

previsible para asegurar la debida y oportuna atención de las obligaciones laborales a su cargo y determinar, correlativamente, el alcance de las estipulaciones que, acorde con esto, debían regir aquellas relaciones con sus trabajadores.

8.6. En cuanto a las erogaciones que debió realizar Marcar Distribuciones Ltda., señala la pericia que ésta vendió *“un activo representado en un lote en el Municipio de Chía (Cundinamarca) por valor de \$15.000.000”*, pero no hay evidencia que respalde tal afirmación, puesto que, escasamente, se arrió certificado de tradición de un predio con matrícula inmobiliaria 20065146, que da cuenta de la adquisición de cuota parte del mismo por la demandante, mediante escritura pública número 175 del 5 de abril de 2004 de la Notaría Única de la Calera, pero no de su transferencia y, mucho menos, de la causa y destinación de los recursos que de esa venta se generaron (379-381 Cd dictamen anexos).

8.7. Se hace alusión, además, a la existencia de un contrato de arrendamiento de una bodega, lo que si bien constituye un costo fijo que pudo tener afectación con ocasión a la terminación abrupta del contrato, éste era responsabilidad exclusiva de la demandante, quien era la llamada a determinar la logística para ejecutar su objeto social, por lo que tampoco es dable calificar el pago que la misma debió realizar por este concepto con posterioridad a la terminación del contrato como un perjuicio que Philip Morris Colombia S.A. esté obligada a resarcir, sobre todo que, como

ha quedado expuesto, Marcar Distribuciones Ltda. no paralizó labores sino que continuó desarrollando las mismas, siendo consecuentemente necesario para ello la existencia de una sede desde donde funcionar, que podía ser propia o arrendada, y como hasta ese momento era de la última forma acordó la modificación del contrato de arrendamiento entonces vigente, mediante otro sí del 2 de mayo de 2004, que redujo el área objeto de tenencia y el valor del canon, que se fijó en \$200.000,00, prorrogando su vigencia hasta el año 2011, (fl. 186 Anexos dictamen), lo que no puede ser reprochado a la demandada, pues en últimas ajustó su logística a su capacidad de ingresos o necesidades.

8.8. Como tampoco estaría llamada Philip Morris Colombia S.A. a resarcir lo correspondiente al costo del software que debió instalar Marcar Distribuciones Ltda., para el manejo de la información derivada del vínculo contractual, puesto que éste fue necesario para la ejecución del contrato y efectivamente, fue utilizado por el tiempo que éste permaneció vigente y fue cancelado en su totalidad antes de la terminación, siendo objeto de las amortizaciones que contablemente se imponen, en donde, de manera eventual habría lugar a reconocer lo correspondiente a la actualización del mismo que debía realizarse año a año, pero como quedó establecido en la pericia que para el año 2004 dicha actualización no se realizó, no es del caso hacer ese reconocimiento. (Respuestas 6 y 7 de las aclaraciones al dictamen fl. 315 Cd. Corte).

8.9. Lo propio ocurre con las reparaciones locativas que se hicieron a la bodega donde funcionaba la empresa, puesto que igualmente fueron ejecutadas y pagadas totalmente antes de la terminación del contrato, para los años 2002 y 2003, sin que pueda entonces, predicarse de éstas un impacto adverso al patrimonio de la compañía por causa de la terminación de aquél.

Es diciente lo indicado en la pericia practicada en esta sede, en relación con la situación económica de la empresa con posterioridad a la terminación del contrato, acaecida el 26 de marzo de 2004, pues en ella se señala que «*Marcar Distribuciones en el mes de marzo de 2004 presentó una utilidad de \$325.655, tenía unas pérdidas acumuladas de \$9.457.837 y su capital de trabajo era de menos \$16.623.049*», apuntalando las pérdidas para el periodo 2002-2003, refiriendo circunstancias previas que pudieron incidir en dichos resultados y la situación acaecida en años posteriores, lo que no permite sostener, sin hesitación alguna, que la crisis económica de Marcar Distribuciones Ltda., que conllevó a que cuatro (4) años después entrara en estado de disolución, fuera consecuencia directa e inequívoca del proceder indebido de la demandada, esto es, de su incumplimiento contractual, y menos determinar la existencia y cuantía de los perjuicios en los términos reclamados en el libelo inicial, que tornan parcialmente fallidas las pretensiones que en esa dirección se formularon.

9. De lo anotado emerge, que del ejercicio probatorio realizado por la Corte, en sede de instancia,

únicamente se puede predicar la demostración de perjuicios derivados a consecuencia directa de la terminación unilateral, sin aviso oportuno, que hiciera Philip Morris Colombia S.A. del contrato de suministro para distribución que celebró con Marcar Distribuciones Ltda. a título de lucro cesante la suma de \$3.704.923.

9.1. El mencionado guarismo resulta de la diferencia porcentual del margen de utilidad que debió percibir la demandante con ocasión de las ventas realizadas dentro del periodo comprendido entre el 26 de marzo y 26 de junio de 2004, teniendo en cuenta que únicamente se acreditó que en el mencionado periodo Marcar Distribuciones Ltda., obtuvo cigarrillos Marlboro para la distribución, por un monto total de \$86.161.000 (folios 345-352 anexos del dictamen), de los cuales, el margen de utilidad del 9.3% acordado en el contrato de distribución sería de \$8.012.973, pero debido a la terminación abrupta del contrato sólo recibió el 5% como sub-distribuidor, que ascendió a \$4.308.050, de suerte que Philip Morris S.A. está obligada a reconocer y pagar a título de perjuicios la referida diferencia.

10. Así las cosas, la Corte modificará la sentencia apelada en lo que hace con la declaración referente a que Philip Morris Colombia S.A. sí incumplió el contrato de suministro para distribución celebrado con Marcar Distribuciones Ltda., el 26 de marzo de 2002, por haberlo dado por terminado sin previo aviso y, en ese orden, es responsable de los perjuicios que de dicho proceder

surgieron, estimados en cuantía de \$3.704.923, por las razones indicadas en precedencia.

Adicionalmente, se deberá declarar infundada la objeción al dictamen pericial que se presentó ante esta Corporación y por la prosperidad parcial de la alzada y de las pretensiones es de rigor disponer en los términos del artículo 392 del C.P.C., que la condena en costas, en ambas instancias sea a cargo del demandado, reducidas en un 60%.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en sede de segunda instancia,

RESUELVE:

«PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º de la sentencia de 16 de diciembre de 2010, proferida por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, para declarar que entre las sociedades Philip Morris Colombia S.A. y Marcar Distribuciones Ltda. se celebró un contrato de suministro para distribución el 26 de marzo de 2002, el cual se dio por terminado el 26 de marzo de 2004.

«SEGUNDO: Declarar que Philip Morris Ltda., incumplió el mencionado contrato, al darlo por terminado unilateralmente,

sin previo aviso y, en consecuencia, es civilmente responsable por los perjuicios causados por dicho proceder, los cuales ascienden a la suma de \$3.704.923, por lucro cesante, de acuerdo con lo indicado en parte motiva.

«TERCERO: *Confirmar la sentencia de primer grado en sus demás pronunciamientos, en cuanto negó las restantes pretensiones consecuenciales de las suplicas principales y todas las pretensiones subsidiarias. El tema de las agencias es asunto ajeno a la apelación.*

«CUARTO: *Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada reducidas en un 60%. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho para esta sede la suma de \$2.000.000.*

QUINTO: Se declara infundada la objeción al dictamen pericial rendido ante esta Corporación por el extremo demandante, por las precisas razones indicadas en parte motiva.

Sin costas en casación, por la prosperidad del recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA