LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC3645-2019

Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-01

Aprobado en Sala de cinco de junio de dos mil diecinueve

Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de de dos mil diecinueve (2019).

Se decide el recurso de casación que interpuso Productos Alimenticios Doria S.A. contra la sentencia de 7 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Civil-Familia, en el proceso incoado por Distrisagi Limitada, frente a la recurrente.

1. ANTECEDENTES

1.1. ***Petitum***. Declarar que entre la demandante y la interpelada existió un contrato de agencia mercantil, y consecuentemente, condenarla a pagar la cesantía comercial, cuando menos, la suma de $1.374'327.563, y los perjuicios derivados de su terminación unilateral.

1.2. **Causa *petendi***. La relación mercantil inició a mediados de 1991 y tenía por objeto promocionar y

distribuir productos de la sociedad convocada en los departamentos de Boyacá, Casanare y Arauca, al igual que preservar y ampliar el mercado.

En esa dirección, la precursora mantuvo contacto permanente con los clientes y conquistó otros; amplió las ventas; coordinó la publicidad; sirvió de representante y mediador de la agenciada; recaudó el precio de lo distribuido; tramitó nuevas ofertas; asesoró el trabajo de postventa; y tramitó los reclamos por avería de productos.

La actividad fue desarrollada por la actora de manera libre y autónoma. En efecto, fijó el esquema de distribución; diseñó y asumió el costo de la publicidad; trazó estrategias para mantener y conquistar el mercado; y organizó toda una empresa con su propia fuerza de trabajo, impulsadores, empacadores, etcétera.

La demandada señalaba las metas mínimas para ampliar las ventas por períodos, y mensualmente entregaba los productos de acuerdo con el plan elaborado; además, suministraba material de publicidad y reintegraba su costo.

El trabajo ejecutado era remunerado de la siguiente manera: el 2%, de comisión por el cumplimiento de metas trimestrales; premios por la consecución de los planes semestrales; el 10% correspondiente a descuentos para distribuidores; el 2% por el pago de facturas antes de treinta días; y el 0.2% por concepto de averías.

La Compañía Nacional de Chocolates, en 1998, tomó el control de la accionada y empezó a sustituir a la pretensora en la distribución, incluyendo los clientes conquistados.

En agosto de 2006, la agenciada comunicó que a partir del 31 de diciembre, siguiente, daba por terminada la relación, pero sin reconocer indemnización alguna.

1.3. **El escrito de réplica**. La convocada se opuso a las súplicas, aduciendo, en esencia, la existencia de un contrato de venta para la reventa, lo cual, por sí, descartaba el convenio del tipo añorado.

1.4. **El fallo de primer grado**. El 12 de noviembre de 2014, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, tras encontrar la agencia comercial en concurrencia con un contrato de simple distribución, condenó a la demandada a pagar a la actora por cesantía comercial $864'477.189, indexados; y por perjuicios $17'289.544, con intereses

1.5. **La segunda instancia**. Se originó en el recurso de apelación elevado por ambas partes.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

2.1. El *ad-quem*, delanteramente dejó sentado que entre las partes había existido una relación de naturaleza comercial asociada con la distribución y mercadeo de los productos alimenticios «*Pastas Doria*», cuyos orígenes y

terminación unilateral fue confesado por la accionada al contestar la demanda.

En ese orden, dijo, la polémica se reducía a establecer la naturaleza jurídica de dicha vinculación, pues mientras la interpelada la calificaba como de venta para la reventa, la pretensora recababa que a través de esa clase de distribución, además, «*se cumplía con el encargo de promocionar los productos DORIA en los departamentos de Boyacá, Casanare y Arauca, en forma exclusiva*».

2.2. Según el *ad-quem*, la razón estaba al lado de la demandante, por cuanto en el proceso se había demostrado los elementos de la actividad comercial descritos en el artículo 1317 del Código Comercio.

En efecto, se acreditó que exempleados de la convocada se asociaron para desarrollar labores de agencia comercial, las cuales fueron cumplidas en coexistencia con actividades de distribución, como así lo atestiguaron José de Jesús Noriega Osorio, Carlos Uriel Tobón Uribe, Armando Ruíz Mejía, Isaac de Jesús Figueroa Figueroa y Javier Alexander Guerrero Mora.

También se demostró la retribución, traducida en la diferencia de precios para el distribuidor mayorista y el de reventa, pues si bien se generaba por la compra masiva del producto, se trataba de una relación estable; y en «*beneficio (...) de las dos partes*" fueron cumplidas las metas impuestas por la accionada, y de ese modo, la «*ampliación*

del mercado» y la «*fidelización de clientes*», por lo mismo, «*una mejor promoción para el posicionamiento de la marca*».

Igualmente, quedó probada la exclusividad, dado que así la demandante colocara otras mercancías, cierto era, «*en cuanto a la línea o ramo (...) de pastas alimenticias, no ofreció productos de marca distintas a las de (...) DORIA*».

Del mismo modo, se acreditó la intervención de la agenciada, al fijar los precios de distribución y de reventa, establecer los sistemas de transporte y almacenamiento de los alimentos, facilitar premios y estímulos, y retribuir los costos de publicidad y promoción, todo, claro está, sin perjuicio del principio de autonomía entre los empresarios.

2.3. Para el juzgador, la existencia de la agencia comercial explicaba las razones por las cuales la convocada requería y solicitaba informes o liquidaciones periódicas a la precursora (folios 21, 22 35, 38 y 39); daba facilidades para «*recoger mercancía en mal estado procedente de las ventas*» (folios 31 y 32); otorgaba «*reconocimientos como distribuidora*» (folios 44 y 74); y reintegraba los «*gastos y participación en eventos promocionales*» (folios 33 34).

La facturación vista a los folios 50 a 68, y el estado de cuentas del folio 70, mostraba cómo se generaban los descuentos y devoluciones; el documento del folio 69, las liquidaciones entre las partes; y conforme a los folios 71 a 79, en el 2001, los compromisos y políticas de crecimiento.

Los testigos Teresa Eugenia Parra Parra y Luis Felipe Hoyos Jaramillo, llamados por la pasiva, no conocían directamente los hechos y contradecían lo aducido en la respuesta a la demanda; y del dicho de Ana Cecilia Ramos Sierra, gerente de una cooperativa, se establecía que los clientes de la actora, sustituida por la Compañía Nacional de Chocolates, sabían que representaba a «*Pastas Doria*».

En el interrogatorio, Miguel Ángel Giraldo Forero, gerente de la demandante, aclaró, y en ello concordaban los documentos tenidos en cuenta para rendir el dictamen, que el margen de comisión oscilaba entre el 10% o 12% y equivalía a la diferencia entre el precio al mayorista distribuidor y el de colocación a los detallistas; y si bien mencionó una «*señora Susana*» como protagonista de la gestión, cierto es, no se identificó para llamarla a declarar.

2.4. En suma, para el *ad-quem*, se probó la «*clientela para el agenciado, a través de la venta y distribución de sus productos alimenticios, dentro de una zona establecida y con exclusividad. Se benefició a la pasiva de una acreditación de marca (...) se amplió su mercado (...). El demandante sí desarrolló explotación de negocios para lo cual el demandado le aprovechó y remuneró con diferencia de precios que se liquidaban periódicamente al cruce de cuentas*».

De igual modo, que la agencia comercial inició actividades en junio de 1991, y finalizó el 31 de diciembre de 2006, esto último, por decisión unilateral de la demandada, según daba cuenta la nota vista en el folio 48.

2.3. Elucidado lo que precede, el Tribunal, en respuesta a la apelación de la parte demandante, indicó que no entendía de dónde había sacado el juzgado las condenas por cesantía comercial e indemnización de perjuicios.

Señaló que si bien la demanda fijó cifras, la pretensión no se redujo a ellas. Por esto, acogía los rubros indicados en el dictamen por volumen de ventas, pues «*al valorar esta prueba en particular, razonablemente se encuentra que los criterios tomados para conceptuar son objetivos, tienen respaldo contable y no se probó en contrario*».

2.3. Así las cosas, el Tribunal, por mayoría, confirmó la agencia comercial, declarada en primera instancia, y modificó las condenas, en el sentido de aumentar la cesantía comercial a la cantidad de $2.274'211.491, y la indemnización de perjuicios a la suma de $2.209'943.700.

3. LOS ATAQUES EN CASACION

3.1. CARGO PRIMERO

3.1.1. Denuncia la violación directa de los artículos 1317, 1321, 1322 y 1324 del Código de Comercio.

3.1.2. Según la censura, el Tribunal malinterpretó la figura de la agencia comercial al concluirla a partir de los beneficios recíprocos recibidos por las partes. Los del agente, consistentes en las ganancias entre venta y reventa; y los del agenciado, en la mayor cobertura del mercado.

Si la actividad de promover y explotar negocios de un empresario siempre debe hacerse en su nombre, la conclusión del *ad-quem* desnaturalizó el contrato de agencia comercial, puesto que el «*negocio de reventa lo hace directamente el agente y en su beneficio, sin representar al empresario, quien se beneficia al vender sus productos directamente al comprador para la reventa*».

Añade que la transgresión de la ley también provino de entender el Tribunal que la remuneración consistía en el margen de la operación de reventa, cuando ello era típico de un contrato de distribución. En la agencia comercial, por el contrario, la retribución «*(...) debe provenir del empresario y no por el esfuerzo en la reventa del agente (...)*».

Según el recurrente, en suma, el *ad-quem* se equivocó al entender que la «*remuneración puede consistir en las ganancias del margen comercial de reventa, lo que es típico de un contrato de distribución a través de la venta para la reventa a un comprador mayorista, pero ajeno a un contrato de agencia comercial*».

La equivocación igualmente se predicaba del cálculo de la cesantía comercial, puesto que teniéndose que hacer sobre la remuneración del productor en favor del agente, el «*fallador de segunda instancia no parte de ello, sino (...) de la diferencia entre el precio de compra y el de (...) venta recibido por Distrigi más los descuentos comerciales, dinero que no era entregado por Productos Alimenticios Doria*».

3.1.3. Solicita la recurrente, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y proceder de conformidad.

3.2. CARGO SEGUNDO

3.2.1. Acusa la infracción de los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio, y 194, 195, 198 y 200 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de error de derecho en la apreciación de la confesión de la parte actora.

3.2.2. Para la impugnante, el Tribunal no tuvo en cuenta que Miguel Ángel Giraldo Forero, representante de Distrisagi Ltda., confesó en el interrogatorio que la relación comercial con Productos Alimenticios Doria S.A. se reducía a la «*distribución mediante la compra para la reventa*», todo con asunción de los riesgos económicos.

Lo anterior, al contestar no solo que «*[n]osotros a los 45 días teníamos un compromiso con Doria, y al cancelar a 30 días teníamos un descuento*», sino también al señalar que el no pago de las facturas por parte de «*nuestros clientes, Distrisagi Ltda., asumía el valor*».

Igualmente, cuando manifestó que como distribuidores obtenían la utilidad entre el 10% y el 12%, pues «*nosotros comprábamos a Doria y vendíamos a precios establecidos por Doria (...) para vender a clientela*».

Del mismo modo, al indicar que se trataba de una mera o simple distribución, puesto que fuera de los

productos marca «*Pastas Doria*», negociaban mercancías de «*Lloreda y Papeles Nacionales*».

Por último, relacionado con los clientes, cuando sostuvo que eran propios de Distrisagi Ltda., en cuanto les vendían, y siguen vendiendo, bienes de otras marcas.

3.2.3. El Tribunal, concluye la recurrente, «*no valoró las confesiones*»; y si las hubiese apreciado, habría encontrado que los requisitos para declarar la agencia comercial no estaban reunidos.

3.2.4. Impetra, por lo tanto, casar la sentencia impugnada, revocar la del juzgado y negar las pretensiones.

3.3. CARGO TERCERO

3.1. Denuncia la violación de los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio, a raíz de la comisión de errores probatorios de hecho, al tener por demostrado, sin estarlo, el elemento que distingue la agencia comercial de otros negocios de colaboración o intermediación, como es la actividad del agente a nombre y por cuenta del empresario.

3.2. Según la recurrente, el Tribunal tergiversó las pruebas recaudadas.

3.2.1. Los testimonio de José de Jesús Noriega Osorio, Carlos Uriel Tobón Uribe y Armando Ruíz Mejía, quienes fuera de no señalar la característica del contrato solicitado,

en general, coincidieron en manifestar que Distrisagi Ltda. actuaba en su nombre y por cuenta propia.

El dicho de Isaac de Jesús Figueroa Figueroa, por ninguna parte refirió el encargo de promover o explotar negocios de Productos Alimenticios Doria S.A., simplemente indicó que ésta nombró distribuidor a la actora en los departamentos de Boyacá y Casanare, y le concedía plazos, entre 30 y 45 días, para el pago de las facturas.

La declaración de Javier Alexander Guerrero Mora, en cuanto narró que la demandada vendía sus productos a Distrisagi Ltda., mediante facturas a 30 días, para que los revendiera por su cuenta y riesgo, con unos descuentos especiales dada la condición de cliente mayorista.

Relacionado con la publicidad, lo expresado por Teresa Eugenia Parra Parra, de quien se dijo no sabía el nombre de la persona que la había ordenado, en tanto lo enfatizado es que la estrategia y la inversión la realizaba el departamento comercial de Productos Alimenticios Doria S.A.

Lo vertido por Luis Felipe Hoyos Jaramillo, pues se le puso a decir que eran los distribuidores, no la productora, los encargados del posicionamiento de la marca, el reconocimiento y la explotación del mercado, siendo que, esos hechos los atribuyó a la propia demandada.

El testimonio de Aura Cecilia Ramos Sierra, gerente de una cooperativa, en cuanto, vendedores detallistas y

establecimientos de comercio sabían que Distrisagi Ltda. representaba a Productos Alimenticios Doria S.A., quien únicamente refirió la compra de productos a aquélla, y ahora, a la Compañía Nacional de Chocolates.

3.2.2. El interrogatorio de Miguel Ángel Giraldo López, vocero legal de la demandante, pues nunca manifestó que la distribución fue un encargo de la «*señora Susana*», sino de los creadores de la marca Doria, «*señores Sessana*»; ni que aquélla o éstos le hayan conferido el agenciamiento.

3.2.3. Los documento adosados, al suponer en ellos que Distrisagi Ltda. actuaba en nombre y por cuenta de Productos Alimenticios Doria S.A., cuando solo mostraban otros hechos no exclusivos de la agencia comercial.

El folio 21 contiene una solicitud de información sobre ventas a grandes cadenas; el 22, el 31, el 32 y el 33, notas de cartera, sin firma de nadie; el 34, entrega de materiales para la «*toma de barrios*»; el 35, pide datos de ventas de cierto año; el 38, regalos por el día del vendedor; el 39, liquidación del concurso de ventas; el 44 y el 74, la pasiva recomienda a la actora; los 50 a 68, notas de cartera y descuento por oferta al cliente; el 69 y el 70, estado de cartera; y el 71, el 78 y el 79, actividades promocionales.

La carta del folio 49, no es de terminación de la agencia comercial, sino de «*finalización del despacho de productos Doria para la reventa*», cual anotó de su puño y letra el representante de la demandante; y la del 48, es una

respuesta a la anterior, en el sentido de que la culminación se refería al «*despacho de productos para la reventa*».

3.2.4. El dictamen pericial, y su aclaración, no demuestra, como se concluyó, el hecho investigado, dado que no identifica ninguna relación, pero sí, en desarmonía con la característica del contrato de agencia, que Productos Alimenticios Doria S.A. fue la impulsora de Distrisagi Ltda.

En adición, ajeno a la agencia comercial, registra operaciones de compra y reventa; y la utilidad la extrae del total de ventas, restando costos y sumando descuentos, no derivados del pago de alguna remuneración. Del dictamen, su aclaración y complementación, por tanto, «*es imposible deducir la cesantía comercial (...), toda vez que del mismo se evidencia la ausencia de remuneración*».

3.3. Para la casacionista, el *ad-quem* igualmente omitió apreciar otros elementos de juicio:

3.3.1. La declaración de Olguer Antonio Jiménez García, encargado de hacer los pedidos a Productos Alimenticios Doria S. A. a nombre de Distrisagi Ltda., en cuanto los reclamos por mercancías los dirigía directamente a ésta, además que «*se pagaba a treinta días precio de lista, si se pagaba a 15 días había un descuento del 3%*»

Los testimonios de Héctor Arsenio Pirazán Peña, Jaime Hernández Carrero, Jorge Enrique Rincón Morales y Abelardo Castillo Gil, clientes de la demandante, quienes en

general dijeron que reclamaban a ella por los problemas con los productos Doria y que le adquirían otras marcas.

Con relación a la compra a Distrisagi Ltda. de bienes de la demandante y de otras líneas, en el mismo sentido, lo vertido por clientes de aquella, como Martha Isabel Gómez Fernández y Mireya Herlinda Arias Acevedo.

3.3.2. Asociado con los productos «*Patas Doria*», las facturas cambiarias de compraventa (folios 221 a 225 y 256) y unos comprobantes de pago (folios 226 a 228 y 230 a 236), demostrativos de que entre las partes únicamente existió una simple relación de distribución, compra para la reventa, y no uno de representación.

3.4. En sentir de la censura, los errores probatorios de hecho denunciados llevaron al Tribunal a concluir, equivocadamente, que el contrato celebrado entre las partes fue de agencia comercial, y no de mera distribución, como correspondía, puesto que la actora actuaba en nombre propio y riesgo, y no por cuenta de la interpelada.

3.5. Demanda, consecuentemente, casar el fallo impugnado, revocar el del juzgado y negar las pretensiones.

4. EL ESCRITO DE RÉPLICA

4.1. Para la pretensora, el cargo primero no es claro, puesto que, dada la vía escogida para denunciar la violación de la ley sustancial, la directa, en lugar de aceptar las

conclusiones probatorias del Tribunal, reprocha la prueba pericial sobre el cálculo de la cesantía comercial. Además, deja indemne el argumento, según el cual, la agencia comercial puede coexistir con otros tipos de intermediación.

En todo caso, los errores no se estructuran, porque el contrato del caso conlleva beneficios recíprocos, y no exclusivamente para el empresario, cual se sostiene; además, la remuneración del agente tiene distintas formas de expresión (utilidad, comisión o regalía).

4.2. Esa falta de claridad, también se predica del cargo segundo, pues «*no tener en cuenta*» o «*cercenar*» la confesión del representante de la pretensora, traduce en un error de hecho y no de eficacia jurídica.

En adición, la acusación no fue demostrada, porque si la confesión es indiscutible y esta corroborada, así debió indicarse, pero no se hizo. Para completar, pasó por alto cuestionar lo discurrido alrededor de la valoración de la demanda y la contestación, así como de las alegaciones de conclusión, los testimonios y ciertos documentos.

4.3. El cargo tercero, respecto de los testigos que narraron la simple distribución, fue formulado de manera desenfocada, pues el hecho se tuvo por acreditado. Esto, al lado de la agencia comercial, en cuya labor, como se explica a espacio, el Tribunal anduvo acertado, empero, la casacionista toma la prueba de manera parcializada.

En lo demás, añade, los cuestionamientos son inentendibles, desenfocados, novedosos e indemostrados. Se trata de errores inexistentes, pues las pruebas relacionadas apuntan a señalar la agencia comercial en coexistencia con un contrato de distribución.

4.4. Finalmente concluye, el fallo impugnado no debe ser casado.

5. CONSIDERACIONES

5.1. La Corte aúna el estudio los tres cargos, porque fuera de denunciar la violación de unas mismas normas legales, en el substrato confutan el elemento que caracteriza la agencia comercial de otros negocios de colaboración mercantil, como es la actividad del agente en nombre y por cuenta de un empresario. Al encadenar todos igual temática, se sirven de consideraciones comunes, todo, por supuesto, al amparo de lo estatuido en el Código de procedimiento Civil, ante cuyo imperio se profirió la sentencia impugnada y se tramitó el recurso de casación,

5.2. Los reparos formales expuestos en el memorial de oposición, suponen que, en la hipótesis de existir, la Corte estaría relevada de estudiar el mérito de las acusaciones, pues para el efecto se requeriría de una demanda con el lleno de los requisitos exigidos en el ordenamiento.

Sin embargo, esta no es la oportunidad para volver sobre el particular, desde luego, a petición de parte, porque

si el libelo fue admitido «*por reunir los requisitos formales*», según se constató en su momento, esa era y no ahora, la ocasión para reclamar.

El escrito casacional se aviene a las exigencias legales, sin perjuicio de que la Corte reexamine la cuestión, ante la eventual falta de un requisito esencial que ponga en entredicho los derechos fundamentales de la parte opositora.

Cuando la demanda de casación, tiene sentado la Sala, «*fue admitida (...), esto supone, en línea de principio, que reunía los requisitos formales. De ahí, la alegación en sentido contrario, contenida en el escrito de réplica, resulta extemporánea, al no reclamarse en su oportunidad, específicamente, contra el auto que la recibió a trámite*»[1].

En el *subjúdice*, sin embargo, se observa que los supuestos defectos formales no obstaron a quien los enrostra ejercer debidamente las garantías de defensa y contradicción, puesto que, pese a las afirmadas falencias de los cargos, procedió a examinarlas y contestarlas de fondo.

Relacionado con los errores *iuris in iudicando*, en efecto, al explicar que como los beneficios en la agencia comercial se predicaban de ambas partes, «*lejos está de constituir un yerro y mucho menos una violación directa de la ley sustancial*»; y en punto de los desaciertos *facti in iudicando*, al denotar, indistintamente, su «*inexistencia*»

[1] CSJ. Civil. Sentencia SC7814 de 15 de junio de 2016, expediente 00072.

En ese contexto, procede la Corte a resolver lo que corresponda.

5.3. El auge de la industria y la economía ha llevado a los comerciantes a ampliar su radio de acción, allende, a lugares donde surgen demandas de los bienes o servicios que ofertan, mediante distintas formas de intermediación, como la preposición, la comisión, el corretaje, el suministro y la agencia, tipificadas y reguladas en el Código de Comercio.

Se trata, en general, de los mismos contratos que la doctrina especializada ha particularizado para circular y promocionar negocios, a saber: corretaje, agencia, concesión de venta, reventa, franchising, comisión[2].

Esa dinámica, al decir de la Sala, «*ha provocado que cada día se busquen formas alternas a las convencionales para hacer llegar las mercancías a los consumidores, en aras del crecimiento y la consolidación empresarial, acudiendo para el efecto a implementar canales de distribución y/o labores de intermediación, mediante la concesión de diferentes modalidades contractuales, como los acuerdos de corretaje, representación de firmas, depósitos de mercancías, suministro, consignación, agencia mercantil, concesión y franquicia, entre otros, que por su naturaleza comparten puntos específicos respecto a la injerencia del productor en la forma como se ponen en circulación sus bienes*»[3].

---

[2] GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. El Empresario. Volumen I, 3ª Edición. Bogotá: Temis, 1999, pp. 277-281. Traducción: Jorge Guerrero.
[3] CSJ. Civil. Sentencia de 27 de marzo de 2012, expediente 00535.

Las modalidades de distribución de los empresarios, desde luego, se justifican ante las dificultades para hacerlo en forma directa o a través de dependientes, entre otras cosas, debido a las distancias entre los centros de producción y de consumo, y a los altos costos económicos que la operación tal implica, por ejemplo, traslados, planta física, trabajadores, publicidad, asesoría, en fin.

A los empresarios, por tanto, les conviene masificar sus productos a través de otros comerciantes, para evitar gastos de infraestructura y equilibrar la cadena producción-distribución, pues al margen de los riesgos ínsitos en el mercadeo, no se remite a duda que a mayor número de consumidores los beneficios para empresarios y distribuidores son directamente proporcionales.

5.4. Como se anticipó, el contrato de agencia, desarrollado en los artículos 1317 a 1331, *ibídem*, es uno de las modalidades de interacción empresarial.

Mediante su concurso, un comerciante asume en forma independiente y 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 de sus productos.

5.4.1. Los requisitos de permanencia e independencia, implican que el agente, para dichos propósitos, es dueño de una empresa organizada, distinta a la establecida por el

agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. En el manejo de una y otra industria, por tanto, entre los intermediarios y los empresarios no puede haber interferencias o intromisiones recíprocas de ninguna índole.

