

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC5252-2021

Radicación n° 76520-31-03-005-2005-00143-01

(Aprobada en sesión de veinticuatro de junio de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación que María Eugenia Durán Piedrahita interpuso contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2018 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dentro del proceso ordinario que ella y Discampo Ltda. adelantaron a Solla S.A.

I.- EL LITIGIO

1.- Por escrito que radicó el 13 de diciembre de 2005, la actora pidió declarar que entre ella, *«en nombre propio y en calidad de representante legal de Discampo Ltda.»*, y Solla S.A. *«se dio y ejecutó»* un contrato de agencia comercial que comenzó a mediados de 1962 y terminó el 1° de febrero 2001 por causas imputables a la demandada, a quien, en

consecuencia, reclamó condenar a pagarle las prestaciones previstas en los «*párrafos*» 1 y 2 del artículo 1324 del Código de Comercio y el «*10% sobre las ventas directas*» que realizó entre la última calenda y el 6 de diciembre de 2005 en Palmira (Valle) y su zona de influencia, así como cualquier otro perjuicio.

En las primeras y segundas pretensiones subsidiarias reiteró las anteriores, pero teniendo como fecha de inicio de la relación el 31 de octubre de 1989 y el 1º de enero de 1995, respectivamente, teniendo en cuenta que en el periodo postrero únicamente obró como agente la persona natural.

En las terceras, cuartas y quintas pretensiones subsidiarias repitió las ya enunciadas, sobre la base de la existencia de una agencia comercial de hecho.

Con las sextas apuntó a que la judicatura reconociera que, con la terminación del acuerdo de voluntades, la demandada abusó del derecho y de su posición contractual dominante y que, por tal razón, la debe indemnizar.

Finalmente, suplicó declarar que la enjuiciada se enriqueció sin justa causa y a sus expensas.

Como sustento de tales aspiraciones, la impulsora refirió que:

Discampo Ltda. adquirió de Freddy Madriñán y Ascensión Núñez el almacén «*Agroavícola*» que 22 años atrás

recibió el encargo de promocionar, explotar y vender los productos de Solla S.A., y desde el 31 octubre de 1989 continuó desarrollándolo de manera exclusiva en la zona asignada, es decir, Palmira y su área de influencia, fin para el cual dispuso de un establecimiento de comercio.

Por lo anterior, suministró información financiera reservada a Solla S.A., a quien puso al tanto de problemas surgidos con los productos y *«la información sobre las consignaciones realizadas»*; solicitó *«un aumento en el cupo de diez millones de pesos»*; reclamó porque la misma y otras personas estaban distribuyendo sus mercancías en el territorio asignado; pidió un préstamo para adquirir un camión; informó los adelantos para recuperar el mercado y otorgó una hipoteca.

Discampo Ltda. cedió el encargo a María Eugenia Durán Piedrahíta, quien prosiguió ejecutándolo a partir del 1° de enero de 1995 a través del establecimiento de comercio del mismo nombre, con independencia administrativa, mas no económica porque el 90% de sus utilidades dependían de esa actividad.

En tal virtud, siguiendo al pie de la letra las instrucciones, políticas y autorizaciones de Solla S.A., censó, visitó y capacitó clientes; utilizó sus logotipos y marca; creó *«un esquema bien definido...»* y *«toda una estructura de empresa organizada...»*; le rindió cuentas; codificó sus productos; asistió a las reuniones de mercadeo que esta programaba; le solicitó la elaboración de alimentos

especiales e informó los inconvenientes que algunos presentaban; requirió y obtuvo su patrocinio para promocionar y posicionar las mercancías; abrió dos distribuidoras en otros municipios; y vendió más de 40.000 toneladas. En esa medida, tuvo el convencimiento íntimo de que trabajaba para la empresaria, así era vista por los usuarios y empleados de los almacenes y, como muestra de la seriedad y respeto que alcanzó en su plaza, llegó a tener créditos con terceros hasta por \$451.000.000.

Por su parte, la fabricante compensó sus esfuerzos con «*productos elaborados*», descuentos, precios especiales, bonificaciones y préstamos; la requirió para verificar saldos a su cargo y explicar discrepancias; fijó el valor de los bienes y condiciones de promoción, explotación y venta; le hizo visitas técnicas; y le entregó material publicitario.

Violando la exclusividad y abusando del derecho, desde 1997 Solla S.A. comenzó directamente o mediante otras personas a distribuir sus mercaderías entre «*clientes de 'El agente'*»; contrariando lo acordado, le recibió \$20.000.000 para una compra al contado y los aplicó a una deuda que habían convenido «*congelar*»; y, a pesar de la garantía real, le redujo de \$80.000.000 a \$10.000.000 el cupo de crédito. Todo ello causó que María Eugenia Durán Piedrahita sufriera una fuerte caída en las ventas y problemas de liquidez que a su vez la llevaron a realizar activos y, finalmente, el 1º de febrero de 2001, a cerrar su establecimiento de comercio con un pasivo aproximado de \$261.000.000 por solo capital, perdiendo el dinero que

invirtió y el prestigio logrado a lo largo de los 11 años y 4 meses, a los que se suman los de su predecesor, mientras que la llamada continúa obteniendo inmensos beneficios con la clientela que le consiguió.

2.- Puesta a derecho la enjuiciada, mediante apoderado aceptó algunos hechos, negó otros y propuso las excepciones de mérito que denominó «*prescripción*», «...*contrato no cumplido*» y «*compensación*» (fls. 222 al 244, cuaderno 1).

3.- El 15 de enero de 2018, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira consideró que Discampo Ltda. no estaba legitimada por haber sido liquidada, declaró prescrita la acción emprendida y negó las pretensiones (fls. 1019, 1030 y CD anexo, ídem).

4.- Apelada la sentencia por la actora, el Tribunal la confirmó (fls. 9 al 17, cuaderno 5).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Solo se examina la presunta existencia del contrato de agencia comercial entre María Eugenia Durán Piedrahita y Solla S.A. porque el *a quo* omitió pronunciarse sobre las aspiraciones subsidiarias relacionadas con la «*agencia comercial de hecho*» y la recurrente guardó silencio, «*ora para solicitar adición o reparar sobre el punto*».

El problema jurídico consiste en si se acreditó dicho acuerdo y, en caso afirmativo, si operó la prescripción

extintiva.

El artículo 864 del Código de Comercio define qué son los contratos, en tanto que el 1317 señala que el de agencia mercantil tiene como objeto «*la promoción o explotación de los negocios del agenciado*», por su cuenta y riesgo, mediante una labor de intermediación estable e independiente que el agente desempeña a cambio de una contraprestación económica. Se circunscribe a la zona prefijada del territorio nacional, aspecto fundamental para la exclusividad que el art. 1318 *idem* consagra a favor de este, amén de que permite imponer la remuneración del 1322 *ib.*, pero lo más importante es que sus efectos repercuten directamente en el patrimonio del empresario, quien hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que arrojen tales operaciones, como también la clientela conseguida, lo cual justifica la prestación e indemnizaciones contempladas en el canon 1324 *ejusdem*.

Su «*característica mercantil intermediadora*» la hace afín con otros actos jurídicos, con los cuales puede coincidir sin confundirse dadas sus calidades específicas, por lo que «*su demostración tiene que ser inequívoca*», pues una persona puede recibir diferentes encargos «*y no ser agente comercial*», constituyéndose en el elemento diferenciador que, por cuenta ajena, «*...promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario*» (subrayado original).

Del plenario refulge que pese a existir intermediación, exclusividad, asignación de un territorio e, incluso, la

utilización de logos del empresario, nada de ello caracteriza la actividad invocada *«...como una agencia comercial, sino como un contrato de distribución, en el que por cuenta y riesgo, María Eugenia Durán Piedrahíta -al igual que los que la precedieron en la relación comercial con Solla S.A.-, revendía para su propio beneficio los productos del fabricante»*, no a favor o por encargo de este, aserto que encuentra respaldo en la SC13208-2015, en donde la Corte puntualizó las diferencias entre una y otra figura. Aunque la injerencia del productor era bastante, no muta en lo pretendido, pues la distribución también admite su activa y determinante participación.

Los hechos de la demanda, que constituyen confesión, ya arrojan luces sobre la verdadera naturaleza del pacto entre las partes, cuando refieren que Solla S.A. confirió a la impulsora un cupo de 80 millones de pesos respaldado en garantía real, así como que le hacía descuentos especiales y que esta debió vender activos y tramitar un préstamo para adquirir de contado la materia prima.

Percepción que acompasa con los testimonios de Jorge González Bonilla, Luis Guillermo Cano Arias, Luis Alberto González, Jorge Enrique Calderón Castillo y Martha Patricia Moreno Sandoval, quienes no pasaron de narrar que «Discampo» o la actora eran **«distribuidores»** exclusivos de Solla S.A. en la ciudad de Palmira» (resaltado original), utilizaban sus distintivos, repartían folletos, se mostraban en ferias y festivales y recibían sus capacitaciones, en tanto que esta les hacía *«visitas y exigencias periódicas»* y en

ocasiones les obsequiaba elementos para sus clientes, nada de lo cual alcanza para exteriorizar la agencia comercial.

Poco o nada revelan los documentos que abundan en el plenario sobre la existencia de la agencia, demostrando que tan solo se trató de un contrato de distribución. Las facturas de venta a crédito dan cuenta que «Discampo» compraba a Solla S.A. los productos para revenderlos, mientras que el libro mayor y de balances de 3 de marzo de 1991 a diciembre de 1998 «muestra la mercancía y valores objeto» de esa negociación. En igual dirección apuntan la misiva de 17 de enero de 2000 sobre descuentos por pago anticipado, de contado y pronto, «[y] los registros de cuentas por pagar de Discampo a Solla S.A. con una relación de todas las facturas que llegó a adeudarle con ocasión de las compras que le hacía». De la correspondencia, llama la atención que tanto la demandante como su esposo y socio José Malagón no se presentaban como agentes comerciales, sino como simples distribuidores de Solla S.A., quien los identificaba de la misma manera, «cliente[s]» o «mayorista[s]», e incluso el segundo llegó a pedirle una compensación en la que se refiere a los «clientes de Discampo...»; y las solicitudes de balances e información financiera tampoco sacan a relucir el multicitado pacto, pues todas tenían como objeto contrastar información para las revisiones contables «porque para el fabricante es importante conocer los estados de cuenta de su distribuidor». Así las cosas, María Eugenia Durán Piedrahíta «actuaba por su cuenta y riesgo, tenía sus clientes y vendía productos propios -aunque fabricados por otro-, siendo su ganancia la diferencia entre los precios de compra a Solla S.A.

y el de reventa al consumidor; como es palpable, lejos de querer procurarle clientela al empresario, la demandante y su socio, objetaban frontalmente que estos hicieran ventas directas en su zona de dominio, puesto que ello le representaba pérdidas, escenario inusual en un agenciamiento mercantil, en donde, como ya lo hemos dicho varias veces el agente trabaja en beneficio del agenciado».

A lo dicho no se opone la promoción que «Discampo» realizaba, porque no lo hacía por encargo de Solla S.A., sino que se trataba de una iniciativa en favor de su propio negocio, para lo cual le solicitaba apoyo, amén de que no era «habitual o estable, sino únicamente en fechas especiales», como una declarante refirió. La implementación de publicidad no es indicativo inequívoco de promoción y explotación de negocios ajenos, pues un simple distribuidor puede hacer uso de esa herramienta, como lo ha dicho la Corte.

En conclusión, no está probado el presupuesto que caracteriza a la agencia, consistente en la «promoción y explotación de los productos de Solla S.A. por cuenta y en pro de esta».

Se esforzó demasiado la demandante en acreditar que ella y sus predecesores tenían asignada un área, eran distribuidores exclusivos de Solla S.A., utilizaban sus logos e indumentaria y le incrementaron los ingresos, y que esta controlaba sus precios y sus ventas, pues son típicos actos de distribución, sin que nada *per se* revele la existencia de la

agencia mercantil. *«Lo importante era acreditar que se actuaba por encargo y a favor del fabricante, pero ello nunca no relució, sobre todo, por cuanto Discampo buscaba y cultivaba clientes para sí mismo, al paso que asumía sus pérdidas, tan es así, que cuando el negocio le dejó de ser rentable, lo terminó».*

De lo que *«resulta obvio concluir que **tampoco se contempló en su favor una remuneración**»* (destacado original), y aunque en el plenario se llegó a invocar no hay prueba de pago alguno por la promoción; *«lejos de ello, el único ingreso se obtenía de utilidades derivadas de la reventa»*, sin que sean de recibo argumentos tales como que recibía descuentos, precios especiales, obsequios; tampoco la fijación de precios al consumidor por parte del empresario.

Lo dicho releva de examinar la ocurrencia del fenómeno prescriptivo.

III.- DEMANDA DE CASACIÓN

María Eugenia Durán Piedrahita interpuso oportunamente recurso de casación, el que una vez concedido por el Tribunal y admitido por la Corte sustentó con tres cargos apoyados en las causales primera, segunda y tercera del artículo 336 del Código General del Proceso.

Los mismos serán resueltos al tenor de esta compilación, vigente cuando se formuló el ataque extraordinario (19 jul. 2018), conjuntados los iniciales

porque se nutren de algunas normas y argumentos en común y, en particular, de manera uniforme pregonan la compatibilidad de los contratos de agencia comercial y de distribución y, especialmente, la posibilidad de que el agente, en cuanto tal, adquiera del fabricante productos para revenderlos.

Un tema que todos plantean, atinente a la agencia comercial de hecho, será examinado con el último ataque.

CARGO PRIMERO

La casacionista denunció la violación directa de los artículos 864, 1317, 1318, 1322, 1324, 1330 y 1331 del Código de Comercio *«por falta de aplicación de la mayoría e interpretación errónea de otros, y por aplicación indebida al parecer de las normas que regulan el mandato mercantil, artículos 1262 a 1268 del Código de Comercio»*, asegurando que su labor se complica porque *«[l]a sentencia acusada no menciona ninguna norma sustancial que le sirva de fundamento a sus conclusiones»*.

Planteó que el *ad quem* *«pretende incluir»* un elemento que la ley no consagra expresamente, consistente en *«que el agente no puede comprar para revender»*, desconociendo que el artículo 1317 mercantil señala que *«puede actuar como distribuidor del empresario...[lo] que por supuesto implica»* esa opción, en lo que obtiene un beneficio que el canon 1324 denomina comisión, regalía o utilidad, *«conceptos (...) que deja de aplicar»*, en especial el último que necesariamente

surge de esa operación.

Aseveró que es posible que mediante *«pacto expreso»* los efectos económicos a corto plazo relativos a la propiedad de los productos y sus riesgos sean asumidos por el agente, aunque a largo plazo se trasladen al agenciado, sin que la ley distinga si estos *«deben ser propiedad del empresario y no pueden ser del agente»*, por lo que el intérprete no puede hacerlo, pero el fallador de instancia concluyó erradamente *«que solo se puede distribuir producto ajeno, pues si el distribuidor los adquiere, deja de ser agente»*.

Tras reseñar los elementos esenciales del contrato de agencia y constatar que no hay discusión en torno a que el aquí debatido fue celebrado por comerciantes independientes y gozó de estabilidad, afirmó que mientras *«el encargo de promocionar»* es esencial, la explotación no, pero si se contempla esta, el agente obra como mandatario, lo que no debe confundirse con la alternativa de actuar *«como distribuidor o fabricante, lo cual podrá hacer dentro del marco del contrato de agencia mismo»*.

Sostuvo que demostró el encargo de promocionar los productos de la sociedad demandada en la zona prefijada, recibió sus instrucciones y lo cumplió a cabalidad de manera paralela a la distribución, pero equivocadamente el Tribunal le restó importancia a aquello.

