

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**Magistrada Ponente**

**SC6315-2017**

**Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01**

(Aprobado en sesión de catorce de junio de dos mil dieciséis)

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

Decide la Corte el recurso de casación que las partes formularon frente a la sentencia de 6 de marzo de 2012 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Eduardo Peña Gómez y Las Viviendas Sociedad Limitada contra Fagor Industrial S.A.

## **I. ANTECEDENTES**

1. En el escrito introductorio (fls.831 a 841, c. 2), los actores plantearon las peticiones y hechos que a continuación se resumen.

1.1. Pretensiones principales:

a). Declarar que entre «*Fagor Industrial S.A.*», en calidad empresario, y «*Eduardo Peña Gómez y/o la sociedad Las Viviendas Sociedad Ltda. - Dotacero*», existe un «*contrato de agencia comercial*» que inició el 1° de febrero de 1998, encontrándose vigente, en desarrollo del cual los actores han promovido y acreditado «*la marca 'Fagor' y los productos de la empresa demandada en el territorio de la República de Colombia*», logrando que sean reconocidos y solicitados en el mercado nacional, aunque desde el 1° de mayo de 2003, la convocada al litigio «*asumió el control de la clientela adquirida por los demandantes y ejecutó directamente los negocios que venían ellos promoviendo y sobre los cuales ya habían adquirido derechos de comisión*».

b). En consecuencia, se condene a la convocada al proceso a satisfacer a los accionantes (i) «*el valor total de las comisiones sobre ventas causadas*» hasta el «*1° de mayo de 2003*», por valor de \$121'648.728, o la que se probare; (ii) «*un porcentaje del veinticinco por ciento (25%)... valor de las comisiones liquidadas sobre el total de las ventas de productos y/o servicios realizados por la sociedad Fagor Industrial S.A.*», con posterioridad a la citada fecha, que hasta abril de 2007 se cuantificó en la cantidad de \$2.575'577.266,

y (iii) la correspondiente actualización de tales cantidades con base en el IPC.

1.2. Súplicas subsidiarias:

a). Declarar que el citado convenio de «*agencia comercial*» estuvo en vigor desde el «*1° de febrero de 1998*» hasta el «*1° de mayo de 2003*», cuando el «*empresario*» lo dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa.

b). Por consiguiente, se condene a la convocada al litigio a pagar a los demandantes (i) «*el valor total de las comisiones sobre ventas causadas (...), las cuales liquidadas para el día 01 de mayo de 2003, ascendían a la suma de \$121'648.728*», o la que se llegare a demostrar; (ii) los intereses comerciales moratorios sobre «*las comisiones pendientes de pago*», a partir de la reseñada fecha; (iii) «*una doceava (1/12) parte del promedio de comisiones recibidas por los demandantes en los últimos tres años por cada uno de los años de vigencia del contrato*», del «*1° de febrero de 1998 hasta el 1° de mayo de 2003*», equivalente a \$946'868.727, o la suma que se acredite; (iv) igual cantidad por la indemnización derivada de la «*terminación sin justa causa*» del mencionado negocio jurídico, o la que fuere probada, y (v) la actualización

monetaria con base en el IPC sobre el monto de dichas prestaciones.

2. La *causa petendi* está cimentada en los supuestos fácticos que enseguida se mencionan:

a). Eduardo Peña Gómez, de forma verbal celebró con Fagor Industrial S.A., un «*contrato de agencia comercial*», en reunión que sostuvieron en su establecimiento de comercio ubicado en la calle 68 n° 14-35 de esta ciudad, con Manuel Valderrama y Jesús Ortiz de Zárate, que tuvo por objeto encargarle «*actuar como agente comercial de la marca y productos Fagor, para promover desde la ciudad de Bogotá*» los negocios en el territorio nacional, el que se desarrolló a partir del 1° de febrero de 1998.

b). Las condiciones acordadas para el aludido convenio, se concretaron a las siguientes: «*a. comisiones del veinticinco por ciento (25%) sobre ventas brutas; b. territorio República de Colombia; c. mercadeo, colaboración en el proyecto de diseño, cotización de productos y servicios, demostraciones, captación de las órdenes de compra de Fagor y/o Rivesa Industrial, recaudo de cartera de anticipos y consignación a Rivesa Industrial y/o Fagor, recibo, alistamiento y montaje de equipos, entregas y servicios posventa al cliente, recaudo y consignación de saldos; d. encargo de presentarse como 'Director Bogotá' de la empresa 'Fagor – Fagor Industrial S. Coop. ... (M) Mondragón corporación cooperativa'*».

c). Las actividades de *«agente comercial»* las ejecutó Eduardo Peña Gómez en su establecimiento comercial, como persona natural, *«hasta la fecha en que Fagor suspendió unilateralmente la actividad del agente»*.

d). Esta demandada *«elaboró íntegramente un documento que denominó 'acuerdo de colaboración' que el 17 de febrero de 1999 remitieron al arquitecto Eduardo Peña con el fin de vincular a la sociedad que él representaba 'Las Viviendas Sociedad Limitada'; este documento fue firmado por el representante legal de Fagor Industrial S.A. y por el presidente de la junta directiva», y por exigencia de aquella «se suscribió con la sociedad comercial de Eduardo Peña Gómez denominada Las Viviendas Sociedad Ltda.»*, sin que se hubiere liquidado el convenio con él existente, y *«el agente continuó desarrollando su labor directamente o a través de la sociedad demandante»*.

e). Con posterioridad al citado acto, *«gran parte de la correspondencia y facturación se empezaron a expedir de o hacia 'Las Viviendas', sin embargo muchas facturas se siguieron expidiendo a nombre de Eduardo Peña Gómez», no habiendo variado las condiciones iniciales.*

f). El 21 de abril de 2001, Fagor Industrial S.A., elaboró un nuevo documento que denominó *«contrato de distribución»*, estableciendo que *«sería un 'contrato total ...' constituye por lo tanto el acuerdo definitivo entre las partes y deroga cualquier otro contrato y acuerdo vigente entre las mismas»*; luego el 1° de mayo de 2002, hizo un escrito titulado

«modificaciones al contrato de distribución», indicando también que «sería un 'contrato total'», según la cláusula doce.

g). Mediante carta de «15 de febrero [de 2003]», la sociedad demandada comunica a Las Viviendas la «terminación del contrato de distribución suscrito entre las partes el día 21 de abril de 2001 (...) [a partir del] próximo primero (1) de mayo de 2003», y «Fagor, asumió directamente las ventas y promoción de sus productos, ocupando los mercados abiertos por Eduardo Peña y/o Las Viviendas Sociedad Ltda.»

h). Con apoyo en un dictamen pericial practicado como prueba anticipada, con citación de la accionada, se establecieron las «comisiones causadas y adeudadas para el 1º de mayo de 2003», y las proyectadas con posterioridad a esa fecha, al igual que la prestación equivalente a 1/12 parte sobre el promedio de «las causadas durante el término de vigencia del contrato», y la indemnización por la terminación unilateral.

3. Notificada la citada al litigio, en tiempo replicó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones pues lo que la demandada celebró con los demandantes «fue un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial» (f. 871, c. 3); no admitió como ciertos los hechos esenciales fundamento de las mismas y planteó las defensas intituladas «inexistencia de celebración y ejecución de un contrato de agencia comercial - inexistencia de los elementos esenciales del contrato de agencia comercial y mala fe del distribuidor -

*inexistencia de la obligación de indemnizar – carencia de derecho de los demandantes – prescripción de la acción – cumplimiento y pago por parte de Fagor Industrial S.A. de todas y cada una de las súplicas de la demanda – Renuncia expresa de Las Viviendas Sociedad Ltda. a reclamar».*

También formuló las excepciones previas de *«falta de competencia»*, pues los contratos de distribución bases del presente proceso fueron celebrados en Medellín, *«compromiso o cláusula compromisoria»* pues de los dos contratos mencionados, celebrados el 17 de febrero de 1999 y el 21 de abril de 2001, el último -modificado el primero de mayo de 2002- contiene una cláusula compromisoria en virtud de la cual las partes acordaron someter sus diferencias a un Tribunal arbitramento, e *«ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales»*. El *a-quo* declaró probada la segunda, y el juzgador de segundo grado, revocó la decisión y la desestimó, ordenando continuar con el trámite del asunto (c.6, fls.12-17). Consideró el sentenciador de segunda instancia que los contratos de distribución en donde se pactó la cláusula compromisoria constituían apenas hechos que edificaban las pretensiones de declaración del contrato de agencia comercial, por lo que para la prosperidad de la excepción de cláusula compromisoria debió probarse dicho pacto en relación con el contrato de agencia comercial y no de otro.

4. La primera instancia se finiquitó mediante fallo de 12 de julio de 2011, en el que se dispuso declarar *«no probada la excepción de prescripción de la acción (...)»*, y en providencia

de 4 de agosto de la misma anualidad se complementó en el sentido de denegar «*las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda*», e impuso condena en costas a la parte vencida.

Los demandantes formularon recurso de apelación y el *ad quem* ratificó el punto primero relativo al pronunciamiento sobre el citado modo extintivo de la acción, adicionó la decisión en cuanto a «*declarar no probadas las demás excepciones propuestas*»; revocó el numeral segundo, «*en orden a declarar que entre Eduardo Peña Gómez y Las Viviendas Sociedad Ltda., y Fagor Industrial S.A., existió un contrato de agencia mercantil desde el 10 de febrero de 1999 hasta el 1º de mayo de 2003*»; también dispuso «*negar las condenas primera a tercera de la demanda*», y «*revocar el numeral tercero*», absteniéndose de condenar al pago de expensas procesales (c.6, fls.99-131).

## **II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

1. Luego de exponer de forma resumida los antecedentes del proceso, estableció que la inconformidad de la recurrente se centró «*en que entre las partes hubo un contrato verbal de agencia mercantil que luego se consagró por escrito y que en su ejecución cumplió todos sus requisitos, razón por la cual deben reconocerse los conceptos económicos causados a favor de las demandantes, por la terminación unilateral del contrato y haber obtenido provecho económico de su actividad de agencia*».

2. Mencionó enseguida algunas de las pruebas incorporadas, tales como las facturas, documentos contables, cartas, correos electrónicos recíprocos entre las partes, el *«acuerdo de colaboración»* de 10 de febrero de 1999, *«comodato precario»* de 23 de abril del mismo año, *«contrato de distribución»* de 1° de mayo de 2002, y *«carta de terminación de contrato»* de 15 de febrero de 2003.

Así mismo, aludió a la versión de Jesús María Ortiz de Zárate, representante legal de la convocada, expuesta en el interrogatorio que contestó, del que interpreta *«negó la existencia [de] una relación comercial de agencia con el señor Eduardo Peña Gómez, y reconoció solamente la existencia de colaboración para celebrar negocios con el mencionado señor, refiriéndose más específicamente a la estructura empresarial de su compañía»*; al igual que a los testimonios de Orlando de Jesús Restrepo Quiroz, Jorge Humberto Velásquez Vergnaud, Luis Eduardo Gómez Guerrero, José Helí Arango Patiño, Carlos Aurelio Barragán, Jhon Alexander Díaz, Eugenio Urcely Amondaraín, José Luis Lizarbe Diez, José Ignacio Diez Márquez, Mario Fernando Calle Uribe, Claudia Patricia Díaz, y a las manifestaciones del actor Eduardo Peña, contenidas en la declaración de parte, como también a las pruebas periciales practicadas en el proceso, extrayendo de tales probanzas los fragmentos pertinentes.

3. Con base en el texto del artículo 1317 del Código de Comercio, dilucidó que la *«agencia mercantil»*, comporta como requisitos los siguientes:

«a) la independencia de la actividad del agente», considerándola satisfecha porque según los elementos de juicio, Eduardo Peña Gómez, y Las Viviendas Sociedad Ltda., tomaron en arrendamiento un local, tenían su propio personal, y desarrollaban la actividad con autonomía «en cuanto a honorarios, gastos y actuaciones, pues no hay prueba alguna de que ello estuviera regulado, ordenado, o limitado por Fagor Industrial S.A.»

«b) la estabilidad de la actividad del agente», consistente en la promoción o conclusión por él de negocios en serie y sucesivos, infiriendo que las partes en este litigio «mantuvieron, en forma estable, relación comercial durante más de 4 años [desde el 10 de febrero de 1999 (cuando suscribieron 'acuerdo de colaboración' ...), hasta el 1º de mayo de 2003 (cuando se dio la terminación ...)]».

«c) el encargo de promover y explotar negocios», gestión concebida como la «finalidad del contrato, en tanto que la labor del agente es preparar negocio (promover), y concluirlo o perfeccionarlo (explotar) preferiblemente», y lo deduce de los instrumentos allegados al plenario, los que advierte muestran el despliegue de gestiones para alcanzar negocios con varias entidades y empresas, enfatizando que aquellas actividades «se evidenciaron en las cartas de promoción y ofrecimiento de servicios remitidas (por Eduardo Peña, Diana Peña, Mauricio Peña) en nombre, con logos y etiquetas de Fagor, a los mencionados establecimientos, así como la concreción de algunos de esos negocios se probó con las diversas facturas y pagos posteriores».

«d) remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario», prestación esta verificada a partir del hecho de que a los agentes «se les reconoció (...) durante el tiempo que se mantuvo la relación comercial con Fagor Industrial S.A., remuneración que en la mayoría de los casos se referenciaba como 'comisión' (...), y de la cual debe decirse que no tenía un monto determinado, por cuanto en algunos documentos aparece como del 25% (...), y en otros con diferente valor (...).

«e) la actuación del agente por cuenta del empresario», aunque no estimado como requisito para que emerja con claridad la existencia del convenio, sostuvo que «resulta pertinente considerar que el agente debe adelantar su actuación poniendo de presente que actúa por cuenta del empresario (...), y en esa medida es una modalidad de mandato», y en este caso, a pesar de tener las partes una posición distinta en cuanto a la naturaleza de la relación comercial entre ellas ajustada, en tanto «para los demandantes se trató de un claro contrato de agencia mercantil, (...), mientras que para la demandada, fue un simple contrato de distribución», no se acreditó que los actores «adquirieran la propiedad de los equipos vendidos por Fagor Industrial, antes bien, se tiene claridad sobre el hecho de que en las ventas en dólares, era Las Viviendas quien recibía el dinero y lo remitía a Fagor, y en las ventas en pesos, las facturas y pagos siempre aparecían a favor de Fagor (...). Igualmente, resulta evidente que Eduardo Peña, en nombre propio o actuando en representación de Las Viviendas, así como sus hijos en nombre de esta última, siempre actuaron

*por cuenta de Fagor Industrial, presentándose con papel timbrado con la marca (...), teniendo tarjetas de presentación con el logo 'Fagor' (...), y presentado su local comercial como punto de exhibición de dichas mercancías (...).*

4. Con base en lo anterior dedujo el Tribunal haberse presentado «entre Eduardo Peña Gómez y Las Viviendas Sociedad Ltda., y Fagor Industrial S.A., una verdadera agencia comercial, donde los primeros actuaron como agentes de la segunda, desarrollando una actividad independiente (con un local propio tomado en arriendo por la parte actora, su propio horario, sus propios recursos y su propio personal) y estable (durante más de 4 años) en pro de la promoción y explotación de los productos Fagor, y los segundos como agenciados, acogieron los clientes captados por los primeros, desarrollando y afianzando relaciones comerciales, y facturando sus ventas».

Enfatizó el juzgador en que a pesar de aludir los documentos a «'acuerdo de colaboración' y 'contrato de distribución'», la relación comercial desarrollada no corresponde a tal modalidad, porque los actores no adquirirían en propiedad los productos de la «agenciada», sino que al concretar las operaciones con los clientes «la facturación y remisión procedía directamente de la empresa demandada ubicada en Medellín (cuestión que la misma ratifica en sus intervenciones...)»; de ahí que el tenor literal de aquellos convenios no puede prevalecer sobre las realidades encontradas y acreditadas en autos, estimando aplicable en ese sentido la regla de interpretación del artículo 1618 del

Código Civil, y aunque le llamó la atención el hecho de identificarse la actora misma en algunos actos como *«agente o distribuidor»*, y en otros denominarla así la accionada, advirtió que ello no cambiaba la señalada percepción, como tampoco la *«falta de exclusividad»* que veladamente puso de presente la opositora, dado que este no es un requisito de la *«agencia comercial»*.

5. Luego de sostener que la inferencia del *a-quo* atinente a la falta de acreditación del citado negocio jurídico, no resulta tan clara, dada la independencia con la que actuó *«Peña Gómez»*, en nombre propio y como representante legal de *«Las Viviendas»*, como también su participación en la promoción y posicionamiento de la marca en mención, *«actuando conforme unas condiciones y requerimientos de Fagor Industrial S.A.»*, observó que surgían dos variantes de lo expuesto por los testigos.

Sobre el particular, comentó que Orlando de Jesús Restrepo, Jorge Humberto Velásquez, Luis Eduardo Gómez y José Heli Arango, reconocieron en los promotores del proceso *«una verdadera gestión de agente comercial de Fagor Industrial S.A., y la de quienes consideran que su actuar fue el de un simple intermediario y distribuidor de productos de (...) [aquella]»*, y con una versión distinta encasilló a Carlos Barragán y Jhon Alexander Díaz, al haber manifestado que *«la labor de 'Las Viviendas' era de simple intermediación para la venta de equipos Fagor Industrial S.A., por cuanto era esa compañía quien hacía sus propios contactos y no tenía representante alguno ni exclusividad en ventas»*; como

también Jesús María Ortiz y Claudia Patricia Díaz, quienes se desempeñaron como representantes legales de la accionada, y desconocieron el convenio cuya declaración se solicitó, *«reconociendo solamente actuaciones de colaboración para celebrar negocios sin que existiera representación»*.

En ese escenario el Tribunal optó por acoger la versión del primer grupo de deponentes, ya que *«la prueba documental anexada corrobora el hecho de que independientemente de los ‘nombres’ dados a los contratos suscritos entre las partes, lo que (...) hubo entre ellos, fue un contrato de agencia comercial»*.

6. Al estimar que debía prosperar la pretensión de la existencia del contrato en mención, se asumió el estudio de la condena consecucional deprecada, y a pesar de constatar la incorporación de tres dictámenes periciales, halló que en dos de ellos se advirtió *«que no existió el contrato de agencia y que por tanto no se causaron prestaciones económicas entre las partes»*; mientras que en el practicado con motivo de la objeción al inicialmente allegado, aunque no hubo pronunciamiento acerca de la naturaleza del vínculo contractual, *«sí indicó un valor por concepto de comisiones adeudadas, indexación e intereses»*, pero apreció que el mismo no era preciso ni claro respecto del monto de la *«comisión’ adeudada, pues pone en evidencia que el valor concluido se deduce del cruce de la información obrante en autos, sin que obre prueba de los movimientos contables de ambas partes, ni haya claridad sobre el monto de la comisión*

(...), ni los valores de ventas sobre los que debe deducirse la comisión, ni las fechas de las mismas, etc.».

Al verificar que el actor Peña Gómez, no obstante rebatir el «*contrato de distribución*», se apoyaba en su contenido para argumentar que «*su comisión correspondía al 25%*», calificó esa situación de constituir una «*insuperable contradicción*», no acogiendo por lo tanto ese porcentaje, y al buscar establecerlo a partir de las disposiciones legales, constató en el artículo 1322 del Código de Comercio, la ausencia de pautas para el efecto, mientras que el precepto 1264 *ibídem*, se remite a la remuneración pactada o la «*usual para este género de actividades*», o la que se «*determine por medio de peritos*».

Ante esas circunstancias, al volver sobre el acervo probatorio concluyó que la actora no cumplió con la carga de acreditar la suma de dinero adeudada, descalificando los dictámenes periciales como elementos de convicción, porque «*reflejan en sí mismos lo sesgada y parcial que es la información en ellos contenida y lo discutible de sus conclusiones*», y llamó la atención para que se tuviera en cuenta lo indicado sobre ese aspecto por la perito Martha Zúñiga. Por lo tanto, estimó debía negarse el reconocimiento de las comisiones pendientes y la corrección monetaria sobre las mismas.

7. En cuanto a la petición de indemnización por «*terminación sin justa causa del contrato de agencia*», consideró procedente su reclamo, de conformidad con el

inciso 2° artículo 1324 Estatuto Comercial, por terminación unilateral, para lo cual con apoyo en doctrina foránea estimó se debían tener en cuenta *«los esfuerzos para acreditar la marca, la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato»*.

No obstante, al examinar las probanzas, calificó de insuficiente la gestión de los actores para acreditar *«la promoción, inversión y pro actividad en la consecución de negocios al agenciado»*, quedando por lo tanto sin demostrar, el daño emergente y lucro cesante, *«imponiéndose negar la totalidad de las pretensiones económicas formuladas en la demanda»*.

8. Finalmente adujo que las defensas atinentes al *«cumplimiento y pago por parte de Fagor Industrial S.A. de todas y cada una de las obligaciones a su cargo y renuncia expresa de Las Viviendas Ltda. a reclamar»*, debían desestimarse porque la accionada no probó haber cancelado todos los valores adeudados a los demandantes, e igualmente debido a que *«la renuncia expresa a reclamar cualquier tipo de compensación alegada por la parte demandada (...), no puede tenerse en cuenta, pues la misma fue expresamente derogada por las partes en acuerdo posterior (modificación del contrato de distribución ...)*».

### **III. LAS DEMANDAS DE CASACIÓN**

#### **A. LA PRESENTADA POR LA ACCIONADA FAGOR INDUSTRIAL S.A.**

Se funda en tres reproches, los dos iniciales apoyados en la causal primera y el tercero en la quinta, cuyo estudio en orden lógico exige que se comience por el que denuncia un vicio de procedimiento, para pasar luego a los restantes.

Así mismo se impone el examen de la impugnación extraordinaria promovida por la accionada con antelación a la formulada por la parte actora, debido a que uno de los motivos aducidos como sustento es la nulidad, y los otros embates en caso de prosperar tendrían efectos totalizadores frente a la providencia atacada, mientras que con el único reproche de los demandantes solo se busca el quiebre del fallo en lo atinente a la decisión desestimatoria de las condenas dinerarias derivadas del *«contrato de agencia comercial»*.

#### **CARGO TERCERO**

1. Con apoyo en la causal quinta prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se ataca el fallo del Tribunal por adolecer el proceso de nulidad, toda vez que conoció del litigio la especialidad civil de la Jurisdicción Ordinaria, *«cuando las mismas partes habían convenido que sus diferencias serían dirimidas por un Tribunal de*

*Arbitramento, conforme a la cláusula 11 del contrato de distribución suscrito (...) [el] 21 de abril de 2001», configurándose el motivo de invalidación consagrado en el punto 1º del precepto 140 ídem, al estimar que el asunto «corresponde a distinta jurisdicción».*

2. Aduce que las partes celebraron el 21 de abril de 2001, un «contrato de distribución», que tuvo por objeto la comercialización de elementos y equipos de la marca «Fagor», «[regulando] en detalle todas las condiciones, prestaciones y derechos de las partes», y en él se pactó: «11. Cláusula compromisoria. Las diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de este contrato serán dirimidas por un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros que serán designados por la Cámara de Comercio de Medellín y su fallo será en derecho. En lo no previsto por esta cláusula se aplicaría (sic) las disposiciones legales del título III del arbitramento artículo 2011 y siguientes del Código de Comercio y en relación con el proceso arbitral se seguirá el procedimiento contemplado en el título XXXIII artículo 663 y siguientes del Código de Procedimiento Civil».

Y aunque el señalado acuerdo fue modificado el 1º de mayo de 2002, para su adecuado entendimiento estimó debían tomarse en cuenta las disposiciones del contrato matriz, al haber quedado vigentes aspectos básicos como el plazo, causales de terminación, obligaciones principales y la «jurisdicción competente» para dirimir las controversias, al indicarse que «ese documento contenía todo el contrato celebrado entre las partes, que es uno solo, es decir el que

*integra el contrato matriz con las 'modificaciones al contrato de distribución», habiéndolo los contratantes entendido así, según se infiere de las comunicaciones que entre ellos intercambiaron.*

3. La accionada propuso la excepción previa de «*cláusula compromisoria*», la cual acogió el *a-quo* y apelada la decisión, el superior funcional la revocó, ordenando continuar el trámite del proceso.

4. La recurrente sostiene no haber renunciado ni declinado al citado pacto arbitral, sin que pueda derogarse lo ahí estipulado con base en una interpretación denegatoria de los efectos jurídicos de un contrato legalmente celebrado, cuya invalidez no ha sido decretada, y como sustento de tal criterio invoca la sentencia de esta Corporación S-022-97 de 17 de junio de 1997; pidiéndose por lo tanto, casar el fallo impugnado, y en su lugar, declarar la nulidad solicitada.

### **CONSIDERACIONES**

1. Antes del examen acerca de la causal de invalidación aducida en este cargo, cuyo entronque con la falta de jurisdicción, la falta de competencia y el pacto arbitral amerita un examen detallado, debe destacarse que en el asunto bajo estudio el acuerdo donde consta la «*cláusula compromisoria*», al cual alude el casacionista (c.2, fls.617-625), figura en el «*contrato de distribución*» suscrito el 21 de abril de 2001, por Orlando Restrepo Quiroz, «*obrando en nombre y representación legal en su calidad de gerente de*

*la sociedad Fagor Industrial S.A. Colombia», en calidad de «proveedora», y Eduardo Peña Gómez, quien dijo actuar «en nombre y representación legal de la sociedad Las Viviendas Sociedad Ltda.», en condición de «distribuidora», estipulándose, entre otros aspectos atinentes a su objeto, que aquella empresa «está interesada en que sus productos, marca Fagor, sean vendidos en el territorio colombiano, a excepción de Antioquia a través de la sociedad Las Viviendas Sociedad Ltda., entre otros distribuidores. (...)», y «el distribuidor, Las Viviendas Sociedad Ltda., está muy interesada en vender los equipos que figuran en el anexo número uno lista de precios de enero de 2001, marca Fagor, fabricados en España»; así mismo que «[c]on sujeción a las disposiciones de este contrato, el proveedor nombra o designa a el distribuidor como distribuidor de productos anteriormente definidos, cuyo artículo llevaría la marca Fagor, junto con el diseño, logotipo y emblema que a los mismos imponga el proveedor, los cuales serán vendidos por el distribuidor dentro del territorio designado con los usos o condiciones también señalados anteriormente».*

El pacto arbitral inserto en dicho acuerdo quedó estipulado en estos términos: *«[l]as diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de este contrato serán dirimidas por un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros que serán designados por la Cámara de Comercio de la ciudad de Medellín, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se le notifique. (...)».*

Ese contrato de distribución fue objeto de una modificación pactada el 1° de mayo de 2002. En el documento respectivo (folios 902 a 907, c. 3) se identificaron las cláusulas que fueron objeto de reforma, con la particularidad de haberse reproducido la cláusula 12 del contrato primigenio, sin ninguna innovación, por lo que tanto en este como en el otrosí quedó estipulado que *«este instrumento contiene todo el contrato entre las partes que lo integran y no existen entendimientos y acuerdos verbales que pueda modificarlo o sustituirlo solos las comunicaciones descritos y lo convenido en este contrato. Constituye por lo tanto el acuerdo definitivo entre las partes y deroga cualquier otro contrato y el acuerdo vigente entre las mismas»*.

De otro lado, debe destacarse que en las pretensiones principales de la demanda se solicitó declarar, que entre *«Fagor Industrial S.A., en calidad de empresario, por una parte y por otra parte Eduardo Peña Gómez y/o la sociedad Las Viviendas Sociedad Ltda. – Dotacero - , quienes actuaron en solidaridad, existe un contrato de agencia comercial que se inició el 1° de febrero del año 1998 y que hasta la fecha se encuentra vigente»*, y consecuentemente, se reclamó el pago de *«comisiones causadas»*, porcentaje sobre *«comisiones liquidadas»*, con la respectiva corrección monetaria; y en las súplicas subsidiarias se pidió reconocer que existió el mencionado convenio, con vigor entre el 1° de febrero de 1998 y el 1° de mayo de 2003, y que al haberse terminado de manera unilateral y sin justa causa, se condenara a la accionada a satisfacer las *«comisiones causadas»*, más intereses moratorios comerciales, la *«cesantía comercial»*

consagrada en el inciso 1° artículo 1324 del Código de Comercio, y la indemnización de perjuicios por culminar el citado convenio de la forma señalada.

Y en los supuestos fácticos se expresó, en lo pertinente, (i) que «Eduardo Peña Gómez» y «Fagor Industrial S.A.», de manera verbal celebraron un «contrato de agencia comercial», que se ejecutó a partir del 1° de febrero de 1998 y tuvo por objeto promover desde Bogotá D.C. la marca y productos «Fagor», con la especificación de las condiciones regulatorias del mismo; (ii) que el 17 de febrero de 1999, la nombrada empresa envió un documento denominado «Acuerdo de colaboración», con el fin de vincular a «Las Viviendas Sociedad Ltda.», firmado por el representante legal de aquella y por el presidente de la junta directiva de esta última, sin que el primer negocio jurídico se hubiere liquidado, habiendo continuado desarrollándose por el agente directamente o a través de la sociedad actora (se subraya); (iii) que el 21 de abril de 2001, «Fagor Industrial S.A.», elaboró un nuevo documento titulado «contrato de distribución», y mediante escrito del 1° de mayo de 2002 se crea otro instrumento denominado «modificaciones al contrato de distribución», habiéndose notificado la terminación de tal convenio, a partir del 1° de mayo de 2003, catalogándose que tal acto «resultó ser una situación de hecho que no podía tener los efectos legales pretendidos por Fagor, entre otras razones porque al terminarlo se hizo referencia a un contrato que el mismo Fagor había anulado con el último contrato; en consecuencia, el contrato de agencia comercial siguió vigente hasta la actualidad (...)».

Lo anterior claramente evidencia que la controversia planteada en el escrito introductorio del juicio se sustrae al ámbito de la citada «*cláusula compromisoria*», al no versar o recaer sobre aspectos concernientes al negocio jurídico con relación al cual se consagró, esto es, al mencionado «*contrato de distribución*», pues alude es a un «*contrato de agencia comercial*», del que inclusive se afirma que se ajustó de manera verbal con antelación a aquel, y que se siguió ejecutando.

Además se aprecia que el acuerdo donde se estipuló el «*pacto arbitral*» solo tuvo como partes a «*Fagor Industrial S.A.*», como proveedor, y a «*Las Viviendas Sociedad Ltda.*», en calidad de distribuidor, esto es, no intervino el accionante «*Eduardo Peña Gómez*», como persona natural, mientras que en la demanda las pretensiones se formularon a su favor y de la sociedad de la cual era su representante legal, por lo que en principio, frente a él no podrían extenderse los efectos de la «*cláusula compromisoria*», pues como lo ha dicho la Corte, «*(...) la disciplina normativa del negocio arbitral precisa la producción de sus efectos obligatorios entre las partes mas no frente a terceros, extraños o ajenos al pacto. (...)*» (CSJ SC, 1° jul. 2009, rad. 2000-00310-01).

En otras palabras, al analizar el supuesto fáctico en el que descansa la imputación de nulidad por falta de jurisdicción, de entrada aprecia la Corte que el pacto arbitral que sirve de pábulo para argüir el vicio procesal tiene su campo de acción en las diferencias de las partes atinentes

exclusivamente al contrato de distribución que la demandada (Fagor) y uno de los demandantes, esto es, la sociedad Las Viviendas Sociedad Ltda., ajustaron el 21 de abril de 2001. Y muy otro es el conflicto que atendió la jurisdicción ordinaria, pues está referido, de un lado a un contrato distinto (de agencia y no de distribución) que se aduce haber comenzado antes de esta fecha (1º de febrero del año 1998), acordado entre una persona natural (demandante en esta causa), el señor Enrique Peña Gómez y Fagor Industrial S.A. Colombia. Esto es, ni el inicio, ni el tipo de contrato, ni las partes coinciden con las disputas a que se refiere la cláusula compromisoria base de la imputación de nulidad.

En virtud de lo analizado, se descarta la existencia de *«pacto arbitral»* que habilitara a la *«justicia arbitral»* para dirimir la controversia sobre la que versó el proceso, y por ende, no podría alegarse y reclamarse la causal de *«nulidad por falta de jurisdicción»* en la que se basa este cargo.

2. De otro lado, se advierte que en sentencia del 1º julio de 2009 (rad. 11001-3103-039-2000-00310-01), luego de un exhaustivo pero sintético repaso sobre el arbitraje y tras mencionar algunas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias en relación con la existencia de cláusula arbitral entre partes que intervienen en un proceso ante la justicia ordinaria, debiendo honrar el mencionado pacto y resolver sus diferencias ante un Tribunal arbitral, la Corte sienta estos asertos:

- *«La arbitral no es una jurisdicción simultánea o paralela a la ordinaria permanente».*
- *«Los árbitros ejercen jurisdicción y, por tanto, la función pública de administrar justicia con todos sus atributos, caracteres y componentes, desplazando en el conocimiento del asunto específico al juez ordinario permanente, en cuyo caso, desde luego, éste para el caso concreto carece de jurisdicción».*
- Con base en lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C- 662 de 2004, rectifica doctrina anterior de la Sala, que proclamaba que como la existencia de cláusula compromisoria o compromiso es una excepción previa autónoma, con entidad propia, distinta de la excepción de falta de jurisdicción, *«la ocurrencia del primero de esos fenómenos excluye el vicio referido en el numeral primero del artículo 140 de la misma obra»*, atinente a la nulidad por falta de jurisdicción.
- En consecuencia, siguiendo el sendero de la aludida sentencia constitucional, establece que existe falta de jurisdicción cuando el juez asume el conocimiento de un proceso que versa sobre un litigio sobre el cual las partes han convenido un pacto arbitral. Además, que la tempestiva aducción de la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria mantiene su vigor y en consecuencia, constituyendo dicha cláusula un acuerdo comercial refleja, *prima facie*, un incumplimiento del demandante al presentar su libelo ante la justicia ordinaria; pero bien pueden los contratantes hacer cesar los efectos de ese

compromiso, «bien de manera expresa, ora tácita, por una forma directa o indirecta, expresa o concluyente o, por el contrario, rechazarla o protestarla ad cautelam, persistiendo en el pacto arbitral mediante la interposición en las oportunidades procesales de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria».

- A modo de resumen, expresa la Corporación:

[S]i bien el negocio jurídico arbitral, por mandato expreso del artículo 116 de la Constitución Política comporta la atribución transitoria, específica y singular de la función jurisdiccional a los árbitros en lugar o sustitución de los jueces permanentes, quienes por tal virtud para el caso concreto carecen de jurisdicción, considerada su naturaleza negocial, nada obsta su terminación o extinción mediante un acuerdo dispositivo posterior de las partes, sea expreso, sea tácito o por conducta concluyente; prodúcese, la última, cuando no se interpone oportunamente la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, por cuanto esta conducta, de suyo, por sí y ante sí, de un lado, permite concluir la aceptación de parte del conocimiento del asunto por los jueces permanentes y, de otro, la terminación o cesación del pacto arbitral para el asunto litigioso específico, tanto cuanto más que el acuerdo dispositivo por el cual se termina no está sujeto a formalidad solemne alguna»

No obstante, un examen detenido de las razones que condujeron a la Corte a rectificar su doctrina inducen en esta ocasión a la Sala a reconsiderar lo expuesto en la aludida sentencia del 1° de julio de 2009. En efecto:

El inicio del arbitraje, como método de solución de conflictos, se remonta y confunde con la historia del Derecho,

y por ello, trasciende a la formación misma de los Estados y al monopolio por éste del uso de la fuerza a fin de imponer, entre los asociados, reglas que diriman las disputas que entre ellos se presentaran y que no pudieran solventar por sí mismos (autocomposición). La doctrina lo ubica como sustituto de la justicia privada (autotutela) y antecedente remoto de la impartida por el Estado, desde luego que aquella – la del arbitraje- contiene el germen de esta, no solo por la delegación a un tercero que dé solución al conflicto (heterocomposición) sino por la obligatoriedad (al principio indirecta mediante la imposición de una estipulación penal) de acatar la solución, que se entendía firme y definitiva. Andando el tiempo, encargado el Estado, quizás desde el absolutismo de la Roma imperial que vio concentrado todo el poder en el Cesar, y en todo caso desde su naciente conformación allá por los siglos XV o XVI, de tener un sistema permanente de carácter público para administrar justicia con la aplicación del derecho en los casos concretos, dejó, con todo, subsistir con mayor o menor intensidad, el antecedente a que se hace mención, el arbitraje, que a fin de cuentas es genuina expresión de espontánea solución de conflictos inter subjetivos.

No obstante lo anterior, es decir, a pesar de ser verdad averiguada que el arbitraje es el germen de la justicia estatal, es lo cierto que surgido y desarrollado en la época romana fue luego apocado en nombre de una ideología estatista. Ello vino a hacer surgir en el sistema continental dos orientaciones legislativas, a la par que dos explicaciones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: una primera en la

que prevalece la faceta contractual, y cuya característica estriba en que el laudo arbitral no era tenido propiamente como sentencia, por lo que debía ser homologado por el juez del Estado. La otra vertiente estima que el arbitraje es actividad jurisdiccional, aunque privada, a resultas de lo cual el laudo tiene la misma eficacia vinculante de una sentencia judicial.

Si el arbitraje tiene un indudable origen contractual (el pacto arbitral) con efectos típicamente procesales, según sea el énfasis que se ponga en la primera faceta –contractual- o en la segunda –procesal-, así también podrá calificarse su naturaleza contractual o de derecho privado (transacción anticipada lo llama Alfredo Rocco, o contrato de tracto procedimental lo describe Jaime Guasp). O de carácter procesal, esto es, procedimiento judicial que tiene fundamento inmediato en el acuerdo de voluntades.

La Corte, en sentencia CSJ SC022-1997 de jun 17 1997, rad. 4781, acogió una tercera vertiente, ecléctica ella, al decir:

*Son de dos clases los efectos que la cláusula compromisoria produce, unos de clara estirpe contractual y de carácter positivo en cuya virtud quedan obligadas las partes a estar y pasar por lo estipulado, habida cuenta que la situación así creada en ejercicio de la autonomía de la voluntad recibe el tratamiento normativo general que señalan los arts. 1602 y 1603 del C. Civil, al paso que otros son propiamente procesales en la medida en que al igual que el compromiso, la cláusula en examen "...da origen illico - es decir aun antes de que los árbitros sean nombrados o acepten o entren de todos modos en función - a una excepción de improcedibilidad -vg., de incompetencia-, proponible ante la autoridad judicial, siempre que una de las partes acuda a ella con una demanda suya*

*en orden a controversias comprendidas - o que las demás partes conceptúen comprendidas - en la cláusula, en cuyo caso decidirá la autoridad judicial misma si efectivamente aquella excepción es o no es fundada...” (Enrico Redenti. Derecho Procesal Civil. Tomo III, Cap.6º, Num. 266).*

Y es que la lectura del artículo 116 de la Constitución invita por igual a enfatizar en ambas notas, pues al principio de habilitación, en cuya virtud los árbitros ejercen transitoriamente la función de administrar justicia, en tanto en un caso determinado las partes los han autorizado para ello, se aúna la índole jurisdiccional de la actividad desplegada por el tribunal arbitral y la fuerza de cosa juzgada que tiene el fallo (laudo) con que culmina su actuar.

Hay pues, opinión pacífica en el ámbito colombiano acerca de entender que la función arbitral es función jurisdiccional. Y es también un hecho averiguado por la doctrina la distinta significación que adquiere el término jurisdicción, cuestión esta que en los contornos de la teoría general del proceso es objeto de algún debate, pero en el cual, en lo básico, todos los comentaristas están de acuerdo en que es una emanación de la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia mediante la aplicación del derecho objetivo a los casos concretos. En ese sentido, en reciente fallo dijo esta Corporación:

*La «jurisdicción» ha sido entendida como la potestad soberana de impartir o administrar justicia mediante la aplicación del derecho a los casos concretos, función que la Constitución Política, en aras de racionalizar su ejercicio fraccionó en ordinaria, «contencioso administrativa», constitucional y en las denominadas especiales (capítulos 2º a 5º, título VIII).*

Ahora bien, en razón a que la «jurisdicción» está íntimamente ligada a la estructura y funcionamiento del Estado, la misma se halla regulada en normas que involucran el interés general y el orden público, por lo que ostentan carácter obligatorio y absoluto, al igual que aplicabilidad inmediata e interpretación restrictiva. Por ello, la invalidez de la actuación derivada de la carencia de «jurisdicción», **no tiene posibilidad de saneamiento**, así se haya omitido su invocación por la parte interesada, según lo previsto en el inciso final del artículo 144 del Estatuto Procesal Civil, toda vez que su presencia lesiona en forma directa y sustancial el derecho fundamental al debido proceso previsto en el canon 29 Constitucional, particularmente, el principio del «juez natural» y el «derecho de defensa», pues según lo recordó la Sala en sentencia CSJ SC, 2 oct. 2008, rad. 2002-00034-01 «... **el juez no puede adquirir una jurisdicción que no tiene por el sólo hecho de que las partes acudan a él y guarden silencio sobre la falta de potestad de que adolece para fallar su controversia ...**». (SC9167-2014 de jul 15 2014, rad. n° 08001-31-03-008-2005-00209-01)

En el mismo sentido, antes había expresado:

*Acerca de este último aspecto, del que el numeral primero del aludido artículo 140 señala que el trámite es nulo, todo o en parte, “cuando corresponde a distinta jurisdicción”, ha de recordar la Sala que ha sido entendido como la potestad soberana de impartir o administrar justicia mediante la aplicación del derecho a los casos concretos, función que para su racional ejercicio fue fraccionada por la Carta Política en la ordinaria, la contencioso administrativa, la constitucional y las denominadas especiales, cual se advierte de las normas contenidas en los capítulos 2° a 5° de su título VIII.*

*Por tratarse de una materia estrechamente ligada a la estructura y al funcionamiento del Estado, el tema atinente a la jurisdicción se encuentra regulado por disposiciones que, sin duda alguna, tocan con el interés general y con el orden público; precisamente por esta razón se le asigna a tales preceptos carácter obligatorio y absoluto, aplicabilidad inmediata, de donde su interpretación ha de hacerse de manera restrictiva y limitada, como lo ha señalado la Corporación, entre otras, en providencias de 17 de noviembre de 1938 (G. J., T. XLVII, página 543), 9 de abril de 1956 (G. J., T. LXXXII, 513) y 131 de 8 de noviembre de 2005 (expediente 4000-01).*

*Las anteriores precisiones llevan a sostener, por consiguiente, que las circunstancias que configuran este motivo no albergan la posibilidad del saneamiento, cual se desprende del inciso final del artículo 144, ya que su estructuración contamina, en forma directa y sustancial, el derecho fundamental al debido proceso, de que trata el artículo 29 de la Constitución Política, en especial, lo atinente a la garantía de los principios del juez natural y del derecho de defensa, sin que pueda siquiera pensarse, por tanto, que ellas puedan resultar, en un momento dado, convalidadas por la actuación, activa u omisiva, de los interesados, pues, como lo tiene sentado la Sala, “el juez no puede adquirir una jurisdicción que no tiene por el sólo hecho de que las partes acudan a él y guarden silencio sobre la falta de potestad de que adolece para fallar su controversia” (sentencia de 17 de abril de 1979, no publicada) (CSJ SC de ag 24 2011, rad. 1100131030292005-00551-01)*

Ese «fraccionamiento» de la jurisdicción con el que gráficamente la Corte alude al tratamiento constitucional del asunto, tuvo su reflejo legislativo en la ley 270 de 1996 pues, atendiendo a lo dispuesto en la Constitución en cuanto a las distintas jurisdicciones, además de la ordinaria, precisó que los conflictos de atribuciones que se presentaran entre jueces de distinta especialidad jurisdiccional (jueces de familia y jueces civiles, o jueces laborales y jueces civiles por ejemplo) no era un conflicto de jurisdicción sino de competencia<sup>1</sup>. Tal distinción vino a ser afinada con ocasión del deslinde de las competencias de la entonces denominada jurisdicción de familia, que luego se denominó como especialidad jurisdiccional, frente a la civil. Así, se pronunció la Corte:

<sup>1</sup> El art. 16 de la Ley 270 de 1996, con la modificación que le introdujo el artículo 7 de la Ley 1285 de 2009. Establece, en su inciso segundo: Las Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como Tribunal de Casación, pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos. *También conocerán de los conflictos de competencia que, en el ámbito de sus especialidades, se susciten entre las Salas de un mismo tribunal, o entre Tribunales, o entre estos y juzgados de otro distrito, o entre juzgados de diferentes distritos.*

*“En relación con la falta de jurisdicción como causal de nulidad, es menester recordar que para efectos del racional ejercicio de la administración de justicia, ella, la jurisdicción, se reparte entre diversas “jurisdicciones”. Planteamiento que la Corte presenta de esta manera para denotar de entrada que el término “jurisdicción” es empleado acá en dos sentidos ya que comprende no sólo la función de impartir justicia mediante la aplicación del derecho a un caso concreto (decir el derecho), lo que implica que la jurisdicción sea, en este sentido, una, sino también en ese otro sentido a que atiende la causal 1ª de nulidad, y por el que suele decirse, por ejemplo, que la jurisdicción que más materias abarca es la común u ordinaria, que se ocupa de las controversias civiles, comerciales, familiares, laborales, penales y agrarias, al paso que las demás (contencioso administrativa, constitucional, indígena, etc.) forman cada una compartimentos estancos y distintos entre sí. Esta clasificación de jurisdicción ordinaria o común y demás jurisdicciones (que antes solían denominarse jurisdicciones especiales) es además la que adoptó la Constitución Política dado que en su artículo 234 (capítulo 2 del Título VIII) establece que es la Corte Suprema de Justicia “el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” al paso que en capítulos siguientes de ese título consagra otras jurisdicciones como la contencioso administrativa, la constitucional y otras más, distintas de las anteriores, que cobija bajo el epígrafe de “especiales”.*

*Por tanto, en el evento en que una decisión como la adoptada en este caso fuese del resorte de la “especialidad jurisdiccional” civil –que lo es porque no está contemplado el asunto debatido en el artículo 26 de la ley 446 de 1998-, la irregularidad que debe predicarse es la de una falta de competencia del juez de familia para proveer sobre ella, mas no de una falta de jurisdicción, en la medida en que esta causal de nulidad quedó, por sustracción de materia y ante el querer explícito del constituyente y reiterado en la Ley Estatutaria de la Justicia (ley 270 de 1996), reducida a aquellos casos en que cualquier autoridad de una jurisdicción (y no “especialidad jurisdiccional”, se repite) se arroga la facultad para conocer de un asunto atribuido a otra jurisdicción, como si un juez de la jurisdicción ordinaria (civil, de familia, agrario, penal, laboral) conociera de un asunto deferido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o penal militar, o cualesquiera otra de las ya enunciadas. En otras palabras, a sabiendas de que la jurisdicción es una y así todo juez investido de tal calidad tiene jurisdicción, esa otra acepción del término, que comprende lo que la doctrina suele denominar “la competencia por ramas”, y que era*

*lo que correspondía a la falta de jurisdicción como causal de nulidad insaneable del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, está hoy más reducida, por cuanto al indicarse en la Constitución y la ley que la jurisdicción común u ordinaria se divide en especialidades jurisdiccionales, lo que se hizo fue establecer un género –la jurisdicción común- y varias especies dentro de él –las especialidades jurisdiccionales civil, agraria, de familia, penal y laboral- con lo cual fluye como consecuencia que si una de estas especialidades jurisdiccionales conoce de un asunto atribuido a otra especialidad jurisdiccional del mismo género, la irregularidad es constitutiva de falta de competencia y no de falta de jurisdicción.*

La competencia, de la que se ha indicado, también sin mayores sobresaltos, que atiende a la distribución del trabajo y fue cabalmente definida en el Código Judicial de 1931, como la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República, es “*la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales*” (Mattirolo), complementando Carnelutti el concepto al indicar que la jurisdicción es el género y la competencia la especie. Se trata, en últimas, de un asunto de eficiencia y de eficacia en la administración de justicia, para lo cual el legislador opta por diversos factores.

*“La competencia –ha reiterado la Sala- no es otra cosa que la manera como la ley asigna y distribuye el trabajo judicial para los casos concretos entre los varios jueces o tribunales de una misma jurisdicción, con tal fin el legislador ha tomado en consideración distintos factores, ya por razón de la materia del litigio o por su cuantía (factor objetivo); ora según la calidad o fuero especial de las personas que intervienen en el proceso (factor subjetivo); o bien por el lugar o territorio dónde debe tramitarse el proceso (factor territorial); o, en fin, atiende a la naturaleza*

*de la función que el juez desempeña en un proceso determinado (factor funcional) (AC289-1998 entre muchos otros)*

Este cambio en la concepción de la falta de jurisdicción necesariamente debe tener su efecto en el arbitraje. Pues no solamente no considera la Constitución a este mecanismo de solución de conflictos como una jurisdicción distinta de las que cataloga y sienta sus bases, sino que es la especialidad jurisdiccional civil la llamada a resolver recursos de anulación (art. 161 del decreto 1818 de 1998 y 40 de la ley 1563 de 2012) y de revisión (artículos 166 del decreto y 45 de la ley mencionados) sobre los fallos que los tribunales de arbitraje profiera, denominados laudos arbitrales, cuya materia hubiera sido de su conocimiento, de no mediar el pacto arbitral.

Si ello es así, como en realidad lo es, no puede concebirse que se siga utilizando la causal de nulidad denominada falta de jurisdicción para subsumir en ella el reproche que una de las partes vinculada a una cláusula compromisoria hace a un juez, por la vía de la excepción previa, a efectos de solicitarle que se sustraiga del conocimiento del asunto por la existencia del mentado pacto arbitral.

Es que, bien vistas las cosas, resulta incoherente seguir sosteniendo que la falta de jurisdicción genera una nulidad insaneable, declarable de oficio, y simultáneamente entender que el silencio del convocado tenga la virtualidad de prorrogar la jurisdicción del juez. Se está entonces frente a

un fenómeno de falta de competencia y no de falta de jurisdicción.

La primera defensa con la que cuenta el demandado para hacer valer la cláusula arbitral es la excepción previa, que el legislador de 1971 erigió con fisonomía propia al indicar como una de las que configura esa especie de medida de saneamiento, la existencia de compromiso o cláusula compromisoria (artículo 97, núm. 3), distinta de la falta de jurisdicción y la falta de competencia (numerales segundo y tercero del precepto mencionado).

Si a ello se le suma que, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, *“el juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en...hechos que pudieron alegarse en excepciones previas...”* Y que *“no podrá alegar la causal de falta de competencia por factores distintos del funcional, quien habiendo sido citado legalmente al proceso no la hubiere invocado mediante excepciones previas”*, la incoherencia del planteamiento de la falta de jurisdicción se muestra patente y más bien se acomoda la irregularidad o vicio procesal, se insiste, a una falta de competencia.

La Corte, en casos en donde se ha planteado por parte de un tercero la nulidad del proceso por existir una cláusula compromisoria que sustrae del conocimiento de los jueces ordinarios las disputas referidas a un contrato en el que aquel resultó beneficiario o tercero relativo, ha indicado:

*“De entrada, nota la Corte que el hecho planteado en el cargo primero, con estrictez, no constituye el motivo de nulidad allí invocado, toda vez que al consagrarse de manera específica el compromiso y la cláusula compromisoria como excepción previa autónoma en el numeral 3° del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, se la dotó de entidad propia, esto es, con independencia de la excepción de falta de jurisdicción a que se contrae el numeral 1° de la misma disposición legal, de donde la ocurrencia del primero de esos fenómenos excluye el vicio referido en el numeral 1° del artículo 140 de la misma obra” (SC018-2003 de 19 de febrero de 2003, rad. 6571), la disciplina normativa del negocio arbitral precisa la producción de sus efectos obligatorios entre las partes mas no frente a terceros, extraños o ajenos al pacto*

3. Para la época de celebración del contrato cuya existencia se pidió declarar, como también para cuando se inició el proceso, en materia de arbitraje se encontraba vigente el Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, normatividad incorporada en el Decreto 1818 de 1998 o estatuto compilador de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

*En el citado ordenamiento, se preveía que (artículo 146)”si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente.*

*Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión”.*

*El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con laudo ejecutoriado. Para este efecto, el Presidente del Tribunal comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación. (Artículo 24 Decreto 2279 de 1989).*

En similar medida, y con el fin de salvaguardar los efectos procesales del «pacto arbitral», no obstante haberse utilizado la excepción previa y haber sido esta desestimada, también el precepto 29 de la Ley 1563 de 2012 o actual Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, estableció con mayor contundencia, que *«El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación. – Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y este deberá proceder en consecuencia. – Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez.*

En suma, si bien es cierto que la posición de la Corte Suprema en este proveído es la de entender que la existencia de un pacto arbitral inhibe al juez para conocer de un asunto que tenga campo de acción en el mencionado convenio, y que la actuación de la autoridad judicial no supone falta de jurisdicción si de no existir el convenio era esa jurisdicción la llamada a conocer del asunto, también lo es que para hacer

prevalecer la voluntad de las partes manifestada en el acuerdo o pacto arbitral, cuenta el contratante que advierte el desconocimiento de otro signatario (demandante) aducir tempestivamente la excepción previa para hacer valer la existencia del acuerdo, siendo del caso destacar que si no le es reconocida por el *a quo* ni por el *ad quem*, cuenta con una adicional para hacer valer -antes de la sentencia de primera instancia- la cláusula compromisoria disponiendo los mecanismos de inicio del trámite arbitral mediante la conformación del tribunal correspondiente.

Pero es evidente que quien no demandó no puede verse forzado a tener que demandar por vía arbitral. Debe reconocerse que esa excepción -que entre nosotros tiene existencia propia pues la prevé explícitamente el numeral 3° del artículo 97 del c.p.c y permanece tal consagración en el código general del proceso (art. 100)- de ser ilegalmente denegada, afectaría gravemente el pacto que es ley para las partes, sin contar, la que reclama su cumplimiento, con ningún otro medio de impugnación ordinario. Estima la Corte, en consecuencia, que a pesar de la preindicada autonomía o tipicidad de la excepción previa, ella en sí misma engloba un fenómeno de falta de competencia objetiva *ratione materia*, pues atiende justamente al contenido de la relación sustancial subyacente en la controversia<sup>2</sup> y su subsunción en el acuerdo previo que vincula a las partes (cláusula compromisoria), lo que por vía de la causal quinta puede ventilarse en casación. En ese sentido menester es destacar

---

<sup>2</sup> Morales Molina, Hernando, Curso de derecho procesal civil, parte general, editorial ABC, Bogotá 1991, pág. 36. En el mismo sentido

que nuestro ordenamiento procesal, al consagrar la existencia de cláusula compromisoria o compromiso como excepción autónoma está un paso adelante de otras<sup>3</sup> de Iberoamérica que oscilan entre la falta de competencia o la falta de jurisdicción que deben ser propuestas a la primera oportunidad.

9. Son suficientes las precedentes reflexiones para desestimar el reproche examinado.

### **CARGO PRIMERO**

1. Fundado en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de manera indirecta de los artículos 4°, 968, 1262, 1263 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil, por «*falta de aplicación*», 822, 871, 1317 de aquel estatuto y 1603, 1618, 1619, 1620, 1621 y 1622 del segundo ordenamiento reseñado, por «*aplicación indebida*», como consecuencia de errores de hecho en la valoración de las pruebas, que condujeron a que se declarara la existencia entre las partes de un «*contrato de agencia comercial*».

2. Inicia la exposición la recurrente, relacionando como elementos de convicción erróneamente apreciados, los siguientes:

---

<sup>3</sup> Art. 303 del cpc chileno(excepciones dilatorias); art. 1122 del c de comercio mexicano (excepciones procesales); art. 346 del cpc venezolano (cuestiones previas); artículo 347 del cpc argentino (excepciones previas), art. 63.1 de la LEC española (declinatoria).

a). «Acuerdo de colaboración», de 10 de febrero de 1999, que contiene directrices generales fijadas por «Fagor Industrial S.A.», para vender en el país los productos de la marca «Fagor», «de manera directa y/o a través de cuatro distribuidores, y ofreciendo capacitación comercial y técnica, así como la sala de exhibición en la ciudad de Medellín (...) [así como] la posibilidad de que los distribuidores puedan eventualmente fabricar los productos, con unas condiciones financieras respecto de los clientes y el apoyo en asistencia técnica»; por lo que se estima, que «la voluntad inequívoca de las partes desde ese instante era el de colaborar (...) en la distribución de productos bajo unas precisas condiciones (...),[y] el inicio de una relación comercial con unas reglas específicas», no atinentes a la agencia comercial.

b). «Contrato de comodato precario», de 23 de abril del citado año, en el que se estipuló «la entrega al comodatario (Las Viviendas Sociedad Ltda.) a título de préstamo, de equipos para cocinas industriales por parte del comodante (Fagor Industrial S.A.), para el desarrollo y cumplimiento del contrato de distribución celebrado entre las partes», previéndose que el «comodatario» tenía a su cargo la custodia y seguros de los equipos, al igual que a su finalización podía devolver o comprarlos.

c). «Contrato de distribución», de 21 de abril de 2001, en el que se advierte que «Las Viviendas Sociedad Ltda., no es el único distribuidor», señalándose que quien actúe como tal «deberá comprar únicamente al proveedor los productos señalados en el anexo número 1, en el territorio señalado (...)».

característica propia de un convenio de esa especie, mas no del declarado por el Tribunal.

En los puntos 1.1 y 1.2 del documento, se hace el reconocimiento del proveedor y se determina que para la venta de sus productos cuenta con «*amplia red comercial propia de delegaciones y filiales*», y que en algunos países se realizan tales operaciones por intermedio de distribuidores.

En el numeral 2.4 se concede al «*distribuidor*» autorización para la utilización de «*marcas o logotipos*», aduciendo que esa situación «*es muy común entre suministradores, distribuidores y prestadores de servicios*», por lo que no podía interpretarse que «*dicha facultad únicamente es propia de los agentes comerciales*»; además tanto el mercadeo como la promoción de los «*productos Fagor*» los hacía el «*proveedor*», quien para el efecto prestaba asesoría técnica y el suministro documental necesario, acotando que en avisos publicitarios, el «*distribuidor*» debía señalar ese carácter.

También se reproduce la cláusula 5<sup>a</sup> atinente a los derechos del «*distribuidor*», la que cataloga típica de esa modalidad de convenio; así mismo la 12 denominada «*cláusula compromisoria*», y la titulada «*contrato total*» en la que se alude a que tal instrumento integra el acuerdo definitivo y único, el que «*deroga cualquier otro contrato y acuerdo vigente*».

Se resalta que bajo los términos del citado negocio jurídico se rigieron las relaciones entre el 21 de abril de 2001 y el 1° de mayo de 2003, cuando se terminó el vínculo, respecto del cual las «partes» tuvieron plena claridad, sin que hubiere existido, como lo asevera de manera forzada el juzgador, «un velado contrato de agencia mercantil», ya que las probanzas apuntan a la ejecución de un «contrato de distribución»; además porque desconoció que «la actividad del agente comercial debe tener una entidad que implique un beneficio económico importante para las partes», precisando que no solo se trata de una situación de figuración o el querer desempeñar aquel rol, pues debe tener la connotación de distinguirse de la actividad que desarrollan «los distribuidores, suministradores o mandatarios».

d). Documento de «modificaciones al contrato de distribución» de 1° de mayo de 2002, en el que presenta nueva lista de precios, se reiteran condiciones financieras y de pago, facultándose al «distribuidor» a fin de atender de forma exclusiva clientes del «proveedor», tales como «Crepes & Waffles, Donucol, Carulla, Carrefour y Mc Donals», y se incluyeron unas obligaciones específicas a cargo del «distribuidor», que no son propias de la «agencia comercial», como la autorización del «proveedor» para adquirir compromisos, cumplir con la meta anual de negocios, enviar informes mensuales a aquel en cuanto a ventas, pedidos y cartera, reservándose el derecho de prestar directamente asistencia técnica.

e). Dictamen preparado por el perito Rafael Peña Gómez, en el que se verificó la cancelación al «*distribuidor*» de las comisiones convenidas, haciendo alusión a la información examinada, condensándola en estadísticas que revelan «*la real capacidad de ventas que tenía el distribuidor Las Viviendas dentro del consolidado general de ventas de Fagor Industrial S.A.*», de donde deduce que es equivocada la presunción de que la actividad del «*distribuidor*» había contribuido al incremento de las negociaciones o a la búsqueda y hallazgo de nuevos clientes, pues «*el porcentaje de ventas de la demandante es mínima para aquellos años en que mantuvo relaciones comerciales con Fagor Industrial S.A.*», inclusive el nivel de operaciones de esta empresa en Bogotá es muy superior a la alcanzada por el «*presunto agente comercial*».

f). Peritación elaborada por Adolfo Tapias Poveda, el que señaló en cuanto a las transacciones comerciales que «*no se estableció contablemente que las mismas tuvieran como causa una agencia comercial*», agregando que «*se registraron ventas exactamente igual a la de otros compradores de la firma Fagor por esa misma época. De igual forma ocurre al constatar los soportes de los registros contables*»

Se enfatiza que los citados dictámenes cumplen los requisitos de firmeza, precisión y calidad de los fundamentos y, que a pesar de haber sido emitidos en épocas distintas, son coincidentes en las inferencias en cuanto a la intención de la relación comercial, que es la misma vertida en los contratos reseñados, relativa a la de ser los actores

«distribuidores», y que el Tribunal se refirió a los mismos solo para examinar lo atinente a la indemnización, restringiendo su contenido, incurriendo en yerro, toda vez que los conceptos de los expertos fracturan *«la intención de los demandantes por hacer aparecer ante los ojos del juzgador un supuesto contrato realidad de agencia comercial, desnudándose (...) [su] verdadera condición y capacidad (...) como distribuidores»*.

g). Testimonio de Carlos Aurelio Barragán Martínez, quien desde 1977 se desempeña como distribuidor de *«Fagor Industrial S.A.»*, participando en numerosas ferias exhibiendo productos de dicha empresa, y conoció en esa misma condición a compañías reconocidas como Surtihoteles Ltda., Joserrago, Javar y Pallomaro e informó que *«en los años 1998 a 2004, Fagor Industrial desarrollaba directamente las gestiones de promoción de sus productos y que nunca conoció que los demandantes ejercieran facultades de representación de Fagor en Bogotá o en Colombia»*, sin que hubiere sido evaluado en su real importancia.

h). Declaración de José Eduardo Ramírez Serna, cuya estimación se pretirió, habiendo manifestado que *«conoció a Eduardo Peña Gómez como uno de los distribuidores de Fagor Industrial S.A.»*, que estuvo en el local donde exhibía *«productos Fagor»*, *«junto con unos avisos de distribución de tejas plásticas»*, y para entonces él recibía en consignación algunas máquinas y fue a ver cómo lo hacía *«Las Viviendas»* y el arquitecto Peña, habiéndole también vendido mercancías de su empresa para la reventa, lo que evidencia que también

actuaba como «*distribuidor de otros productos y marcas*», y de ahí deduce que exterioriza claridad en cuanto a las relaciones comerciales de los actores con la accionada.

i). Igualmente se asevera que el *ad quem* omitió valorar los siguientes documentos: (i) solicitud de «*Las Viviendas Sociedad Ltda.*», para que «*Fagor Industrial S.A.*» le expidiera con destino a la Embajada de los Estados Unidos, constancia sobre su condición de «*distribuidor*»; (ii) certificado de la demandada acerca de que «*Las Viviendas Sociedad Ltda. está formalmente autorizada, a vender los productos marca Fagor obrando en calidad de distribuidor, figura que está legalmente amparada bajo un contrato de distribución, con el cual se apoya y respalda por parte de Fagor Industrial, su actividad comercial*», precisando que tenía vigencia hasta el 1° de mayo de 2003; (iii) comunicación de 29 de noviembre de 2002, remitida por la convocada al litigio, expresándole su beneplácito al «*distribuidor*» por la venta de un equipo, y le expuso que «*para continuar con la operación y entrega de equipos, es fundamental que ustedes se encuentren a paz y salvo con Fagor Industrial, de tal forma que no haya facturas vencidas pendientes de pago, estén hechos los anticipos correspondientes a las órdenes de compra cursadas y hacer el anticipo correspondiente a esta operación*», y (iv) facturación expedida por «*Fagor Industrial S.A.*», a «*Las Viviendas Sociedad Ltda.*», en su condición de «*distribuidor*», por transacciones respecto de «*equipos y otros elementos*», aportadas por el perito Rafael Peña Gómez, al igual que los instrumentos allegados por el experto Adolfo Tapias Poveda.

3. En la demostración del embate se pone de presente que el juzgador dedujo la existencia de un «*contrato de agencia comercial*», al hallar acreditados sus requisitos esenciales, presentándose una verdadera contraevidencia porque las pruebas muestran que *«las partes desarrollaron en efecto una relación comercial de distribución y que, con toda seguridad, nunca jamás se establecieron los determinados elementos esenciales de una agencia comercial»*, y que obnubilado por esa creencia *«llegó a entender ciegamente que, aún por encima del propio contenido y claridad del contrato, la voluntad de las partes era ‘velada’, esto es, como para creer que se habían puesto de acuerdo en firmar un contrato de distribución, cuando en verdad querían uno de agencia comercial»*, lo que no se compadece con el contenido de los medios de convicción, y de otro lado, significaría que actuaron de mala fe; además el señalamiento de que la voluntad expresada en el formalmente denominado «*contrato de distribución ‘... no podía primar al subyacer una velada intención de las partes’*», carece de prueba.

4. En cuanto a la interpretación de las cláusulas del convenio, sostiene que en virtud de la presunción de buena fe, no puede exceder el contenido material expreso, y de esa manera se evitan las conjeturas y el menoscabo del verdadero espíritu con el que las partes quisieron desarrollar sus relaciones comerciales.

Luego de reproducir parcialmente jurisprudencia de la Corte acerca de la señalada actividad, afirma que la hermenéutica desplegada por el Tribunal no es acertada,

toda vez que *«los contratos celebrados legalmente entre las partes contienen la voluntad inequívoca de ejecutar una distribución, esto es que se desarrollaron conforme a sus previsiones»*, y refuerza el argumento exponiendo en detalle las acciones que con ocasión de tales negocios se ejecutaban.

5. Cuestiona las inferencias relativas al primer elemento *«contrato de agencia comercial»* que halló acreditado el juzgador, esto es, *«la independencia de la actividad del agente»*, a partir del hecho de que el arquitecto *«Peña Gómez»* tomó en arrendamiento un local, puesto que no se detuvo a examinar que lo hizo con mucha antelación a la iniciación del vínculo con *«Fagor Industrial S.A.»*, además que tenía por objeto *«la distribución y venta de materiales de construcción»*, y en punto de que contaba con su propio personal, no es cierta tal afirmación, porque *«Fagor Industrial dirigía y señalaba directrices al distribuidor acerca de la manera de efectuar su gestión comercial»*, labor que estaba supervisada.

Como evidencias de esa situación de control alude a las siguientes comunicaciones remitidas por *«Fagor Industrial S.A.»*: (i) correo a los distribuidores, de 25 de abril de 2000, *«donde coordina todas las gestiones de los mismos, hasta venir a Bogotá a buscar un nuevo local comercial»*; (ii) mensajes a *«Eduardo Peña»*, de 8 de mayo y 17 de febrero de la citada anualidad, expresándole en el primero la decisión de *«no arrendar ningún local por parte de Fagor»* y en el segundo indicándole que *«no debe comercializar productos de lavandería»*; (iii) cartas con destino a *«Las Viviendas»*, de 30 de junio de 1999, generándole instrucciones sobre las

ventas; de 23 de mayo de 2002, autorizando un descuento especial a «Carrefour»; de 29 de noviembre de 2002, concediéndole mayores rebajas, y de 11 de junio del mismo año, recordándole el envío de informes cada mes; adicionalmente un mensaje de 28 de junio de 2001, ilustrándola sobre cómo actuar frente a algunos clientes; (iv) también sostiene, que el proveedor cubría los gastos del «distribuidor», según los documentos aportados con el dictamen elaborado por Rafael Peña Gómez, en el anexo tres.

6. Respecto del requisito de la «*estabilidad de la actividad del agente*», afirma la censura que es confundida con la correspondiente a la ejecución del «*contrato de distribución*», y citando los folios donde aparecen los documentos aludidos por el *ad quem*, sostiene que «ninguno de ellos apunta a la finalidad que el Tribunal supuso demostrada», hallando - por el contrario - misivas en donde «Fagor Industrial S.A.» emite instrucciones al «distribuidor», a fin de que actúe dentro de esos lineamientos, señalando condiciones para el despacho de mercancías, etc.

7. Con relación al presupuesto del «*encargo de promover y explotar negocios*», arguye que se consideró probado con base en la «*respuesta a peticiones de los clientes conocedores de la marca Fagor y que buscan información a través del distribuidor*», situación esta que es común en los «*convenios de distribución*», y no tiene el alcance de «*una verdadera promoción y gestión de agencia comercial*», basta observar para descartarlo, las pocas compras que se concretaron, al igual que el monto mínimo de las mismas, en comparación

con las transacciones realizadas en Bogotá, como en el resto del territorio nacional, y en lo atinente con el uso de logotipos y publicidad *«correspondía a una autorización que como proveedor se otorgó al distribuidor en el contrato de distribución suscrito el (...) 21 de abril de 2001 (cláusula 2.4)»*.

8. Sobre el tema de la *«remuneración del agente por el empresario»*, se precisa que lo incorporado son los comprobantes de pago de las comisiones en virtud del *«contrato de distribución»*, lo que aceptaron las partes, sin que ello implicare remuneración como *«agente comercial de Fagor Industrial S.A.»*.

9. En lo atinente al supuesto de la *«actuación del agente por cuenta del empresario»*, aunque no se encontró claridad acerca de la adquisición por *«Las Viviendas Sociedad Ltda.»* de los equipos vendidos por *«Fagor Industrial S.A.»*, de las pruebas allegadas se deduce esa clase de transacciones, tanto así que en misiva del 29 de noviembre de 2002, esta le expresa a aquella su beneplácito por concretar la venta de un equipo, precisándole que *«para continuar con la operación y entrega de equipos, es fundamental que ustedes se encuentren a paz y salvo (...), de tal forma que no haya facturas vencidas pendientes de pago, estén hechos los anticipos correspondientes a las órdenes de compra cursadas y hacer el anticipo correspondiente a esta operación»*; así mismo, lo revelan las facturas aportadas con el dictamen elaborado por Rafael Peña Gómez (anexo cuatro del escrito de complementación), por lo que es contrario a la realidad la deducción del juzgador.

10. Finalmente reflexiona el casacionista que la infracción de las normas sustanciales por él reseñadas, derivó de haber entendido el Tribunal que «*la voluntad e intención de las partes se dirigió a la celebración de un contrato de agencia comercial*», lo que resulta contraevidente, dado el contenido y alcance de los «*convenios de distribución*» válidamente celebrados, al igual que las demás probanzas incorporadas.

11. En consecuencia, se solicita casar el fallo impugnado y en la sentencia sustitutiva se confirme el emitido por el *a-quo*.

### **CONSIDERACIONES**

1. Se rememora que los actores solicitaron declarar la existencia de un «*contrato de agencia comercial*», que en su condición de «*agentes*» celebraron con la sociedad «*Fagor Industrial S.A.*», en calidad de «*agenciada*», que tuvo por objeto promover y acreditar la marca «*Fagor*», y debido a la «*terminación injusta y unilateral*» por el empresario, se pidió imponerle el pago de comisiones pendientes, junto con intereses moratorios comerciales, regalía e indemnización legalmente establecida, con la respectiva corrección monetaria.

El Tribunal despachó de manera favorable la reseñada pretensión, al inferir de las probanzas que la voluntad velada de las partes había sido la de ajustar un «*contrato de agencia*

*comercial*» y, se abstuvo de acceder a imponer las condenas dinerarias reclamadas, aduciendo la falta de demostración del monto de las mismas.

Por su lado, la accionada cuestiona el fallo básicamente porque el *ad quem* incurrió en «*error de hecho*» al omitir la valoración de algunos medios de convicción, y al haber examinado otros de manera inadecuada, derivando de ahí el reconocimiento del acuerdo en mención, cuando en realidad el que se concretó fue de «*distribución*», según las evidencias incorporadas.

2. En ese contexto, se precisa que al tenor del artículo 1317 del Código de Comercio, el «*contrato de agencia*» se caracteriza porque «*(...) 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.*

Conforme a la citada disposición se tiene, que el objeto del contrato ahí reseñado se concreta al desarrollo por el «*agente*» del encargo hecho por el «*empresario*» con relación a labores de promoción o explotación de sus negocios mercantiles, como también de fabricación o distribución de sus productos, sin comprometer su independencia como comerciante, de tal manera que podrá valerse de su propia

red de establecimientos de comercio, y del personal vinculado a los mismos, a fin de llevar adelante ese conjunto de actividades tendientes a dar a conocer los respectivos productos, acreditar la marca, propiciar la penetración o ampliación del mercado, incrementar las ventas, entre otras, para beneficio del «agenciado», y a cambio de una comisión o regalía para el «agente».

3. Esta Corporación en la sentencia CSJ SC, 10 sep. 2013, rad. 2005-00333-01, acerca del mencionado convenio, sentó las reflexiones que a continuación se reproducen:

- a). *Que como su objeto es 'promover o explotar negocios' del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.*
- b). *Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente.*
- c). *Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem.*
- d). *Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales.*

*e). Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional.*

*De los anteriores condicionamientos cobra relevancia el que la actuación del agente es por cuenta ajena, en vista de que el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado, mientras que por sus labores de conexión aquel recibe una remuneración preestablecida.*

*Ese aspecto aleja a la agencia comercial sustancialmente de los vínculos en que el intermediario adquiere los productos para la reventa, en los cuales éste, en uso de sus habilidades, saca provecho de la diferencia de precios de compra y enajenación, corriendo los riesgos de cartera propios de quien ejerce actividades de comercio.*

*En ese sentido señaló la Corte que '[s]i el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, significa que actúa por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones. De ahí que la clientela conseguida con la promoción y explotación de los negocios le pertenezca, pues, insístase, el agente sólo cumple la función de enlace entre el cliente y el empresario. 'El agente comercial, precisó esta Sala en fallo proferido el 2 de diciembre de 1980, en sentido estricto, es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo (...) El encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es promover y explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario' (...) Que el*

*comerciante actúa por cuenta del empresario es cuestión que corrobora el hecho de que perciba una remuneración por su gestión, amén de que sea titular del derecho de retención sobre los bienes o valores de éste que se hallen en su poder o a su disposición, privilegio que le reconoce el artículo 1326 del Código de Comercio (...) Trátase, en verdad, de una característica relevante, habida cuenta que permite diferenciarlo de otros acuerdos negociales, como el suministro y la concesión, en los que el suministrado y el concesionario actúan en nombre y por cuenta propia, razón por la cual la clientela obtenida al cabo de su esfuerzo les pertenece, y son ellos quienes asumen los riesgos del negocio, de manera que no devengan remuneración alguna, entre otras cosas, porque las utilidades derivadas de la reventa les pertenece' (sentencia de 15 de diciembre de 2006, exp. 1992-09211-01).*

*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.*

*Al respecto la Corte precisó que 'no obstante la autonomía de que goza la agencia, la característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, 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 tendrá que ser inequívoca. De suerte, que una persona bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad también puede la misma recibir el especial de promover y explotar los negocios del empresario ora como representante o agente, pero en virtud de un contrato de agencia (...) Los requisitos*

*mencionados para la configuración del indicado acuerdo de voluntades son concurrentes, esto es, deben aparecer todos para que puede predicarse válidamente su configuración, ya que la falta de uno de o varios de ellos implica necesaria y fatalmente que tal convención no existe o que degenera en otro acuerdo de naturaleza diferente' (sentencia de 4 de abril de 2008, exp. 1998-00171-01).*

Igualmente, en el fallo CSJ SC, 24 jul. 2012, rad. 1998-02154-01, se memoró:

*La Corte ha estudiado esa convención en múltiples providencias, entre ellas los fallos dictados el 15 de diciembre de 2006, 1° de diciembre de 2011 y 27 de marzo de 2012, dentro de los expedientes Nos. 1992 09211, 1999 01889 01 y 2006 00535 01, en los que, en síntesis, expuso:*

*De acuerdo con la normatividad que regula el mentado pacto (artículo 1317 al 1331 ibídem), su objeto es 'la promoción o explotación de los negocios del agenciado', labor que presupone, en términos generales, un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel.*

*La actividad es ejecutada en favor de quien confirió el encargo y, por tanto, el agente actúa por cuenta ajena, percibiendo en contraprestación una remuneración que, en principio, depende de los negocios celebrados; empero, los efectos económicos de su gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, quien hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que arrojen tales operaciones, como también la clientela conseguida con ellas, cuestión que justifica el reconocimiento de la prestación e indemnización contemplada en el artículo 132[4] ejusdem.*

*El agente obra con independencia y autonomía, por cuanto asume 'la promoción y explotación de la actividad' del otro contratante sin estar subordinado a éste, ni hacer parte de su organización. De ahí que está facultado para diseñar los métodos de trabajo, designar colaboradores, y en fin para adoptar las decisiones que competan con el cumplimiento del encargo; sin embargo, el agenciado puede impartirle ciertas instrucciones (artículo 1321 del estatuto mercantil), relativas a las condiciones de la ejecución del pacto, sin que ello atente contra las susodichas potestades.*

*Otra particularidad de la referida convención es la estabilidad, la cual comporta que la intermediación quede atada a la promoción del negocio del empresario en general y no circunscrito a la celebración de uno específico; además, implica la continuidad en el ejercicio de la tarea encomendada, pues sólo así el agente logrará la consecución e incremento de la clientela.*

*El compromiso adquirido por el comerciante lo cumple en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, elemento fundamental para la efectividad de la exclusividad que a favor del agente consagra el artículo 1318 de la prenombrada codificación, amén que permite imponer la remuneración prevista en el artículo 1322 ibídem.*

4. En lo concerniente a hermenéutica de las estipulaciones contractuales, la que guarda relación con aspectos tratados por la impugnante, valga traer a colación lo dicho por esta Corporación en reciente pronunciamiento, CSJ SC, 5851-2014, rad. 2007-00299-01, en el que reiteró:

*(...) la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la '...cordura, perspicacia y pericia del juzgador' (CVIII, 289), a su 'discreta autonomía' (CXLVII, 52), razón por la cual, el resultado de ese laborio 'no es susceptible de*

*modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho' (CXLII, 218 Cfme: CCXL, 491, CCXV, 567)'.*

*'Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, per se, tenga plena o irrestricta libertad para buscar la communis intentio de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete'.*

*(...)*

*'(...) Ahora bien, el criterio basilar en esta materia –más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras', en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán 'por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra'.*

*'Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de*

*los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, 'la letra mata, y el espíritu vivifica'.*

*'El mismo artículo 1622 –ya citado- sienta otras reglas más de acentuada valía, como aquella que prevé que 'las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad', en clara demostración de la relevancia que tiene la interpretación sistemática y contextual, brújula sin par en estos menesteres'.*

*'O, en fin, la contemplada en el artículo 1621, que dispone que cuando no aparezca 'voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato', sin dejar de tener su propia fuerza y dinámica, en veces definitiva para casos específicos, la asentada en el artículo 1620, según la cual, 'el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno', lo que significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría –o cercenaría- efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina'.*

*'(...)*

*'(...) tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios – o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, 'los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de*

*buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural' (...), o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aún la exenta de culpa' (Sent. Cas. Civ. 28 de febrero de 2005, Exp. No. 7504).*

5. Así mismo, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la labor que debe desplegar el funcionario judicial en el evento de no existir claridad en cuanto a la naturaleza jurídica del vínculo contractual utilizado para la actividad de intermediación comercial, y en tal sentido, en fallo CSJ SC, 27 mar. 2012, rad. 2006-00535-01, se expuso lo siguiente:

*(...) A pesar de que las diferentes manifestaciones, por sus coincidencias, pueden llegar a crear confusiones respecto a la verdadera esencia de lo pactado entre el empresario y su distribuidor, el hecho de que en un momento dado se convenga una determinada actividad puede estar fuera de contexto frente a la forma como se lleve a cabo, pues en últimas es esta la que delimita los reales alcances del nexa.*

*En tales casos, cuando surgen diferencias que son sometidas al arbitrio judicial, surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se la haya asignado, dejando el camino despejado de dudas, sin que para ello sea indispensable que quien formule el libelo invoque la existencia de acuerdos simulatorios como paso previo al reconocimiento de los derechos en su favor y las obligaciones a cargo. Ese proceder, a pesar de ser viable, se hace innecesario si se tiene en cuenta que el calificativo, erróneamente acordado o impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de*

*acción sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica.*

*Sobre este punto la Corte tiene precisado que 'es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-. (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligatorio que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. (...) Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos. (...) Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la*

*denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partis quam verbis discernuntur), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica' (sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 2000-01474).*

*Por tal razón, cuando un nexo de esa índole se hace constar por escrito y se aduce que éste no contiene la real voluntad de los concertantes o que simplemente el apelativo dado para identificarlo no corresponde al contenido de sus estipulaciones, es imprescindible hacer un contraste entre ambas figuras para que, dejando de lado los puntos en que convergen y delimitadas sus divergencias, se encamine el esfuerzo probatorio a develar la presencia de estas últimas en la forma como se desarrollan las relaciones entre sus intervinientes, sin que se requiera de un pronunciamiento previo sobre la existencia de un concierto simulatorio.*

6. Los anteriores precedentes clarifican el contexto teórico que guarda relación con el negocio jurídico cuya existencia declaró el juzgador *ad quem*, al igual que con el tema a probar, y orientan la labor de verificación del «*error de hecho manifiesto*» en que se fundamenta el cargo examinado.

Así las cosas, primeramente se debe precisar que el señalado dislate se caracteriza porque en la apreciación de los elementos de juicio que hacen parte del acervo probatorio, el juzgador tergiversa el sentido de las ideas en ellos plasmadas o contenidas, o ensancha, o limita su alcance

demostrativo, o pretermite total o parcialmente su examen, con repercusión de tal circunstancia en las conclusiones sustento de la decisión adoptada, y para que alcance prosperidad se requiere además de ser manifiesto, que tenga trascendencia y sea demostrado.

Sobre el entendimiento jurídico del aludido yerro, la Corte en fallo CSJ SC10298-2014, rad. 2002-00010-01, expuso:

*El error por valoración errónea de los medios de convicción, recae sobre su contemplación física, material u objetiva, y ocurre por preterición, suposición, alteración o distorsión de su contenido en la medida que se atribuye un sentido distinto al que cumple dispensarles. Dicho de otra forma, la equivocación se produce cuando el juzgador 'ha visto mucho o poco, ha inventado o mutilado pruebas; en fin, el problema es de desarreglos ópticos'. (CSJ CS. Sentencia de 11 de mayo de 2004, Radicación n. 7661).*

*En tal virtud, para que se presente, es necesario 'que al primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso' (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01), 'que repugna al buen juicio', es decir, que 'el fallador está convicto de contraevidencia' (sentencias de 11 de julio de 1990 y 24 de enero de 1992), por violentar 'la lógica o el buen sentido común' (CCXXXI, 644), 'tan evidente, esto es, que nadie vacile en detectarlo, que cuando apenas se atisba como probable o posible, ya no alcanza para el éxito de la casación, porque, como lo tiene averiguado la Corte, 'la duda jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes discrecionales del sentenciador (XLV, 649)'...' (CCXXXI, p. 645. Reiterado en Cas. Civ. de 19 de mayo de 2011. Exp. 2006-00273-01).*

*Por ello, la imputación debe contener 'argumentos incontestables' (Sent. cas. civ. 22 de octubre de 1998), 'tan concluyentes que la sola exposición del recurrente haga rodar por el piso la labor probatoria del Tribunal' (Sent. de 23 de febrero de 2000, exp. 5371), sin limitarse a contraponer la interpretación que de las pruebas hace el censor con la que hizo el fallador porque, por más razonado que ello resulte, sabido se tiene 'que un relato de ese talante no alcanza a constituir una crítica al fallo sino apenas un alegato de instancia' (sentencia 056 de 8 de abril de 2005, exp. 7730).*

7. Al analizar lo sostenido por el Tribunal, lo mismo que el contenido material de los medios de prueba que se denuncia fueron apreciados de manera errónea, al igual que los dejados de valorar, siguiendo la argumentación plasmada por la impugnante, se deduce que no demostró el desatino sustento de la acusación, permaneciendo incólumes las inferencias con base en las cuales se reconoció la existencia del «contrato de agencia comercial».

a). Al respecto, obsérvese que el juzgador de segundo grado consideró satisfecho el requisito atinente a la «independencia de la actividad del agente», al verificar que «Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas Sociedad Limitada», contaban con un local tomado en arrendamiento para su actividad comercial, la que desarrollaba con personal propio (en su gran mayoría familiares).

A su vez, la recurrente aduce que el error surge por no haberse advertido que el «local comercial» fue tomado en

alquiler con mucha antelación al inicio de las relaciones mercantiles de los antes nombrados con «*Fagor Industrial S.A.*», y que estaba destinado a la «*distribución y venta de materiales de construcción*».

Como podrá advertirse, tales argumentos no se oponen ni desvirtúan las deducciones del *ad quem*, por el contrario, reafirman que los actores sí poseían su propio establecimiento de comercio, y de otro lado se aprecia, que la recurrente no explica la incidencia que pudo tener el aspecto de la «*destinación*» del inmueble estipulada en el «*contrato de arrendamiento*», en el desarrollo de las actividades originadas en el convenio celebrado con «*Fagor Industrial S.A.*», y las circunstancias reveladas parecieran indicar que ninguna obstrucción generó, porque inclusive se acreditó que en dicho local fueron exhibidos los elementos por aquella entregados a título de «*comodato precario*», y también desde ese lugar se desplegaron todas las acciones concernientes a la relación comercial que concertaron, por lo que no se vislumbra evidencia alguna que desvirtúe el requisito de la «*independencia en la actividad del agente*».

b). Con relación a la aseveración del juzgador, en punto de que los «*agentes*» gozaban de «*autonomía en cuanto a horarios, gastos y actuaciones, pues no hay prueba alguna de que ello estuviera regulado, ordenado o limitado por Fagor Industrial S.A.*», tampoco se desvanece ante la existencia de algunos correos electrónicos y misivas por aquella remitidos a «*Eduardo Peña y/o Las Viviendas Sociedad Ltda.*», como lo aprecia la recurrente, porque en principio, cabe entender que

tales comunicaciones solo aluden a instrucciones para la ejecución de la labor por aquellos desempeñada en la comercialización de los productos, las que de conformidad con el artículo 1321 del Código de Comercio, son admisibles en el ámbito del «*contrato de agencia comercial*», y es que la impugnante no profundiza en sus argumentaciones a fin de acreditar que dicha correspondencia tuviera una connotación distinta a la reseñada, y de esa manera poder desdibujar el requisito en mención.

c). Respecto de los «*gastos*» que afirma la atacante extraordinaria sufragaba la compañía «*Fagor Industrial S.A.*», en desarrollo del convenio existente con el denominado por ella «*distribuidor*», sobre los cuales supuestamente versan «*los documentos aportados en el anexo 3 del dictamen presentado por el perito Rafael Peña Gómez*», cabe acotar, que además de omitir exponer la razón o explicar el sentido o la manera como esa situación puede enervar el concepto de «*autonomía del comerciante*» que interviene como parte en un «*contrato de agencia comercial*», no se ocupa de identificar tales instrumentos ni especifica el componente de dicho rubro.

Además, al tenor del precepto 1323 del Estatuto Mercantil, en el referido negocio jurídico, aquella especie de expensas es factible que por acuerdo entre los contratantes, el «*empresario agenciado*» asuma la obligación de su reembolso, por lo que no subyace en la señalada circunstancia, un elemento que denote la imposibilidad de subsistir la citada modalidad de contrato.

d). Acerca del presupuesto de la «*estabilidad de la actividad del agente*», el sentenciador lo dio por demostrado a partir de constatar que la relación comercial perduró más de cuatro años, puesto que inició el 10 de febrero de 1999 cuando suscribieron el «*acuerdo de colaboración*», y finalizó el 1º de mayo de 2003, al producirse la terminación unilateral.

Por su lado, el casacionista se limita a sostener que la «*estabilidad*» fue confundida con la «*ejecución de los contratos de distribución*», y también expresa que los escritos contentivos de las comunicaciones a que antes se hizo mención, corresponden a instrucciones impartidas por «*Fagor Industrial S.A.*» a su «*distribuidor a efectos de que actúe dentro de esos lineamientos*» y a «*condiciones para el despacho de mercancías*».

Frente a tales cuestionamientos, se aprecia, primero, que se plantea una inconformidad con el entendimiento conceptual del citado presupuesto, tanto así que la impugnante arguye que la «*estabilidad*» no fue diferenciada de la «*actividad de ejecución*», y no se da a conocer la base probatoria de tal aseveración; segundo, que no se exponen argumentos tendientes a demostrar, con apoyo en los elementos de juicio incorporados, que durante el período señalado por el Tribunal, la labor de «*Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas Sociedad Limitada*», en lo concerniente al desarrollo sucesivo de actividades de promoción o explotación de negocios por cuenta y en beneficio de «*Fagor Industrial S.A.*», no tuvo estabilidad; tercero, que a pesar de increpar en cuanto a que los documentos mencionados por

el sentenciador, aluden es a las *«instrucciones»* por aquella impartidas al *«distribuidor»*, no despliega labor argumentativa a fin de acreditar que con las mismas se desvirtúan las circunstancias de las que el *ad quem* dedujo la permanencia y secuencia en las acciones del *«agente»*, tornándose insuficiente para demostrar el yerro fáctico la simple afirmación de que la correspondencia tenía por destinatario un *«distribuidor»*, dado que la gestión por este cumplida, no es incompatible con la existencia de un *«contrato de agencia comercial»*, porque además de las *«actividades de promoción»* encargadas al *«agente»*, es posible que también se haya acordado la *«explotación de los negocios»*, lo que está autorizado para el *«agente»* por el artículo 1317 del Código de Comercio.

Como podrá advertirse, ha quedado sin evidenciar el dislate, en lo atinente al reseñado requisito.

e). Respecto del presupuesto relativo al *«encargo de promover y explotar negocios»*, recuérdese que el fallador *ad quem* interpretó consistía en la *«preparación del negocio por el agente (promover) y su concreción o perfeccionamiento (explotar)»*, y lo estimó probado con apoyo en las documentales allegadas por ambas partes, deduciendo que desplegaron acciones para alcanzar negocios, entre otros, con el *«Colegio Bethlemitas, Colegio Mayor de San Bartolomé, Aurora Cifuentes, Castellana, Donucol Ltda., Hermanas de los Ancianos Desamparados, Group Seb, C.B.R. Restaurant Depot S.A., Dossarq, Hostal Da Pireto, Rey del Pollo, D'agostino, Gun Club, Gimnasio Fontana, Newell Sanford, Didemas, -negocios*

*que en la mayoría de los casos fueron concretados, lo que se acredita con las diversas facturas y pagos obrantes en autos, e intervinieron en la concreción de negocios con entidades como Almacenes Éxito y Cadenalco (...)*».

En tanto que la impugnante pretende probar el error fáctico, argumentando que dichos instrumentos «son respuesta a peticiones de los clientes conocedores de la marca Fagor y que buscan información a través del distribuidor», y que tal actividad no tiene el alcance de una «verdadera promoción y gestión de agencia comercial», dadas las pocas negociaciones que se concretaron, de donde concluye que resultaron irrisorias las ventas efectuadas en Bogotá.

Es notorio que frente al citado requisito, tampoco asume la recurrente la carga de confutar los aspectos axiales en que funda el Tribunal la mencionada inferencia, pues para el efecto, debió demostrar la ausencia de los supuestos de hecho que pudieran estructurar el adelantamiento por los actores de acciones de promoción, o de explotación de los negocios propios de la actividad de «Fagor Industrial S.A.».

Obsérvese, que el juzgador de segundo grado relacionó varios eventos que apreció se produjeron como fruto de la labor que en su condición de «agentes» realizaron «Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas Sociedad Limitada», y la impugnante no se ocupó de analizar los respectivos elementos de juicio, para evidenciar la forma como se produjo el «error de hecho».

Y el argumento de que las comunicaciones en cuestión, solo constituyen respuestas a inquietudes planteadas por algunos clientes al «*distribuidor*», se queda en una simple afirmación, dado que no explica con base en el acervo probatorio, el contexto en que las mismas se emitieron, y de esa manera poder dejar al descubierto que los accionantes no operaban como lo dijo el *ad quem*, esto es, en calidad de «*agentes*», sino en la que les atribuye la censura.

f). Acerca de la «*remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario*», fue enfático el Tribunal en señalar que la retribución económica le fue reconocida a los actores bajo la denominación de «*comisión*», remitiéndose para el efecto a los respectivos documentos que obran en el plenario, al primer dictamen pericial y a los anexos de la contestación de la demanda; mientras que la impugnante se reduce a plantear que lo aportado son «*comprobantes de pago de las comisiones en virtud de la ejecución del contrato de distribución*».

En consideración a que en el ámbito del «*contrato de agencia comercial*», la «*remuneración del agente*» puede hacerse efectiva mediante el pago de una «*comisión*», para evidenciar el desatino denunciado, se requería un sustento argumentativo orientado a probar que las transacciones sobre las que versan dichos instrumentos, provenían de una labor distinta a la originada en «*actividades de promoción o explotación*» realizadas en cumplimiento del encargo conferido por «*Fagor Industrial S.A.*», pero como no se asumió la referida tarea, ha quedado sin probar el yerro denunciado.

g). Con respecto al requisito de la *«actuación del agente por cuenta del empresario»*, advirtió el Tribunal la falta de acreditación en cuanto a que los accionantes *«adquirieran la propiedad de los equipos vendidos por Fagor Industrial»*, y de otro lado dedujo, que existía claridad acerca de que *«en las ventas en dólares, era Las Viviendas quien recibía el dinero y lo remitía a Fagor, y en las ventas en pesos, las facturas y pagos siempre aparecían a favor de Fagor»*, apreciando también que aquellos *«siempre actuaron por cuenta de Fagor Industrial, presentándose con papel timbrado con la marca (...), teniendo tarjetas de presentación con el logo 'Fagor' (...), y presentando su local comercial como punto de exhibición de dichas mercancías (...)*».

Por su lado, la impugnante afirma que *«Las Viviendas Sociedad Limitada»* adquiriría los productos por compra a *«Fagor Industrial S.A.»*, y esta le exigía para concretar la negociación que *«estuviera a paz y salvo en sus cuentas con el proveedor»*, además que efectuara la cancelación de los anticipos acordados, aduciendo como evidencia de esa situación, una carta de 29 de noviembre de 2002, en la que le expresa el beneplácito por una venta realizada, y le informa sobre el deber de hallarse al corriente en sus pagos para continuar la operación en lo atinente a la entrega de equipos, y de otro lado, sostiene que son numerosas las facturas aportadas relativas a *«adquisiciones por el distribuidor»*, por lo que califica la deducción del sentenciador de ser contraria a la realidad.

Al igual que en las anteriores críticas, el casacionista se limita a exponer su criterio, a partir de algunos de los elementos de convicción incorporados al proceso, y omite asumir la tarea técnica de demostrar el «*error de hecho*» endilgado al *ad quem*, y en tal sentido evidenciar, que «*Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas Sociedad Limitada*», efectuaban las «*ventas de productos de la marca Fagor*», actuando por cuenta propia, mas no como lo entendió el fallador, en cuanto a que lo hacían en nombre de «*Fagor Industrial S.A.*», y es que la simple remisión de la censura a las facturas allegadas por el perito Rafael Peña, aglutinadas en el anexo 4 del escrito de complementación del dictamen, *per se*, no permiten corroborar la presencia de un «*error manifiesto*», dado que no las identifica ni precisa su contenido, omitiendo además explicar, porqué su tesis es la que debe predominar, y de otro lado, ha de considerarse, que cuando el «*agenciado*» le confiere la representación al «*agente*», este puede concluir los convenios resultantes de las actividades ejecutadas en virtud del «*contrato de agencia comercial*», por lo que no son extrañas las citadas transacciones en el ámbito de tal acuerdo.

h). Finalmente, en cuanto al reproche por la supuesta equivocada interpretación de los «*contratos*» que se hicieron constar por escrito, si bien es cierto que en los mismos se hace mención a la existencia de un «*contrato de distribución*», el Tribunal para darle respuesta a la controversia entró a examinar las circunstancias materiales que advirtió enmarcaban las relaciones comerciales, deduciendo que rebasaban el texto de lo que figuraba por escrito, y este

proceder se ajusta a la regla del artículo 1618 del Código Civil, según el cual, *«[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras»*, y también armoniza con la posición jurisprudencial de la Corte, expuesta en el citado fallo CSJ SC, 10 sep. 2013, rad. 2005-00333-01, en el que se reprodujo lo dicho en la sentencia CSJ SC, 27 mar. 2012, rad. 2006-00535-01.

8. Los argumentos expuestos conducen de manera inexorable a desestimar la acusación examinada, toda vez que no fue demostrado el *«error de hecho»* en que se cimienta.

### **CARGO SEGUNDO**

1. Fundado en la causal primera del precepto 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 4°, 968, 1262 y 1263 del Código de Comercio, al igual que el 1602 del Estatuto Civil, por *«falta de aplicación»*, y el 1317 de aquel ordenamiento, como el 187 del texto legal procesal citado *ut supra*, *«por aplicación indebida»*, debido a los *«errores de derecho»* cometidos en la valoración de los elementos de convicción.

2. Critica la impugnante la omisión del juzgador de apreciar las pruebas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, orientándose por *«consideraciones aisladas, retraídas, separadas del haz, sin hilo, ajenas a los puntos de coincidencia o a los enlaces conceptuales y conclusiones obvias y razonables»*, arribando así al

reconocimiento de la existencia de un *«convenio de agencia comercial»*, cuando *«las probanzas dan cuenta formal y clara del contrato de distribución que en realidad ligó a las partes»*.

3. También se ocupa de identificar y resaltar aspectos del contenido de las probanzas que obran en el plenario, tales como, el acuerdo de colaboración, comodato precario, contrato de distribución, y las modificaciones al mismo; dictámenes periciales preparados por Rafael Peña Gómez, Adolfo Tapias Poveda y Martha Zúñiga Bedoya; testimonios que estimó favorables a la tesis de reconocer el *«contrato de agencia comercial»*, como los de Jorge Humberto Velásquez, Luis Eduardo Gómez, Orlando Restrepo Quiroz, y con una versión diferente a la de aquellos, los de Carlos Aurelio Barragán Martínez, José Eduardo Ramírez Serna, José Ignacio Diez Márquez, Mario Fernando Calle Uribe y Jhon Alexander Díaz; funcionarios de *«Fagor España»*, como Eugenio Urcely Amondaraín y José Luis Lizarbe Diez; así mismo las comunicaciones remitidas por *«Fagor Industrial S.A.»*, a las que se hizo mención en el anterior cargo.

4. En lo atinente a las declaraciones de los deponentes, respecto de las cuales el Tribunal advirtió que emergen *«dos claras posiciones, la de quienes observan en Eduardo Peña Gómez y su empresa familiar Las Viviendas, una verdadera gestión de agente comercial de Fagor Industrial S.A., y la de quienes consideran que su actuar fue la de un simple intermediario y distribuidor de productos de Fagor Industrial S.A.»*, arguye la impugnante que la primera hipótesis se desvanece al apreciar los medios de convicción en conjunto.

En ese sentido sostiene, que los testigos que supusieron una gestión de «*agente comercial*» en los actores, son ajenos a la actividad que estos desarrollaban, y aunque ocasionalmente tuvieron alguna relación con aquellos, fue por razones de su amistad, tal es el caso de Jorge Humberto Velásquez, quien al comienzo de su exposición da la apariencia de estar muy al tanto de dicho tema, pero luego niega tener conocimiento; Luis Eduardo Gómez, quien solo es un «*testigo de ocasión*» por su vínculo afectivo con el demandante, y José Helí Arango, a quien le constan muy pocas cosas.

En cuanto a Orlando Restrepo Quiroz, fue tachado por sospechoso, debido a que la accionada lo despidió, lo que motivó a que promoviera una acción en su contra, según lo acreditó con certificaciones del Juzgado 14 Laboral del Circuito de Medellín, por lo que no debió ser tomado en cuenta.

Carlos Aurelio Barragán Martínez, persona esta que desde 1977 participó como distribuidor de «*Fagor Industrial S.A.*», expresó no haber tenido conocimiento de que los accionantes tuvieran facultades de representación de la convocada, y José Eduardo Ramírez Serna, informó acerca del conocimiento que tuvo del local de Eduardo Peña Gómez, donde exhibía productos de «*Fagor*» y mercancías de otras empresas; así mismo los funcionarios de la accionada en España, quienes sostuvieron que en ninguna parte del mundo celebraban «*contratos de agencia comercial toda vez*

*que por filosofía no es una figura aceptable»; a su vez José Ignacio Diez Márquez, afirmó que todas las negociaciones se hacían directamente con «Fagor», sin que hubiera conocido a los demandantes y de manera coincidente se pronunció Mario Fernando Calle Uribe, finalizando Jhon Alexander Díaz, indicando que los actores tuvieron la condición de «distribuidores».*

5. Insiste el casacionista, que el juzgador se alejó de la apreciación en conjunto de las probanzas, conduciéndolo a desconocer el texto de los aludidos convenios, y de otro lado, le impidió verificar que el local arrendado por los demandantes supuestamente para la promoción de los «*productos Fagor*», fue utilizado por ellos durante muchos años para la comercialización de otros distintos, como también que las certificaciones solicitadas por «*Las Viviendas Sociedad Ltda.*», y expedidas por el «*proveedor*», siempre fueron en su calidad de «*distribuidor*»; al igual que a constatar conforme al vínculo contractual, que aquella le compró los equipos y otros elementos a «*Fagor Industrial S.A.*», expidiéndole numerosas facturas que como tal canceló; al igual que la publicidad y presentación de los productos, fue autorizada por el empresario bajo la exigencia de indicar la condición en que actuaba, y que para los expertos fue difícil sustraerse a los «*contratos de distribución*», como para los testigos «*resultó extraña la condición alegada por los demandantes, en especial cuando varios de ellos han mantenido relaciones comerciales con la demandada en cuantías y períodos mucho más largos, (...), sin que tuvieran*

*conocimiento de que Fagor Industrial S.A. tenía investido en la ciudad de Bogotá a un supuesto agente comercial».*

6. Adicionalmente expone que la preterición de la señalada regla probatoria, implicó el desconocimiento de que los contratos aportados son documentos privados auténticos, por lo que no podía alejarse del análisis de las normas regulatorias del *«contrato de distribución»*, y que a pesar de la posibilidad en su interpretación, no podía restarles efectos jurídicos, por querer buscar la configuración de un convenio distinto.

7. También le enrostra que con la prueba testimonial quiso *«suplir la prueba sobre la existencia o validez de[l] (...) acto o contrato»*, al igual que con *«una inadecuada y aislada apreciación de los dictámenes periciales, en especial de los rendidos por los profesionales Peña y Tapias»*.

8. Asevera que se produjo la transgresión de las normas sustanciales, *«al dar como existente un contrato verbal de agencia comercial entre los contratantes, a pesar de la amplísima carga probatoria que por el contrario ratifica el querer e intención de los contratantes ejecutando un contrato de distribución»*.

9. Finaliza solicitando casar la sentencia recurrida de manera extraordinaria, y en la de reemplazo pide ratificar la proferida por el juez de primer grado.

## **CONSIDERACIONES**

1. Para evidenciar y poner al descubierto el «*error de derecho*» derivado de la inobservancia de la pauta probatoria contenida en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que ordena adelantar la labor estimativa de las probanzas, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, le compete al recurrente cumplir la tarea de agrupar las ideas o información concordante que consta en los distintos medios de prueba, legal y oportunamente incorporados, de tal manera que sin complejas elucubraciones le permitan probar el supuesto fáctico no exteriorizado, o que no había sido identificado y revelado por el juzgador, debido a la falencia en que incurrió al apreciar de forma aislada los elementos de convicción.

La jurisprudencia de esta Corporación, acerca del señalado desatino probatorio, en fallo CSJ SC, 3 oct. 2013, rad. 2000-00896-01, memoró:

*(...) como lo ha precisado la Sala, '(...) en procura de que ese error aparezca debe el impugnante demostrar que la tarea evaluativa de las distintas probanzas cumplida por el sentenciador se llevó a cabo al margen del análisis de conjunto pedido en el artículo 187, o sea, poniendo de manifiesto cómo la apreciación de los diversos medios lo fue de manera separada o aislada, sin buscar sus puntos de enlace o de coincidencia. Este y no otro debe ser el criterio a seguirse cuando de individualizar este tipo de yerro se trata' (cas. civ. 4 de marzo de 1991, [r]eiterada en Cas. Civ. 24 de junio de 2008. Exp. 2000 01141).*

*(...) el imperativo, por lo arriba expuesto, consiste en una exposición de tal magnitud que deje en evidencia la falta de apreciación global, empresa que supone, la determinación o*

*singularización (artículos 368, num.1, y 374, num.3, C. de P. C.) de todas y cada una de las pruebas, que a juicio del recurrente no fueron objeto de apreciación conjunta; siendo ésta una argumentación que 'debe ser completa en el sentido que abarque la apreciación en conjunto de todo (y no de una parte o grupo) el acervo probatorio que sostiene el fallo, la que debe ir acompañada de su comprobación con la indicación de los pasajes donde quede demostrada completamente la falta absoluta de la mencionada integración y estimativa global, pues no apareciendo de esta manera, se mantiene la presunción de acierto en esta materia, que, por lo tanto, deja invulnerable el fallo por ese motivo' (sent. de 16 de mayo de 1991. G. J. CCLVIII, pág. 603, confirmada en cas. civ. 25 de noviembre de 2005, Exp. 082-01).*

2. Siguiendo las pautas reseñadas, se establece que el casacionista identifica y menciona los medios de prueba que según su criterio demuestran, que el negocio jurídico regulatorio de las relaciones comerciales que existieron entre los actores «Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas Sociedad Ltda.», de una parte, y «Fagor Industrial S.A.», de la otra, fue un «convenio de distribución», mas no de «agencia comercial».

Igualmente se observa, que opta por exteriorizar aseveraciones, tales como, que se desconoció el «texto de los contratos de colaboración y distribución», y no se tuvo en cuenta que el «local destinado para la promoción de productos Fagor», se utilizó durante muchos años «para la comercialización de productos muy distintos a los comercializados por Fagor Industrial», como tampoco que en las certificaciones solicitadas por «Las Viviendas Sociedad Ltda.», se precisó que tenía la calidad de «distribuidor», y que cuando adquiría los equipos, se emitían numerosas facturas

las que ella cancelaba; que la publicidad y presentación de los productos fue autorizada por el «proveedor», con la condición de que el «distribuidor» expresara la calidad en que actuaba; además, no se apreció que para los peritos resultó difícil sustraerse a los «contratos de distribución celebrados», al igual que gran parte de los testigos advirtieron con extrañeza «la condición alegada por los demandantes», no obstante que por largo tiempo tuvieron relaciones comerciales con la accionada, sin que se hubieran enterado de esa situación.

3. No obstante lo anterior, se aprecia que la impugnante pretermite u omite explicitar los aspectos de coincidencia hallados entre los distintos medios probatorios que enuncia, que de manera manifiesta u ostensible revelen que es errada la conclusión del Tribunal concerniente al reconocimiento del «contrato de agencia comercial» pretendido por los actores, y que por el contrario, el negocio jurídico verdaderamente celebrado fue uno distinto.

Igualmente se constata, que a pesar de citar algunas probanzas y resaltar fragmentos de su contenido, complementados con reflexiones acerca de su entendimiento, para argumentar que «el juzgador se alejó de la apreciación en conjunto de las pruebas», es evidente que las razones aducidas aluden simplemente a planteamientos genéricos, o a la enunciación de elementos indiciarios que aunque podrían coincidir con la idea de la accionada respecto de la clase de contrato que en su sentir fue el acordado, no

desvirtúan las deducciones en que el juzgador sustentó los requisitos de la «*agencia comercial*».

4. Lo anterior implica, que no se construye la argumentación necesaria para acreditar que con la valoración en conjunto de las citadas probanzas, pierden consistencia las conclusiones del fallador *ad quem*, específicamente respecto de cada uno de los requisitos que estimó configuraban el señalado convenio, por lo que las mismas en esa materia conservan la presunción de acierto.

5. Por consiguiente, fracasa la acusación.

**B. LA DEMANDA DE CASACION DE LOS ACTORES  
EDUARDO PEÑA GÓMEZ Y LAS VIVIENDAS SOCIEDAD  
LIMITADA**

**CARGO ÚNICO**

1. Con sustento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de ser violatoria, vía indirecta, por falta de aplicación, específicamente de los cánones 25, 29, 42 inciso 2°, 58, 95 ordinal 1°, 228, 333 de la Constitución Política; 1°, 2°, 822, 830, 831, 1322 y 1324 del Código de Comercio; 1602, 1603, 1613, 1614, 1617 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación indebida de las pruebas; aludiendo que «*como violaciones de medio*» se reseñan los preceptos 37, 175, 187,

191, 194, 195, 197, 233, ~~241~~, 242, 251, 252, 253, 254, 258, 268, 276, 300, 305, 307 del ordenamiento procesal *ut supra*.

2. Comienza la censura planteando que a los accionantes le fueron afectadas prerrogativas constitucionales como el trabajo, la protección integral de la familia, y la prevalencia del derecho sustancial, ya que Eduardo Peña Gómez, como *«agente comercial promovió los productos de la empresa demandada y los acreditó durante más de cinco (5) años, lo cual hizo con su trabajo personal y el de su familia vinculada por medio de la empresa familiar organizada como Las Viviendas Sociedad Limitada - Dotacero»*, en tanto que la demandada de manera unilateral y sin justa causa les causó menoscabo económico, aprovechando su posición dominante, además excediendo los límites de la autonomía privada y la libertad contractual, aseverando por tanto, que el fallo atacado *«no resiste un mínimo examen de constitucionalidad»*.

3. Reprocha al juzgador porque solo tomó en cuenta lo que exculpa a la convocada al litigio, desestimando las probanzas aducidas por la actora, concretamente la peritación practicada como prueba anticipada con citación de su contraparte, en la que *«se estableció el corte de cuentas del contrato y las comisiones finales pendientes de pago a favor de los demandantes»*, y también la pericia elaborada por Martha Zúñiga Bedoya, en la que indica como *«saldo comisiones por pagar mayo 1° de 2003 ... [\$/]138'792.175»*; al igual que el dictamen del experto Adolfo Tapias Poveda, quien a pesar de equivocarse en la identificación del vínculo

contractual, aportó material para establecer *«las ventas de Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas»*; sin que tampoco apreciara la conducta procesal de la accionada, al generar dificultad para la práctica de tal probanza, porque no aportó la totalidad de los instrumentos requeridos, afirmación esta que funda en la manifestación de la perito relativa a que la liquidación *«no contiene los datos de la empresa 'Fagor Industrial S:A' por cuanto no allegó al proceso los movimientos e informes contables que solicité oportunamente»*.

4. En cuanto a los elementos de juicio estimados de manera errada, señala la demanda y su contestación, toda vez que en el hecho n° 15 se informó acerca de la elaboración extraprocesal de la citada peritación, la que se anexó a fin de acreditar *«a. Ventas realizadas por Fagor Industrial Ltda. para clientes de Las Viviendas Sociedad Limitada – Eduardo Peña Gómez, b. Ventas realizadas por Fagor S.A. durante los últimos años, necesarias para calcular las indemnizaciones y la retribución prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio»*, y en la réplica la accionada expresó que *«es cierto lo relatado respecto de la práctica de la prueba pericial»*, en tanto que el Tribunal consideró que *«correspondía al mismo [demandante] desplegar una actividad probatoria tendiente a establecer de una manera clara, precisa y fehaciente, cuál era la suma de dinero que se le adeudaba (...)*».

La preterición de valorar el señalado medio de prueba, la deduce de las menciones del *ad quem* únicamente a los dictámenes practicados dentro del proceso, y luego de detallar el objeto de aquella probanza, precisa que no fue

objetada, quedando establecidas las ventas realizadas a los clientes de los demandantes, entre 2001 y 2003, así: «a. Cadenalco - ventas 2001 \$176'980.481 – b. Éxito - ventas 2001/02/03 \$262'602.889 – c. Construcciones Equidad y/o Saludcoop \$146'784.706 – d. Calco S.A. Creepes S.A. 2001/02/03 \$40'245.860 – e. Creepes y Waffles S.A. 2001/02/03 \$61'613.056 – Total venta \$688'226.992 – Comisiones 25% según contrato \$172'056.748 – Menos comisiones pagadas \$50'408.020 – Saldo comisiones faltantes \$121'648.728», y en la complementación consta que las «comisiones pagadas a Eduardo Peña y/o Viviendas» del «31/01/00 al 07/06/01» suman \$84'392.096.

5. La valoración inadecuada de la peritación elaborada por Adolfo Tapias Poveda, la advierte el censor a partir del señalamiento del *ad quem* de que en ninguno de sus anexos se menciona a «Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas como agente comercial», cuando ese no era su objeto, además porque el experto dejó claro que las apreciaciones respecto del tema del litigio y que debían ser materia de pronunciamiento judicial «son ajenas al dictamen pericial», presentándose el error porque «encontrando despejada la existencia del contrato de agencia comercial, debió estudiar y acoger (...) [tal probanza]»; ya que a pesar de que «no se estableció contablemente que las mismas [ventas] tuvieran como causa una agencia comercial (...)», sí aparecen registros, pues «se describe la relación de ventas efectuadas por Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas para el período solicitado, conforme a la documentación que obra en el proceso (...) suministrada por la firma Fagor», que comprende de

febrero 1998 a mayo de 2003, acotando que se muestra *«la facturación realizada por Fagor Industrial a los clientes que se generaban por la gestión de Las Viviendas y/o Eduardo Peña con su respectivo egreso muestra el pago de comisiones o el cruce correspondiente, así mismo, como la generación de facturas a Las Viviendas después de firmado el contrato de distribución en el año 2001 (...); figurando de igual manera los soportes del volumen de ventas de «Fagor» efectuadas con posterioridad al 1° de mayo de 2003.*

6. La errónea estimación por el Tribunal de la pericia autoría de la auxiliar de la justicia Martha Zúñiga Bedoya, la infiere de la aseveración de que no eran claros y precisos los fundamentos de las sumas en ella expresadas, especialmente de la comisión adeudada, *«puesto que las obligaciones contractuales están demostradas en el expediente precisamente señaladas en los diferentes acuerdos celebrados entre las partes»,* citando al respecto lo previsto en el *«contrato de colaboración»* donde se alude a la *«comercialización de productos (...) [y que] la comisión correspondía hasta el límite del 25% de descuento»;* así mismo el *«convenio de distribución»*, donde se pactó que *«el proveedor facturará a[l] (...) distribuidor, los precios establecidos en el anexo 1 lista de precios año 2001 menos un descuento equivalente a un 28% (...),»* y en la modificación a este último, indicándose ahí que *«el proveedor facturará a[l] (...) distribuidor, los precios establecidos en el anexo 3 la lista de precios España año 2002, menos un descuento equivalente a un 25% (...),»* no siendo acertado señalar que el dictamen se emitió sin que obrara prueba de los movimientos contables

de ambas partes, porque en autos constan los respectivos soportes, además de los allegados por el otro experto.

7. En resumen plantea la impugnante, que el desatino surge por haber argumentado la falta de demostración de los presupuestos requeridos para la prosperidad de las pretensiones económicas derivadas del reconocimiento de la «*agencia comercial*», cuando los elementos de convicción sobre esa temática se encuentran incorporados, por lo que «*d]emostrada la realización de las ventas de los productos Fagor, las fechas y cuantía de la facturación, es evidente que en el expediente sí se encuentra el material probatorio para establecer el valor de las comisiones del agente –las canceladas y las pendientes de pago-, la cesantía comercial, las indemnizaciones por terminación injusta del contrato de agencia comercial.*»

8. Concluye solicitando casar la providencia cuestionada, y que en la de reemplazo se acceda de manera integral a las peticiones principales o a las subsidiarias plasmadas en el escrito introductorio del proceso.

### **CONSIDERACIONES**

1. Téngase presente que el juzgador de segundo grado dispuso «*declarar que entre Eduardo Peña Gómez y Las Viviendas Sociedad Ltda., y Fagor Industrial S.A. existió un contrato de agencia comercial desde el 10 de febrero de 1999 hasta el 1° de mayo de 2003*», y denegó las súplicas primera a tercera de la demanda, concernientes a las condenas patrimoniales pedidas de manera subsidiaria por los actores

en cuanto las comisiones pendientes y las derivadas de la terminación del citado vínculo, atinente a la denominada «cesantía comercial», y la indemnización por haberse producido la culminación del mismo sin justa causa, al advertir que no se demostró de manera clara, precisa y fehaciente la sumas de dinero por esos conceptos reclamadas, desestimando los dictámenes periciales porque «reflejan en sí mismos lo sesgada y parcial que es la información en ellos contenida y lo discutible de sus conclusiones», mencionando específicamente al elaborado por Martha Zúñiga.

2. En el embate propuesto, la recurrente le atribuye al *ad quem* que incurrió en «error de hecho», por la omisión en la valoración de la peritación practicada como prueba anticipada allegada con la demanda y la inadecuada apreciación del escrito introductorio del proceso y su réplica, como también las experticias decretadas en el trámite del juicio elaboradas por Martha Zúñiga Bedoya, y Adolfo Tapias Poveda, dejando además de estimar la conducta procesal de la accionada, relacionada con la falta de colaboración para suministrarle al perito los movimientos e informes contables, y de ahí derivó la decisión denegatoria de las aludidas prestaciones, a la cual queda limitada la impugnación extraordinaria que en este acápite se examina.

3. A fin de darle respuesta a los cuestionamientos fundamento de la acusación, se hacen los siguientes planteamientos:

3.1. En punto de la exigencia de las «comisiones causadas y no pagadas», se precisa que las mismas constituyen la remuneración a que tiene derecho el «agente» por el adelantamiento de las labores tendientes al cumplimiento del encargo objeto del «contrato de agencia comercial», así se infiere del artículo 1322 del Código de Comercio.

Aquella retribución, para el caso, en la demanda se afirma que se originó en las ventas a Cadenalco, Almacenes Éxito S.A., Construcciones Equidad y/o Saludcoop, Calco S.A. y Creepes & Waffles S.A., de 2001 a 2003, y equivale al 25% del monto de las mismas, habiendo quedado un saldo de \$121'648.728, puesto que solo se canceló la suma de \$50'408.020.

En consideración a la vía seleccionada para orientar el cargo, esto es, la senda indirecta por yerro fáctico, ha de reiterarse que en la labor de valoración de las pruebas los jueces gozan de discreta autonomía para adoptar sus decisiones, por lo que las providencias con las que resuelven los litigios sometidos a su conocimiento llegan precedidas de la presunción de legalidad y acierto, de ahí que la tarea del impugnante extraordinario necesariamente debe estar dirigida a demostrar el desatino atribuido al juzgador, en cuanto a evidenciar, que es manifiesta la contrariedad de lo deducido con la realidad que surge del proceso, específicamente de los elementos de convicción, como también a revelar su trascendencia, entendida esta como la circunstancia que además de conducir al aniquilamiento de

la decisión atacada, genera la posibilidad para que en el fallo de remplazo se emita un pronunciamiento en sentido distinto al que ha sido quebrado.

Acerca citado «*error de hecho*» de manera uniforme y reiterada ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, entre otros, en el fallo CSJ SC, 13 may. 2013, rad. 2005-00131, lo siguiente:

*(...) 'atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho' (LXXVIII, p. 313), es decir, acontece 'a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento' (cas. civ. sentencia 034 de 10 de agosto de 1999, exp. No. 4979); siendo tal su notoriedad y gravedad, 'cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio del sentenciador fue totalmente desenfocado, que está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio', lo cual ocurre en aquellos casos en que 'el fallador está convicto de contraevidencia' (cas. civ. sentencias de 11 de julio de 1990 y 24 de enero de 1992), 'cuando el sentenciador se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía' (CCXXXI, pág.644), o en otros términos, 'que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso (...)'* (G.J. Tomo LXXVII, pág. 972)' (cas. civ. sentencias 006 de 12 de febrero de

1998, expediente 4730; 080 de 18 de septiembre de 1998, exp. 5058) (...).

Así mismo, en la sentencia CSJ SC, 2 jul. 2010, rad. 1998-05275, se sostuvo:

*(...) 'el error de hecho se estructura cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente', ya que si la inferencia a la que hubiera llegado, '(...) luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido' (casación de 27 de mayo de 2005, exp. 2005-00472).*

Al examinar el reproche, tomando en cuenta las consideraciones del Tribunal y el contenido de los medios de convicción, se deduce que los impugnantes no demostraron el dislate denunciado, según pasa a dilucidarse.

Es cierto que el juzgador de segundo grado no mencionó expresamente el dictamen pericial practicado como prueba extraprocesal, pero sí advirtió de manera general que no halló «prueba decisiva en relación con el valor real adeudado al demandante», por lo que estimó que «habrá de negarse el reconocimiento de comisiones y corrección monetaria sobre las mismas».

Visto la citada probanza, se verifica que en lo atinente a la reseñada temática, en la complementación únicamente especifica las comisiones pagadas a Eduardo Peña Gómez, durante el año 2000 y las canceladas a Las Viviendas Sociedad Ltda., en períodos que comprenden de enero a junio de 2001.

Y en el dictamen elaborado por Martha Zúñiga Bedoya, se constata la cuantificación de los rubros denominados *«comisiones facturadas por Las Viviendas Sociedad Ltda.»*, de 2000 a 2003, por \$79'705.251 y las *«no facturadas»* por \$143'477.980, para un total de \$223'183.231, de donde descuenta \$84'391.056 por *«pagos efectuados»*, quedando como saldo insatisfecho \$138'792.175.

El Tribunal al analizar la última peritación reseñada, alude a que *«no es preciso ni claro en cuanto el fundamento de los valores allí anotados, específicamente en lo que se refiere al monto de la 'comisión' adeudada, pues pone en evidencia que el valor concluido se deduce del cruce de la información obrante en autos, sin que obre prueba de los movimientos contables de ambas partes, ni haya claridad sobre el monto de la comisión tenido en cuenta, ni los valores de ventas sobre los que debe deducirse la comisión, ni las fechas de las mismas, etc.»*, y descarta que pueda ser utilizado el porcentaje señalado en el *«contrato de distribución»* (25%), para la determinación de tal prestación, porque los actores rebatieron la existencia de ese convenio, incurriendo así en *«una insuperable contradicción»*.

Por su lado, la censura argumenta que la cifra citada para establecer la cuantía de la retribución económica al «agente», figura en los convenios que por escrito se celebraron, los que relaciona y transcribe lo pertinente de su texto, también precisa que los valores de las ventas sobre las que debe aquella deducirse, constan en los documentos aportados por el perito Adolfo Tapias Poveda.

En esas circunstancias, es evidente que el «error de hecho» denunciado queda sin demostrar, puesto que a las consideraciones del fallador *ad quem*, la recurrente solo le antepone la información o datos extractados de las aludidas probanzas, sin explicar porqué estima que son admisibles para clarificar el derecho reclamado, y tampoco entra a refutar la inferencia concerniente a la falta de precisión y claridad por las que se desestimó el dictamen, ni se expuso argumentación tendiente a desvirtuar la inferencia de que el mismo no cuenta con sustento en los movimientos contables.

Y es que esta última situación resulta insalvable, porque la experta identifica como basamento de la conclusión sobre la cuantía de las «comisiones» el «anexo 6» (c.6, fl.2729), y este lo constituye una fotocopia del texto de una información sistematizada, de la que no se indica su procedencia ni autoría, y aunque en su encabezamiento se menciona a «Fagor Industrial S.A.», como también a «Libro Auxiliar – General – jun. 1/2002 a dic. 31/2002», relacionado en su contenido «ventas del 16% - Almacenes Éxito S.A.», no se explica cómo a partir de ahí es factible establecer las denominadas «comisiones facturadas» de 2000 a 2003, al

igual que las «no facturadas», además porque de estas no se reseña ni siquiera el período de causación.

En cuanto a los pagos registrados por \$84'391.056, de los que señala como sustento el «anexo 7» (c.6, fls.2730-2732), se aprecia que este corresponde a un escrito remitido a la perito por el gerente de la demandante «Las Viviendas Sociedad Ltda.», en el que también relaciona algunos clientes y el monto total de las ventas a ellos realizadas, y aunque menciona la época de esas operaciones, no especifica los productos enajenados, ni adjunta los soportes contables.

Ahora, los documentos allegados con la experticia de Adolfo Tapias Poveda, agrupados en el «anexo n° 1» (c.8, fls.2014-2270), según se indica versan sobre las «ventas realizadas por Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas (...) entre febrero de 1998 y mayo de 2003», y a pesar de aparecer ahí varios comprobantes de egreso atinentes a la cancelación de comisiones, no es factible corroborar el monto de lo desembolsado por la «agenciada» por ese concepto, puesto que la impugnante no individualiza los instrumentos en donde constan tales movimientos, limitándose a mencionarlos de manera genérica, por lo que resulta imposible obtener certeza del saldo adeudado.

Así las cosas, se concluye que no se acreditó el desatino fáctico endilgado por los recurrentes al juzgador *ad quem*, máxime si se tiene en cuenta que este al escudriñar en el contenido material de los citados medios de prueba, no halló los elementos que le permitieran verificar los supuestos a que

alude la regla del inciso 1° artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, y en esa materia, según lo ha fijado la jurisprudencia, *“el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial, [motivo por el cual] mientras la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables”* (CSJ SC, 8 ago. 2001, rad. 6182, reiterada CSJ SC, 29 abr. 2005, rad. 12720-02, CSJ SC7637-2014, 13 jun. 2014, rad. 2007-00103-01, entre otras).

3.2. Con relación a las restantes pretensiones económicas desestimadas, concernientes a las obligaciones a cargo del «empresario» y a favor del «agente» a la culminación del «contrato de agencia», el artículo 1324 del Código de Comercio, en lo pertinente contempla, que *«(...) a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor. – Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, (...), como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. (...). – Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato».*

Como puede advertirse, se consagran dos especies de prestaciones: (i) la cancelación de la suma equivalente a una doceava parte del promedio de la remuneración que percibía, tomando en cuenta los parámetros temporales señalados por el legislador, y (ii) una indemnización equitativa, por las labores de promoción de la marca y productos objeto del convenio, en el evento de que la extinción del acuerdo la haya hecho efectiva el «empresario» sin justa causa.

Sobre el particular, esta Corporación en fallo CSJ SC, 2 jul. 2010, rad. 2001-00847-01, en lo pertinente sostuvo:

*(...). Es pacífico, en la jurisprudencia vernácula y la doctrina, la consagración en el artículo 1324 del Código de Comercio de prestaciones diversas a cargo del empresario al momento de terminar la agencia, esto es, la relativa al pago de la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia o del promedio de todo lo recogido, siendo inferior la duración del contrato, y la concerniente a la indemnización equitativa, cuando sin justa causa comprobada, lo revoca, termina unilateralmente u ocasiona su conclusión justificada por el agente.*

*Estas prestaciones se distinguen con absoluta nitidez, por su fuente, concepto, causa, factores de cálculo y extensión, conformemente a la disciplina normativa del contrato de agencia comercial, su tipología, estructura nocional, función práctica o económica social, contenido, efectos y directrices definitorias de su ratio legis, establecimiento y aplicación.*

*La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, 'cesantía comercial', 'prestación por clientela, 'retributiva', 'suplementaria', 'extraordinaria' o 'diferida'', ostenta rango contractual, dimana del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin éste.*

*(...)*

*La prestación, por tanto tiene por objeto el pago de una suma dineraria, ab initio indeterminada al tiempo de celebración del contrato y determinable durante su ejecución o por tarde a su terminación, sobre bases por completo objetivas, equivale a la doceava parte del promedio de la comisión, utilidad o regalía recibida en los tres últimos años de duración o al promedio de todo lo recogido, cuando su vigencia es menor, y es exigible en la fecha de extinción de la agencia comercial por cualquier causa(...).*

*(...)*

*El reconocimiento del derecho a la prestación en caso de juicio, impone al demandante la carga probatoria del contrato de agencia comercial por demostración prístina e inequívoca de íntegros sus elementos esenciales, existenciales o constitutivos (...), su duración, fecha de terminación y la comisión, utilidad o regalía recibida durante los tres últimos años de vigencia o en el tiempo inferior, para determinar y cuantificar su valor mediante una*

*simple operación matemática aplicando los factores señalados por la norma.*

*(...)*

*(...). En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización 'equitativa' y 'retributiva'.*

*Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios, considerando los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra.*

a). En ese contexto, en lo concerniente a la denominada por la doctrina «cesantía comercial», dado el tiempo de duración del convenio, que según la decisión del Tribunal, se extendió del 10 de febrero de 1999 hasta el 1° de mayo de 2003, para su cuantificación básicamente se debía probar el monto de la comisión recibida por los actores en cada uno de los últimos tres años, a fin de poder establecer, a partir de ese dato, el promedio de ingresos que por tal concepto captaron los «agentes» durante dicho período, para luego

deducir la doceava parte, cifra esta con la que se obtiene el monto de la mencionada prestación, multiplicándola por el número de años de vigencia del contrato.

El Tribunal denegó el reconocimiento de dicha prestación, esencialmente ante la insuficiencia de las probanzas, deduciendo que *«sin precisión sobre las comisiones a pagar, resulta imposible determinar la ‘cesantía comercial’*», en tanto que los recurrentes lo recriminan por haber *«dejado de apreciar la documentación aportada por el señor perito Adolfo Tapias Poveda, folios 2014 a 2020, en los cuales obra la relación completa de ventas realizadas por Eduardo Peña Gómez – Las Viviendas, en favor de Fagor»*; además, argumentando que ahí consta toda la información requerida y que *«el dictamen de la perito Martha Zúñiga Bedoya, sí está soportado en el expediente»*, por lo que estiman equivocada la aseveración de que *«no puede establecerse y deducirse obligaciones económicas a reconocer»*, la que estiman se desvirtúa *«particularmente con los contratos aportados, la prueba testimonial y la documentación agregada a los diferentes dictámenes periciales»*.

Como puede apreciarse, es evidente la deficiencia técnica de la reseñada acusación, puesto que si bien es cierto en el *«anexo n° 1»* (c.8, fls.2015-2020), consta *«el volumen de ventas realizadas por Eduardo Peña Gómez y/o Las Viviendas a favor de Fagor Industrial S.A. durante el tiempo de vinculación febrero de 1998 a mayo 1° de 2003»*, se omite especificar la cuantía de la *«comisión o utilidades»* que tales

enajenaciones le significaron o reportaron a los «agentes», y es que solo respecto de algunos de los asientos que allí aparecen, en la columna de observaciones, se alude a dicho concepto, pero no es factible obtener precisión y claridad acerca de dicho rubro.

Tampoco en el trabajo elaborado por la experta Martha Zúñiga Bedoya, se halla la información que permita desconocer la inferencia del Tribunal, porque como anteriormente se expresara, el mismo presenta deficiencias en cuanto a los soportes en que se apoya, dado que no provienen de la verificación de los asientos incorporados en los respectivos libros o documentos contables, según la misma perito lo certifica, señalando que se apoyó en el dictamen de Sonia Cecilia Restrepo, al igual que en la información de «*Las Viviendas Sociedad Limitada*», y que «*no pude conceptualizar sobre la fidelidad de los mismos por cuanto no provienen de la fuente primaria, cual es los informes de la contabilidad de la empresa que generó las facturas de venta*».

Adicionalmente cabe mencionar, que con relación a la prueba testimonial y los contratos incorporados al plenario, se omite por completo explicar a partir de su contenido, de qué manera contribuyen a establecer de forma concreta, el monto de las «*comisiones percibidas*» por los «agentes»; luego entonces, la conclusión del juzgador de segundo grado, sobre el aspecto examinado en este acápite, permanece incólume.

b). Con relación a la *«indemnización equitativa»* por razón de la terminación unilateral del contrato, sin justa causa, para efectos de fijar su cuantía, era imperioso considerar *«la extensión, importancia y volumen de los negocios»*, adelantados por los *«agentes»* durante el desarrollo del citado convenio, al igual que el esfuerzo realizado para acreditar la marca y línea de productos comercializados (sentencia CSJ SC-040, 28 feb. 2005, rad. 7504).

Lo anterior implica, que para la tasación en concreto de la respectiva condena dineraria, se requería la verificación (i) del volumen de ventas y su cuantía, efectuadas por el *«empresario»* en la zona geográfica donde los *«agentes»* desarrollaban su actividad para la época de vigencia del contrato; (ii) las utilidades netas por aquellos recibidas como retribución a la labor ejecutada, y (iii) los demás aspectos que permitieran establecer los perjuicios causados por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Complementariamente a lo expresado, cabe indicar que la jurisprudencia de la Corte en sentencia CSJ SC, 22 jun. 2011, rad. 200-00155-01, acerca del *«tema a probar»* cuando en las pretensiones se involucra la aludida prestación indemnizatoria, ha sostenido:

*(...), al margen de las comisiones y de la cesantía comercial, es posible que con prescindencia de las ventas realizadas o fallidas (artículo 1322 C. Co.), el agente haya creado una riqueza inmaterial de la que pueda beneficiarse el empresario y que por lo mismo debería ser cubierta por este, en caso de subitánea e injusta*

*terminación del contrato, con abstracción de las operaciones efectivamente realizadas o en curso. Esa indemnización está justificada, si se aprecia que el proceso de maduración de una clientela y el posicionamiento de un nombre o de un producto, son procesos que pueden ir en progreso de modo que es posible vaticinar que plausiblemente se acerca el éxito, o que la actividad del agente creó condiciones que facilitan la continuidad de la operación, en cuyo caso el empresario podría edificar sobre lo construido, aprovechamiento que no puede quedar sin contraprestación, pero que, en todo caso debe ser probado, en tanto, es susceptible de demostración por los medios ordinarios de convicción, en especial por la prueba pericial.*

Sobre el particular, se rememora que el fallador *ad quem*, se abstuvo de imponer la condena a la accionada, por dicho concepto, porque «(...) *la actividad desplegada por la parte actora a efecto de probar la promoción, inversión y pro actividad en la consecución de negocios al agenciado fue insuficiente, teniéndose claro que no se encuentra acreditado para el presente caso (...)*».

Por su lado la impugnante, a pesar de identificar algunos elementos de juicio supuestamente no apreciados y otros inadecuadamente valorados, no se ocupó expresamente de argumentar frente a la reseñada deducción del Tribunal, por lo que la Corte se ve imposibilitada para asumir la verificación acerca de la existencia del dislate planteado.

No obstante cabe señalar, que al practicar las aludidas probanzas no se desplegó actividad en procura de establecer aquellos factores o componentes, que doctrina y jurisprudencia, han identificado como integrantes de la prestación indemnizatoria en comento, por lo que es evidente que la decisión atacada no es el producto del «*error de hecho*» sustento del embate.

4. Son suficientes las razones expresadas para verificar que la acusación no puede alcanzar prosperidad.

5. Finalmente se acota, que no obstante que de conformidad el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el numeral 1° del 392 *ibídem*, habría lugar a imponer condena en costas a la parte que se le resuelve de manera desfavorable la impugnación extraordinaria, pero en este caso, la Corte se abstendrá de adoptar medida alguna en ese sentido, dado que tanto los actores como la accionada enfrentan similar situación, y por razones de economía procesal, se torna innecesario provocar una liquidación, para que una vez en firme las obligaciones en ella plasmadas, se proponga la respectiva compensación.

#### **IV. 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,

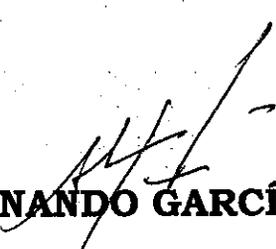
**RESUELVE:**

Primero: **No casar** la sentencia proferida el 6 de marzo de 2012 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario identificado en el encabezamiento de esta providencia.

Segundo: Abstenerse de imponer condena en costas en este trámite extraordinario.

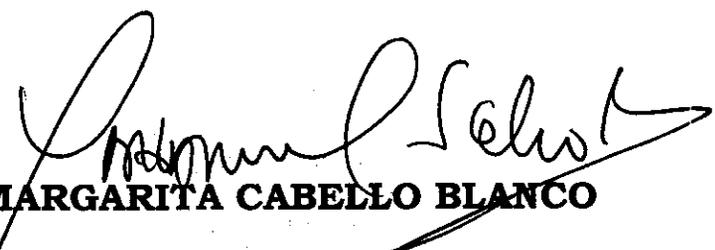
Tercero: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

Presidente de Sala



**MARGARITA CABELLO BLANCO**

AUSENCIA JUSTIFICADA

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**



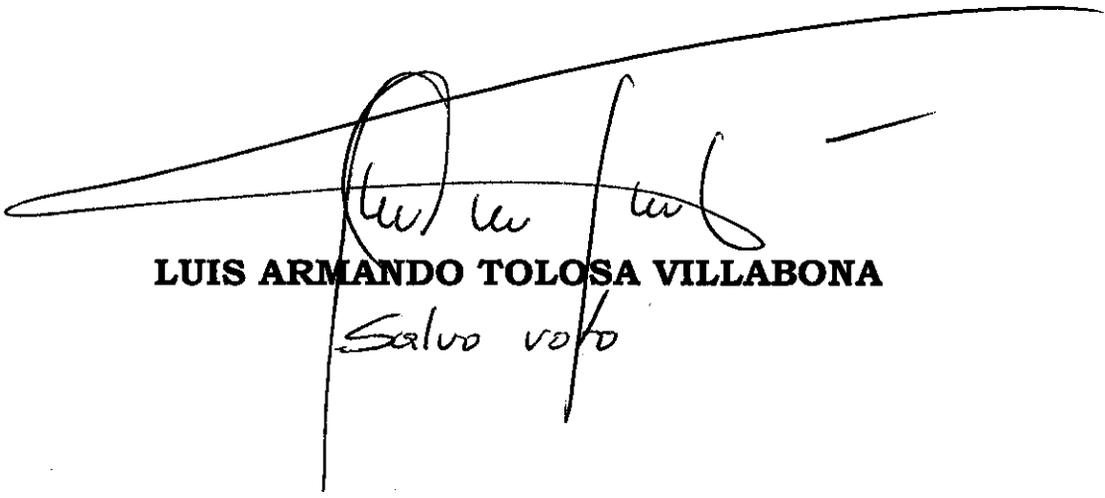
**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**AUSENCIA JUSTIFICADA**

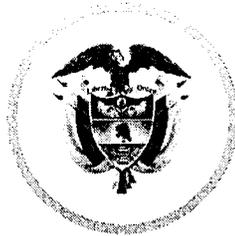
**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

*Salvo voto*

1970-1971



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
**SALVAMENTO DE VOTO**

**Radicación n.º 11001-31-03-019-2008-00247-01**

Con el acostumbrado respeto por la mayoría de la Sala, enseguida expongo las razones por las cuales salvo el voto. Pocas veces he enrutado un disenso en el ámbito casacional por la senda de los errores *iuris facti in iudicando*; empero, en esta oportunidad debo hacerlo, a pesar de que en estos aspectos, es donde con mayor vigor se aprecia la soberanía, no la arbitrariedad, como atributo del que están revestidos los falladores de instancia. Esto es, nuestro sistema de valoración probatoria no es tarifado ni autoritario, sino libre; no obstante, está ubicado en el marco de la sana crítica, y especialmente en los límites de la prueba judicial como garantía en el Estado Constitucional y Social de Derecho.

1. En la sentencia **SC-6315 de 09 de mayo de 2017**, de la cual me distancio, la Sala mayoritaria niega prosperidad al cargo propuesto por la parte actora, a pesar de haber demostrado en él, de manera irrefragable y manifiesta, con trascendencia en las resultas de la decisión, el ostensible e inocultable yerro cometido por el Tribunal al ponderar los elementos de juicio demostrativos de las sumas económicas reclamadas. Fundamentalmente los

errores demostrados giraron en la órbita del error de hecho sobre la prueba.

2. Contra el fallo del *ad quem*, objeto de los recursos de casación, la accionada también entabló tres cargos, los cuales la sentencia de la que me aparto declaró imprósperos.

2.1. El fracaso de los embates de la convocada, implicó que toda la motivación con la cual el Fallador tuvo por probado que entre los litigantes existió contrato de agencia comercial, y no de otra índole, siguiera gozando de las presunciones de legalidad y de acierto, con las cuales esa conceptualización arribó a sede casacional. Reitérase, el contrato de agencia comercial se dio por demostrado por la Sala.

Según la misma sentencia de la cual me distancio, el Juez de segundo grado aseguró:

*«(...) Con base en el texto del artículo 1317 del Código de Comercio, dilucidó que la “agencia mercantil”, comporta como requisitos los siguientes:*

*“a) la independencia de la actividad del agente”, considerándola satisfecha porque según los elementos de juicio, Eduardo Peña Gómez, y Las Viviendas Sociedad Ltda., tomaron en arrendamiento un local, tenían su propio personal, y desarrollaban la actividad con autonomía “en cuanto a honorarios, gastos y actuaciones, pues no hay prueba alguna de que ello estuviera regulado, ordenado, o limitado por Fagor Industrial S.A.”*

*“b) la estabilidad de la actividad del agente», consistente en la promoción o conclusión por él de negocios en serie y sucesivos, infiriendo que las partes en este litigio “mantuvieron, en forma estable, relación comercial durante más de 4 años [desde el 10*

de febrero de 1999 (cuando suscribieron 'acuerdo de colaboración' ...), hasta el 1º de mayo de 2003 (cuando se dio la terminación ...)".

«c) el encargo de promover y explotar negocios», gestión concebida como la "finalidad del contrato, en tanto que la labor del agente es preparar negocio (promover), y concluirlo o perfeccionarlo (explotar) preferiblemente", y lo deduce de los instrumentos allegados al plenario, los que advierte muestran el despliegue de gestiones para alcanzar negocios con varias entidades y empresas, enfatizando que aquellas actividades "se evidenciaron en las cartas de promoción y ofrecimiento de servicios remitidas (por Eduardo Peña, Diana Peña, Mauricio Peña) en nombre, con logos y etiquetas de Fagor, a los mencionados establecimientos, así como la concreción de algunos de esos negocios se probó con las diversas facturas y pagos posteriores".

«d) remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario», prestación esta verificada a partir del hecho de que a los agentes "se les reconoció (...) durante el tiempo que se mantuvo la relación comercial con Fagor Industrial S.A., remuneración que en la mayoría de los casos se referenciaba como 'comisión' (...), y de la cual debe decirse que no tenía un monto determinado, por cuanto en algunos documentos aparece como del 25% (...), y en otros con diferente valor (...)".

«e) la actuación del agente por cuenta del empresario», aunque no estimado como requisito para que emerja con claridad la existencia del convenio, sostuvo que "resulta pertinente considerar que el agente debe adelantar su actuación poniendo de presente que actúa por cuenta del empresario (...), y en esa medida es una modalidad de mandato", y en este caso, a pesar de tener las partes una posición distinta en cuanto a la naturaleza de la relación comercial entre ellas ajustada, en tanto "para los demandantes se trató de un claro contrato de agencia mercantil, (...), mientras que para la demandada, fue un simple contrato de distribución", no se acreditó que los actores "adquirieran la propiedad de los equipos vendidos por Fagor Industrial, antes bien, se tiene claridad sobre el hecho de que en las ventas en dólares, era Las Viviendas quien recibía el dinero y lo remitía a Fagor, y en las ventas en pesos, las facturas y pagos siempre aparecían a favor de Fagor (...). Igualmente, resulta evidente que Eduardo Peña, en nombre propio o actuando en representación de Las Viviendas, así como sus hijos en nombre de esta última, siempre actuaron por cuenta de Fagor Industrial, presentándose con papel timbrado con la marca (...), teniendo tarjetas de presentación con el logo 'Fagor' (...), y presentado su

*local comercial como punto de exhibición de dichas mercancías (...)*”.

*«(...) Con base en lo anterior dedujo el Tribunal haberse presentado “entre Eduardo Peña Gómez y Las Viviendas Sociedad Ltda., y Fagor Industrial S.A., una verdadera agencia comercial, donde los primeros actuaron como agentes de la segunda, desarrollando una actividad independiente (con un local propio tomado en arriendo por la parte actora, su propio horario, sus propios recursos y su propio personal) y estable (durante más de 4 años) en pro de la promoción y explotación de los productos Fagor, y los segundos como agenciados, acogieron los clientes captados por los primeros, desarrollando y afianzando relaciones comerciales, y facturando sus ventas”.*

*«Enfatizó el juzgador en que a pesar de aludir los documentos a “acuerdo de colaboración” y “contrato de distribución”, la relación comercial desarrollada no corresponde a tal modalidad, porque los actores no adquirirían en propiedad los productos de la “agenciada”, sino que al concretar las operaciones con los clientes “la facturación y remisión procedía directamente de la empresa demandada ubicada en Medellín (cuestión que la misma ratifica en sus intervenciones...)”; de ahí que el tenor literal de aquellos convenios no puede prevalecer sobre las realidades encontradas y acreditadas en autos, estimando aplicable en ese sentido la regla de interpretación del artículo 1618 del Código Civil, y aunque le llamó la atención el hecho de identificarse la actora misma en algunos actos como “agente o distribuidor”, y en otros denominarla así la accionada, advirtió que ello no cambiaba la señalada percepción, como tampoco la “falta de exclusividad” que veladamente puso de presente la opositora, dado que este no es un requisito de la “agencia comercial”.*

*«(...) Luego de sostener que la inferencia del a-quo atinente a la falta de acreditación del citado negocio jurídico, no resulta tan clara, dada la independencia con la que actuó “Peña Gómez”, en nombre propio y como representante legal de “Las Viviendas”, como también su participación en la promoción y posicionamiento de la marca en cuestión, “actuando conforme unas condiciones y requerimientos de Fagor Industrial S.A.”, observó que surgían dos variantes de lo expuesto por los testigos.*

*«Sobre el particular, comentó que Orlando de Jesús Restrepo, Jorge Humberto Velásquez, Luis Eduardo Gómez y José Heli Arango, reconocieron en los promotores del proceso “una verdadera gestión de agente comercial de Fagor Industrial S.A., y la de quienes consideran que su actuar fue el de un simple intermediario y distribuidor de productos de (...) [aquella]”, y con*

*una versión distinta encasilló a Carlos Barragán y Jhon Alexander Díaz, al haber manifestado que “la labor de ‘Las Viviendas’ era de simple intermediación para la venta de equipos Fagor Industrial S.A., por cuanto era esa compañía quien hacía sus propios contactos y no tenía representante alguno ni exclusividad en ventas”; como también Jesús María Ortiz y Claudia Patricia Díaz, quienes se desempeñaron como representantes legales de la accionada, y desconocieron el convenio cuya declaración se solicitó, “reconociendo solamente actuaciones de colaboración para celebrar negocios sin que existiera representación”.*

*«En ese escenario el Tribunal optó por acoger la versión del primer grupo de deponentes, ya que “la prueba documental anexada corrobora el hecho de que independientemente de los ‘nombres’ dados a los contratos suscritos entre las partes, lo que (...) hubo entre ellos, fue un contrato de agencia comercial”. (...) Al estimar que debía prosperar la pretensión de la existencia del contrato en mención, se asumió el estudio de la condena consecencial deprecada (...)» (folios 139 a 141 vuelto de este cuaderno).*

2.2. Si dos de los presupuestos estructurales de la agencia comercial son, según lo sostenido por el Juez de segundo grado, *«(...) el encargo de promover y explotar negocios (...)»* y *«(...) la actuación del agente por cuenta del empresario (...)»*, si él dio por demostrados tales requisitos sin ambivalencias, por **obvias** razones la mayoría no podía patrocinar la posición del Juzgador, según la cual la parte actora no probó la naturaleza de los daños ni la extensión de los consiguientes perjuicios, porque como cada uno de estos elementos entraña, *per se*, lo que alrededor de ellos describen los pertinentes apartados de la anterior transcripción, **es apenas lógico**, e inevitable, claro está, concluir que **la certeza** del detrimento patrimonial padecido por la parte actora, cuyo resarcimiento ésta pide, está dado por los mismos medios persuasivos a partir de los cuales el propio Sentenciador tuvo por satisfechos los señalados dos

presupuestos de la agencia: facturas, contratos, remesas, remisiones, contabilidad, libros contables, estados financieros, etc., claramente demostrativos de que esa parte *promovió y explotó los negocios encargados por la accionada*, laborio en cuyo derredor *actuó*, consiguientemente, *por cuenta de la empresaria*.

Como la materialización del «(...) *encargo de promover y explotar negocios (...)*» el *ad quem* la dedujo de «(...) *las cartas de promoción y ofrecimiento de servicios remitidas (por Eduardo Peña, Diana Peña, Mauricio Peña) en nombre, con logos y etiquetas de Fagor, a los mencionados establecimientos, así como la concreción de algunos de esos negocios se probó con las diversas facturas y pagos posteriores*», y «(...) *la actuación del agente por cuenta del empresario (...)*» la estableció con «(...) *claridad (...)* [d]el hecho de que en las ventas en dólares, era Las Viviendas quien recibía el dinero y lo remitía a Fagor, y en las ventas en pesos, las facturas y pagos siempre aparecían a favor de Fagor (...). Igualmente, resulta evidente que Eduardo Peña, en nombre propio o actuando en representación de Las Viviendas, así como sus hijos en nombre de esta última, siempre actuaron por cuenta de Fagor Industrial, presentándose con papel timbrado con la marca (...), teniendo tarjetas de presentación con el logo 'Fagor' (...), y presentado su local comercial como punto de exhibición de dichas mercancías (...)», estos mismos elementos de certeza, demostrativos de todo el trabajo realizado por la parte actora en provecho de la accionada, actuantes en el proceso, al tiempo constituían la base para deducir la naturaleza de los daños aducidos y la extensión de los perjuicios demandados.

Luego es todo un contrasentido que el Fallador, y con él ahora la Corte, den por probados, a partir de tales hechos

negociales, los mentados dos requisitos del contrato de agencia comercial **y, sin embargo**, se reniegue de la prueba de los daños invocados y de los perjuicios socorridos. Si el *factum* constitutivo de los citados requisitos implica, inevitablemente, un quehacer activo del agente, en tanto y en cuanto la *promoción y explotación de los negocios encargados a éste, y su actuar por cuenta del empresario* se consolida por su propio actuar, es claro, al conllevar esta conducta la transferencia de unos activos, ya de bienes ora de servicios, o de unos y otros a la vez, **los instrumentos** con los cuales en la economía de la empresa esas operaciones deban verse reflejadas tanto en la contabilidad como en estados financieros y en el patrimonio del empresario y del agente, necesariamente han de servir para cuantificar las indemnizaciones a las que, en términos de los artículos 1322 y 1324 del Código de Comercio, éste tiene derecho.

2.3. Para negar las súplicas indemnizatorias, según el fallo del que disido, el Tribunal estimó:

*«[D]e [los] tres dictámenes (...), halló que en dos de ellos se advirtió “que no existió el contrato de agencia y que por tanto no se causaron prestaciones económicas entre las partes”; mientras que en el practicado con motivo de la objeción al inicialmente allegado, aunque no hubo pronunciamiento acerca de la naturaleza del vínculo contractual, “sí indicó un valor por concepto de comisiones adeudadas, indexación e intereses”, pero apreció que el mismo no era preciso ni claro respecto del monto de la “comisión” adeudada, pues pone en evidencia que el valor concluido se deduce del cruce de la información obrante en autos, sin que obre prueba de los movimientos contables de ambas partes, ni haya claridad sobre el monto de la comisión (...), ni los valores de ventas sobre los que debe deducirse la comisión, ni las fechas de las mismas, etc.”.*

*«Al verificar que el actor Peña Gómez, no obstante rebatir el “contrato de distribución”, se apoyaba en su contenido para argumentar que “su comisión correspondía al 25%”, calificó esa situación de constituir una “insuperable contradicción”, no acogiendo por lo tanto ese porcentaje, y al buscar establecerlo a partir de las disposiciones legales, constató en el artículo 1322 del Código de Comercio, la ausencia de pautas para el efecto, mientras que el precepto 1264 ibídem, se remite a la remuneración pactada o la “usual para este género de actividades”, o la que se “determine por medio de peritos”.*

*«(...) [A]l volver sobre el acervo probatorio concluyó que la actora no cumplió con la carga de acreditar la suma de dinero adeudada, descalificando los dictámenes (...) porque “reflejan en sí mismos lo sesgada y parcial que es la información en ellos contenida y lo discutible de sus conclusiones”, y llamó la atención para que se tuviera en cuenta lo indicado sobre ese aspecto por la perito Martha Zúñiga. Por lo tanto, estimó debía negarse el reconocimiento de las comisiones pendientes y la corrección monetaria sobre las mismas.*

*«(...) En cuanto a la (...) indemnización por “terminación sin justa causa del contrato de agencia”, consideró procedente su reclamo (...), para lo cual (...) estimó se debían tener en cuenta “los esfuerzos para acreditar la marca, la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato”. No obstante, al examinar las probanzas, calificó de insuficiente la gestión de los actores para acreditar “la promoción, inversión y pro actividad en la consecución de negocios al agenciado”, quedando (...) sin demostrar, el daño emergente y lucro cesante, “imponiéndose negar la totalidad de las pretensiones económicas (...)” (páginas 141 vto. y 142).*

2.3.1. Empero, como lo demuestra el cargo, al contrario de lo sostenido por la Corte en el fallo objeto de este salvamento, en la conceptualización recién transcrita el *ad quem* cometió evidente, notorio y trascendente yerro fáctico.

a) En primer lugar, porque el solo hecho de que dos de los peritajes aseguraran la inexistencia de agencia comercial entre las partes, no es motivo, ni de lejos, para por esa mera razón ignorar, como lo hizo el Tribunal, su

contenido, en particular el del rendido por Adolfo Tapias Poveda. No solo porque no es al auxiliar de la justicia a quien compete la calificación jurídica de la especie negocial, sino, claro está, al administrador de justicia, como en efecto lo hizo, determinando, ciertamente, que el vínculo *inter partes* fue de agencia comercial, y no de otra índole.

b) Por otra parte, porque, como con tino lo sustenta el cargo, lo cierto es que, a la pregunta sobre el volumen de las ventas realizadas por la parte actora entre febrero de 1998 y mayo de 2003, con ocasión de la relación comercial habida con la accionada, aquel experto señaló:

*“Contablemente se registraron ventas exactamente igual a la de otros compradores de la (...) Fagor por esa misma época. De igual forma ocurre al constatar los soportes de los registros contables. (...) [E]n el anexo N° 1 que consta de 256 folios, se describe la relación de ventas efectuadas (...) para el período solicitado, conforme a la documentación que obra en el proceso y a la que fue suministrada por (...) Fagor. (...) En el anexo N° 2 que consta de 32 folios se relacionan las ventas realizadas por (...) Fagor (...) durante los años no contemplados en el dictamen pericial anticipado conforme a la documentación que obra en el proceso y a la que fue suministrada por Fagor”.*

Ahora, a folios 2014 a 2270 obra el mentado anexo #1, el cual refiere, de un lado, el volumen de ventas efectuadas por las convocantes en beneficio de la accionada entre febrero de 1998 y mayo de 2003 con ocasión del vínculo que las unió; y, por el otro, los comprobantes de egreso, facturas cambiarias y otros documentos contables, demostrativos de las diversas operaciones llevadas a cabo en ese período dentro del apuntado nexa negocial por aquéllas y sus respectivos egresos, los cuales patentizan el

pago de las comisiones o el respectivo cruce de cuentas. Mientras el anexo 2 (fls. 271 a 304), muestra el movimiento de las cuentas de 1 de junio de 2003 a 30 de septiembre de 2007, no previstas en la pericia practicada como prueba anticipada.

c) Con referencia, tal parece, al dictamen emitido por Martha Zúñiga Bedoya, el Tribunal comentó que ésta *“sí indicó un valor por concepto de comisiones adeudadas, indexación e intereses[;] pero que el mismo no es preciso ni claro en cuanto al fundamento de los valores allí anotados, específicamente en lo que se refiere al monto de la “comisión” adeudada, pues pone en evidencia que el valor concluido se deduce del cruce de la información obrante en autos, sin que obre prueba de los movimientos contables de ambas partes, ni haya claridad sobre el monto de la comisión teniendo en cuenta, ni los valores de ventas sobre los que debe deducirse la comisión, ni las fechas de las mismas, etc.”*.

Empero, esta pericia, al contrario de como así de modo errado la muestra el Tribunal, y ahora también la Corte al respaldar en el fallo del que me distancio tan equivocada ponderación, brilla con elocuencia al ser precisa, clara y destallada, en cuanto cumpliendo las previsiones impuestas por el artículo 237, numeral sexto, del Código de Procedimiento Civil no solo explica los exámenes y las investigaciones efectuadas por la responsable del trabajo, sino que suministra con suficiencia las razones sustentantes de las conclusiones allí vertidas, como así puede verse no solo de su cuerpo (fls. 2740 a 2748) y de los documentos en los cuales aparece respaldada de manera apropiada (fls. 2705 a 2739), sino también de su aclaración

y complementación, como se constata a folios 2801 a 2815 y de la prueba documental que, en respaldo de estas últimas puntualizaciones, la auxiliar de la justicia suministró (fls. 2798 a 2780).

El trabajo así realizado y presentado, aunado a toda la información que brota del cartulario le permitió a la experta señalar el valor concluido, de donde es por entero desacertado sostener, que de la cuantificación no obre prueba de los movimientos contables de las partes y mucho más descalificarlo porque una tal prueba no llegase a existir, pues, cual vengo demostrándolo, el dictamen, visto en un todo su contenido y las pruebas en las cuales se afinca, obligan al juez a atender sus conclusiones, mayormente si, por su carácter técnico, no podía basarse más que en la vida comercial de las partes concernidas a la época relacionada.

d) Además, esas posturas del *ad quem*, son inexplicablemente contrarias a la motivación con la cual resolvió las excepciones de *“cumplimiento y pago por parte de Fagor Industrial S.A. de todas y cada una de las obligaciones a su cargo y renuncia expresa de Las Viviendas Ltda. a reclamar”,* las cuales desestimó *“porque la accionada no probó haber cancelado todos los valores adeudados (...) [porque ] la renuncia (...) a reclamar cualquier tipo de compensación (...) no puede tenerse en cuenta, pues la misma fue expresamente derogada por las partes en acuerdo posterior (modificación del contrato de distribución (...))”.*

Desde luego, si los medios exceptivos carecían de mérito, precisamente porque, al decir del Tribunal, «(...) *FAGOR INDUSTRIAL S. A. no probó haber cancelado todos los valores adeudados a los demandantes (téngase en cuenta que no puede tenerse por cierto que las cuentas entre las partes quedaron completamente saldadas porque las comunicaciones cruzadas entre las mismas demuestran lo contrario –pág. 19 de esta providencia (..) [ y porque] la renuncia (...) a reclamar cualquier tipo de compensación (...) no puede tenerse en cuenta, pues la misma fue expresamente derogada por las partes en acuerdo posterior (modificación del contrato de distribución (...))*» (fl. 129, cd. tribunal), ese Juez mucho menos podía ignorar el contenido del peritaje donde la experta Martha Zúñiga Bedoya «(...) *sí indicó un valor por concepto de comisiones adeudadas, indexación e intereses*» (fl. 122, cd. tribunal).

Ese trabajo, al contrario de como con craso yerro lo afirma el Juzgador de instancia, no solo brilla por su manifiesta claridad y precisión tanto en sus fundamentos como en sus conclusiones, en particular acerca del monto de las comisiones adeudadas por la convocada a la parte actora. Además, aparece fundado en las pruebas de las cuales esa experticia se acompañó al proceso y en toda la información obrante en éste, siendo, por tanto, todo el acervo persuasivo incorporado al plenario el que sustenta el concepto; luego no es cierto, de ninguna manera, que en torno de lo sostenido y concluido por la auxiliar de la justicia en la labor ejecutada no obrara prueba de los movimientos contables de ambas partes.

e) El sentenciador aseguró que los dictámenes «(...) reflejan en sí mismos lo sesgada y parcial que es la información en ellos contenida y lo discutible de sus conclusiones (revítese para el efecto lo manifestado por la perito Martha Zúñiga fl. 2684-2685, 2690-, 2693)» (fl. 123, cd. tribunal); pero no explicó dónde, cómo o porqué es sesgada o/y parcial la información de los peritajes ni lo discutible de las conclusiones.

Invita a revisar la experticia de la auxiliar en mención; pero tampoco indica de ésta por lo menos una razón que lleve a comprender el desapego en la peritación a uno cualquiera de los dictados del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil vigente a la sazón.

f) De este modo, el Tribunal lanzó, desde la distancia, unas escuetas afirmaciones, sustrayéndose de analizar el contenido de al menos una de tales pruebas, de tal manera que, tras esa labor de auscultación diera a conocer las razones por las cuales las descalificaba como medio probatorio para cuantificar la indemnización.

g) Asimismo, dejó de ponderar la pericia practicada como prueba anticipada (fls. 447 a 501 y 1871 a 1937), su aclaración y complementación (fl.504 a 506).

Esta experticia tuvo por objeto establecer: (i) el monto económico de las transacciones comerciales y/o ventas realizadas y facturadas durante 2003 a 2006 y enero a abril de 2007, relacionando las personas con quienes se hubieran celebrado y sus montos; (ii) todos los hechos y asientos contables consignados en los libros contables en esos mismos períodos, el estado general de la contabilidad y

de los libros; y (iii) las ventas realizadas entre enero de 2000 y 1 de mayo de 2003 a Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. Cadenalco, Almacenes Éxito, Constructora Equidad y/o Saludcoop, Saludcoop, Compañía de Alimentos Colombianos Calco S. A. y Grepes y Waffles S. A., y determinar qué comisiones la demandada pagó a la actora por esas ventas.

Para llevar a cabo su trabajo de campo, la experta estuvo en las instalaciones de la accionada durante dos semanas recaudando la información relativa a aquel objeto. Con base en la información así recolectada, constató:

(i) El monto económico de las transacciones comerciales y/o ventas realizadas y facturadas durante 2003 a 2006 y enero a abril de 2007, relacionando las personas con quienes se hicieron esos negocios y sus montos, período por período. Allegó como evidencia de sus hallazgos, los documentos que identificó como “Anexos” del 1 a 5.

(ii) Todos los hechos y asientos contables consignados en los libros de contabilidad en esos períodos, el estado general de la contabilidad y de los libros. En esta tarea advirtió que libros auxiliares, como los oficiales de Caja Diario, Mayor y Balances eran llevados de acuerdo con el Decreto 2649 de 1993, que las operaciones de la sociedad eran claras, completas, fidedignas y estaban debidamente registrados en la Cámara de Comercio.

(iii) Las ventas hechas entre enero de 2000 y 1 de mayo de 2003 a Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. Cadenalco, Almacenes Éxito, Constructora Equidad y/o Saludcoop, Saludcoop, Compañía de Alimentos Colombianos Calco S. A. y Grepes y Waffles S. A., discriminándolas período por período y especificando los conceptos; y diversas las comisiones pagadas a la parte actora entre 31 de enero de 2000 y el 07 de junio de 2001.

h) La mayoría de la Sala se equivoca al sostener que el Tribunal sí reparó la pericia en referencia cuando dijo «(...) de manera general que no hall[aba] “prueba decisiva en relación con el valor real adeudado al demandante” (...)» (fl. 179). De haber visto y ponderado el contenido de esa probanza otra habría sido la decisión. Ese medio de convicción es determinante en la definición de los rubros económicos por los cuales la accionante pidió condenar a la demandada.

i) La sola circunstancia de que la parte actora asegurara que el vínculo que la unió a la opositora no fue de distribución, sino de agencia comercial, de ningún modo le impedía a ese extremo procesal, y mucho menos al Fallador, aducir, a partir del contenido del contrato escrito y mal identificado como de distribución, que “su comisión correspondía al 25%”, pues el hecho de que pidiese, como en efecto lo hizo, una calificación jurisdiccional sobre la naturaleza jurídica de la relación jurídica real, no obstaculizaba demostrar la exigencia de la agencia demandada, porque las cosas por lo que son, y no por el nombre que les den las partes.

Despreciar, entonces, la denominación literal del lazo negocial, y, al tiempo, echar mano de uno de sus contenidos, en particular del atinente a la remuneración, no apareja contradicción, como con error lo concibió el Juez de segundo grado. Si en el texto aparece un porcentaje de comisión, el mismo debía y tenía que servir de base para cuantificar el derecho económico en el cual se concentran las súplicas consecuenciales, con mayor razón si esa rata en todo caso no fue rebatida.

j) Ahora bien, en últimas, se repudia tal proporción, en aplicación de los artículos 37, 38, 179, 180 y 183 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de cumplir la sagrada e ineludible misión de administración justicia, debió entonces, decretarse pruebas de oficio, pero no afirmar, *«(...) que si bien es cierto, se ha acreditado la existencia de un contrato de agencia mercantil (...) también lo es que, del mismo no pueden (...) deducirse obligaciones económicas a reconocer, por cuanto las mismas no fueron probadas por la parte actora (...)»* (fls.122 y 123., cd. tribunal), con mayor razón si, como lo admitió, el artículo 1322 del Código de Comercio menciona el derecho a remunerar al agente y el artículo 1264 *ibídem* prevé como remuneración para el mandatario la estipulada o usual para este género de actividades, las cuales pueden comprobarse por medio de peritos.

k) Finalmente, si otros de los elementos del contrato de agencia comercial son, al decir del propio Tribunal, *«b) la estabilidad de la actividad del agente», lo que implica que el agente promueve o concluye negocios en serie y sucesivos, siendo permanente*

*su relación con el agenciado (...) [y que la parte actora mantuvo] en forma estable, relación comercial durante más de 4 años [desde el 10 de febrero de 1999 (...) hasta el 1º de mayo de 2003 (...)], «c) el encargo de promover y explotar negocios, [gestión que concibió como] la finalidad del contrato, en tanto que la labor del agente es preparar el negocio (promover), y concluirlo o perfeccionarlo (explotar) preferiblemente (...); el reclamo resultaba próspero.*

Si el Tribunal dio por demostrado, además, que «e) la actuación del agente por cuenta del empresario (...) considera[ndo] que el agente debe adelantar su actuación poniendo de presente que actúa por cuenta del empresario (...) [y] no está acreditado (...) que (...) [los actores] adquirieran la propiedad de los equipos vendidos por Fagor Industrial, antes bien, se tiene claridad sobre el hecho de que en las ventas en dólares, era Las Viviendas quien recibía el dinero y lo remitía a Fagor, y en las ventas en pesos, las facturas y pagos siempre aparecían a favor de Fagor (...) [y] Eduardo Peña, en nombre propio o actuando en representación de Las Viviendas, así como sus hijos en nombre de esta última, siempre actuaron por cuenta de Fagor Industrial, presentándose con papel timbrado con la marca (...), teniendo tarjetas de presentación con el logo 'Fagor' (...), y presentando su local comercial como punto de exhibición de dichas mercancías (...» (fls. 12 a 118, cd. tribunal), infiriendo que entre las partes existió una verdadera agencia comercial, el Tribunal incurre en una manifiesta e inocultable contradicción, cuando juzgó procedente el reclamo de la indemnización por terminación sin justa causa; **y, sin embargo**, estimó «(...) la actividad desplegada por la parte actora a efectos de probar la promoción, inversión y pro actividad en la consecución d negocios (-...) insuficiente (...)» (fl. 129).

Un presupuesto de la agencia es *la estabilidad de la actividad del agente*», *el encargo de promover y explotar*

*negocios y la actuación del agente por cuenta del empresario.* En esta ocasión estos requisitos el Juez de segundo grado los tuvo por satisfechos, y los medios probatorios evidenciaron de modo que no es de recibo, señalar que el extremo activo no probó con suficiencia haber actuado con solvencia en provecho de su par negocial y que por consecuencia no le podía reconocer la indemnización prevista en la ley ante la terminación unilateral y abrupta del vínculo.

2.3.2. Son incuestionables entonces los errores cometidos por el juez de segundo grado, los cuales la mayoría debió dar por establecidos; para constatarlos no era necesario hacer mayúsculos esfuerzos.

2.4. Si la prueba era insuficiente, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la misma Corte han debido entonces ordenarse, **de oficio**, la práctica de las pertinentes pruebas; porque, no puede ser que, dada la especial naturaleza del contrato de agencia comercial y de los elementos requeridos para su estructuración, en esta ocasión el *ad quem* y la mayoría de la Sala lo tengan como la especie negocial realmente alcanzada entre las partes, **pero**, en una determinación que rompe toda lógica, se nieguen las aspiraciones económicas a la parte actora.

La determinación así concebida hallaba fundamento en los artículos 37, 38, 179 y 180 del Código de Proceimiento Civil, en pro de una justicia verdadera para establecer la naturaleza de los daños y su magnitud.

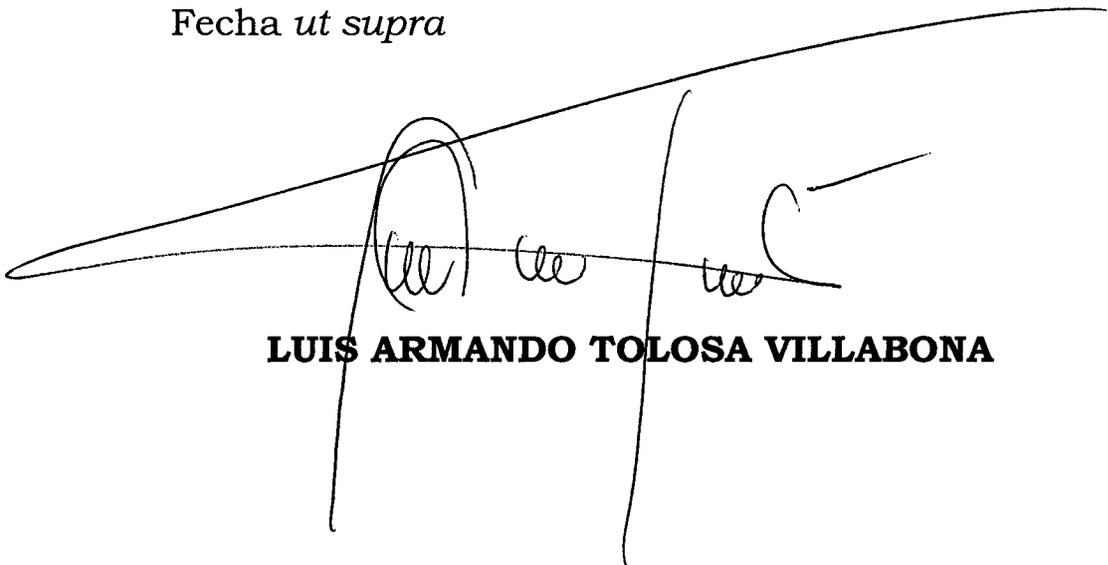
2.5. La Corte no podía, por un lado, afirmar «(...) que los impugnantes no demostraron el dislate denunciado (...)» (fl. 179), habiéndolo hecho. Al contrario de lo así sostenido en la página 89 de la decisión, los recurrentes demandantes sí definieron el yerro cometido por el Tribunal, frente al cual, ahora en el fallo la mayoría prefirió hacer caso omiso

### Conclusión

Los errores en las decisiones judiciales pueden estandarizarse como *iuris in iudicando*, errores *fácti in iudicando* y, errores *in procedendo*. Como lo advertí en el *introito* de este salvamento, he dejado expuesto un portafolio de pruebas obrantes en el proceso sobre las cuales se demostró la comisión de errores de hecho con incidencia en la parte resolutive de la sentencia impugnada, idóneos para rescindirla y proferir la sustitutiva reconociendo las sumas económicas demandadas por quien fungió como agente comercial.

Dejo así salvado mi voto.

Fecha *ut supra*

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above the printed name.

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