En palabras de esta Corte, «[e]*n el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente (...) al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro (...)*»[4]. Esto explica, según en otra ocasión se señaló, «*(...) 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 (...) el desempeño de esa labor*»[5].

La autonomía empresarial del agente, sin embargo, no puede confundirse con el ejercicio del «*encargo*», porque en éste, al actuarse ante el público consumidor por cuenta y en nombre de otro, es apenas natural que el agenciado deba estar atento del desarrollo de la actividad. Al fin de cuentas, el empresario es quien asume los riesgos económicos, con incidencia en su patrimonio, *verbi gratia*, la pérdida o daños de los productos, o las bajas de los precios.

En sentir de la doctrina, «*[e]l agente no es (...) totalmente libre de fijar la manera de hacer la distribución y*

[4] CSJ. Casación Civil. Sentencia de 2 de diciembre de 1980 (CLXVI-251).
[5] CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297).

la propaganda, sin consultar con el empresario, porque ello toca con el propio interés de éste. En efecto, no puede fijar precios, preferir o excluir ciertos sectores o grupos de clientes, ni realizar la propaganda a su antojo, a menos que no tenga especiales instrucciones del empresario, quien puede darlas en cualquier tiempo y exigir modificaciones»[6].

Para la Corte, la independencia y autonomía «*no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra y, por ende, a coordinar con éste las actividades de promoción que desarrolle, como quiera que se trata de una labor de respaldo o apoyo a una actividad que a los dos beneficia*»[7].

En esa línea, según recientemente adoctrinó, «*(...) el empresario no es del todo ajeno a la forma como se lleva a cabo la promoción de sus mercancías, pudiendo hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume*»[8].

La intervención del empresario en la ejecución del objeto jurídico de la agencia comercial, esto es, en el encargo de promover o explotar negocios ajenos y dentro de

---

[6] ESCOBAR SANIN, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales. Negocios de Sustitución. Bogotá. Universidad Externado de Colombia: 1987, p. 432.
[7] CSJ. Casación Civil. Sentencia 199 de 15 de diciembre de 2006, expediente 09211.
[8] CSJ. Casación Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 2013, expediente 00333.

una zona prefijada, y no en la organización empresarial del agente, también tiene su razón de ser, en que aquél, es quien a la postre se desprende de precisas facultades o potestades (artículo 1320 del Código de Comercio).

Esa injerencia igualmente abreva, según el artículo 1321, *ibídem*, en los correlativos derechos del productor de bienes y servicios de velar porque su representante cumpla las labores confiadas, y en la obligación que éste tiene de informar a aquél las condiciones del negocio en el territorio asignado y en cuanto sean útiles al empresario para valorar la conveniencia de continuar en el mercado.

5.4.2. Frente a las características de estable y duradero, el encargo conlleva que sea remunerado, pues conforme al artículo 1323 del Código de Comercio, al agente corresponde, en línea de principio, dada su autonomía e independencia empresarial, asumir el costo de la distribución y los gastos de la agencia.

Según el canon 1324, *ibídem*, la remuneración del agente se deriva de la «*comisión, regalía o utilidad*» pactada; y de acuerdo con al precepto 1322, *ejúsdem*, siempre estará a cargo del empresario, así éste ejecute en forma directa el negocio en el territorio asignado o resulte fallido por un hecho suyo, o desistido de común acuerdo.

Los criterios anotados carecen de definición legal y sus significados gramaticales, al decir del Diccionario de la

Real Academia Española[9], son disímiles. Comisión, es el «*porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio*»; regalía, es la «*participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo*»; y utilidad, es el «*provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo*».

En consecuencia, la comisión debe concebirse como cualquier rubro que perciba el agente en retribución por la actividad de promocionar o explotar negocios de terceros; y la utilidad, en la perspectiva de interés o fruto, comprende un «*tanto por ciento*» de las ganancias obtenidas, por supuesto, una vez deducidos como expensas todos los gastos de la operación (artículo 1323, citado).

La regalía, en cambio, al asociarse el concepto con el pago a un propietario de un derecho por el permiso que concede a otro para su disfrute, pugnaría, en línea de principio, con la agencia comercial, pues el agente no es quien retribuye al empresario, sino viceversa, salvo que éste, como dueño del derecho dado para su explotación, entregue a aquél parte de dicha regalía en contraprestación por la gestión de promoción que hace del mismo.

Llámese comisión, utilidad o regalía, la retribución puede revestir distintas modalidades. Lo importante es que tenga el alcance de remunerar las actividades que el agente

---

[9] Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en http://www.rae.es./rae.html.

realiza por cuenta y a nombre de un empresario, bien mediante el pago de una cantidad fija o variable, ora representada en un porcentaje de las utilidades o regalías del negocio, ya combinando una y otra forma.

5.4.3. En síntesis, la agencia comercial: (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige autónomamente; (iii) la actividad del agente e encamina a promover o explotar los negocios de un empresario en un territorio determinado; iv) la intervención del agenciado en la ejecución del encargo encomendado es apenas natural; v) el desempeño de la labor exige permanencia y estabilidad; y (v) el gestor tiene derecho a una remuneración.

5.5. No hay duda, algunos distribuidores pueden ser agentes; sin embargo, no todos pueden considerarse agentes, independientemente de que se identifiquen con algunos de los rasgos característicos de la agencia comercial; por ejemplo, los comerciantes que adquieren bienes o servicios para revenderlos.

En palabras de la Sala, «*(...) cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin*

lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final (...)»[10].

Un simple distribuidor, al actuar en causa propia, es distinto del agente, porque debe asumir todas las contingencias de la operación, por ejemplo, la pérdida o el deterioro de las mercancías, el no pago de ellas, la insolvencia o iliquidez de los clientes, o la inestabilidad de los precios en el mercado.

La contraprestación de la actividad es otro de los elementos que distancian al revendedor en una agencia, pues los distribuidores no la derivan del empresario, sino que, por sí, la amasan y construyen, sacando provecho de la diferencia de precios entre las operaciones de compra y de reventa.

Igual que en la agencia, la simple distribución tampoco excluye la intervención de los empresarios en actividades de cooperación, como publicidad (avisos en locales, camisetas, regalos, etc.), y mercadeo (incentivos, garantías, en fin), entre otras; o en materia de restricciones, imponiéndolas, *verbi gratia*, para salvaguardar la notoriedad de la marca o del producto y los demás derechos materiales e intangibles comprometidos en la distribución.

En ese marco, las orientaciones de los empresarios según la doctrina, «*(...) pueden comprender la disminución de algunas potestades (...), como la de estipular precios y*

[10] CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297).

cantidades, la de diseñar una estrategia propia de mercadeo e, inclusive, en algunos eventos, la restricción de anunciarse con signos distintivos propios (...)»[11].

Las ventajas concedidas a tales distribuidores, como la exclusividad o el trato preferencial, también tiene sentado la Corte, «*hacen tolerables esas imposiciones (...)*», pues «*(...) es usual que por tratarse de bienes o servicios respecto de los cuales la marca, el lugar de procedencia, las condiciones de mercadeo, entre otras muchas (...), permiten vislumbrar aceptables márgenes de ganancia (....)*»[12]. En definitiva, como lo refrendó la Corte hace poco[13], con cita de autores[14]:

> «*Frente a la distribución, la agencia comercial se distinguen en que (i) la venta de la mercadería ajena, hecha por el agente, se hace por cuenta del principal, apoyada en el mandato, mientras el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, facturándole al cliente y lucrándose con la diferencia; (ii) en punto a sus finalidades, el de agencia busca procurar al proponente un resultado derivado de la actuación del agente, en tanto la distribución halla por objeto que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela; (iii) la forma de actuación de los auxiliares independientes difiere por cuanto el agente no adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene, cosa que sí acontece en la distribución*».

La diferencia entre la simple distribución y la agencia comercial, por lo tanto, en línea de principio, no está dada

---

[11] FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresaria. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1997, p. 408.
[12] CSJ. Civil. Sentencia 199 de 15 de diciembre de 2006, expediente 09211.
[13] CSJ. Civil. Vid. Sentencia SC1121 de 18 de abril de 2018, expediente 00128. En el mismo antecedente la Corte también denotó las diferencias de la agencia con otras modalidades de colaboración empresarial, como el corretaje y la concesión.
[14] MARZORATI, Osvaldo J. *Sistemas de Distribución Comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franchising.* Ed. Astrea. Buenos Aires. 2011. Págs. 81-83; GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II.* Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

por la intromisión de los empresarios en el desarrollo de una u otra actividad; tampoco en la penetración de los mercados; ni en la conquista de los clientes; menos, en la comercialización de bienes o servicios dentro de una zona prefijada. En estricto sentido, porque esas características son predicables de ambas modalidades de intermediación.

5.6. No obstante, una misma persona, natural o jurídica, simultáneamente, respecto de un mismo empresario, puede revestir las calidades de agente comercial y distribuidor.

En efecto, coincidiendo en el ámbito geográfico, en la agencia, cuando la intermediación cubre un ramo de los negocios del agenciado, y la distribución, otros elementos; y tratándose de un mismo producto, los casos en que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, al no estar prohibido, así lo establecen y gobiernan.

El contrato de agencia comercial, tiene sentado la Corte, «*no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos,* ***con los cuales puede concurrir****, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca*»[15] (resaltado fuera de texto).

En esa dirección, con relación a la agencia comercial, el legislador impone restricciones a los empresarios, aunque

[15] CSJ. Casación Civil. Sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 00243; reiterando el fallo de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297).

no de manera absoluta. Por una parte, al no permitirles, «*salvo pacto en contrario*», servirse de varios agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos (artículo 1318 del Código de Comercio); y por otra, cuando los faculta para promover y explotar directamente sus negocios en el lugar asignado al agente, pero, en todo caso, con la obligación de remunerarlo (artículo 1322, *ibídem*).

La agencia comercial y la simple distribución, en consecuencia, no son incompatibles en la zona trazada, solo que en la hipótesis de concurrir, en punto de los mismos u otros bienes o servicios, el ámbito de acción de una y otra actividad debe quedar debidamente delimitada, y en caso de controversia, probada en juicio.

5.7. Sentado todo lo que antecede, por ameritarlo, igualmente resulta necesario dejar bien claro que el recurso de casación es de naturaleza exceptiva y dispositiva.

Lo primero, significa que responde a causales previstas por el legislador y se estructura en las correspondientes hipótesis normativas; y lo segundo, que la demanda presentada para sustentarlo constituye el marco de actuación de la Corte, razón por la cual no le es permitido replantear acusaciones mal formuladas, suplir deficiencias o superar inconsistencias, salvo cuando se trate de la casación oficiosa o de la selección positiva de ciertas sentencias, por lo mismo, en los casos y en la forma

dispuesta en el ordenamiento (artículos 344, *in fine*, del Código General del Proceso, y 7° de la Ley 1285 de 2009).

No se trata de discurrir como en las instancias, en donde, teniéndose por mira el proceso, como *thema decidendum*, las partes, en línea de principio, pueden hacerlo libremente sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho controvertidas; en cambio, en casación el objeto preciso y directo lo constituye la sentencia, como *thema decissum*, con fines nomofilácticos y de unificación jurisprudencial en procura de la coherencia del sistema jurídico.

De ahí, bajo la premisa de que el juzgador no se equivocó, lo decidido ingresa al recurso extraordinario cobijado por la presunción de la legalidad y acierto, y esto, precisamente, es lo que el casacionista, asido de las causales legales, debe desvirtuar; y la Corte, por su parte, a resolver dentro del estricto marco que le ha sido propuesto.

5.8. Aplicado lo expuesto al caso, en dirección de responder las acusaciones, debe entenderse que el Tribunal atinó probatoria y jurídicamente al concluir que el contrato de «*agencia comercial*» coexistió con uno de «*distribución*"», ambos, respecto de los «*productos alimenticios "Pastas Doria"*». En otras palabras, con independencia del juicio del juzgador, infirió que los hechos configurativos de una y otra relación mercantil, se encontraban plenamente delimitados y acreditados.

En concreto, halló entre junio de 1991 y diciembre de 2006, que la demandante en el litigio, Distrisagi Limitada, promovía en una zona prefijada la venta de «*productos alimenticios "Pastas Doria"*» de propiedad de la interpelada, todo por cuenta y riesgo de ésta, quien como contraprestación pagaba a aquella una comisión o utilidad.

Igualmente, que la pretensora, por así haberse convenido, en forma simultánea y dentro de unos mismos límites geográficos, disponía ante el público consumidor de bienes de la marca «*Pastas Doria*», esta vez suyos, luego de adquirirlos a su convocada, todo en interés y riesgo propio, obteniendo como ganancia la diferencia resultante entre las operaciones de compra y de reventa.

5.9. En ese orden de ideas, sobre la base de que el Tribunal acertó al decidir como lo hizo, pasa la Corte a examinar si la censura desvirtuó la presunción de legalidad y acierto en comento, vale decir, lo que explícita o implícitamente en el contorno así quedó fijado.

5.9.1. En el cargo primero, se denuncia la violación directa de las normas jurídicas enunciadas.

5.9.1.1. Lo anterior supone que la recurrente no discrepa de las conclusiones probatorias contenidas en la sentencia impugnada, puesto que por ese camino, según es conocido, todo queda confinado a la elección, aplicación y alcance de los preceptos que regulan los hechos fijados por el Tribunal a través de los medios de convicción.

En ese evento, como se tiene dicho, la Corte trabaja con los "(...) *textos legales sustantivos únicamente, y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una u otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos (...)*"[16].

Lo anterior explica la razón por la cual, hoy en día, el artículo 344 numeral 2°, literal a) del Código General de Proceso, prevé que cuando se denuncia la transgresión derecha de las normas jurídicas que crean, modifican o extinguen derechos subjetivos, las acusaciones no pueden "*comprender ni extenderse a la materia probatoria*".

5.9.1.2. Así las cosas, debe convenirse que la recurrente acepta estar acreditada la agencia comercial y el negocio de distribución, en la forma como *supra* fue señalado; además, demostrado que ambas modalidades de colaboración empresarial, en efecto, coexistían, respecto del mismo ramo de actividades o productos y dentro de los límites geográficos prefijados.

5.9.1.3. La inconformidad de la recurrente radica en la subsunción normativa de ciertas circunstancias debidamente probadas, en su entender, típicas de un contrato de distribución, y no uno de agencia comercial. En concreto, los hechos atinentes al «*negocio de reventa*»; a la «*remuneración*», consistente en las «*ganancias del margen comercial de reventa*»; y a la «*llamada cesantía comercial*»

[16] CSJ. Civil. Sentencia de 20 de agosto de 2014 (expediente 00307) y autos de 28 de febrero de 2013 (expediente 00131) y de 23 de enero de 2018 (radicación 00536), entre otros muchos.

derivada de la «diferencia entre el precio de compra y el precio de venta (...) más los descuentos comerciales».

No obstante, si en el fallo acusado, al lado de la agencia comercial, también se dejó acreditado el negocio de distribución, el *ad-quem* no pudo incurrir en ningún yerro *iuris in iudicando*, pues así haya referido hechos de una u otra relación sustancial, de ahí no puede seguirse, fatalmente, que la agencia comercial solo fue declarada con las circunstancias asociadas a la reventa.

El Tribunal, es cierto, indistintamente, habló de la *«diferencia entre el precio de compra y el precio de venta»*, para vincular la cuestión con la «*distribución*». Sin embargo, no puede pasarse por alto que, respecto de la agencia comercial, también dijo, en correlación con lo «*probado*», que ello igualmente se podía «*aceptar como comisión*»; desde luego, según los hechos en extenso y repetitivamente evocados, al encontrar demostrado que entre las partes «*sí había una relación más allá de la compra para la reventa*».

Como lo asentó, porque además de la distribución, en el proceso estaban acreditados los elementos estructurales de la agencia comercial, esto es, la «*independencia*» y «*estabilidad*» de la precursora; el «*encargo de promover o explotar negocios*»; la «*actuación del agente por cuenta del empresario y una remuneración a favor del agente*».

La violación directa de la ley sustancial, por tanto, no pudo tener ocurrencia, puesto que, al margen de los errores

facti in judicando enarbolados en las demás acusaciones, la agencia comercial no fue declarada exclusivamente sobre lo discurrido alrededor del contrato de distribución.