Precisó que el elemento característico del contrato de agencia es la búsqueda por el agente de *«captura de la*

clientela o la conquista del mercado para los productos o marcas del empresario agenciado», al margen del resultado, pudiendo beneficiarse ambos a corto plazo, siendo lo fundamental determinar quién lo hace a largo plazo. Para ese fin propuso que, si al terminar su labor, aquel puede contratar con otro fabricante y empezar a distribuir otro tipo de bienes o los mismos de diferente origen, con la certeza de que mantendrá su clientela y mercado, el negocio era propio, pero si estos pertenecen a los productos o marcas específicos anteriores, claramente era agente comercial, así distribuyera. Remató que acá aconteció lo segundo, pues toda la clientela fue trasladada a Solla S.A., quien la mantiene y explota, mientras que María Eugenia Durán quedó sin nada.

Atinente al elemento consistente en *«actuar por cuenta ajena»*, afirmó que los efectos de la gestión no siempre se producen de la misma manera, comoquiera que cuando hay representación se trasladan directamente al empresario, mientras que cuando se trata de *«mera promoción»* esa transferencia *«se refleja en los efectos que la gestión del agente haya tenido sobre las marcas, productos y clientela del agenciado»*, lo que a su juicio sucedió en el *sub lite*.

Expuso que si el artículo 1330 *ejusdem* remite a la regulación del contrato de suministro se debe a que es posible que la propiedad de las mercaderías se desplace del empresario al agente y que la prestación final se liquide con el producto de la reventa.

Se dolió de que se dejó de aplicar el artículo 1331 comercial atinente a la agencia de hecho, que se da cuando *«...a falta de acuerdo de voluntades y por lo tanto de un encargo para la conquista de un mercado para unos productos», ex officio el agente «logra el fin perseguido por la agencia mercantil», y para llegar a este estado de cosas la única forma posible es «la adquisición de mercancías para su recolocación».*

Por último, adujo que, si el fallador hubiese aplicado en su real alcance las normas indicadas, no se habría ido *«por las ramas, al parecer aplicando a raja tabla (sic) exclusivamente las normas del mandato, artículos 1262 y siguientes del Código de Comercio, para concluir que quien adquiere los productos, así los promoció no es agente...»,* sino que existió un contrato de agencia.

SEGUNDO CARGO

Denunció la violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 864, 1317, 1318, 1322, 1324, 1330 y 1331 del Código de Comercio, y por aplicación indebida de los cánones 1262 a 1286 *idem*.

Aseveró que el error del sentenciador se produjo al extraer de la pruebas que María Eugenia Durán actuó por su cuenta y riesgo, como distribuidora, porque partió *«de la premisa equivocada de que agencia y distribución son incompatibles»,* cuando lo que en realidad revelan es que Solla S.A. le encargó a ella y a sus antecesores que

«conquistaran un mercado para sus productos» en una zona prefijada, impartiendo instrucciones, y que el objetivo fue alcanzado, beneficiándola con un considerable aumento de clientes y ventas, con lo cual se configuró una «agencia mercantil en su modalidad de distribución».

En lo demás, insistió en los planteamientos que desarrolló en el anterior cargo alrededor de los artículos 1324, 1330 y 1331.

CONSIDERACIONES

1.- Corresponde a la Corte determinar si el Tribunal violó la ley sustancial cuando desestimó la existencia del contrato de agencia comercial que la censora invocó, al solo hallar demostrado uno de distribución.

2.- La variedad y afinidad de los contratos de cooperación mercantil con que a diario las personas procuran la satisfacción de sus intereses económicos en la comercialización de bienes y servicios reclama del legislador o, cuando este no los tipifica o lo hace deficientemente, de la doctrina y de la jurisprudencia, un perfilamiento que permita conocer sus elementos definitorios, diferenciarlos entre sí y, en esa medida, aplicar adecuadamente las consecuencias jurídicas propias de cada especie.

Suficientemente constante, difundida y pacífica ha sido la doctrina de la Corte en los últimos cuarenta años, conforme a la cual, los requisitos esenciales que deben

concurrir para la existencia de una agencia comercial son: (i) el encargo que el empresario hace a un agente para promover o explotar sus negocios, (ii) la independencia y estabilidad de la labor, (iii) su remuneración y (iv) la actuación «*por cuenta ajena*».

Los dos primeros presupuestos surgen diáfanos de la definición que proporciona el artículo 1317 del Código de Comercio; el tercero de los artículos 1322 y 1324 *idem* que contemplan la retribución y sus modalidades; y el último de la necesaria observación que los riesgos y beneficios de la tarea encomendada repercuten directamente en el patrimonio del empresario y no en el del agente.

3.- De cara al asunto que aquí se debate, la inteligencia que corresponde al encargo de promover o explotar negocios no presenta mayor dificultad, máxime que en torno al mismo la Sala ha explicado reiteradamente que

La actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es 'a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario' (SC18392, 9 nov. 2017).

Sin embargo, esa claridad primaria reclama un esfuerzo interpretativo adicional cuando se observa que el precepto que le da aliento contempla que una de las

modalidades como el agente puede desarrollar la encomienda es como «...**distribuidor** de uno o varios productos» del empresario (se destaca).

La consecuencia incontestable que se desprende prístina del examen literal de este aparte de la disposición es que la «distribución» no es incompatible con el quehacer esencial de promover y explotar que está en la médula de la agencia comercial, sino que incluso puede confluir en su formación. Sin embargo, aunque aflore de Perogrullo, necesario es apuntarlo desde ya, dicho acto complementario por sí solo está lejos de constituir este contrato, pues está desposeído de sus supuestos sustanciales, deviniendo imperioso examinar las condiciones en que compaginan.

Para el propósito, es fundamental advertir que la distribución que se puede dar en el marco de la agencia comercial debe examinarse al trasluz de los presupuestos básicos de este negocio jurídico, so pena de que asumida de cualquier manera la desnaturalice o sustituya.

En esta dirección, pronto se establece que siendo una de las características de la agencia la «actuación por cuenta ajena», en su desarrollo el gestor jamás trabaja para obtener un provecho propio, directo e inmediato, sino del empresario, mediante la procura del reconocimiento de sus marcas y productos en el mercado para que, en esa medida, alcance más clientela y ventas. Así entendido ese contrato, el mayor alcance que le confiere el acto de «distribución» autorizado por la ley, queda acotado por sus elementos esenciales.

Consecuencia obligada de esta forma de ver la dinámica del acto accesorio en relación con el principal es que eventuales efectos económicos inmediatos y tangibles como el flujo de dinero por ventas repercuten automáticamente en el patrimonio del productor, que es en quien de acuerdo con la noción general recaen los riesgos y beneficios derivados de la promoción y explotación.

En ese escenario, pronto se concluye que la distribución no rebasa el sentido lato que la lengua castellana otorga al vocablo, es decir, la acción y efecto de «[e]ntregar una mercancía a los vendedores y consumidores»; expresado de otra manera, simplemente consiste en la actividad logística mediante la que el gestor actúa como vehículo para que las mercaderías del empresario fluyan hacia los eslabones terminales de la cadena de comercialización, sin la pretensión de obtener de ello su beneficio.

Así considerada la «distribución» a que alude el artículo 1317, no repele, e incluso en muchos casos puede resultar necesaria para el cabal cumplimiento de su misión, que el delegado venda los bienes del empresario en ejercicio de un mandato, pues al fin y al cabo constituye una manifestación del fenómeno de explotación mediante el que se procura «[s]acar utilidad de un negocio o industria». Pero lo que definitivamente no resulta admisible en el escenario propuesto, por desdibujar la figura principal, es que adquiera del productor esos bienes y los revenda en pos de

su ganancia, porque en tal caso no está actuado por cuenta ajena sino, todo lo contrario, propia.

Por supuesto que el agente debe recibir una retribución, que en los términos del artículo 1324 *ibidem* puede consistir en una regalía, comisión o utilidad, pero independientemente de cómo se le llame, lo cierto es que ese estipendio no puede entenderse ligado exclusivamente a la distribución o como resultado inmediato de la misma, sino como integrante del todo al que accede.

En ese sentido, la «utilidad» a que tiene derecho simplemente puede ser entendida como el interés o fruto que se saca de algo, que no es otra cosa que la ingente labor de promoción y explotación encomendada, sin que por lo tanto resulte de recibo la interpretación que, al definirla como la diferencia entre los precios de adquisición y de reventa, pretende implantar esta posibilidad en el seno de la agencia, desconociendo, se reitera, que en tal circunstancia la desfigura porque el promotor ya no obra para el fabricante sino para sí mismo.

4.- Por otra parte, bien puede acontecer que dentro de su libertad negocial las partes configuren un genuino contrato autónomo de distribución, perfectamente separable y definible por sus aristas, mediante el que un empresario se obliga a proporcionar a un intermediario y este a adquirir cierto volumen de mercancías destinadas a ser comercializadas en una zona geográfica acotada, asumiendo el segundo los múltiples riesgos que para el propietario

corresponden desde que acontece la tradición, en lo que no procura expandir el negocio ajeno sino el personal a través de la obtención del mayor margen de ganancia posible entre el precio que desembolsa y el que percibe, que poco o mucho, va directo a su contabilidad; igualmente, asume cualquier pérdida eventual, sin que en nada tenga que ver el productor.

Sobre los contornos esenciales de este acuerdo de voluntades, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en SC13208-2015, así:

El de distribución, es un convenio que otorga al comercializador el derecho de vender los productos del empresario en una zona geográfica determinada bajo las condiciones impuestas por este, obteniendo como ganancia la diferencia entre el precio de compra al productor y el de venta al cliente final, denominada margen de reventa.

El beneficio del distribuidor resulta de su propia actividad, por cuanto adquiere las mercancías y debe pagar su valor al productor con independencia de la suerte que corra al revenderlas (actúa por su cuenta y en nombre propio), por lo que el incumplimiento del cliente solo lo perjudica a él, y debe soportar todos los riesgos de los productos desde que estos quedan a su disposición.

Cuando el empresario recurre a esta figura «se compromete a remitir... las unidades, en las cantidades que éste lo requiera, dentro de ciertos márgenes, pero tales unidades le son enviadas en propiedad al distribuidor, quien es deudor del precio ante la empresa fabricante. A su vez, el distribuidor es quien le vende al cliente y, en consecuencia, es quien factura y adquiere todos los derechos y asume todas las obligaciones de vendedor».

El comercializador se obliga a «efectuar las ventas del producto; pero, fundamentalmente, se obliga a pagar el precio de la mercadería que recibe en las condiciones y plazos pactados. Se obliga, más que a vender, a adquirir una cantidad mínima de mercadería dentro de los periodos previstos. Es natural que el distribuidor se esfuerce en vender esa cantidad mínima, pues de otro modo, acumulará un stock a pura pérdida. Claro está que el fabricante o proveedor pueden no conformarse con esa venta mínima y requerir al distribuidor una mejor política de ventas, para aumentar así la política de colocación del producto en el mercado.

En este escenario, sin duda se está ante un fenómeno de distribución diferente al que el artículo 1317 mercantil reconoce como una manifestación del contrato de agencia comercial, por cuanto es refractario a sus elementos esenciales, en tanto el comerciante obra en su puro y directo interés.

Lo anterior, en modo alguno impide que el fabricante se vea beneficiado, pues la buena ventura del distribuidor seguramente hará que le demande más abasto y, por supuesto, crezcan de forma proporcional sus ventas y ganancias, amén de que su negocio resulte acreditado por el reconocimiento de sus marcas y productos.

Por esa senda, labores de promoción realizadas por el intermediario, incluso utilizando los logos del empresario y recibiendo su apoyo, no resultan determinantes para desdibujar la distribución y configurar una agencia comercial, pues las adelanta en procura de su propio

beneficio, por la sencilla razón de que la mercancía que adquirió circulará más y por ende mayor será su fruto.

Indiscutiblemente que esa labor puede repercutir en provecho del fabricante e incluso llegar a granjearle más clientela y reputación, al punto que si el distribuidor desaparece seguirá rindiéndole réditos, pero de ahí no surge ninguna agencia mercantil en la medida que la finalidad y el resultado inmediato de esa promoción fue un lucro propio de este y que, por lo mismo, no se pactó y pagó una remuneración.

Lo contrario fuera que, cada vez que se liquide un establecimiento de comercio que realiza cualquier labor de intermediación, su propietario pudiera prevalerse del remanente de clientes y ventas que pudieran quedarle al empresario para reclamarle las ventajas de una agencia; e incluso que lo hiciera sin existir nada de esto, por la mera circunstancia de la promoción que otrora realizó, cuando en realidad todo el tiempo lo hizo para su negocio.

Por ende, que al concluir el contrato de distribución parte o toda la clientela permanezca fiel a la marca y al producto del empresario, no es indicativo sólido de la existencia del contrato de agencia, pues por ese camino tendría que admitirse que en mayor o menor medida todas las labores de quien vende productos que otro fabrica lo son, toda vez que para nada es extraño que la simple reventa conlleve un posicionamiento del productor.

5.- Nada de lo dicho hasta el momento descarta que por un lado se configure el contrato de agencia en su expresión más básica, es decir, como el encargo de promover los negocios del empresario en procura de conquistar, ampliar o recobrar un mercado para sus productos, y que concomitante a ello se ejecute un contrato de distribución en la forma que se acaba de reseñar, escenario en el cual resulta pertinente memorar los elementos que los distinguen, según lo ha señalado la Corte:

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 él 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 (...)».

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

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 (...)» (SC3645-2019).

Lo que sí resulta claro es que, para que se declare el contrato de agencia, sus elementos deben estar perfilados cabal y nítidamente, de tal suerte que se diferencie del de mera distribución, que en últimas en nada le sirve de apoyo, aunque quizá algunas actividades cumplidas en desarrollo de uno y otro sean comunes y también sus efectos.

En resumen, no se descarta la distribución como una de las manifestaciones del contrato de agencia comercial, siempre que antes que contradecir sus demás presupuestos axiológicos los ratifique; tampoco el contrato de distribución como figura autónoma y paralela. En cualquier caso, si lo pretendido es demostrar aquella, deben acreditarse cabalmente los requisitos que le dan sustento, sin que *per se* puedan confundirse inconsultamente, situación que más allá de apreciaciones jurídicas radica en el campo fáctico.

6.- En el caso concreto, lo primero que la Corte observa es que no resulta cierto que el Tribunal hubiese omitido fundar sus conclusiones en disposiciones sustanciales, por cuanto precisamente se apoyó en un elenco normativo que en buena medida coincide con el que la casacionista invocó, a lo que sumó precedentes pertinentes que abordan los tipos contractuales en que centró su estudio.

Tampoco se advierte que haya trasgredido dichas reglas por ignorarlas o aplicarlas indebidamente, pues si bien es cierto las mismas no dicen que en el contrato de agencia no puede haber compra de mercancías para revender, tampoco expresan lo contrario ni de su estudio sistemático puede deducirse, a riesgo de dejar de lado sus requisitos *sin qua non*, fundamentalmente en cuanto apuntan a que el agente obra «*por cuenta ajena*» a cambio de una retribución.

Acudiendo a inferencias, la impugnante aspira a que se reconozca que la reventa es compatible e incluso integra el

contrato de agencia, para lo cual postula que si el artículo 1317 contempla la distribución, de suyo permite que en aquella se produzca un desplazamiento de la propiedad de las mercancías; en ese mismo sentido cita el 1330 que remite a la regulación del contrato de suministro en el que esta labor no resulta extraña sino fundamental; y por el mismo camino, pone de presente los cánones 1322 y 1324, en cuanto contemplan la remuneración de la agencia y dentro de ella la utilidad, que automáticamente emparenta con el fruto que engendra la reventa.

Argumentaciones que quedan desvirtuadas al reparar el entendimiento que la Corte dio al primer canon, en el sentido que la *«distribución»* que contempla en modo alguno implica la adquisición por el agente de objetos para su recolocación, sino simplemente la labor tendiente a que fluyan del productor a vendedores y consumidores; que el segundo se limita a indicar que, en lo pertinente, *«al agente»* se aplicarán las reglas del suministro, entre las que por lo dicho anteriormente no resulta de recibo esa posibilidad de obtener plusvalía; y que las restantes, al referirse a *«utilidad»* como una modalidad de retribución no están autorizando esta actividad en que la censura concentra sus denodados esfuerzos argumentativos.

Por lo demás, se mencionan indebidamente aplicadas las normas del mandato, pero lo cierto es que el Tribunal no aludió expresa o tácitamente a las mismas y, en todo caso, como ya se dijo, resultarían de recibo si de una distribución en el marco de la agencia se trata, en cuanto el gestor obra

a favor del empresario.

Así las cosas, es claro que no se equivocó al concluir que, cuando la actora y sus predecesores compraban las mercaderías de Solla S.A. para revenderlas, estaban desdiciendo del elemento esencial de «*actuar por cuenta ajena*», pues estaban tomando para sí los riesgos y venturas de su emprendimiento, en el teatro de un contrato de distribución propiamente dicho en el que sí es compatible esta situación. En otros términos, no introdujo un requisito adicional a la ley, sino que excluyó un hecho que al comprobarse resulta refractario a la figura de la agencia comercial y es constitutivo del acuerdo de voluntades que halló configurado.

Lo que de ninguna manera quiere decir que descartara la posibilidad de que coexistieran dichos contratos, tal y como evidencia cuando dijo que: «[s]alta a la vista que la característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, **con los cuales puede coincidir**, pero sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene calidades específicas que, por lo mismo, lo hacen diferente, razón por la cual, su demostración tiene que ser inequívoca...» (negrillas de la Sala, subrayas originales).

Lo anterior, máxime que no encontró contemplada ni probada una remuneración, que igualmente es un requisito fundamental del agenciamiento, descartando expresamente que la edificaran descuentos, precios especiales, obsequios o la fijación de precios, reiterando que la utilidad por la

reventa es propia del contrato de distribución que halló probado.

7.- No se trata, pues, de algún yerro en la interpretación y aplicación de las normas que disciplinan el contrato de agencia comercial, sino que, a partir del completo estudio del material probatorio, consistente en los hechos de la demanda, a los que dio el alcance de confesión, documentos y testimonios, elucidó que no se acreditaron los elementos de aquel sino de un acuerdo de distribución.

En este punto, es preciso advertir que, no obstante que el segundo cargo es por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, frente a la amplia y razonable apreciación del material suasorio por parte del *ad quem*, la censura no avanza mayor cosa, pues se limita a enunciar los elementos que lo componen sin realizar el esfuerzo necesario tendiente a mostrar su contenido objetivo y contrastarlo con lo extraído por el juzgador, para demostrar que este no lo vio o que a pesar de que sí lo hizo desfiguró su alcance; apenas reprocha que este no hubiese observado a través de ellos una agencia comercial sino un contrato de distribución, en lo que nuevamente volvió a las argumentaciones que a espacio expuso por la vía directa en torno a la posibilidad de que el agente compre para revender.

En lo que atañe a esa valoración, el Tribunal no escatimó en detallar los medios de convicción, y de manera minuciosa determinó por qué acreditaban un contrato de distribución, señalando razonadamente los motivos por los

que descartaba que algunos aspectos puntuales que apuntaban a la agencia fueran suficientes para configurarla, en lo que la censura guarda silencio.

Es cierto que no contempló la posibilidad de que el suministro formara parte del contrato de agencia en la forma que alega la recurrente y que esta Sala perfiló, pero ello en modo alguno abre paso al quiebre de su decisión, en la medida que lo que sí encontró demostrado fue la existencia simple y llana del contrato de distribución en razón de la actividad de adquisición y reventa de mercaderías producidas por Solla S.A., con asunción de riesgos y beneficios por parte del extremo activo, en lo que la Corte no observa ningún despropósito.

Así las cosas, no se abren paso los ataques inaugurales.

TERCER CARGO

Denuncia incongruencia de la sentencia por falta de resolución de las pretensiones subsidiarias relacionadas con la agencia comercial de hecho, porque si se aplica la tesis *«...de que el agente no puede adquirir para recolocar los productos en circulación, cerrando el espacio a la agencia, hay que admitir que se si se (sic) efectuó la promoción de los productos, al menos lo que hubo fue una agencia de hecho...»*.

Argumenta que el *a quo* no se refirió a las pretensiones de la demanda porque declaró la prescripción, a lo que la actora limitó su apelación, pues no tenía sentido que

reparara sobre una motivación inexistente; pero al modificarse la decisión por el *ad quem*, «*por supuesto que era procedente decidir frente a las pretensiones propuestas, incluyendo las subsidiarias*».

Aseveró que el juez debe proveer sobre todos los extremos de la litis, que el numeral 5° del artículo 42 *idem* le impone interpretar la demanda, que este es uno de los eventos en que conforme el artículo 328 procedimental el superior debe proceder de oficio y que su protesta en la alzada fue «*genérica*».

Añadió que la agencia comercial de hecho no está dada por la ausencia de formalidades, sino por la situación en la que, pese a no mediar encargo, «*se configuran*» sus elementos, como a su juicio sucedió aquí.

CONSIDERACIONES

1.- Atendiendo a la naturaleza eminentemente dispositiva del proceso civil y lo reglado en el artículo 305 del Código General del Proceso, los planteamientos contenidos en la demanda, su contestación y demás oportunidades en que es viable exponer hechos y formular pretensiones constituyen los hitos entre los que el juzgador puede desplegar su actividad, salvo los casos especiales en que la ley lo autoriza u ordena resolver de oficio, so pena de incurrir en incongruencia.

Vicio que asume carácter «*fáctico*» cuando el

sentenciador realiza una *«sustitución arbitraria de los supuestos aducidos por las partes en sustento de sus aspiraciones»*, es decir, altera la *causa petendi*; o de índole objetiva en los eventos que al estimar las pretensiones *«peca por exceso o por defecto (extra, ultra o mínima petita)»*, según que, en su orden, *«...se pronuncia sobre objeto distinto del pretendido..., o desborda las fronteras cuantitativas de lo que fue suplicado..., o deja de resolver aspectos que le fueron demandados...»*, CSJ SC 4 sept. 2000, reiterado en SC 27 sept. 2013, exp. 2005 00488 01.

Un segundo nivel de incongruencia aceptado por la jurisprudencia emerge cuando al desatar su instancia el *ad quem* desatiende en principio *tantum devolutum quantum appellatum*, bien porque omite resolver todos los aspectos que fueron materia de reparo por el apelante o se pronuncia en torno a puntos que sobre los que este guardó silencio y no tenía la obligación de hacerlo.

Lo anterior resulta comprensible porque de acuerdo con en el diseño actual de la alzada, su simple interposición no faculta al juez de segunda instancia para resolver panorámicamente, salvo que ambas partes la propongan, por lo que *«...deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley»* (num. 1, art. 328 *idem*).

En tal sentido, la Sala ha explicado que *«...la incongruencia no se presenta solo cuando existe una*

disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso que, indudablemente, corresponde a una pretensión del derecho sustancial controvertido» (SC14427-2016).

2.- En el caso concreto, la inconformidad de la recurrente con la sentencia del Tribunal abarca los dos supuestos esbozados anteriormente, por un lado, en cuanto estima que el tema de las pretensiones subsidiarias atinentes a la agencia comercial de hecho sí fue objeto de su apelación y, por el otro que, en todo caso, era necesario que de oficio las examinara después de que analizó de fondo y desechó las principales.

Lo primero que la Corte observa es que el sentenciador no pasó por alto el tema, sino que determinó que no le era dable referirse a tales súplicas eventuales en la medida que en primera instancia no fueron abordadas y que la recurrente no reparó pidiendo adición o modificación del fallo.

Sin que le falte razón en este último aserto, pues en verdad que ninguna solicitud puntual hizo la parte actora al interponer la impugnación como tampoco al sustentarla ante el Tribunal, sin que el esquema del recurso permita la genérica inconformidad que indica la casacionista, pues el inciso segundo del numeral 3º del artículo 322 *ibidem* es claro en exigir, al proponerla, *«precisar, de manera breve, los reparos concretos, que le hace a la decisión, sobre los cuales*

versará la sustentación que hará ante el superior», mandato que no admite inteligencia distinta a que la censura se debe exponer de manera exacta, completa, rigurosa, detallada y bien delimitada.

Con todo, cabe recordar que la Corte ha señalado que la agencia comercial de hecho a que alude el artículo 1331 del Código de Comercio no es esencialmente distinta de la regulada a espacio por las disposiciones que lo preceden, pues la verdadera diferencia radica en que mientras en esta aparece configurada claramente la voluntad que de las partes tuvieron de ajustarla, en aquella dicho aspecto debe deducirse de las actuaciones que en la práctica desarrollaron, en todo caso satisfaciendo a cabalidad sus elementos básicos.

Al respecto, en SC1121-2018 señaló que

La agencia puede ser voluntaria por acuerdo expreso de voluntades o simplemente de hecho. El artículo 1331 del Código de Comercio establece que “[a] la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente capítulo”, esto es, las que regulan bajo una concepción voluntarista, el contrato de agencia comercial.

En ese contexto, siguiendo el tenor de la disposición transcrita, igualmente 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”.

En esa medida, si como ya se dijo, los presupuestos *sine qua non* de la agencia son el encargo para promover o explotar los negocios del empresario, el obrar por cuenta ajena, la remuneración y la actuación independiente y

estable, mal puede afirmarse que con prescindencia de alguno de ellos se configura la modalidad de facto.

En otras palabras, no es de recibo predicar la existencia de una agencia comercial, cualquiera sea el apelativo con que se le especifique, al fin y al cabo amparada por el Código de Comercio en la normatividad anotada, si no colma plenamente los supuestos que la constituyen, aunque el acuerdo de voluntades no pueda situarse en un punto preciso.

De conformidad con lo anterior, el anuncio del Tribunal de no examinar el tema de la agencia comercial de hecho por no haber sido materia de alzada queda contradicho por lo sucedido en la práctica, comoquiera que no obstante la genérica alusión a la agencia comercial, lo cierto es que al determinar sus elementos esenciales, sin duda se ocupó de ambas figuras, por lo que si no los encontró acreditados, como en efecto sucedió, en realidad estudió y negó una y otra.

En esta medida, la presunta incongruencia pierde piso, pues lo cierto es que, al no hallar demostrados el encargo de promoción y explotación, la remuneración por esa actividad y el obrar por cuenta ajena, no dejó espacio para ningún tipo de agencia comercial.

Así las cosas, se concluye el fracaso del cargo estudiado.

IV.- CONCLUSIÓN Y COSTAS

En armonía con expresado, no se quebrará la sentencia de instancia y atendiendo lo dispuesto en los artículos 349 *in fine* y 365 del Código General del Proceso, se impondrá a la impugnante el pago de las costas procesales en el trámite de esta senda, cuya tasación se hará teniendo en cuenta que hubo réplica.

V.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO** casa la sentencia proferida 17 de julio de 2018 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dentro del proceso ordinario que María Eugenia Durán Piedrahita adelantó a Solla S.A.


Costas a cargo de la recurrente y a favor de la accionada. Inclúyanse \$12.000.000 como agencias en derecho.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

Notifíquese,


FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS

Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA