El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de segundo grado - Comercial

Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad contractual

Demandante : Sociedad García Valderrama y Cía. Ltda.

Demandado : Cervecería Unión S.A.

Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí, A.

Radicación : 05360-31-03-001-2010-00340-01

MG. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA (En descongestión)

Aprobada en sesión : 124 DE 10-06-2020

**TEMAS: AGENCIA COMERCIAL / DEFINICIÓN Y MODALIDADES / PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES / DEBEN REUNIRSE TODOS / ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL / ABUSO DEL DERECHO.**

De entrada y para responder al cuestionamiento de la parte demandada sobre la forma en que se denominó la figura reconocida en la sentencia, a decir verdad, poco importa que sea de hecho o no, pues en últimas lo que la define incontrastablemente es que en la realidad concurran sus elementos esenciales…

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

Importa también en este marco teórico, mencionar que toda referencia a un “agente” no conlleva necesariamente, entender que opera en el marco de una relación del tipo agencia mercantil…

Se itera, lo cardinal es la demostración de todos los elementos propios de la figura, explica la doctrina jurisprudencial: “Existiendo una clara regulación del contrato de agencia en los artículos 1317 al 1331 del Código de Comercio, cuando se pide su declaración o la prevalencia frente a cualquier otro nexo presunto, es imprescindible que confluyan todos los presupuestos necesarios para su conformación, pues, de faltar uno solo no tiene cabida acceder a tales reclamos, por corresponder a otro tipo de relación”. (…)

Esos presupuestos fundamentales que estructuran el contrato de marras, se evidencian en su concepto, según enseña la jurisprudencia comercial de esa Corporación (2019) y la literatura especializada: “(…) (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 (…)”.

… le asiste la razón a la parte demandada, en cuanto que la gestión de la actora con Comfenalco (Cliente codificado), no se subsume en una agencia mercantil, pues quedaron sin estructurarse sus presupuestos axiales…

EL ABUSO DEL DERECHO. Para resolver este cuestionamiento de la parte actora, es preciso señalar que se trata de una figura aplicable cuando, en el ámbito general de las relaciones protegidas por el ordenamiento positivo (Artículos 830, CCo y 95, CP), se advierte desproporción en el ejercicio de los derechos, a título culposo o acaso malintencionado, proveniente de alguno de los extremos respecto del otro.

Entre otras, han surgido como modalidades: el abuso de la posición dominante en el mercado, las cláusulas abusivas o leoninas, el abuso de la posición superior en el contrato, por citar algunas.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., diez (10) de junio de dos mil veinte (2020).

## El asunto por decidir

Los recursos verticales propuestos por ambos extremos contra la sentencia emitida el día 26-11-2012, complementada el 18-12-2012, hechas las valoraciones jurídicas que siguen, a la luz del CPC, aplicable por haberse tramitado por escrito, integralmente, este proceso (Artículo 624, CGP).

## La síntesis de la demanda

* 1. *Los hechos relevantes.* El representante legal de la actora, por exigencia de la demandada, constituyó una sociedad para comercializar sus productos y suscribió un “*contrato de distribución comercial*” que es de adhesión, pues ella de manera unilateral, lo elaboró (Hecho No. 8 de la demanda, folio 26, cuaderno No. 1).

La demandante en varias modalidades distribuyó, comercializó, vendió y logró la acreditación de los productos en la zona prefijada e impuesta por la convocada. Durante la ejecución del contrato, se le encomendó a la demandante distribuirlos a clientes codificados de la demandada (Les otorgaba crédito).

Coexistieron dos (2) relaciones contractuales: una de reventa y otra de agencia comercial de hecho, esta última frente a los clientes codificados. Afirmó que los “*clientes estos a los que mi poderdante al inicio, durante y al final de la relación comercial tenía que captarlos y mantenerlos para CERVUNIÓN, evitando que se pasaran para la competencia; obteniendo por dicha gestión como contrapartida una comisión que, como el contrato, era fijado arbitrariamente por la demandada.*” (Hecho 9º, folio 26-27, cuaderno No. 1).

La sociedad accionada, en el desarrollo de esas relaciones, impuso múltiples condiciones y directrices (Descritas *in extenso* en el hecho 10º, folios 27-31, cuaderno No. 1) que dan cuenta de la agencia comercial y, también, del abuso de la posición dominante ejercida. La actora cumplió sus obligaciones durante todo el tiempo, sin embargo, el contrato fue terminado, unilateralmente, por la demandada sin justificación y con un pago de una mínima suma (Folio 31, cuaderno No. 1).

* 1. *Las pretensiones.* **(i)** Declarar que coexistieron dos (2) relaciones contractuales, una de reventa y otra de agencia comercial de hecho; así mismo, que la demandada abuso de sus derechos y se enriqueció sin justa causa; **(ii)** Ordenar a la sociedad convocada a pagar, como consecuencia de estas últimas, $20.000.000 por daño emergente, $360.000.000 como lucro cesante y $180.000.000 por afectación al *good will*; también, **(iii)** Reconocer las cesantías comerciales por la agencia que cumplió la actora y que se le paguen: $360.000.000 como regalía o utilidad de los últimos tres (3) años e, igual suma, por indemnización (Folios 33-34, ibídem).
1. La defensa de la parte pasiva

Admitió algunos hechos, desestimó la mayoría y dijo no constarle otros, con explicaciones, en cada caso. Se opuso a las pretensiones sin excepcionar (Folios 94-105, ibídem).

1. La sinopsis de la sentencia apelada

En la resolutiva: **(i)** Declaró la existencia de la agencia comercial de hecho; **(ii)** Fijó como cesantía comercial, a cargo de la demandada, la suma de $2.878.974; **(iii)** Desestimó que se hubiere presentado abuso del derecho y enriquecimiento sin causa; y, **(iv)** Condenó en costas a la parte demandada.

Al motivar explicó para que se presente una agencia comercial han de confluir como elementos esenciales: **(i)** Independencia; **(ii)** Instrucciones del agenciado; **(iii)** Deber de información; **(iv)** Estabilidad; **(v)** Mantenimiento de la clientela y en determinada zona (Artículo 1317, CCo); siendo lo esencial que el agente promueva, explote y abra sendas de comercialización a nombre de otro comerciante, a efectos de conquistar y ampliar el mercado. Diferenció las actividades de distribuidor como agente y en su simple concepción.

Sobre el caso, afirmó que no se demostró, en términos generales, la agencia comercial ya que lo acaecido quedó enmarcado en la distribución de los productos ofertados por la actora; pero, declaró que sí hubo una agencia de hecho en lo relativo a los clientes codificados, pues su atención nunca se incorporó en ese convenio.

Aseveró que se acreditó que la demandante actuaba frente Comfenalco – Parque los Tamarindos – en virtud de un verdadero agenciamiento, no como simple distribuidor, de allí que al finalizar el vínculo contractual, ha debido pagar la cesantía sin indemnización porque la terminación se dio conforme a las reglas preestablecidas. Agregó, con miras a esa declaración, que el objeto social de la actora es ajeno al transporte (Certificado de existencia y representación).

Para desestimar el abuso del derecho, aseveró que lo probado es que ambas partes obtuvieron réditos en el desarrollo del contrato y que fuera adhesivo, no demuestra una posición arbitraria, como tampoco que la distribución de productos a los clientes que atendía la reclamante, se siga a través de otra empresa; además, la terminación de la convención, de ningún modo, obstruía sus actividades comerciales (Folios 179-189, ibídem). La sentencia complementaria negó la aclaración y corrección (Folios 201-202, ibídem).

1. El resumen de las apelaciones
	1. *Parte demandada.* **(i)** Discutió la prosperidad de la agencia comercial de hecho (Fue confuso el fallo), pues ninguna intermediación hizo la actora entre la demandada y Comfenalco o acaso con otros clientes codificados, se limitó a transportar la mercancía que aquella vendía, previo acuerdo de precios, plazos, cantidades y por esa función la demandante recibía la respectiva compensación (Flete).

Arguyó la inexistencia de la promoción, la explotación del negocio ajeno, la representación, como elementos de la figura reconocida. La falta de estipulación negocial del transporte, es insuficiente para declarar la existencia de la agencia, ese acuerdo fue verbal; todo esto conforme a los testimonios oídos.

En subsidio de lo anterior, señaló que: **(ii)** La suma establecida como cesantía es incorrecta se sumó el valor reconocido por flete, no se promedió; y, **(iii)** Es exagerado el monto de las agencias en derecho fijadas, si se confrontan con las pretensiones que triunfaron (Folios 195-198, ibídem). En esta sede amplió las razones y se opuso al recurso de su contraparte (Folios 6-22, cuaderno No. 3).

* 1. *Parte demandante.* **(i)** Estimó errado que se concluyera que no había abuso del derecho de la demandada, porque la actora recibiera más ganancias ante el incremento de las ventas, pues ello implicó un aumento de gastos; **(ii)** El contrato de adhesión sí constituye un indicio de ese abuso; **(iii)** Debió reconocerse la indemnización ya que luego de la terminación, la convocada siguió con las ventas en la zona, atendiendo a los clientes que tenía la demandante y, adicionalmente, la declaratoria de agencia comercial implica ese reconocimiento.

Conforme a lo anterior, pidió **(i)** Incrementar la cesantía fijada en primera instancia; **(ii)** Reconocer la indemnización y ordenar su pago; **(iii)** Declarar que la demandada abuso de su posición dominante; y, **(iv)** Ordenar el pago de los perjuicios (Folios 205-214, cuaderno No. 1).

1. la fundamentación jurídica para decidir
	1. *La competencia en esta sede.* Esta Sala está habilitada para desatar la apelación, según la asignación hecha mediante el Acuerdo PCSJA19-11327 del CSJ, que adoptó medidas de descongestión y redistribución de procesos, civiles y de familia del sistema escritural, que se encontraban pendientes de fallo en el Tribunal Superior de Medellín. El cual fue prorrogado el Acuerdo PCSJA19-11445 del CSJ.
	2. *Los presupuestos de validez y eficacia.* La demanda es idónea y los sujetos procesales tienen aptitud jurídica suficiente para participar en el proceso. No hay causales invalidantes que afecten el procedimiento.
	3. *Los presupuestos materiales.* Este examen es oficioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así lo entiende la CSJ[[1]](#footnote-1), en criterio que acoge sin reparos este Tribunal[[2]](#footnote-2). Cuestión bien diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. La legitimación es presupuesto para examinar las pretensiones en el fondo, es decir, emitir un fallo de mérito[[3]](#footnote-3).

En orden metodológico, se impone definir primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción, para luego constatar quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes están autorizados para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

La legitimación en la causa está cumplida en los dos (2) extremos de la relación jurídico-procesal, toda vez que en tratándose de una disputa que tiene venero en un contrato, están facultados para invocar su existencia e incumplimiento, quienes se dicen partes contratantes, por regla general, y para el caso particular aparecen trabadas en la litis quienes discuten la existencia y cumplimiento de dos especies de negocios comerciales.

* 1. *El problema jurídico por resolver.* ¿Se debe revocar, modificar o confirmar la sentencia, que fue parcialmente estimatoria, acorde con las apelaciones de las dos (2) partes?
	2. *La resolución del problema jurídico*

Debe relievarse que la cuestión en esta sede se circunscribe[[4]](#footnote-4) a los disensos enunciados en el recurso (Artículo 357, CPC), con salvedades como algunas excepciones (Artículo 306, CPC), los presupuestos procesales, la nulidad absoluta y las prestaciones mutuas, en todo caso aquí inaplicables[[5]](#footnote-5).

En orden lógico, debe verificarse primero la existencia la agencia comercial, que es la principal crítica de la parte pasiva, pues solo de fracasar, se abriría de paso el examen de la tasación de la indemnización, para determinar si debe reducirse, o incrementarse, según pide cada parte.

Enseguida, se revisará si hubo abuso del derecho y la compensación que implicaría, respecto del contrato de distribución, como alega la actora; y, finalmente, si a ello hay lugar, la cuantificación de las agencias fijadas en primera instancia, según reclama la demandada.

* + 1. La agencia comercial y sus elementos

De entrada y para responder al cuestionamiento de la parte demandada sobre la forma en que se denominó la figura reconocida en la sentencia, a decir verdad, poco importa que sea de hecho o no, pues en últimas lo que la define incontrastablemente es que en la realidad concurran sus elementos esenciales[[6]](#footnote-6), así lo señala el órgano de cierre de la especialidad (2018)[[7]](#footnote-7): *“(…) lo dicho para la agencia expresamente consensuada es predicable de la agencia comercial de hecho, porque así una relación de esa misma naturaleza haya sido el fruto de un consentimiento recíproco, para la configuración de una u otra, al decir de esta Corte, “resulta indistinto que sea o no de hecho (…)”.* Criterio ya prohijado por esta Sala[[8]](#footnote-8).

Por ello el examen se concentrará el juicio de tipicidad contractual subsiguiente; de resultar afirmativo, se confrontará si la que operó, fue de tal estirpe. En este aspecto es pacífica la doctrina[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10) .

Dispone el artículo 1317 del CCo: “*Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente*”. Al margen, nótese que es criticado que la nominación legal sea “agencia mercantil”, por la potísima razón de que una de índole civil[[11]](#footnote-11), es inexistente.

En el análisis jurisprudencial que compete, sobre este contrato de intermediación, la decisión hito, fundadora de línea (Invocada en decisiones posteriores), comenta la noción normativa, haciendo un deslinde conceptual entre “*antes y después*” de la norma; resulta pertinente para el asunto traerla a colación, a fin de perfilar sus alcances y caracteres particulares, así explica el CSJ[[12]](#footnote-12):

La definición dada en el artículo 1317, transcrito antes, redujo indiscutiblemente el campo de las actividades que ahora pueden denominarse como de agencia comercial. En el pasado y aun ahora, en el lenguaje común se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía a la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor mayorista de productos fabricados por otro comerciante. En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se le ha demarcado. El subrayado es propio de este texto.

Importa también en este marco teórico, mencionar que toda referencia a un “agente” no conlleva necesariamente, entender que opera en el marco de una relación del tipo *agencia mercantil*, explica esa Magistratura[[13]](#footnote-13), con las siguientes palabras:

En conclusión, si bien el contrato de agencia de seguros constituye una forma de intermediación – sólo que en el ramo especializado de los seguros -, y presupone la organización de una empresa independiente y estable, que son rasgos que también ostenta el contrato de agencia comercial; cabe decir, sin embargo, que no se pueden identificar uno y otro contrato, habida cuenta de que las notas características del primero brotan del negocio o actividad sobre el que debe versar, y en consideración al objeto de las obligaciones, su finalidad y desenvolvimiento, lo que permite concluir que constituye desatino jurídico aplicarle a él las normas propias de la agencia comercial en punto de las consecuencias de la terminación del contrato, y no puede pasar desapercibido que la prestación e indemnización que por causa de ésta prevé el artículo 1324 del C. de Co. no pueden extenderse por analogía al caso de la terminación del contrato de agencia de seguros, puesto que una y otra tienen razón de ser en la ya destacada peculiar naturaleza de la agencia comercial, la cual no se evidencia de manera relevante en la agencia de seguros, y porque siendo la indemnización una sanción no ha sido instituida legalmente para el contrato litigioso.

Se itera, lo cardinal es la demostración de todos los elementos propios de la figura, explica la doctrina jurisprudencial: *“Existiendo una clara regulación del contrato de agencia en los artículos 1317 al 1331 del Código de Comercio, cuando se pide su declaración o la prevalencia frente a cualquier otro nexo presunto,* ***es imprescindible que confluyan todos los presupuestos necesarios para su conformación****, pues, de faltar uno solo no tiene cabida acceder a tales reclamos, por corresponder a otro tipo de relación”[[14]](#footnote-14).* La negrilla es propia de esta Sala.Y ello, es apenas refrendación de un parecer ya consolidado en el órgano de cierre de la especialidad[[15]](#footnote-15), reiterado también en el año 2008[[16]](#footnote-16).

Esos presupuestos fundamentales que estructuran el contrato de marras, se evidencian en su concepto, según enseña la jurisprudencia comercial de esa Corporación (2019)[[17]](#footnote-17) y la literatura especializada[[18]](#footnote-18): *“(…) (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 (…)”*.

Expone un autor de la doctrina patria[[19]](#footnote-19) y reciente jurisprudencia nacional (2019)[[20]](#footnote-20), que también es de su esencia, la remuneración a favor del agente y por cuenta del agenciado, pues trátase de un acto mercantil, al que la onerosidad le es connatural.

Menester ahondar, a tono con lo alegado por el extremo pasivo, en el tercero de estos elementos (Promover o explotar negocios), para identificar, en la realidad, si las prestaciones a cargo del pretenso agente, se subsumen en la figura aducida. Sostiene el profesor Giraldo B.[[21]](#footnote-21): “*La labor del agente se circunscribe bien a la preparación del negocio (promoción) o bien a su conclusión o perfeccionamiento (explotación), que debe contar siempre con promoción”.* Destacado ajeno al texto original.

Al respecto acota el tratadista Sanín E.[[22]](#footnote-22): “*De manera que, según la ley, el agente tiene como deber propio de su gestión, además de vender mercancías o suministrar servicios a los expendedores minoristas o directamente al público, desplegar por su cuenta toda clase de actividades publicitarias, (…)*”, y más adelante comenta en qué consiste tal tarea, de la siguiente forma: *“De otra parte, la “promoción” es entendida hoy como una actividad independiente de las ventas o suministros, estrictamente restringida a la planeación y desarrollo de los medios y las formas de propaganda (…)”[[23]](#footnote-23).*

A su turno, el profesor Suescún M.[[24]](#footnote-24), en su obra, expone: “*Por lo tanto, la promoción es un elemento esencial del agenciamiento, pero no exclusivo de este negocio jurídico. En otras palabras, la promoción es una obligación propia y genuina, pero no privativa, de la agencia*”, (La sublínea es propia de esta Superioridad) para deducir que: “*La presencia entonces de la obligación de promocionar no es suficiente, por sí sola, para que se le otorgue la calificación de agencia comercial a una determinada relación negocial (…)*”.

De igual parecer en la doctrina patria, el profesor Peña N.[[25]](#footnote-25) que señala: *“(…) Esta obligación consiste en realizar una actividad comercial encaminada a crear, aumentar o mantener una clientela para el asociado (…). Es claro que la función principal del agente es la promoción y en desarrollo de esta el agente debe realizar una actividad de mercadeo de los productos con el fin de conseguir clientela para el agenciado (…)”*.

Ilustrativas resultan también, pero sobre todo con fuerza vinculante por ser precedente judicial vertical, las apreciaciones de la CSJ[[26]](#footnote-26)-[[27]](#footnote-27), que en forma reiterada[[28]](#footnote-28)-[[29]](#footnote-29) y pacífica, tiene sentado que:

Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante —el agente— asume “en forma independiente y estable” el encargo de promover o explotar negocios de un empresario —el agenciado—, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia —sustancial— se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda el agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios —así sean numerosos—, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce —en sentido lato— como “mercadeo”, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que —hay que advertirlo— no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada. Resaltado puesto a propósito por esta Colegiatura.

* + 1. El caso concreto analizado

Al descender en autos, la agencia fue reconocida en primer grado con fundamento en que la labor de la demandante consistía en: *“(…) entregar la mercancía (…)”* (Folio 187, cuaderno No. 1) remitida por la demandada, sin embargo, escrutada con esmero esa prestación, en criterio de esta Sala, no revela intervención alguna en el respectivo negocio jurídico, su tarea era meramente material y correspondía al transporte de las mercancías.

La conducta de la sociedad demandante, como se puede deducir, no consistía en gestionar las compraventas de los productos, en procurar el negocio jurídico para el pretenso agenciado, porque ya estaban celebradas entre el destinatario y la demandada, la participación se reducía a entregar los productos transportados, o dicho de otra manera: *a ejecutar una prestación definida con antelación*.

La representación jurídica no se demostró, porque en manera alguna aparece convenio en ese sentido; y, de las pruebas que dan cuenta de la relación comercial predicada, tampoco puede inferirse esa intermediación echada de menos, obviamente con la connotación exigida por la institución mercantil; ni siquiera el escrito demandatorio así lo postuló.

Nótese que en el soporte fáctico de las súplicas ningún hecho sobre alguna operación o acto de comercio promocional se adujo, con referencia a este cliente especial, tampoco se probó con el material acopiado. Ese basamento informó que esa actividad la desarrollaba la demandada, y es sabido que ello no desdice de la agencia comercial, pues por los intereses implicados, vale su participación[[30]](#footnote-30), no obstante, en el caso concreto lo hizo de forma exclusiva y ninguna se arroga la compañía demandante, como pretensora del contrato colaborativo invocado.

La labor con esos clientes se limitaba a llevarles de manera física el producto, como afirmaron quienes eran distribuidores, al igual que la aquí demandante: (i) Yohn Freddy Gómez Ocampo indicó: *“(…) Preguntado. Como se atendía a un cliente codificado. Contestó: El cliente codificado hacía su pedido a la CERVECERÍA, y al mismo tiempo la cervecería nos lo subía a nuestros camiones para que nosotros se lo hiciéramos llegar hasta este lugar (…)”* (Folio 7, cuaderno No.2); y, (ii) Orlando de Jesús Valencia Giraldo, quien expresó:

… Preguntado: conoce usted el término de cliente especial o codificado, y en caso afirmativo explique a que se refiere. Contesto (*Sic*): el cliente especial o codificado son los clientes que se tiene en cada localidad y que son atendidos directamente por cervecería a los cuales cervecería les asigna un código para poder ser atendidos directamente por ellos. Preguntado: el distribuidor tenía alguna participación en la atención a los clientes codificados, y en caso afirmativo cual. Contesto: la participación que tenía el distribuidor era la de transportarle el producto de la planta de cervunion (*Sic*) hasta el sitio donde está localizado estos clientes… (Folio 11, cuaderno No.2).

Versiones coincidentes con las de Gabriel Jaime Correa Zapata (Folio 16-19, cuaderno No. 2), Rubiel Osorio Marulanda (Folio 20-24, ibídem) y Luz Estella García Restrepo (Folio 42, ibídem); en su orden, director de distribución, supervisor y profesional especializada de la sociedad demandada. Se trata de testigos creíbles porque dieron cuenta de la ciencia de su dicho, son presenciales de los hechos narrados, fueron coherentes y completos, amén de que ninguna animadversión se advierte en sus relatos.

Sin quebrar la consonancia, por estar en estrecha relación con el contrato pretendido en litigio, cabe agregar para solventar con mayor peso la conclusión ya anunciada, que del material persuasivo acopiado, no fluye probado el deber de rendición de informes de la sediciente agente.

En efecto, sostiene el profesor Escobar Sanín[[31]](#footnote-31) que los artículos 1321 y 1268 del Estatuto Mercantil, prescriben como un deber del agente, el de rendir informes al empresario, sobre “*(…) las condiciones del mercado en la zona asignada (…)*”, lo que tiene como propósito, que aquel pueda fijar las políticas de producción y distribución, acorde con las fluctuaciones del mercado, y termina la idea el profesor citado: “*(…) porque el agente no es solamente un instrumento de venta sino de coordinación*”.

El concepto acabado de enunciar no resulta insular, también ha recibido el patrocinio de la jurisprudencia de antaño[[32]](#footnote-32) y de la actual[[33]](#footnote-33), en el aparte pertinente se dice:

Y aunque en la definición no esté expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que éste ha de celebrar directamente si al agente no se le dio la facultad de representarlo, es lo cierto que estas características surgen de lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio, donde se estatuye, sin perjuicio de la independencia de que goza, que el agente debe ceñirse, al ejecutar el encargo, a las instrucciones que le haya dado el empresario a quien debe rendir “las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”; … La sublínea es de esta Sala.

Al descender en autos, se tiene que en este sentido tampoco hubo expresión del extremo activo, mucho menos se advierte respaldo probatorio que dé cuenta del cumplimiento de tal prestación, que como se ha venido disertando, presta utilidad para el proceso de tipificación en la institución reclamada, desde lo acontecido en la praxis, a cargo de las partes en litigio.

En suma, le asiste la razón a la parte demandada, en cuanto que la gestión de la actora con Comfenalco (Cliente codificado), no se subsume en una agencia mercantil, pues quedaron sin estructurarse sus presupuestos axiales. En consecuencia, se revocarán los numerales 1º y 2º del fallo venido en impugnación.

* + 1. El abuso del derecho

Para resolver este cuestionamiento de la parte actora, es preciso señalar que se trata de una figura aplicable cuando, en el ámbito general de las relaciones protegidas por el ordenamiento positivo (Artículos 830, CCo y 95, CP), se advierte desproporción en el ejercicio de los derechos, a título culposo o acaso malintencionado, proveniente de alguno de los extremos respecto del otro.

En palabras del órgano de cierre de la especialidad[[34]](#footnote-34) *“(…) los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela (…) Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo*(…)*”*.

Entre otras, han surgido como modalidades: el abuso de la posición dominante en el mercado, las cláusulas abusivas o leoninas, el abuso de la posición superior en el contrato, por citar algunas. Frente a esta última, y por ser la alegada, razonó de tiempo atrás esa Corporación[[35]](#footnote-35):

… Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado `poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación..." (Casación del 19 de Octubre de 1994).

Ahora bien, por tratarse de una responsabilidad patrimonial contractual, para que pueda declararse el triunfo de la condigna pretensión resarcitoria, deben concurrir, al unísono los respectivos elementos que le son propios: el contrato, el hecho, el daño, la culpa del contratante demandado y el nexo de causalidad entre aquél y este.

Al formular el recurso, señaló la parte actora que estima que esa desventaja se originó en dos (2) precisos hechos: (i) En la ejecución del contrato, donde se le impusieron una serie de políticas, que si bien iban en pro de mayores ventas y el incremento correlacionado de sus ganancias, en últimas implicaban aumento, también, en sus gastos; y, (ii) En la terminación de la relación comercial, porque la demandada continuó con las ventas en la zona y clientes que eran atendidos por la demandante.

Subsigue verificar el daño (Que también aplicaría si se entendiese extracontractual) y lo que se advierte es que no fue determinado, ya que, auscultada de la demanda, pese a lo extenso y farragoso del recuento (Folios 25-35, cuaderno No. 1), se pretermitió su concreción; nada se expresó sobre los aspectos que constituían ese mayor gasto o los incrementos desmesurados (Ni siquiera se enlistaron) que tuvo que asumir la parte actora para cumplir las directrices impartidas por la demandada.

Hay afirmaciones sobre tales pautas, más se omitió esclarecer cómo afectaron al extremo activo en su esfera patrimonial. Tampoco el acervo probatorio es demostrativo de ese hecho.

En similar sentido se alegó que, a la terminación de la relación contractual, la parte pasiva se benefició porque continuó con las ventas a los clientes de la zona, que otrora atendía la actora; sin embargo, quedó sin prueba cómo ese aprovechamiento de aquella infligió menoscabo económico a la demandante. Dado que, como lo aseveró la primera instancia, esa circunstancia en forma alguna impedía continuar con su objeto social, consistente en la comercialización de bebidas.

Corolario de lo expuesto, ante la indeterminación del detrimento dinerario y como es axiomático que debían probarse todos los supuestos de la súplica indemnizatoria, ante su ausencia, inane revisar los demás factores: la causalidad y la culpabilidad, adviene inexorable el fracaso del pedimento.

Así las cosas, con la revocatoria que atrás se anunciara, deben desestimarse todas las pretensiones y, por ende, la condena en costas se impone de manera integral a la parte actora, en ambas instancias.

1. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo apuntado se: **(i)** Revocará parcialmente la sentencia apelada, pues se denegará la agencia comercial; **(ii)** Revocará, igualmente, el numeral 4º, puesto que condenará en costas en ambas instancias, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, ante el fracasado de sus pretensiones (Artículo 365-4º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366, CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior, conforme a las reglas transición (Artículo 625-c), CGP). Se hará en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR la sentencia del 26-11-2012, del Juzgado 1º Civil del Circuito de Itagüí, A, salvo el numeral 3°, que se confirma.
2. CONDENAR en costas, en ambas instancias, a la parte demandante, a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia, previa fijación de agencias de esta sede.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. TS, Pereira, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; (ii) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. SC-1182-2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Civil. Sentencia del 08-09-2009; MP: Villamil P., No. 2001-00585-01. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 24-11-1993. [↑](#footnote-ref-5)
6. BONIVENTO J., José A. Contratos mercantiles de intermediación, Bogotá DC, 1999, 2ª edición, Ediciones Librería del profesional, p.189. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. SC1121-2018. [↑](#footnote-ref-7)
8. TS, Pereira, Civil-Familia. Sentencia del 03-06-2015; MP: Grisales H., No.2010-00363-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. SUESCÚN M., Jorge. Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo II, Bogotá DC, reimpresión 2004, Legis y Universidad de los Andes, p.544. [↑](#footnote-ref-9)
10. GIRALDO B., Carlos J. La agencia comercial en el derecho colombiano [En línea]. Revista de Derecho Privado No.47, enero - junio de 2012, Universidad de Los Andes [Visitado el 2020-03-10]. Disponible en internet: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?...agencia... [↑](#footnote-ref-10)
11. ESCOBAR S., Gabriel. Negocios civiles y comerciales, - I - negocios de sustitución, Bogotá, 1987, Universidad Externado de Colombia, p.386. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. Civil. Sentencia del 02-12-1980; MP: Giraldo Z. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ. Civil. Sentencia del 22-10-2001; MP: Castillo R., No.5817. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ. Civil. Sentencia del 10-09-2013; MP: Giraldo G., No.2005-00333-01. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. Civil. Sentencia del 31-10-1995; MP: Munar C., No.4701. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ. Civil. Sentencia del 04-04-2008; MP: Díaz R., No.1998-00171-01. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. SC-3645-2019 y SC-1121-2018. [↑](#footnote-ref-17)
18. SUESCÚN M., Jorge. Ob. cit., p.455. [↑](#footnote-ref-18)
19. GIRALDO B., Carlos J. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ. SC-3645-2019. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ. SC-3645-2019. [↑](#footnote-ref-21)
22. ESCOBAR S., Gabriel. Ob. cit., p. 429. [↑](#footnote-ref-22)
23. ESCOBAR S., Gabriel. Ob. cit., p. 430-431. [↑](#footnote-ref-23)
24. SUESCÚN M., Jorge. Ob. cit., p. 461. [↑](#footnote-ref-24)
25. PEÑA N., Lisandro. De los contratos mercantiles, nacionales e internacionales, 5ª edición, Bogotá, 2014, Universidad del Sinú, p.426 [↑](#footnote-ref-25)
26. CSJ. SC-1121-2018. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ. Civil. Sentencia del 28-02-2005; MP: Jaramillo J., No.7504. [↑](#footnote-ref-27)
28. CSJ. Civil. Sentencia del 04-04-2008; MP: Díaz R., No.1998-00171-01. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ. Civil. Sentencia del 24-07-2012; MP: Giraldo G., No.1998-21524-01. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ. SC-1121-2018. [↑](#footnote-ref-30)
31. ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Ob. cit., 452. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ. Civil. Sentencia del 02-12-1980; MP: Giraldo Z. También en la sentencia del 15-12-2006, MP: Munar C., No.1992-09211-01. [↑](#footnote-ref-32)
33. CSJ. Civil. Sentencia del 10-09-2013; ob. cit. [↑](#footnote-ref-33)
34. CSJ. SC de 09-08-2000; MP: Castillo R., No.2004-00201-01. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ídem. Reiterada en SC de 15-11-2013; MP: Solarte R., No.2003-00919-01. [↑](#footnote-ref-35)