5.10.2. La recurrente, en el cargo segundo, denuncia la comisión de un error probatorio de derecho.

Censura la apreciación del interrogatorio de Miguel Ángel Giraldo Forero, representante legal de la demandante, al no tener en cuenta el Tribunal que el citado, durante la audiencia, confesó que la relación mercantil entre las partes era de simple distribución.

5.10.2.1. El error de eficacia jurídica de las pruebas supone que en el campo de su materialidad u objetividad, esto es, lo perceptible a los sentidos, en ningún yerro de valoración se incurrió. En palabras de la Corte:

> «*A objeto de perfilar el [error] de derecho (...), bien convenido se tiene que él dice relación con la contemplación jurídica de las pruebas, precisamente para resaltar que en ese ámbito queda excluida toda controversia de tipo físico o material, pues él sólo podría estructurarse en un escenario que le es muy propio: el de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba. El reproche que cabe hacerle al juzgador, ya no es el de que vea mucho o poco, que invente o mutile pruebas; en fin, el problema ya no es de desarreglos visuales, porque el desacierto se ubica es en el pensamiento probatorio del juzgador; ya porque no muestra el debido respeto al apreciadísimo postulado del contradictorio (aducción e incorporación al proceso de elementos de juicio), ora porque entra a reñir con el legislador acerca del mérito de las probanzas. Bien podría decirse metafóricamente que aquí el problema no es de "pupila" sino de discernimiento*»[17].

[17] CSJ. Civil. Sentencia 057 de 13 de abril de 2005, expediente 00056.

Partiendo de la anterior premisa, los errores de derecho en la apreciación de las pruebas, se entroncan, por una parte, con la regularidad de su producción, en punto a la solicitud, decreto, práctica y contradicción; y por otra, con la valoración en conjunto, o la idoneidad y conducencia, para demostrar un hecho. De ahí que, en general, se asocian con su raciocinio y eficacia jurídica.

5.10.2.2. En ese orden, el Tribunal no pudo incurrir en la falencia probatoria denunciada, pues relativo a «*no tener en cuenta la confesión realizada por la demandante*», o porque le "*dio la espalda por completo y no valoró dichas confesiones*», atañe a un problema de constatación física del medio en el expediente y a la fijación de su contenido objetivo, mas no a una reflexión jurídica.

5.10.2.3. Con todo, interpretando el cargo por la senda del error de hecho, el ataque tampoco se estructura, porque si para el Tribunal coexistían el contrato de distribución y la agencia comercial, esto último sería la causa del agravio de la demandada recurrente, dado que, en últimas, lo relativo al suministro responde a su postura durante el litigio.

La confesión, entendida como los «*hechos que produzcan consecuencias adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria*» (artículos 195-2 del Código de Procedimiento Civil y 191-2 del Código General del Proceso), solo podía predicarse si el representante de la demandante confesó en el interrogatorio, en forma expresa, consciente y libre, que la única relación comercial ajustada

con su interpelada se circunscribía a un contrato de distribución, mas no, a uno de agencia comercial.

No obstante, la censura omitió indicar si el absolvente aceptó el hecho investigado. Lo único resaltado al respecto es la operación de compra y de reventa, empero, no para tener acreditada en forma directa aquella cuestión, sino para inferirla, al decir, que con la confesión quedaba «*desvirtuada la referida agencia comercial*».

El representante de la actora, en todo caso, amén de manifestar en el interrogatorio circunstancias asociadas con el suministro, también refirió otras relacionadas con la agencia comercial, las cuales, en lugar de resultarle adversas o favorecer a la otra parte, la benefician.

En efecto, el «***encargo***» de promover o explotar negocios, aparece en las respuestas a las preguntas dos, nueve y once, cuando señaló que los «*señores Sessana*», los dueños de la demandada, «*nos* ***encargaron*** *la distribución*» (subrayado fuera de texto); y en la nueve, al decir que "*para dar cumplimiento*", lo cual por lógica denota que no podía cumplirse en nombre propio, sino ajeno, se dotó de la infraestructura de bodegas y vehículos.

Esto último, al decirse que las trasferencias de mercancías se hacían, primero a la bodega de Duitama, luego, a la de Yopal y Tame, «*en nuestros vehículos y Doria nos reconocía el flete a las bodegas de los departamentos de Casanare y Arauca*». Desde luego, cuando los productos, en

la operación de reventa, se suponen propios de la demandante, a falta de discusión en contrario, ninguna explicación tendría que la mercancía se haya trasladado a los sitios de distribución a costa del empresario.

En la pregunta cinco se inquirió «*cuál era la utilidad*», concepto que, como se explicó, obedece a una modalidad de remuneración, contestándose que a los «*45 días, teníamos un compromiso con Doria, y al cancelar a 30 días, teníamos un descuento*». Esto, por supuesto, no es igual a ganancia en la distribución, porque en el interrogante siguiente se aludió en forma autónoma a ese otro rubro, al indagarse «*si igualmente* [la] *obtenían*» del margen de reventa.

Con relación a los clientes, además de los sumados en el transcurso de la agencia comercial, a los cuales después de terminada ésta, no se les proveyó productos Doria (pregunta diez y respuesta); en los interrogantes ocho y nueve, y contestaciones, se habla de los pertenecientes a la agenciada, esto es, a los que «*ya estaban estatuidos*».

Finalmente, la demandada cubría averías o el mal estado de los productos, en cuanto unos empleados de Doria, inicialmente, «*hacían la evaluación para efectos de la devolución (...), posteriormente Doria nos reconoció un porcentaje para ser descontado en el pago de las facturas* [y luego] *bajo la nota crédito*» (pregunta doce y respuesta).

El Tribunal, por lo tanto, en el campo material y objetivo, no pudo equivocarse al apreciar el interrogatorio

del representante de la actora, pues como ha quedado evidenciado, en ninguna parte aceptó en forma expresa la inexistencia de la agencia comercial. Por el contrario, a lo largo de la diligencia, de alguna manera la señaló.

5.10.3. En el cargo tercero, la recurrente acusa al Tribunal de la comisión de errores de hecho probatorios.

De una parte, al tener por acreditado, sin estarlo, el elemento que caracteriza la agencia comercial de otras modalidades de intermediación empresarial, como es la «*actuación a nombre y por cuenta del empresario*»; y de otra, al extraer la comisión o utilidad del total de ventas realizadas, luego de deducidos costos y sumados descuentos, y no del reconocimiento de una remuneración.

5.10.3.1. En el contexto de la acusación, la recurrente de manera alguna pone en tela de juicio las conclusiones sobre la coexistencia de la agencia comercial con el otro negocio de suministro. No obstante, al afirmar que el contrato entre las partes se circunscribió al último, no cabe duda, contrario a lo discurrido en el escrito de réplica, si en el sustrato se desconoce la agencia, necesariamente, se niega la simultaneidad de ambas relaciones sustanciales.

5.10.3.2. Ahora, si en la sentencia recurrida, al lado de la agencia comercial, también se dejó probada la compra de mercancías para la reventa, y si la censura, ciertamente, se aplica a mostrar esta última relación comercial, independientemente que en la hipótesis de no concurrir con

la agencia comercial, aquella desvirtúe a ésta, salta de bulto que en punto del suministro, la recurrente y el Tribunal, en lugar de discrepar, se encuentran plenamente convenidos.

El razonamiento del *ad-quem*, por tanto, no puede ser señalado de contraevidente al omitir apreciar las pruebas que demostraban el negocio de suministro. En particular, ciertas facturas cambiarias de compraventa y los testimonios de Olguer Antonio Jiménez García, Héctor Arsenio Pirazán Peña, Mireya Herlinda Arias Acevedo, Jaime Hernández Carrero, Jorge Enrique Rincón Morales, Martha Isabel Gómez Fernández, y Abelardo Castillo Gil.

5.10.3.3. El error al apreciarse el interrogatorio de Miguel Ángel Giraldo López, representante de la demandante, no se estructura, porque como se discurrió al resolverse el cargo segundo, en ninguna parte confiesa haber celebrado el contrato de agencia comercial.

Si bien el Tribunal desfiguró la expresión «*señores Sessana*», los dueños de la demandada, por «*señora Susana*», el punto es intrascendente, pues no lo hizo para dejar sentada alguna confesión, sino con el fin de notar que la «*pasiva nunca aclaró quien es la señora Susana, no se escuchó en declaración, lo que hubiera sido útil*».

5.10.3.4. El *ad-quem* tampoco pudo desfigurar el dictamen pericial, los documentos singularizados ni los testimonios de José de Jesús Noriega Osorio, Carlos Uriel Tobón Uribe, Armando Ruíz Mejía, Isaac de Jesús Figueroa

Figueroa, Javier Alexander Guerrero Mora, Teresa Eugenia Parra Parra, Luis Felipe Hoyos Jaramillo y Aura Cecilia Ramos Sierra, porque en la hipótesis de fijarse el contrato de distribución en el contenido objetivo de tales elementos de juicio, no puede pasarse por alto que se trata de una conclusión a la cual el Tribunal también arribó.

5.10.3.5. Una cuestión distinta es si a las pruebas integrantes de este último grupo, el juzgador, además, les hizo decir, tergiversándolas, los elementos esenciales de la agencia comercial, en especial, la actuación de la demandante en nombre y por cuenta de la interpelada.

5.10.3.5.1. Al margen de la relación de distribución que pueda dimanar o no de la prueba escrita, si en palabras de la propia parte impugnante, como corolario del cargo, lo que «*indicaban los referidos documentos no era* ***suficiente*** *para demostrar* [la] *agencia comercial*» (resaltado fuera de texto), esto, por sí, descarta que el juzgador de segundo grado haya podido incurrir en error fáctico manifiesto y trascendente al apreciar dicho medio de convicción.

La calificación de insuficiente de alguna manera significa que el hecho se encuentra contenido en los documentos, solo que sin eficacia jurídica, bien por no ser idóneos para demostrarlo, ya por exigir la ley cierto estándar de comprobación. Como nada al respecto es confutado, debe seguirse que así sean precarios en los instrumentos citados los hechos configurativos de la agencia comercial, éstos no pudieron ser distorsionados.

5.10.3.5.2. En lo relacionado con los testimonios sobre los cuales el Tribunal apoyó la decisión impugnada, pasa la Corte a verificar si fuera del negocio de distribución, en el campo objetivo, también refirieron la agencia comercial.

(i) José de Jesús Noriega Osorio, Jefe de Distrito de Productos Alimenticios Doria S.A., manifestó que las actividades de publicidad eran realizadas por la entidad demandante y se «*cobraban a Doria*» junto con otros «*gastos*»; el «*precio de venta para Distrisagi*» se comunicaba mediante una lista establecida; la «*labor se remuneraba*» a partir de un «*margen (...) enmarcado*»; y el costo de la mercancía perdida lo «*asumía Doria por medio de un acta de destrucción (...), se recogían averías, pasta estallada*».

Carlos Uriel Tobón Uribe, en la época, Gerente Nacional de Ventas de la interpelada, señaló que los socios de la demandnte «*fueron nombrados distribuidores*»; la publicidad «*generalmente lo hacía Doria*» y la «*pagaba*»; la «*utilidad (...) equivalía a un 10%*» del «*precio como distribuidores*»; «*Doria tenía una lista de precios*»; «*Doria asumía*» los «*costos de la mercancía perdida*»; y «*todos los gastos de comercialización eran pagados por Distrisagi*».

Armando Ruiz Mejía, Director Nacional de Distribuidores de la accionada, indicó que la actora tenía «*autorizado un territorio el cual comprendía Boyacá, Arauca y Casanare*»; con su coordinación, las «*estrategias de publicidad se ejecutaban con personal autorizado por*

[Doria]»; ésta «*al inicio de cada año les entregaba una lista de precios*»; y el pago de la remuneración «*consistía entre un 10 y 12%*» del «*margen de comercialización*».

Isaac de Jesús Figueroa Figueroa, a la sazón, Jefe de Cartera de la convocada, narró que ella comunicó a través de un «*memorando*» que «*había nombrado*» distribuidor de sus productos a la demandante; la «*lista de precios la fijaba Productos Alimenticios Doria directamente*»; las «*actividades de publicidad*» eran asumidas por la demandada y las pagaba luego de tramitarse «*una cuenta de cobro*»; la labor se remuneraba «*con un porcentaje sobre el precio de las ventas*»; y las «*averías las asumía Doria*».

En sentir de la recurrente, el Tribunal tergiversó la prueba testimonial compendiada en lo pertinente. En general, porque José de Jesús Noriega Osorio, Carlos Uriel Tobón Uribe y Armando Ruíz Mejía, no manifestaron que la demandante era representante de la demandada; todo lo contrario, coincidieron en declarar que aquella actuaba en su nombre y por cuenta propia. Además, porque Isaac de Jesús Figueroa Figueroa, en ninguna parte mencionó el encargo de promover o explotar negocios ajenos, simplemente acotó que la convocada nombró distribuidora a la actora en los departamentos de Boyacá y Casanare.

Los yerros de hecho manifiestos enrostrados, como se observa, son inexistentes, por cuanto si bien los deponentes no señalaron que la pretensora, Distrisagi Ltda., agenciaba a Productos Alimenticios Doria S.A., la convocada, esto no

conduce a concluir que no lo hacía; y porque contrastada la prueba, no es cierto que directa o indirectamente hayan dicho que aquella actuaba por cuenta y riesgo propio.

Lo único en esa dirección expuesto por uno de los testigos fue «*todos los gastos de comercialización eran pagados por Distrisagi*». El rubro, sin embargo, debe entenderse referido a los costos de administración de la empresa del agente a efectos de sortear el proceso de colocar los productos al público consumidor, esto es, a su autonomía e independencia empresarial, no a la ejecución de la agencia, campo en el cual, según se aprecia, es notable la injerencia de Productos Alimenticios Doria S.A.

En lo demás, si la demandante fue «*nombrad[a]*» o sus socios «*nombrados*» para ejercer labores de intermediación comercial, de ahí no puede seguirse que quien así actuaba lo hacía por cuenta y riesgo propio, pues como es apenas natural entenderlo, para obrar de esa manera no se necesita de ninguna autorización o designación. Esto, entonces, explica las razones por las cuales, al decir de la mayoría de los declarantes, la demandada asumía la avería y pérdida de los productos, y además, reembolsaba a la pretensora algunos gastos y costos, como los de publicidad.

Si lo dicho fuera poco, ninguno los testigos habla de ganancias derivada del esfuerzo propio de la actora. Al margen de la forma como se pagaba. Aluden a una remuneración o utilidad, en todo caso, proveniente de la convocada, en general, calculada sobre un «*margen (...)*

enmarcado» o equivalente a «*un porcentaje sobre el precio de las ventas*»: el «*10%*» del «*precio como distribuidores*» o « *entre un 10 y 12%*» del «*margen de comercialización*».

(ii) Para la censura, el Tribunal desfiguró lo vertido por Teresa Eugenia Parra Parra, al no ser cierto que desconocía lo asociado con la publicidad; y Luis Felipe Hoyos Jaramillo, porque contrario a la concluido, no era la demandante quien promocionaba la marca ni fidelizaba los clientes.

Si la agencia comercial, en coexistencia con otro contrato, se inició en 1991 y perduró hasta 2006; y si la primera declarante ingresó a trabajar el «*2 de agosto de 2005*», y el segundo, en el 2007, «*hace tres años y ocho meses*» a la fecha de su declaración (26 de agosto de 2010); el Tribunal no pudo equivocarse al concluir que «*estos dos funcionarios de la demandada no tienen un conocimiento directo de la forma operativa de los cortes de cuentas, del origen de la relación comercial entre las pates*».

Se observa, sí, de la «*aclaración*» hecha por el testigo Luis Felipe Hoyos Jaramillo, tocante con los «*presupuestos de ventas*» y el los «*programas o volumen de ventas*», en fin, todo entroncado con los «*informes solicitados por la pasiva, que constan en la documental obrante en la demanda*», el Tribunal estableció que entre las partes «*sí había una relación más allá de la compra para la reventa*».

Como el juzgador asentó lo anterior de un análisis «*en contexto*», según lo señaló expresamente, el error de hecho

denunciado por «*cercenamiento*» de dicho testimonio se desvanece por completo. Al margen del juicio del juzgador, el ataque, entonces, debió dirigirse a mostrar no la mutilación de la prueba, sino a desvirtuar que en el «*contexto*» o en la «*valoración probatoria integral como lo manda el artículo 187 del CPC*» de los «*testimonios que se acaban de estudiar*» y de otras pruebas, no era dable llegar a dicha conclusión; pero, nada al respecto fue enarbolado.

(iii) Asociado con la existencia de la agencia comercial, la recurrente se duele por haberse dejado acreditada con el dictamen pericial y su aclaración, siendo que se refería al volumen de ventas, costos y descuentos; y con los testimonios de Javier Alexander Guerrero Mora y Aura Cecilia Ramos Sierra, el primero, al suponerla y no ver que la infirmaba, y la última, al adicionarle que los clientes de la actora sabían que ésta representaba a «*Pastas Doria*».

Sin embargo, en la hipótesis de haberse incurrido en los errores de hecho probatorios antes denunciados, ninguna incidencia cabe predicar, ante la ausencia de los yerros *facti in iudicando* enrostrados alrededor de la apreciación de las otras pruebas sobre las cuales el Tribunal igualmente construyó la agencia comercial, en coexistencia con otro negocio de distribución.

Los supuestos desaciertos, entonces, de configurarse, caen al vacío, pues si la sentencia, al decir de la Corte, «(...) *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»[18].

En consecuencia, así fueran manifiestos los errores de hecho enarbolados alrededor de los medios citados en este otro apartado, su intrascendencia resulta palpable, pues al permanecer enhiestas las otras conclusiones probatorias sobre las cuales el Tribunal también edificó la agencia comercial, significa que al no desvirtuarse la presunción de legalidad y acierto que las abriga, por sí, se erigen suficientes para sostener la sentencia impugnada.

5.10.3.6. Atinente al dictamen y su aclaración, resta establecer si el *ad-quem* incurrió en error fáctico, según la censura, al «*concluir que la utilidad la saca de la suma de las ventas, restándole los costos y sumando los descuentos, lo que evidencia que la demandante no recibió una remuneración*», razón por la cual era «*imposible deducir la cesantía comercial*».

Con ese propósito se debe dejar bien claro que si el Tribunal encontró configurada la agencia comercial en coexistencia con un negocio de suministro, todo lo cual ha quedado indemne en casación, para el cálculo de la

[18] Sentencias 134 de 27 de junio de 2005, reiterando G. J. Tomos LXXXVIII-596 y CLI-199, y 14 de julio de 2014, expediente 00139, entre otras muchas.

cesantía comercial y los daños causados con la supuesta terminación unilateral de la relación, no tenía que incluirse las ganancias obtenidas por la actora fruto del esfuerzo de la operación de compra para la reventa, sino únicamente las cantidades que directa o indirectamente percibió de la demandada por la labor de promover o explotar sus productos. Esto implica que en el dictamen debían quedar precisado los rubros imputables a una u otra actividad[19].

El dictamen relaciona transacciones genéricas y específicas. Dentro de éstas, por ejemplo, la «*participación y promoción de la marca en las festividades del sol y del acero*», y la «*aceptación de esa transacción mediante (...) nota de ajuste, autorizando el pago de la participación del evento*»; así mismo, «*otro manejo comercial (...), como es el reconocimiento financiero que manejaban por la promoción, expansión y crecimiento de la marca en el mercado*».

La «*Tabla No.1*», muestra el «*valor de las ventas en pesos antes del IVA*», el «*costo*» de los productos, los «*descuentos comerciales*», los «*descuentos pronto pago*» y los «*descuentos por avería*», todo durante los últimos cuatro años (2003, 2004, 2005 y 2006). Y para calcular la «*utilidad en venta*», durante esos mismos periodos, toma el «*valor de las ventas en pesos antes del IVA*», descuenta la columna

[19] La sentencia de primera instancia señaló que el «*acogimiento que se hace de sus conclusiones es parcial, toda vez que la experticia, por lo menos en sus conclusiones no alcanzó a reflejar la precisión que se hace en este fallo sobre la coexistencia de compras para la reventa con la de la agencia comercial que en esta sentencia se declara. Por ende y de acuerdo a lo explicado (...), las prestaciones a las cuales tiene derecho el agente, no se medirán con base en la utilidad de la reventa, sino con la que pueda considerarse al margen de aquella*».

«*costo*» y suma las columnas «*descuentos comerciales*», «*descuentos pronto pago*» y «*descuentos por avería*».

Como «*utilidad en venta*» obtiene un resultado de $5.116'975.854; y pese a comprender cuatro años, la divide en tres, para un total de $1.705'658.618 de «*promedio de utilidad anual*». Sobre esta última suma calcula la doceava parte en $142'138.218 (artículo 1324 del Código de Comercio), y la multiplica por el término de duración de la relación comercial, consistente en dieciséis años, para obtener la cesantía comercial de $2.274'211.491.

El «*promedio de las utilidades de los tres últimos años*» ($1.705'658.618), igualmente se tiene en cuenta en el dictamen con el fin de establecer la indemnización. Así, la divide en tres a efectos de determinar la de cada año, $568.552.873, y una vez indexada la multiplica por el tiempo transcurrido entre la afirmada terminación unilateral de la relación y la fecha de la pericia, para un total por «*lucro cesante consolidado*» de $5.771'963.330.

El Tribunal, sin más, acoge el dictamen en punto de la cesantía comercial; y en lo concerniente a los perjuicios señala que «*no se puede determinar hasta cuando tendría vigencia el contrato. No obstante, se concederá el lucro cesante consolidado en la forma calculada en la pericia (...), por el término de 3 años, lapso que estima la Sala es razonable, suficiente, para que la demandante restablezca con otra línea de promoción de negocios la ganancia que dejó de percibir por la terminación unilateral del contrato*».

Contrastado lo precedente, salta de bulto que el Tribunal, en cuanto hace al cálculo de las condenas impuestas, desfiguró la prueba pericial, pues si encontró que el contrato de agencia comercial coexistía con un negocio de distribución, también debía tener bien claro que una cosa es la remuneración de la primera, y otra, distinta, las ganancias provenientes de la operación de reventa.

En efecto, si la cesantía comercial y la indemnización se derivó del valor de las ventas antes del IVA, menos el costo, a cuyo resultado fueron sumados ciertos descuentos, la conclusión resulta contraevidente, porque si el dictamen no precisa lo atinente a la agencia comercial, como tampoco lo del negocio de distribución o suministro, el juzgador terminó aplicando a la primera lo del segundo y viceversa.

El error, desde luego, es incidente, porque si nada al respecto aparecía aclarado, la condena, en los términos descritos por el Tribunal, no podía espetarse.

5.11. Frente a lo expuesto, la acusación en su contexto prospera parcialmente, como así habrá de declararse, sin lugar a condenar en costas al recurrente, puesto que el recurso de casación no le resulta totalmente adverso.

5.12. Así las cosas, es el caso de proferir la sentencia de reemplazo en lo pertinente.

Sin embargo, para proceder de conformidad, la Corte, con base en el artículo 375 del Código de Procedimiento

Civil, encuentra necesario solicitar a la perito, Gloria González Camacho, precisar su trabajo, en el sentido de indicar, ante la coexistencia de los contratos de agencia y de distribución, también de acuerdo con lo considerado a lo largo de esta providencia, lo referente a una y otra relación, debiéndose diferenciar, una de otra.

En concreto, durante los años 2004, 2005 y 2006, con la debida explicación, por una parte, lo correspondiente a la remuneración pagada por la demandada a la actora por concepto de comisión o utilidad, y la forma como directa o indirectamente resultó haciéndose el pago; y por otra, durante los mismos periodos, lo relacionado con el negocio de compra para la reventa, incluyendo ganancias, esto es, todo lo que no sea imputable a esa otra relación.

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, **casa parcialmente** la sentencia de 7 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Civil-Familia, en el proceso incoado por Distrisagi Limitada, contra Productos Alimenticios Doria S.A., y antes de proferir la decisión que corresponde en instancia se ordena proceder de conformidad con lo señalado en el numeral 5.12. En consecuencia, por la secretaría de Sala, líbrese las comunicaciones del caso con destino a la auxiliar de la justicia.

Sin costas en casación por haber prosperado el recurso, así sea parcialmente.

NOTIFÍQUESE Y CÓPIESE

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
(Presidente de la Sala)

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA