

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

Magistrado Ponente

**SC18392-2017**

**Radicación: 73001-31-03-004-2011-00081-01**

(Aprobado en sesión de tres de mayo de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia de 9 de septiembre de 2013, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia, en el proceso ordinario promovido por Velotrans Ltda. frente a la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda.

**1. ANTECEDENTES**

1.1. **El petitum.** En la demanda primigenia se solicitó declarar que entre los extremos procesales existió “a partir del 15 de marzo de 2002 hasta el 15 de marzo de 2012”, un contrato de agencia comercial dirigido a la promoción y venta del servicio de aforo y transporte terrestre de encomiendas, desde y hacia las ciudades de Tunja, Paipa, Duitama y Sogamoso, denominado “sector

*Boyacá*”, mediante una remuneración, y como consecuencia, previa su resolución, condenar a la convocada a cubrir el valor de la prima comercial e indemnizar los perjuicios irrogados.

1.2. **La causa petendi**. Lo anterior, porque a partir de diciembre de 2007, la Cooperativa de Transporte Velotax Ltda. inició en forma sistemática e injustificada la suspensión del objeto contractual, ordenando a los “*sitios habituales*” de carga y descarga de mercancía y/o envíos, no entregar ni distribuirle encomienda alguna a Velotrans Ltda., para dar paso a la suspensión definitiva de despachos el “*29 de enero de 2008*”.

En el acuerdo se pactó como contraprestación a cargo de la interpelada y a favor de la demandante, la siguiente remuneración: (i) el 82% de la “*reexpedición*” por mercadería recogida en Bogotá con destino a Tunja, Paipa, Duitama y Sogamoso; (ii) el 77% del valor de la “*reexpedición*” de la mercancía entregada en Bogotá, proveniente de dichas municipalidades; y (iii) el 82% del flete de los encargos con rumbo a la capital de la República y destinos diferentes a esta urbe, y (iv) “*el 77% del precio de la ‘reexpedición’ en ciudades autorizadas por Velotax Ltda.*”.

Si se trataba de servicios de “*cuenta corriente*”, en el contrato se previó que los porcentajes se incrementaban para cada uno de los rubros discriminados en antelación, a 90%, 85%, 90% y 85%, respectivamente, y uno adicional del

65%, correspondiente al “*valor de aforo excluyendo el manejo para los sobres y paquetes menores de 5 kilos*”.

Como resultado de la ejecución “*íntegra*” del convenio, la demandante adujo recibir como utilidades anuales la suma de \$840´000.000, por tal motivo, el incumplimiento de la convocada le provocó menoscabos patrimoniales, impidiéndole devengar las ganancias proyectadas a futuro y “*dejadas de percibir*”, estimadas en \$5.614´978.825, las cuales relaciona.

1.3. **El escrito de réplica.** La Cooperativa de Transporte Velotax Ltda. se opuso a las súplicas, argumentando que la agencia comercial alegada por Velotrans Ltda., como pretexto de sus reclamaciones, “*nunca existió*”, ante la falta de configuración de sus elementos intrínsecos. Además, porque en todo caso, no se puede pretender su resolución por causa del propio incumplimiento de la pretensora a sus obligaciones.

1.4. **El fallo de primera instancia.** Proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, el 14 de agosto de 2012, acogió la excepción de “*inexistencia del contrato en el que la actora funda la acción judicial*”, negando a su vez las pretensiones, pues el acervo probatorio no revelaba la presencia de la relación contractual invocada, tampoco las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a su realización.

1.5. **La sentencia de segundo grado.** Revocó la anterior decisión. Según el Tribunal:

Halló demostrados con los testimonios y documentos aportados, la existencia de la agencia comercial, al converger sus elementos característicos, por cuanto la Cooperativa de Transporte Velotax Ltda. (agenciado o empresario), previo acuerdo de remuneración con Velotrans Ltda. (agente reexpedidor), le otorgó a ésta por un período de 5 años “*prorrogables*”, la facultad de promocionar y vender de manera autónoma determinados negocios de transporte de mercancías a su nombre, labor que debía desarrollar exclusivamente en Tunja, Paipa, Duitama y Sogamoso.

Sin embargo, durante la época de ejecución del contrato, los vehículos de la demandante portaron “*letreros ofreciendo el servicio de encomiendas por todo el país en alianza con Velotax Ltda.*”, situación corroborada con fotografías y la confesión del representante legal de Velotrans Ltda., incumpliendo su labor de explotar el negocio en el territorio preestablecido.

Así mismo, la pretensora no acató su deber de enviar a la convocada, “*al día siguiente*”, los boletines con los detalles contables necesarios para registrar el movimiento diario del objeto comercial, como las copias de las consignaciones bancarias y los originales de aforo entre el 1 y el 18 de enero de 2008, “*según se extracta de la*

*comunicación enviada por el contador general de Velotax Ltda.”*

Ante el quebrantamiento de las referidas obligaciones, la agenciada acreditó la “*justa causa*” para terminar unilateralmente el contrato. Por tal razón, no era de recibo la pretensión resolutoria y la consecuente indemnización de perjuicios reclamada por Velotrans Ltda.

No obstante, debe condenarse a la Cooperativa de Transporte Velotax Ltda. a cancelar a la demandante la “*cesantía*” prevista en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, pues la remuneración se impone existiendo o no “*mérito*” para finiquitar anticipadamente la agencia comercial.

Con ese propósito, se analizaron los “*asientos contables*” de la demandada relativos a los tres últimos años de vigencia del contrato, esto es, entre 2005 a 2007. Así, verificados los pagos “*por comisiones*” efectuados a Velotrans Ltda., se estableció como “*doceava parte*” de su promedio, la suma de \$373´206.048.88.

1.4. **Los recursos de casación.** La accionada y la actora impugnaron extraordinariamente el fallo del *ad-quem*.

En el escrito presentado por la primera para sustentarlo, se formularon tres cargos, respecto de los cuales únicamente se admitió el último, por cuanto en

punto a los dos primeros, donde se atacaba la conclusión del Tribunal sobre la existencia de la agencia comercial, reclamándose uno atípico de la colaboración empresarial o de alianza de negocios, la acusación resultaba incompleta, pues sobre el particular únicamente se denunció como mal apreciada la prueba documental, no así los “*testimonios aportados al proceso*”, de suyo suficientes para que la aludida conclusión se mantuviera enhiesta.

La Corte, por tanto, limitará el estudio al cargo tercero propuesto por la demandada y al único ataque elevado por la parte actora, autónomamente, por cuanto confutan conclusiones probatorias excluyentes. El de aquélla, en lo concerniente al valor de la cesantía comercial; y el de la última, el imputado incumplimiento.

## **2. EL CARGO DE VELOTRANS LTDA.**

2.1. Denuncia la violación de los artículos 1279, 1324 (inciso 2º), 1325 (literal a), numeral 1º) del Código de Comercio, como consecuencia de la comisión de errores de hecho probatorios.

2.1.1. Según la recurrente, el Tribunal supuso que la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda. había informado su voluntad de terminar con “*justa causa*” la agencia comercial, cuando no existía “*documento, diligencia o actuación*” denotando esa aseveración, y porque la demandada tampoco alegó ni demostró tal hecho, guardando silencio al respecto.

Igualmente, descontextualizó lo depuesto por Medardo Contreras Vargas, representante legal de Velotrans Ltda. y los informes del contador general de Velotax Ltda., sobre las “*conductas violatorias*” de aquélla al mentado convenio, pues dichos medios se referían a situaciones acaecidas a partir del “*10 de enero de 2008*”, fecha posterior a la finalización unilateral del contrato, ocurrida en “*diciembre de 2007*”.

Del mismo modo, prescindió el interrogatorio de Irma Patricia Cajiao Valencia, representante legal de la demandada, quien dijo que el “*verdadero*” motivo para terminar la agencia comercial se debía a “*problemas familiares entre Pedro Pablo Contreras y sus sobrinos*”, corroborando a su vez que “*las partes cumplieron [sus obligaciones] hasta el 2008*”, siendo en este último año “*cuando se presentaron los incumplimientos atribuidos a Velotrans Ltda.*”.

Así mismo, cercenó el libelo genitor, en los apartes de la denuncia sobre las vías de hecho empleadas por la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda., para “*darle a conocer su voluntad de poner fin al [convenio]*”; de las instrucciones sistemáticas e injustificadas dadas a los “*sitios habituales*” de plataforma de embarque y descargue de mercancías; y de las prohibiciones impartidas a los trabajadores de Velontrans Ltda. para “*entregar, distribuir o despachar [encomienda] alguna a [nombre de la demandada]*”.

Por último, ignoró el testimonio de Jorge Enrique Barragán Rojas, dependiente de la convocada, a quien le consta que su empleador “*decidió no seguir (...) con la operación*”; y las comunicaciones de 27 y 28 de diciembre de 2007, suscritas por la demandada, informando a las sociedades Almaviva S.A. y Biovet S.A., no tener vínculo comercial alguno con la pretensora.

2.2. Puntualizó que los yerros del Tribunal resultan “*trascendentales*”, pues de haber valorado correctamente las piezas demostrativas y de no inobservar otras, “*declara[ría]*” a la interpelada como la responsable del agravio contractual.

2.3. Solicita, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y mediante providencia sustitutiva, se acoja su pedimento indemnizatorio.

### **3. CONSIDERACIONES**

3.1. El mencionado cargo, como se observa, se dirige a desvirtuar la apreciación probatoria del juzgador de segunda instancia, respecto de los medios de convicción que, en su sentir, denotaban la inexistencia de la justa causa invocada por la demandada para culminar la agencia comercial, motivo suficiente para declarar incumplida a ésta, disponer la terminación de ese contrato y acoger la pretensión indemnizatoria por los perjuicios irrogados.

3.1.1. Los yerros de hecho en el ámbito casacional se asocian cuando el sentenciador supone un elemento demostrativo que no existe o ignora su presencia física, al punto de desfigurarlos, ya sea mediante adición, cercenamiento o alteración.

Se estructuran, en cualquier hipótesis, si resultan manifiestos, producto de la simple comparación entre lo visto o dejado de observar por el juzgador y la materialidad u objetividad de los elementos demostrativos. No obstante, deben ser trascendentes, vale decir, que hayan sido determinantes de la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

3.2. Las necesidades crecientes originadas en el tráfico mercantil, hizo indispensable al legislador regular las actividades de intermediación, las cuales han dado origen a nuevas modalidades contractuales, como la preposición, la comisión, el corretaje y la agencia comercial, negocios éstos tipificados y desarrollados por el Decreto 410 de 1971, *“por el cual se expide el Código de Comercio”*.

La agencia comercial, reglamentada en los artículos 1317 a 1331, *ibídem*, es un contrato mediante el cual un comerciante, asume en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La doctrina de esta Corporación, en forma uniforme ha postulado como principales características del mentado convenio

*“(...) [D]e una parte, la intermediación comercial especial que persigue con ‘el encargo (independiente y estable) de promover y explotar negocios’ que hace un comerciante (agente) con relación a otro (empresario), y, de la otra, que dicha intermediación sea exclusivamente subjetiva (como representante o agente promotor o explotador de negocios del empresario) u objetiva (como fabricante o distribuidor de productos del empresario, que a la vez promueve y explota), o bien en ambas formas. De allí que sea explicable la exigencia de la estabilidad de la relación contractual, así como la independencia o autonomía del agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado al primero el desempeño de esa labor. De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario.*

*“(...)*

*“Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de ‘promover o explotar negocios’ del empresario ‘**en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional**’ (art. 1317 C.Co.) (...)<sup>1</sup> (se resalta).*

En cuanto hace al tópico geográfico, como esfera de acción de las obligaciones del agente comercial, expuso esta Corte:

---

<sup>1</sup> CSJ SC de 31 de octubre de 1995, exp. 4701.

*“(...) la fijación del territorio donde debe laborar el agente es un elemento determinante o fundamental no sólo para permitirle a la agencia ‘conquistar, ampliar y reconquistar un mercado en beneficio del principal’ (...), sino para imponerle a éste el reconocimiento de la actividad de aquella, tanto que, sin impedirle al empresario participar en el mismo territorio, [éste] contrae de todas maneras la obligación de pagar [al agente] por interferirlo de algún modo (...)”<sup>2</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, la agencia comercial: (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es *“a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario”<sup>3</sup>*; (iv) exige una estabilidad en el desempeño de esa labor; y (v) el agente tiene derecho a una remuneración.

Los artículos 1324 y 1325 del Código de Comercio establecen la culminación de la agencia por las mismas causales que ponen fin al contrato de mandato y, además, estatuye cuáles son las *“justas causas”* para permitir su terminación unilateral, ya por el empresario, ora por el agente.

---

<sup>2</sup> CSJ SC de 22 de octubre de 2001, exp. 5817.

<sup>3</sup> CSJ SC de 4 de abril de 2008, exp. 0800131030061998-00171-01.

Precisamente, el ordinal a) del numeral 1° de la regla 1325, citada, faculta al agenciado para culminar por su cuenta el señalado convenio ante “*el incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley*”.

3.3. Frente a lo discurrido, pasa a estudiarse si en el campo fáctico, el Tribunal se equivocó al apreciar las pruebas mediante las cuales concluyó, de una parte, que la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda. había cumplido los requisitos para dar por terminada unilateralmente la agencia comercial; y de otra, si Velotrans Ltda. deshonró sus obligaciones no solo al ofrecer el objeto del contrato por fuera del territorio establecido, sino al omitir enviar a la agenciada, al día siguiente, los comprobantes contables para el registro de movimientos.

3.3.1. Con relación a lo primero, advierte la Corte, el *ad-quem*, en concreto, no hizo referencia alguna a la comunicación de la terminación del anotado convenio, sino se adentró únicamente a establecer si había mérito para que la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda., por su propia cuenta, rompiera tal vínculo negocial.

Revisado el contenido literal del contrato suscrito por las partes, se lee en su cláusula cuarta que la única forma en que agente y agenciado, recíprocamente, debían informar la decisión unilateral de finiquitar el convenio, consistía en avisar “*por escrito*” tal determinación “*con una antelación no inferior a treinta (30) días calendario a la fecha de su*

*terminación*”, situación que en efecto ocurrió, según se observaba en la comunicación de 4 de febrero de 2008, enviada por la demandada a la pretensora, obrante en los documentos adosados por ésta y reconocida por aquélla en el escrito de réplica.

Así las cosas, ante la falta de acuerdo expreso sobre el contenido o la manera de comunicarse la terminación unilateral del acuerdo, como acto condicionante de la eficacia del rompimiento del mismo, comprende la Corte que la Corporación acusada enfocó su examen a establecer si bajo la égida de la ley comercial y del contrato, se habían incumplido los requisitos para el efecto.

El Tribunal, por tanto, sin más, no pudo incurrir en error fáctico al examinar las pruebas que sobre el particular se singularizaban en el cargo; mucho menos, si la manera en que la convocada hizo valer su voluntad de culminar el contrato constituyó un acto arbitrario, digno de tomarse como un incumplimiento, pues, precisamente, al no hacer mención de ello, se entiende implícitamente que tal aspecto no constituía *per sé* un imperativo habilitante para dar por terminada la agencia comercial.

3.3.2. En el tema del imputado incumplimiento a la demandante, en la acusación se reprocha al *ad-quem* de no advertir en los mismos medios demostrativos que los hechos atribuidos a Velotrans Ltda., se presentaron a partir del “10 de enero de 2008”, data posterior a “diciembre de

2007”, cuando la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda. finalizó unilateralmente el contrato.

Al apreciar el interrogatorio rendido por Medardo Contreras Vargas, se observa que fue él, sin precisar fecha, apelando solo a la vigencia de la agencia comercial, quien luego de examinar las fotografías aportadas por la demandada, reconoció en ellas a los vehículos de carga que Velotrans Ltda. “*utiliz[ó] mientras se realizó el contrato*”.

En tales registros, se observa a los rodantes portando publicidad con la inscripción “*Velotrans en alianza con Velotax (...) cubrimos todo el país*”, siendo claro que el servicio de encomiendas se promovía por todo el territorio colombiano, sin distinción alguna. A propósito, al indagársele sobre dichos anuncios, respondió el deponente que “*los avisos de los carros funcionaron durante el contrato*”.

Lo anterior fue concluyente para que el Tribunal declarara incumplido a Velotrans Ltda., particularmente, por desconocer la zona delimitada contractualmente para “*fomentar*” las labores de agente reexpedidor de mercancías y aforo, pues debía hacerlo de manera exclusiva “*desde y hacia*” las ciudades de Tunja, Paipa, Duitama y Sogamoso, conocido como sector Boyacá, no obstante, la promoción la hacía explícita en toda la geografía patria.

En lo único que Medardo Contreras Vargas refirió fecha fue respecto a las fotografías de las oficinas con el

“*logotipo de Velotrans Ltda. y Velotax*” ubicadas en Bogotá, aduciendo que “*comenz[aron] a funcionar después de febrero de 2008*”, aspecto por completo irrelevante, pues el *ad-quem* no tuvo tal aceptación como determinante en la decisión adoptada, sino, conforme se explicó, solamente frente a los vehículos, en cuyas imágenes, según lo admitió el deponente, se constataba que para la época del vínculo contractual, llevaban avisos ofreciendo transportar encomiendas por todo el país, desconociendo lo territorialmente pactado.

Así las cosas, la recurrente simplemente busca reexaminar la situación para que la Corte reemplace el criterio del Tribunal, rol ajeno a la casación, en donde, como se sabe, la apreciación del juzgador acusado sólo puede derruirse si raya en lo absurdo, cosa que, por lo visto, aquí no sucede.

3.3.3. En cuanto al otro aspecto del incumplimiento, es cierto que los informes presentados por el contador general de la demandada atañen a requerimientos por faltas de Velotrans Ltda., ocurridas después de finalizada la agencia comercial, relacionadas con “*la cancelación de saldos de caja y envío de boletines [de] encomiendas de contado para los días 5, 11, 12, 14, 15, 16 y 17 de enero de 2008.*”

En efecto, en el proceso resulta pacífico que “*el 29 de enero de 2007*” terminó el contrato por decisión unilateral de la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda., pues en

palabras del Tribunal así lo “*aceptan las partes*” en el libelo genitor y en su contestación.

La prueba referida entraña una aparente contradicción frente a lo discurrido por la citada Colegiatura, al inferir que la misma revelaba otra infracción de la convocante a sus deberes convenidos, por no enviar al día siguiente a la demandada, “*los boletines con los detalles contables necesarios para registrar el movimiento diario de la oficina y la copia de las consignaciones bancarias y originales de aforo*”, cuando en realidad, para dicha fecha, el convenio ya se encontraba fenecido, pues tal juzgador en líneas posteriores, tuvo por ocurrido este último hecho, se repite, “*el 29 de enero de 2007*”.

Sin embargo, cumple señalar que el aludido yerro funge intrascendente, por cuanto, aún en el evento de admitirse, en gracia de discusión, la decisión respectiva no se alteraría, al mantenerse a flote el otro argumento que la cimienta y resguarda, esto es, lo tocante con la confesión<sup>4</sup> de incumplimiento realizada por el representante legal de Velotrans Ltda., al reconocer que las fotografías de los vehículos de esa compañía, con letreros publicitando por fuera del espacio fijado en el convenio, la venta del servicio de aforo y transporte terrestre de encomiendas, correspondían a la época de ejecución del mismo.

---

<sup>4</sup> Lo ha dicho categóricamente esta Corte: existe confesión, según “(...) *los artículos 195, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil y 191, numeral 2º del Código General del Proceso, (...) cuando la parte manifiesta hechos personales o que tenga o deba tener conocimiento, respecto de los cuales le producen consecuencias adversas o favorecen al extremo contrario (...)*” (CSJ SC 15173 de 24 de octubre de 2016, rad. 2011-00069-01).

Cuando la sentencia, tiene explicado esta Corporación, “(...) *se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar, aún en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada*”<sup>5</sup>.

3.3.4. La Corte, por tanto, se ve relevada de estudiar si el juzgador de segundo grado se equivocó al omitir apreciar la declaración de Irma Patricia Cajiao Valencia, representante legal de la demandada, el testimonio de Jorge Enrique Barragán Rojas y las comunicaciones de 27 y 28 de diciembre de 2007, en concreto, al no ver que tales medios desvirtuaban la aceptación hecha por Velotrans Ltda., relacionada, se itera, con promocionar, mientras se hallaba vigente el señalado contrato, el transporte de encomiendas por fuera de los límites territoriales establecidos.

Con todo, se observa, Irma Patricia Cajiao Valencia, en general, refirió el “2008” como año “*donde se presentó el incumplimiento*” de la pretensora, por “*dejar de hacer las consignaciones de los dineros diariamente*”, apoyando su dicho en el informe rendido por el contador de la convocada al proceso, y porque “*adicionalmente*”, sin precisar fecha de ello, dijo que el agente “*us[ó] indebid[amente] la marca y [por]*

---

<sup>5</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 14 de junio de 2014, reiterado fallo 134 de 27 de junio de 2005 y G. J. Tomos LXXXVIII-596 y CLI-199.

*salirse de la zona geográfica en la cual estaban contratados”, reconociendo así la causa justificada de la ruptura del negocio comercial.*

En torno al testigo Enrique Barragán Rojas, y las comunicaciones de 27 y 28 de diciembre de 2007, suscritas por la demandada y dirigidas a Almaviva S.A. y Biovet S.A., respectivamente, se advierte que tales pruebas solo demuestran la decisión unilateral de aquélla de desligarse contractualmente de Velotrans Ltda.

3.4. Así las cosas, fracasa el cargo.

#### **4. EL CARGO TERCERO DE LA COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA.**

4.1. Acusa la violación indirecta de los artículos 1324 (inciso 1º) del Código de Comercio, 187 y 197 del Código de Procedimiento Civil.

4.1.1. En sentir de la recurrente, ante todo, frente a la interpretación errada de los asientos contables allegados por la demandada, al asimilar como “*comisión, regalía o utilidad*” todas las sumas pagadas a la pretensora por “*concepto de transporte*”, vale decir, por “*aforo de mercancía (...) desde el punto de recepción a la sede principal de Velotax Ltda. en Bogotá y [viceversa], esto es [trasladar] la mercancía desde [ésta capital] hasta la ciudad de destino*”.

4.1.2. De otra parte, porque tales soportes debieron confrontarse con lo depuesto por el representante legal de Velotrans Ltda., las declaraciones de renta, y las cláusulas primera, sexta y décimo segunda del precitado contrato, los cuales evidenciaban que no todo pago realizado a aquélla eran “*comisiones, utilidad o regalía*”, más aún, cuando éstos últimos conceptos no fueron establecidos con “*exactitud*” por el *ad-quem*.

4.2. Pretende la censora, casar la sentencia impugnada y en su lugar, mediante fallo sustitutivo, se disminuya “*sustancialmente*” el valor a pagar a Velotrans Ltda. por concepto de la mencionada erogación.

## **5. CONSIDERACIONES**

5.1. El cargo compendiado en precedencia cuestiona el examen a los documentos contables de la demandada, por los cuales el Tribunal dedujo el cálculo de la cesantía comercial reconocida a favor de Velotrans Ltda.

La impugnante esencialmente cimienta su crítica en la apreciación errada a la señalada prueba documental, porque los pagos allí reflejados no constituían “*comisión, regalía o utilidad*”, pues los mismos aludían a un porcentaje reconocido a Velotrans Ltda. por “*aforo de mercancía y transporte (sic)*”, actividad realizada “*desde el punto de recepción a la sede principal de [la convocada] en Bogotá D.C. y entrega en la ciudad de destino (...) [y] viceversa (...)*”.

Apoyó la anterior aseveración, afirmando que “(...) *así se había (...) demostrado a lo largo del proceso (...) (sic), en especial, [en] la descripción (...) [d]el representante legal de [la convocante] (...)*”.

Remarcó aduciendo que el *ad-quem* había omitido lo “*consignado en el contrato (...) donde se plasma[ban] las obligaciones del aquí demandante*”, transcribiendo para tal efecto las cláusulas relacionadas con ello.

Concluyó manifestando que al “*confrontar las cifras que tomó el ad-quem para calcular la cesantía comercial para nada se acompasan con las consignadas en las declaraciones de renta [de la pretensora]*”, soslayando además que ésta había “*operado*” por fuera de la zona convenida.

5.2. De acuerdo con el objeto del contrato de agencia comercial celebrado por los sujetos procesales, Velotrans Ltda. en calidad de “*agente reexpedidor*”, esto es, de expedidor del flete ya recibido, de manera independiente y estable, asumió a nombre de la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda. la promoción y venta del servicio de aforo y transporte de mercancías en la modalidad de “*flete de pago de contado y flete de pago contra entrega*”, únicamente desde y hacia Tunja, Paipa, Duitama y Sogamoso.

La lógica de dicho negocio y los vocablos contractuales utilizados por las partes, infieren en términos prácticos, que la demandante, en representación de la

agenciada, gestionaba y realizaba en la zona geográfica preestablecida, dos tipos de tareas: el aforo y transporte de mercancías.

El primero, entendido como la labor de “*calcular la cantidad y el valor de los géneros o artículos existentes en un lugar con el fin de establecer el pago de derechos de los mismos*”<sup>6</sup>, constituye un componente de la actividad organizada del servicio de encomienda de documentos y mercancías, en cuyo caso también abarca la cadena previa al transporte, como la recolección, recaudo, almacenamiento, embalaje y distribución.

El segundo, no es cosa distinta que llevar o traer de un lugar a otro, a través de un medio de locomoción, para este caso, terrestre, la correspondencia.

Las anteriores gestiones, conforme lo concluyó el Tribunal de cara a las pruebas adosadas en el plenario, fueron desarrolladas plenamente por la convocante.

5.3. En lo atinente a la forma de pago de la contraprestación acordada, se dijo en el párrafo de la cláusula decimosegunda del contrato que la misma procedía una vez Velontrans Ltda. consignara diariamente lo “*recaudado*” por concepto de “*fletes*” en las oficinas de ésta ubicadas en la zona convenida, a la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda., más el envío de un informe sobre

---

<sup>6</sup> Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

tales dineros, para luego, previa cuenta de cobro “soportada” que aquélla le presentara a la demandada, se le cancelaría la remuneración “*de manera decadal los días 10, 20 y 30 de cada mes*”.

5.4. La agencia como encargo estable y duradero de promoción, explotación o realización de negocios homogéneos o en masa, es un contrato bilateral de colaboración, consensual (basta el acuerdo de voluntades), oneroso, principal, de ejecución sucesiva, típico, nominado, *intuitu personae* (por virtud de la necesaria confianza que debe mediarlo), que muchas veces establece una relación directa entre el empresario y terceros.

5.5. El inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio establece que al terminarse el contrato de agencia comercial, el agenciado deberá pagarle al agente “*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*”.

La anterior prestación nace por la mera culminación del acuerdo, sin importar su causa, ya sea por consenso, decisión unilateral, justificada o injustificada, de una o ambas partes, incluso, al margen del incumplimiento, y aún sin suceder éste.

A propósito, esta Sala ha señalado sobre la referida obligación remuneratoria:

*“(...) [L]a naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la [erogación] a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo fuere menor, tiene venero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la obligación de que trata el inciso segundo del mismo artículo 1324 [ibídem], en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso (...)”<sup>7</sup>.*

Recientemente la Corte, de manera inequívoca, sostuvo *“(...) [que] el derecho a la prestación estatuida en la norma (artículo 1324, inciso 1º [del] Código de Comercio), es **elemento natural** del contrato de agencia comercial, y por ende, se entiende incorporado por disposición legal, sin exigir estipulación a propósito (...)”* (se destaca)<sup>8</sup>.

5.6. La cesantía comercial, denominada en legislaciones internacionales como “*compensación por clientela*”<sup>9</sup> o “*indemnización por clientela*”<sup>10</sup>, gravita hoy en la

---

<sup>7</sup> CSJ SC de 18 de marzo de 2003, ref. 689, invocada, entre otras, por la sentencia de febrero 28 de 2005, ref. 7504.

<sup>8</sup> CSJ SC de 2 de julio de 2010, ref. 2001-00847-01.

<sup>9</sup> Argentina en la Ley 26.994 de 2014, por la cual se expide el “*Código Civil y Comercial de la Nación*”, en el canon 1497 adopta la denominación “*compensación por clientela*”, generándose cuando al “*extinguirse el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha[ya] incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste*”.

<sup>10</sup> En España, la Ley 12 de 27 de mayo de 1992, en concordancia con la Directiva 86/653/ de 18 de diciembre de 1986, emanada del Consejo Económico Europeo, relativa a la “*coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*”, acoge en su artículo 28 el término de “*indemnización por*

tesis de la función retributiva<sup>11</sup> sustentada bajo dos premisas, la primera, porque al extinguirse el contrato, el beneficio recibido por el empresario con la actividad del agente, es la conquista de una clientela presente y futura, la cual, seguramente, redundará exclusivamente en su activo patrimonial y no en el de su contraparte, y la segunda, porque ese aprovechamiento ulterior de la “*clientela*” a cargo del agenciado, no se remunera durante la vigencia del convenio, debiendo reconocerse de todos modos esa gestión al “*mandatario-comerciante*”<sup>12</sup>.

Esta Corte sostuvo con acierto que la cesantía comercial se originaba en la teoría del carácter tuitivo, apoyada en la relación asimétrica de las partes de la agencia comercial, asimilando al “*agente*” como su extremo más débil, mereciendo su protección para por esa vía asignarle una estampa irrenunciable e imperativa a esa prestación; empero, dicho criterio fue rectificado paulatinamente desde el 2006 y en la sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 2001-00847-01, reconoció al “*agente*” como una persona de negocios que ejerce una actividad lucrativa con una mínima inversión, al aprovecharse de la notoriedad de la marca, la fabricación de un producto y la infraestructura del empresario, comparada con el riesgo

---

*clientela*”, disponiendo que la misma se causa en dos hipótesis: “1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran; 2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente”.

<sup>11</sup> Ripert, Georges. *Traite élémentaire de droit commercial*. Ed. Francesa, Paris, 2001.

<sup>12</sup> Ripert, Georges, obra citada.

asumido por éste, fruto de la contingencia de ganar o perder ingresos en ese convenio, aspecto equilibrante de la posición contractual de ambos, por tal razón, dicha prerrogativa económica desde el 2006 adquiere un matiz dispositivo en esta Sala.

Pero en este caso, ocupa la atención de la Corte la remuneración, prestación o “cesantía”, no de raigambre laboral; sino el derecho mercantil a favor del agente a la terminación del contrato de agencia, frente al empresario o agenciado; pero en forma simple y llana, sin consideración personal y por tanto, automática, por cuanto aun cuando se entrelazan dos o más sujetos de derecho, en su condición de personas jurídicas o naturales, fluye del ordenamiento mercantil patrio, que la finalidad de la remuneración es proteger al agente.

En efecto, el empresario *deberá* pagar a la terminación, según la voz impositiva del legislador *ad pedem litterae* plasmada el inciso primero del art. 1324 del Código de Comercio cuando ordena “(...) *el agente **tendrá derecho** a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión (...)*”, sin que corresponda a una indemnización resarcitoria al daño causado por terminación injusta o unilateral.

Si el agente asume el costo de la distribución de los bienes o de los gastos de la agencia (art. 1323 del Código de Comercio), desde la perspectiva mercantil, campo en el cual campea el lucro como *télos* del empresario; no hay duda,

que para el pensamiento del codificador nacional de 1970, las razones de equidad y de compensación blindaron aquél doceavo; todo lo cual se ajusta al plexo constitucional.

No obstante, la coherencia con el sistema jurídico en la materia y el carácter objetivo de esa remuneración, pues, nace con independencia de la imputabilidad que le incumba al agente en la terminación del contrato<sup>13</sup>; al hallarse en el marco de la autonomía privada y de la libertad contractual de las personas para disciplinar sus relaciones obligatorias, bien puede estimarse plausible la facultad dispositiva de las partes a fin de consentir una cuantificación o determinación diferente, o para que se pague anticipadamente<sup>14</sup>.

Incluso, pueden los contratantes acordar la renuncia al respectivo instituto, precisamente porque su regulación no constituye norma de orden público, en razón a la misma volubilidad de este concepto; siempre y cuando revista voluntad expresa, y observe como límites infranqueables: las prohibiciones del uso abusivo del derecho, de la simulación, del fraude de regímenes legales protegidos, como el derecho laboral; o, de la imposición de cláusulas abusivas. Sin embargo, en el caso de la dimisión, ésta podrá abrirse paso, una vez consolidada, porque nadie abdica de aquello que no posee o de cuanto no se ha incorporado a su

---

<sup>13</sup> Como ahora, esta Sala lo ratifica, éste derecho no tiene su fuente en el incumplimiento: CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de marzo de 2003, exp. 6892.

<sup>14</sup> No puede existir valladar para que se pueda cancelar *ex ante*, con anticipación a la terminación del contrato: CSJ., Sala de Casación Civil. Sentencia febrero 28 de 2005, exp. 7504.

patrimonio, mucho menos, cuando no se puede renunciar a una expectativa o a un derecho inexistente.

A propósito, desde 1980 esta Sala ha sostenido que “(...) *la prestación que consagra el artículo 1324, inciso 1°, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; **pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho es crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarse y tenga que hacerlo efectivo necesariamente.** Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación (...)*”<sup>15</sup> (se resalta).

Recientemente, por la misma senda la Corte reconoció que los derechos surgidos con ocasión de la terminación de la agencia comercial, pueden transigirlos los contratantes, entre ellos la “*cesantía comercial*”, no siendo

---

<sup>15</sup> CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M.P. Germán Giraldo Zuluaga, diciembre 2 de 1980. Por esta tesis aboga la Sala, a pesar de la *obiter dicta* que pueda derivarse de la sentencia del 19 de octubre de 2011, al admitir la renuncia anticipada, y por tanto, pudiéndose inferir, al momento de la celebración, ya en la ejecución. Esto no significa, desconocer el carácter eminentemente dispositivo de la regla 1324 en su inciso 1° del Código de Comercio y de la estirpe patrimonial de la prestación allí prevista; simplemente, se trata de la persistencia en aquella doctrina, por su raigambre de probable (art. 4 de la Ley 169 de 1896), bastión para la seguridad jurídica y confianza legítima; así como de observancia del principio de que nadie renuncia de un derecho o de un bien que no se ha incorporado en su haber; amén, de que el razonamiento de la sentencia del 19 de octubre no constituye una *ratio decidendi*, en el asunto juzgado para entonces, sino de una argumentación persuasiva e incidental sin carácter vinculante con la *decisum*.

vista hoy “*por la jurisprudencia de esta [Sala], como un derecho indisponible o intransigible*”<sup>16</sup>.

5.7. La mencionada disposición *ejúsdem* arroja en principio una ambigüedad aparente respecto de los conceptos “*comisión, regalía o utilidad*” que edifican el cálculo de la anotada prestación, por diferir cada uno de forma sustancial en su contenido, provocando varias lecturas, incluso, si se interpretara literalmente el texto normativo.

Precisamente, aunque tales criterios no tienen una definición específica en la ley comercial, sus significados gramaticales son disímiles entre sí, sin embargo, pueden todos concurrir en una misma o en diferente relación obligatoria.

La comisión, conforme lo preceptúa el Diccionario de la Real Academia Española<sup>17</sup>, es el “*porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio*”, mientras que según el citado léxico, regalía es la “*participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo*”<sup>18</sup>, y la utilidad, la define como el “*provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo*”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> CSJ. Sala de Casación Civil, sentencia de exequátur n° SC-8453 de 24 de junio de 2016.

<sup>17</sup> Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

<sup>18</sup> *Ídem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

En esa perspectiva, se entiende que la comisión comprende todas las sumas canceladas al agente por el agenciado en razón de sus gestiones de promoción o explotación de los negocios encomendados, y la utilidad, en cambio, se ajustaría solo al “*interés o fruto*” percibido por el mandatario, suponiendo entonces la deducción de aquéllos pagos imputados a los costos de operación derivados del desenvolvimiento contractual.

En contraste, la regalía, por tratarse de la retribución por el aprovechamiento de un “*derecho*” que le pertenece a quien lo percibe, pugna con la esencia de la agencia comercial, pues el agente explota un negocio ajeno, el del empresario, y es éste el responsable de gratificar a su contraparte y no al revés.

De ahí que, de un lado, será ventajoso para el agente computar la cesantía comercial sobre la base de la comisión, en su sentido prístino, esto es, todo lo recibido a modo de remuneración; y de otro, favorecer al agenciado liquidarla con fundamento en la utilidad o margen de ganancia; siendo enrevesado para ambos acreditar la noción de regalía.

Ante esa aparente anfibología, para la Corte no cabe duda que la pauta orientadora para establecer el importe o el contenido de la cesantía comercial debe ser la comisión, a menos de que los contratantes pacten lo contrario, incluso

su renuncia<sup>20</sup>, no por privilegiar al agente respecto del empresario, sino porque esa interpretación, en línea de principio, corresponde, de un lado, con la finalidad práctica de la norma, que no es otra que promediar lo recibido por el agente con ocasión de su labor de agenciamiento, a efectos de calcular la doceava parte.

Y de otro, porque en aplicación del artículo 1323 del Código de Comercio<sup>21</sup>, en gracia de discusión, la remuneración del “*agente*” lleva implícito los gastos incurridos por éste en el desenvolvimiento contractual<sup>22</sup>.

Esta forma de entender la preceptiva se aviene al criterio utilizado en numerosos fallos de esta Corporación cuando alude a la remuneración como la “*contraprestación*”<sup>23</sup> que recibe el agente de manos de la agenciada por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

La Sala ha acogido implícitamente el criterio de comisión con ocasión de la liquidación de la cesantía comercial, entendiendo allí el concepto de asignación bruta y no neta, es decir, el importe total de lo percibido por el “*agente*” como contraprestación, constatándose así una

---

<sup>20</sup> Según se indicó en líneas precedentes, las partes, en ejercicio de la libertad contractual o autonomía privada dispositiva, pueden convenir expresamente la renuncia a la cesantía comercial, según lo estableció esta Corte en la sentencia de 19 de octubre de 2011, ref: 11001-3103-032-2001-00847-01.

<sup>21</sup> “Artículo 1323. Reembolsos. Salvo estipulación en contrario, ***el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia; pero éstos serán deducibles como expensas generales del negocio, cuando la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo***” (se resalta).

<sup>22</sup> Dicha hermenéutica ha sido adoptada también por el Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de lo Civil, en sentencia n° 356/2016 de 30 de mayo.

<sup>23</sup> CSJ SC de 19 de octubre de 2011, ref: 11001-3103-032-2001-00847-01.

doctrina probable en los términos del artículo 4 de la Ley 169 de 1896<sup>24</sup>, que aquí se reitera, entendida por esta Corporación en la mayoría de los casos como la “*comisión*”, hipótesis todas ellas, donde se ha mensurado dicha prerrogativa económica sobre los ingresos totales recibidos por el “*agente*” fruto del anotado contrato.

En sentencia de 22 de octubre de 2001, exp. 5817, profiriendo decisión reemplazante, esta Sala declaró que entre Antonio María Vélez Garcés y La Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A. y La Nacional Compañía de Capitalización y Ahorro S.A. “(...) *existieron relaciones contractuales de agencia comercial, desde el 1º de marzo de 1959 y desde el 14 de noviembre de 1960, respectivamente, las cuales terminaron unilateralmente y sin justa causa comprobada el 9 de marzo de 1981*”, conminado a dichas sociedades pagarle al agente, “*la doceava parte del promedio de las **comisiones** recibidas en los tres últimos años*” (se enaltece).

Se calculó la doceava a pagar para cada uno de los extremos demandados, en “\$9’716.426” y “\$1’906.845”, respectivamente, las cuales extrajo de “**toda la remuneración percibida por el agente con ocasión de su labor en los años 1979, 1980 y 1981**” (se destaca).

---

<sup>24</sup> “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

En fallo de 6 de julio de 2007, exp. 7504, la Corte mediante providencia sustitutiva, reconoció que entre Industrias Jomar Limitada y la Sociedad Curtiembres Búfalo S.A. existió un contrato de agencia comercial vigente desde el 10 de julio de 1973 hasta el 19 de mayo de 1992, reconociéndole aquélla la cesantía comercial en cuantía de \$31.123.414 “*que le fue cancelada al tiempo con las **comisiones** que a lo largo de la vigencia del contrato recibió, [esto es], de **todo lo recibido**” (se destaca).*

Y en decisión de casación de 13 de diciembre de 2007, exp. 1998-00199-01, esta Colegiatura explicitó que el sentenciador de segundo grado había resuelto de manera razonable que a la demandante Mercadeo Jaramillo Isaza & Cía Ltda. le fue cancelada por la demandada Inversiones Cromos S.A., como cesantía comercial, la suma de \$15.000.000, valor establecido de la “(...) **comisión liquidada sobre [todos] los valores pagados (...) por la labor realizada durante todo el tiempo del contrato** (...)” (se subraya).

5.8. Lo expuesto determina el descalabro del cargo porque los errores enrostrados en la apreciación de los “*asientos contables de operaciones económicas*” del convenio son inexistentes, pues el Tribunal, con apoyo en tales soportes, allegados por la Cooperativa de Transporte Velotax Ltda., tuvo como comisión las sumas efectivamente pagadas a Velotrans Ltda. “*por ventas de servicio de transporte de mercancía*”, sin perjuicio de establecer si esos

valores correspondían o no realmente a utilidades o ganancias, al margen de que aparecieran en otros documentos, como las declaraciones de renta.

En otras palabras, bastaba con cerciorarse que las cifras reflejadas en los certificados “*contables*” aludieran a la remuneración percibida por el agente producto de la agencia comercial, especialmente, del pacto de retribución allí acordado, como en efecto ocurrió.

Así, concluyó el *ad-quem* que el “*promedio*” era \$762.653.799, cuyo resultado era la división por 3 de la suma de los valores “\$680.639.924, \$806.484.206 y \$800.837.268” atinentes a las “*comisiones pagadas por Velotax Ltda. a Velotrans Ltda durante los años 2005, 2006 y 2007. [Luego] la doceava parte de ese promedio es la suma de \$63.554.483,27*”.

Finalmente determinó que el contrato tuvo una vigencia de 5 años, 10 meses y 14 días, iniciando el 29 de enero de 2002 y finalizando el “*29 de enero de 2007*”, para inferir el valor de la cesantía comercial por “\$373.203.048.88”.

5.9. La acusación, por ende, no se abre paso.

## **6. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 9 de septiembre de 2013, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia, en el proceso ordinario promovido por Velotrans Ltda. frente a la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda.

Como ambos recursos de casación propuestos por los extremos procesales resultaron imprósperos, no se condena en costas.

**Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.**

**NOTIFÍQUESE**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

Presidente de la Sala  
Con aclaración de voto

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

Con aclaración de voto

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

Con aclaración de voto

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el merecido respeto hacia el criterio mayoritario y aunque concuerdo en la decisión de no casar la sentencia impugnada, me permito consignar a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto:

Al resolver el cargo tercero de la demanda presentada por Cooperativa de Transportes Velotax Ltda., la Sala consideró que respecto de la prestación económica consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, los contratantes tenían facultad dispositiva para convenir «*una cuantificación o determinación diferente, o para que se pague anticipadamente*» e incluso podía renunciarse, pero sólo una vez consolidada, esto es, a la terminación de la agencia, porque «*nadie abdica de aquello que no posee o de cuanto no se ha incorporado a su patrimonio, mucho menos cuando no se puede renunciar a una expectativa o a un derecho inexistente*».

Tal argumento lo reforzó con remisión a las sentencias CSJ SC, 2 Dic. 1980, G.J. Tomo CLXVI, No. 2407, p. 254 y CSJ SC-8453-2016, respecto de las cuales sostuvo que se habían pronunciado en ese sentido.

Lo anterior desconoce la jurisprudencia vigente de la Corte, pues si bien en 1980 bajo una interpretación de la norma que privilegiaba la protección del agente como parte débil de la relación comercial por ser un asunto que comprometía la preservación de las relaciones mercantiles,

esta Sala sostuvo que la cesantía comercial era renunciable únicamente a la terminación del contrato, dicho criterio fue recogido en el fallo CSJ SC, 19 Oct. 2011, Rad. 2001-00847-01, bajo el entendido de que el indicado derecho patrimonial no concierne al *«orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio»*, sino al provecho de *«los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas»*.

La Corporación consideró que la doctrina expuesta hasta entonces debía ser rectificada porque respondía a las necesidades de un contexto socio - económico *«caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar»*, panorama que varió notablemente con los cambios producidos por la mutación del comercio y las relaciones negociales, a tal punto que *«el criterio de la debilidad del agente, es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario»*.

Por eso, respecto de la prestación remuneratoria comentada, sostuvo que atendido su origen convencional, las partes están facultadas para *«disponer en contrario, sea en*

*la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación» de la agencia, pues si bien se hace exigible con su finalización por cualquier motivo, «se causa con la celebración del contrato», de ahí que «desde el pacto o durante su ejecución», ellas puedan «excluirlo, ora dosificarlo o modificarlo en cuanto hace al porcentaje, al tiempo y a los factores de cálculo», y también «celebrar y ejecutar todo acto dispositivo lícito, verbi gratia, conciliaciones, pagos anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones, desde luego ceñidas a la ley».*

Tal consideración, contrario a lo que ahora estimó la mayoría, no es una apreciación carente de relevancia; por el contrario, se trata de una reflexión que, amén de constitutiva de doctrina, correspondió a un cambio jurisprudencial, pues encontró la Corporación que no existía ninguna razón jurídica para continuar prohijando el criterio de indisponibilidad de la aludida obligación dineraria, como tampoco el de limitar la oportunidad de su renuncia a la terminación del convenio, posición que fue reiterada recientemente por la Sala en el pronunciamiento CSJ SC8453-2016, 24 Jun. 2016, Rad. 2014-02243-00.

Ahora bien, que las partes estén facultadas para disciplinar el contenido del contrato de agencia y que por ello, desde su celebración puedan excluir el derecho a la prestación económica remuneratoria, acordar su pago anticipado, compensar esa obligación con otra, modificar su porcentaje, los factores de cálculo o el tiempo en que habrá de causarse o será exigible, o acordar cualquier convención

lícita en relación con la misma, no significa que la ausencia de cláusula contractual en virtud de la cual el empresario se obligue a pagarla al agente, equivalga a su renuncia por este último.

Lo anterior, porque el derecho a la también denominada «*compensación por clientela*» es un elemento natural del contrato de agencia mercantil (CSJ SC, 2 Jul. 2010, Rad. 2008-00847-01), de ahí que al mutismo de las partes no se le pueda otorgar la connotación mencionada.

En ese sentido, ha insistido la doctrina en que, salvo pocas excepciones previstas en la ley, el silencio contractual no se debe confundir con el asentimiento tácito, pues «*considerado en sí mismo, no es afirmación ni negación, y por eso no puede considerarse como manifestación de voluntad*», de ahí que la máxima «*qui tacet consentire videtur* (el que calla parece consentir) *aparece falsa al confrontarla con la realidad, y contraria también a la experiencia de la vida a la cual responde esta otra qui tacet neque negat, neque utique fatetur* (quien calla, ni afirma, ni niega)». <sup>25</sup>

Luego, la falta de estipulación expresa sobre la compensación económica por los esfuerzos desplegados en la promoción y explotación del negocio según lo encomendado por el empresario, o en la fabricación o distribución de uno o varios productos de aquel, no despoja

---

<sup>25</sup> COVIELLO, Nicolas. Doctrina General del Derecho Civil. Traducido por Felipe de J. Tena de la 4ª Edición italiana. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1949, p. 397.

al agente del derecho a percibirla, por lo que si en el acuerdo negocial al que ha llegado con el otro contratante consiente en renunciar a ese derecho patrimonial, como bien puede hacerlo desde su celebración, así deberá expresarlo, pues de la sola falta de estipulación del mismo, no se deriva que esa haya sido su voluntad.

En el asunto *sub judice*, el contrato de agencia celebrado por las partes del proceso no contiene disposición alguna relativa a la prestación causada a favor del agente en los términos del inciso primero del artículo 1324 del estatuto comercial, pero por ser de la naturaleza de la agencia, se entiende «*pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*» según lo estatuido por el artículo 1501 del Código Civil, norma consonante con el artículo 871 del C. Co., conforme al cual los contratos mercantiles obligan no sólo a lo expresamente pactado en ellos, sino «*a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*», por lo que dado que ningún medio probatorio de los recaudados acredita que se haya renunciado el derecho a percibirla, debe admitirse que la demandante estaba legitimada para reclamar su pago, como así lo entendió la Sala.

Por último, el porcentaje recibido por el agente sobre el producto de las ventas o negocios encomendados, no es, a mi juicio, el referente que, en todos los casos, debe guiar la fijación del importe de la cesantía comercial, porque aunque esta es la forma de remuneración acordada en buena parte

de las agencias mercantiles, en algunas otras, los contratantes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y del poder de configuración de los negocios jurídicos que realizan, convienen una suma de dinero predeterminada y no variable, como también pueden pactar una contraprestación consistente en un «*tanto por ciento de las utilidades del negocio*» (art. 1323 C. Co.) o incluso estipular una retribución mixta compuesta por un componente mínimo fijo y otro que dependa de las ventas o negocios propiciados, de ahí que en cada caso debe privilegiarse el contenido de las estipulaciones contractuales relativas a la retribución de la labor encargada como base para determinar el monto de la cesantía comercial, siempre que no se hubiera renunciado a ella al celebrar el convenio de agencia, en su ejecución, o a la terminación del mismo.

Al respecto, atiéndase que «*las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles...*» (art. 4 C.Co), siempre que tales manifestaciones de la voluntad respeten el orden jurídico, conserven vigencia y no entronicen un abuso del derecho.

En los términos esbozados con precedencia, dejo aclarado mi voto.

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

Magistrado

Radicación: 73001-31-03-004-2011-00081-01