

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION CIVIL**

**Magistrado Ponente: Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA**

**Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)**

**Referencia: Expediente No. 4701**

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, el 30 de agosto de 1993, en el proceso ordinario iniciado por la SOCIEDAD DISTRIMORA LTDA. contra la empresa SHELL COLOMBIA S.A.

**I. ANTECEDENTES**

1.- Mediante demanda que obra a folios 157 a 196 del cuaderno No. 1, la sociedad DISTRIMORA LTDA, domiciliada en Medellín, convocó a la empresa SHELL COLOMBIA S.A., a un proceso ordinario, - que por reparto correspondió conocer al Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín y que posteriormente fue enviado para continuar su tramitación al Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado de esa ciudad, proceso en el cual la parte actora, impetra que por la jurisdicción se despachen en forma favorable las siguientes pretensiones:

**1.1.- Pretensiones principales**

1.1.1.- Que se declare que entre la sociedad DISTRIMORA LTDA. y la empresa SHELL COLOMBIA S.A. se celebró un contrato de agencia comercial, contenido en documento privado suscrito por las partes el 12 de mayo de 1981.

1.1.1.1.- Que se declare que las cláusulas séptima y décima-séptima del contrato de agencia comercial aludido son ineficaces, "o en su defecto acusan nulidad absoluta" (fl. 183, C-1), en cuanto lo en ellas pactado sobre duración y terminación por preaviso del citado contrato.

1.1.1.2.- Que se declare que la terminación de ese contrato, a partir del 2 de mayo de 1989, de lo cual se comunicó a la sociedad demandante por la demandada el 13 de marzo de 1989, fue "sin justa causa" (fl. 183v, C-1).

1.1.1.3.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la parte demandada a pagar a la demandante "las prestaciones a que esta última tiene derecho y de que trata el artículo 1324 del C. de Co.", es decir, las siguientes cantidades de dinero: a) la

suma de \$250'000.000, o lo que se probare en el proceso, como "equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida por la agente 'DISTRIMORA LTDA", en los tres últimos años, por cada uno de los nueve (9) años y tres (3) meses de vigencia del contrato que se prolongó desde enero de 1980 hasta el 2 de mayo de 1989"; y, b) la suma de \$500'000.000, como mínimo, por concepto de "indemnización equitativa" que habrá de fijarse por peritos, "como retribución a los esfuerzos de la agente "DISTRIMORA LTDA", para acreditar la marca y la línea de producto "SHELL" en el Departamento de Antioquia durante los nueve (9) años y tres (3) meses" de duración del contrato, teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios realizados por el agente.

1.1.1.4.- Que las sumas de dinero a cuyo pago se impetra condenar a la demandada, mencionadas en el numeral anterior, deberán ser pagadas "al momento de la ejecutoria de la sentencia" y causarán "intereses a la tasa máxima mensual autorizada por la Superintendencia Bancaria y reajustada de acuerdo con el índice de devaluación certificado por el Banco de la República, desde el día 2 de mayo de 1989, hasta que el pago se efectúe" (fl. 184, C-1), cantidades éstas de dinero para cuya cancelación "gozan de la preferencia legal de que trata el artículo 1277 del Código de Comercio, en armonía con el artículo 1230 de la misma obra" (fl. 184, C-1).

1.1.2.- Que se declare que la sociedad SHELL COLOMBIA S.A. "incurrió en actos de competencia desleal de que trata el artículo 75 en sus numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o. y 9o. del C. de Co.", de los cuales fue víctima la sociedad DISTRIMORA LTDA en "su actividad dedicada a la agencia comercial o distribución de los productos shell en ese departamento", durante el término de duración del contrato entre ellas celebrado, es decir, "entre enero de 1980 y mayo 2 de 1989" (fl. 184v., C-1).

Que como consecuencia de la declaración precedente, se condene a la sociedad demandada a pagar a la actora "la totalidad de los perjuicios morales y materiales que le fueron causados con esos actos de competencia desleal, "durante todo el período de duración del contrato, los cuales como mínimo ascienden a la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000), teniendo en cuenta los volúmenes de productos 'Shell' que la demandante dejó de vender y las utilidades o beneficios que por igual causa dejó de reportar", suma ésta de dinero que habrá de pagarse "junto con las valorizaciones o actualizaciones monetarias de rigor", al momento de ejecutoria de la sentencia y con "intereses a la tasa máxima mensual autorizada por la Superintendencia Bancaria" desde el 2 de mayo de 1989 y, hasta que el pago se efectúe (fl. 185, C-1).

## 1.2.- Pretensiones subsidiarias

1.2.1.- En subsidio de la "pretensión primera principal", la sociedad demandante formula las siguientes pretensiones subsidiarias:

1.2.1.1.- Que se declare que la sociedad Shell Colombia S.A. incurrió en abuso del derecho al "dar por terminado unilateralmente el contrato de distribución, que tenía celebrado con la sociedad demandante 'Distrimora Ltda' y que se recoge en el documento privado de fecha mayo 12 de 1981, elaborado por la primera (fl. 184, C-1).

1.2.1.2.- Que, en consecuencia, se condene a la parte demandada a pagar a la demandante los perjuicios que le fueron causados con el ejercicio abusivo del derecho, por la terminación unilateral, desde el 2 de mayo de 1989, del "contrato de distribución" entre ellas celebrado, perjuicios que "incluirán todos los daños derivados por esa causa del cierre de operaciones de 'Distrimora Ltda' en sus actividades comerciales y el valor de la totalidad de sus activos patrimoniales tangibles e intangibles derivados de su actividad mercantil", por lo que la indemnización a que tiene derecho la parte demandante, "asciende a la suma de OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$800'000.000) o la cantidad mayor o menor que se probare en el proceso o durante el trámite del artículo 308 del C. de P. Civil", cantidad de dinero que devengará "intereses desde el 2 de mayo de 1989 a la tasa más alta autorizada por la Superintendencia Bancaria y se reajustará de acuerdo con el índice de devaluación certificado por el Banco de la República", a partir de esa fecha y hasta que el pago se efectúe.

1.2.2.- En subsidio de la "segunda pretensión principal", la parte demandante impetra las siguientes pretensiones subsidiarias:

1.2.2.1.- Que se declare que la sociedad Shell Colombia S.A. "se enriqueció sin justa causa a expensas de la sociedad demandante", como consecuencia de sus actos "de manipulación del mercado de los productos shell en el departamento de Antioquia, durante el período comprendido entre enero de 1980 y el 2 de mayo de 1989, cuando la demandante era distribuidora de los mismos en este territorio, e igualmente con el esfuerzo promocional que Distrimora Ltda desarrolló para acreditar los productos de la marca shell en la misma zona y en igual período" (fls. 185 y 186v, C-1)

1.2.2.2.- Que, como consecuencia de la declaración precedente, se condene a la parte demandada a indemnizar a la actora en

cuantía que, "como mínimo asciende a la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$500'000.000) o a la cantidad mayor o menor que se probare en el proceso", suma ésta que, a partir del 2 de mayo de 1989, devengará "intereses a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Bancaria y se reajustará conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República" y hasta que el pago se efectúe (fl. 185v. C-1).

2.- Como supuestos fácticos de las pretensiones mencionadas anteriormente, en resumen expone la parte demandante los siguientes hechos:

2.1.- Que la sociedad Distrimora Ltda, domiciliada en Medellín, constituida por escritura pública No. 6466 del 30 de noviembre de 1979, otorgada en la Notaría Quinta de esa ciudad, tiene como objeto social "la distribución y venta de toda clase de productos, en especial de aquellos derivados del petróleo", pues fue creada para "actuar como agente comercial de los productos que fabrica y elabora la firma 'Shell Colombia S.A.', mediante su agencia y distribución en el Departamento de Antioquia", especialmente a raíz de la construcción de la autopista Medellín-Bogotá, distribución que se "extendió y amplió por voluntad de ambas partes a todas las operaciones de mercado abierto", como agente distribuidor de la Shell en el Departamento mencionado (fls. 158v y 159, C-1).

2.2.- El 12 de mayo de 1981 se suscribió un contrato de agencia comercial, que fue "redactado, preparado y elaborado en todos sus términos por la sociedad demandada Shell Colombia S.A.", al cual la sociedad demandante simplemente se adhirió, pues no le fue posible "su discusión previa, ni contribuir en ninguna forma a la redacción de sus cláusulas" (fls. 159 y 159v, C-1).

2.3.- En ese contrato, se intentó desvirtuar la naturaleza jurídica propia de la agencia comercial y, por ello, en la cláusula décimasexta aparece pactado que las partes convinieron "en dejar sin efecto la disposición contenida en el artículo 1324 del Código de Comercio vigente"; y, en la cláusula décima-séptima se expresó que "el distribuidor renuncia al derecho de retención a que se refiere el artículo 1326 del mismo Código del Comercio en vigor", subterfugios éstos con los cuales se trató de presentar ese contrato como una simple relación de compraventa de productos Shell, para su venta posterior por la demandante a los consumidores finales de tales productos, pese a que la actora siempre utilizó "emblemas, avisos, papelería con el logotipo y nombre de la Shell, publicidad, figuración en el directorio telefónico de Medellín", todo lo cual demuestra que la relación contractual fue de "agencia comercial", pues en la

cláusula vigésima-primer del contrato, expresamente se dijo que si durante la vigencia del mismo llegare a extinguirse el derecho de la parte demandada a usar la palabra "shell" o el emblema que la distingue o identifica sus productos, simultáneamente cesaría el derecho del distribuidor a usar esa palabra o ese emblema (fls. 164 y 165, C-1).

2.4.- Aun cuando conforme a la cláusula primera del contrato la labor de la parte demandante se circunscribió a actuar como agente de los productos "Shell" para los usuarios de la autopista Medellín-Bogotá, es lo cierto que "desde un comienzo se actuó como agente comercial abierto y directo para todo el comercio y consumo en el departamento de Antioquia", razón ésta por la cual ese contrato fue "prolongado indefinidamente hasta cuando en comunicación de marzo 13 de 1989 -7 años más- la Shell unilateral e injustamente lo dio por concluído", fracasado un intento de modificarlo, también en forma unilateral, "a mediados de 1986" (fls. 165 y 165v, C-1).

2.5.- El contrato de agencia comercial "o de distribución", suscrito entre las partes y a que ya se ha hecho mención, "no fue inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín" (fl. 166, C-1), pese a lo cual las partes se atuvieron a sus cláusulas durante su vigencia.

2.6.- Además de la sociedad Distrimora Ltda, en el territorio del departamento de Antioquia se dedicó a la misma actividad un grupo integrado por siete compañías, cuales fueron "SUMINA LTDA.", "MOTONAUTICA LTDA", "ALBERTO MONROY SUCESORES LTDA", "REMAC LTDA", "JARAMILLO Y PIEDRAHITA LTDA" y "CODISA LTDA", esta última para agenciar los productos de la Shell en la zona del Bajo Cauca Antioqueño, compañías éstas que, en todos los casos, suscribieron contratos similares con la empresa SHELL COLOMBIA S.A..

2.7.- La empresa demandada, en forma periódica, remitía a sus agentes distribuidores en el departamento de Antioquia "circulares contentivas de las nuevas listas y condiciones de venta al público de sus productos", siempre con la advertencia de que ellas formaban "parte integrante del contrato de distribución suscrito con Shell Colombia S.A., de acuerdo con las cláusulas sexta y décima-quinta, literal d) del citado contrato" y "sujetas a cambio sin previo aviso, lo que aconteció con regularidad hasta comienzos de 1989" (fls. 167 y 168, C-1).

2.8.- Las listas de precios y condiciones para la venta al público fijados por la empresa Shell Colombia S.A., contemplaban dos aspectos, a saber: el uno, el precio en que los productos eran adquiridos por

el distribuidor, con descuento especial por pago al contado; y el otro, de carácter externo, para la adquisición de esos productos por parte de los consumidores, cuando los adquirieran al distribuidor. De esta suerte, la utilidad del agente-distribuidor estaba representada por la diferencia entre el precio en que él adquiría los productos shell y aquel en que los vendía a los consumidores, precios ambos que eran fijados por la empresa Shell Colombia S.A., aunque los distribuidores gozaban de autonomía e independencia "en el manejo de sus propias empresas, tenían su propia organización y corrían con los riesgos propios de un mercado ampliamente competido por otras marcas con similares productos de renombre" (fls. 168 y 169v., C-1).

2.9.- En desarrollo del contrato la empresa Distrimora Ltda. "promovió y conquistó clientes para los productos shell, los conservó en el consumo de los mismos, amplió el mercado" y, además, "formalizó la apertura de establecimientos de comercio, atendía ventas al por mayor y al menudeo, cumplía las sugerencias de la Shell para un mayor beneficio recíproco, dio a la agenciada todas las informaciones que periódicamente le solicitaba y enviaba a la misma todo lo relativo a las condiciones de mercado, al punto de que y por solicitud de aquella permanentemente le informaba sobre sus clientes y el listado de los mismos incluyendo sus líneas de consumo, participaba económicamente en los planes y campañas publicitarias de los productos shell y que ésta organizaba", y, en fin, "asumía el riesgo de labor de intermediación" (fls. 168 y 169, C-1).

2.10.- No obstante lo anterior, la empresa demandada, otorgó a algunos agentes suyos en el departamento de Antioquia, -distintos a Distrimora Ltda- "unos descuentos o condiciones de venta mas ventajosos", con lo cual causó graves perjuicios a la sociedad actora, a la que condujo a un desastre económico, con "pérdida y desplazamiento de su clientela", conducta ésta que constituye "acto de mala fe y dolo comercial", que mantuvo la demandada a pesar de las reclamaciones elevadas por Distrimora Ltda (fls. 170 a 171, C-1).

2.11.- Además de lo anterior, la sociedad Distrimora Ltda fue víctima de "hostilidades y discriminaciones, no menos perjudiciales y dañinas", tales como exclusión de programas y proyectos a los cuales se invitaba sin embargo a los demás agentes distribuidores de la zona, exigencia de pagar en efectivo o en cheque de gerencia los productos por ella adquiridos para distribución posterior, limitación abusiva de los pedidos efectuados por Distrimora Ltda, no inclusión de la demandante en los "estímulos por incrementos en las ventas, negación de la participación en los planes diseñados para incrementar las ventas de los productos shell en el mercado antioqueño, así como ausencia de mención en el directorio

telefónico de Medellín correspondiente a la edición de 1989 de Distrimora Ltda, como agente de la empresa Shell Colombia S.A. para el departamento de Antioquia, utilización indebida de los informes suministrados por la demandante a la demandada sobre la clientela, líneas de productos consumidos por ésta, hasta el punto de llegar a ofrecer a los clientes de Distrimora Ltda, venta directa de los productos por ellos consumidos, llegando inclusive a ofrecerles condiciones "por fuera de los topes de las listas de precios", todo para provocar la terminación del contrato por Distrimora Ltda, a lo cual esta compañía se resistió realizando grandes esfuerzos para el efecto (fls. 172 a 175, C-1).

2.12.- Fracasado todo intento de superar, en conversaciones directas esa crítica situación entre los contratantes imputable en forma absoluta a la conducta asumida por la empresa Shell Colombia S.A., la empresa demandada, en comunicación de 13 de marzo de 1989, suscrita por su Gerente General y dirigida al representante legal de Distrimora Ltda, le manifestó la decisión de la demandada de dar por terminado, a partir del 2 de mayo de 1989, el contrato de agencia comercial que existía entre las partes, de que da cuenta el documento privado por ellas suscrito el 12 de mayo de 1981 (fls. 175 a 180, cdno. Corte)

2.13.- Ante esta situación, la sociedad Distrimora Ltda hubo de clausurar sus operaciones mercantiles y sufrió graves perjuicios materiales, por lucro cesante y daño emergente, por lo que ellos deben ser indemnizados por la demandada, quien, además, debe condenarse al pago de las demás indemnizaciones que, específicamente preveé el artículo 1324, incisos 1o. y 2o. del Código de Comercio.

3.- Notificada la empresa Shell Colombia S.A. del auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de ésta y sus anexos para los efectos legales, le dio contestación como aparece a folios 257 a 284 del cuaderno No.1. en la cual se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, niega la existencia del contrato de agencia comercial entre las partes, afirma que Distrimora Ltda actúa en este proceso "temerariamente y de mala fe", asevera que la relación contractual discutida en el proceso no fue de agencia comercial sino de "suministro", niega que hubiese encargado a Distrimora Ltda la promoción de sus productos como representante suyo y no acepta que hubiese llevado a cabo "conductas contractuales incorrectas", que hubieren ocasionado a la parte demandante "desmedro patrimonial", por lo que concluye con la solicitud de que se denieguen las pretensiones de la sociedad actora y se le condene, además del pago de las costas procesales, a lo que fuere pertinente, dando aplicación a los artículos 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil.

4.- Cumplida la tramitación propia de la primera instancia el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado de Medellín, le puso fin a ésta con sentencia que obra a folios 459 a 514 del cuaderno No. 1, en la cual denegó "todas las pretensiones de la demanda".

5.- Apelado el fallo de primer grado por la parte demandante (fl. 617, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, desató este recurso con sentencia que aparece a folios 97 a 126 del cuaderno No. 16, en la que "confirma en todas sus partes, la providencia impugnada".

6.- Interpuesto por la parte vencida el recurso extraordinario de casación contra el aludido fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, de su decisión se ocupa ahora la Corte.

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

1.- El Tribunal, tras sintetizar la posición asumida por las partes y la actuación surtida en la primera instancia (fls. 97 a 115v, C-16), manifiesta que encuentra reunidos los presupuestos procesales y que, como no aparece ninguna causal de nulidad, ha de dictarse sentencia de mérito.

2.- A continuación, expresa el Tribunal que, conforme a lo expuesto al historiar el litigio, las pretensiones de la parte actora "se contraen a las reclamaciones indemnizatorias dimanantes del contrato de agencia comercial, y de la competencia desleal, como principales; y como subsidiarias de cada una de las anteriores, a las atinentes al abuso del derecho y al enriquecimiento torticero".

3.- Con todo, previamente a lo relacionado con las pretensiones mencionadas, acomete el análisis de los indicios que, según la parte demandante, pueden deducirse de la inasistencia de la parte demandada a la audiencia de conciliación establecida por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y, también, a la falta de asistencia de esa parte, a la audiencia que para absolver interrogatorio formulado por la parte actora se decretó oportunamente.

Tras citar los artículos 101, numeral 2o., párrafo 2o. y 210 del Código de Procedimiento Civil, expresa que la empresa Shell Colombia S.A. es una sociedad comercial, que, precisamente por ello actúa representada por personas naturales, que son quienes han de concurrir a las diligencias judiciales como las ya aludidas, lo que efectivamente se hizo por el representante legal de dicha sociedad en este proceso, razón por la



cual no pueden deducirse en contra de esa sociedad el indicio grave a que se refiere el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, ni tampoco declararse la confesión ficta en torno a los hechos susceptibles de la misma, como lo preceptúa el artículo 210 del mismo Código.

4.- Sentado lo anterior, prosigue el Tribunal al análisis de los elementos estructurales del contrato de agencia comercial y, tras citar el artículo 1317 del Código de Comercio y algunos apartes de jurisprudencia de esta Corporación (fls. 117 a 120v, C-16), expresa que, en el caso de autos se encuentra demostrada la calidad de comerciante de la parte actora, su independencia o autonomía, la estabilidad de la relación contractual, su actuación en una zona prefijada del territorio nacional, pero, se echa de menos que hubiere estado encargada por la parte demandada de promover o explotar negocios suyos, por cuanto, por el contrario, existía un "negocio de compraventa al por mayor" y luego "la reventa de los productos compravendidos y elaborados por la Shell", lo que desvirtúa la existencia de la agencia comercial alegada por la sociedad demandante.

En la misma dirección, asevera el fallador de segundo grado que, conforme se deduce de las cláusulas primera y cuarta del contrato que dio origen a esta controversia judicial, "los precios finales para el consumidor en realidad no los señalaba el vendedor, ni el revendedor, ya que éstos obedecían a las políticas económicas que sobre tales artículos ejercía el Ministerio de Minas, según lo observado a folios 64 a 69 del cuaderno de pruebas No. 5" y, además, conforme a los documentos que obran en carpetas contentivas de los mismos, señaladas con los números 1 a 7 y acompañadas por la parte actora a la demanda inicial, se demostró que "la sociedad demandante, adquiriría por compra los productos ya mencionados, para su reventa final" (fls. 121 y 122, C-16).

5.- Manifiesta luego el sentenciador que, por encima de la discrepancia doctrinaria en torno a si la agencia comercial ha de entenderse como una simple modalidad del mandato o si, por el contrario, puede en ella cumplirse un encargo ajeno sin ser mandatario propiamente dicho, es lo cierto que, en el caso sub lite "estamos frente a una sociedad mercantil, que adquiriría por compra los productos elaborados por la persona jurídica demandada para su reventa, sin que la actora tuviese la carga de rendir cuentas de su gestión" (fl. 122v., C-16). De manera que, si se examina el contrato suscrito por las partes, se observa que en él no se estipuló que la sociedad demandante "actuaría como agente o representante de la demandada" y, en cambio, se demostró en el proceso "con la prueba testimonial y documental (carpetas de 1 a 8), que Distrimora Ltda fue un distribuidor de los productos adquiridos por compra a la demandada, para ser revendidos a los precios señalados por estamentos

gubernamentales, reventa de la que obtenía un margen de ganancia, incrementado por las compras al contado", lo que, al decir del Tribunal significa que la parte actora "ponía en el mercado sus propios productos, sin que mediara por parte de la Shell encargo o mandato, o actividad similar que exigiese la colaboración para la celebración de negocios con terceros", en beneficio de la sociedad demandada, lo que resulta de acuerdo con lo pactado en la cláusula décimaprimerá del contrato celebrado entre las partes y cuya terminación dio origen a este proceso (fls 123 y 123v, C-16).

6.- Expresa luego el Tribunal que si la sociedad demandante "hubiese actuado en interés y para la demandada, lógicamente hubiese estado obligada a rendir cuentas de su gestión, circunstancia que no fue demostrada dentro del proceso; y si es cierto que en algunas oportunidades, demandante y demandada asumieron costos de publicidad, ello obedeció a un acto puramente voluntario, donde la Shell asumía parte de los costos y los distribuidores la otra parte, sin que fuese obligatoria la participación en las campañas de publicidad; como voluntaria era también, la asistencia de los distribuidores a los foros, conferencias o reuniones que la Shell realizaba para dar a conocer un nuevo producto y sus bondades, o emprender estrategias de ventas o campañas publicitarias" (fls. 124v, C-16).

En consecuencia, como no en todos los casos en que existe contrato de suministro, también lo hay de agencia comercial, necesariamente ha de examinarse la situación concreta para concluir en la existencia o inexistencia de esta última, la que solo nacerá a la vida jurídica cuando el fabricante enajena productos al empresario, con el encargo "de mantener un mercado en una zona determinada del territorio nacional, o abrir un nuevo mercado en un área específica, o promover la venta de sus productos en una demarcada zona", de todo lo cual ha de concluirse que, por no haberse reunido en el caso sub lite la totalidad de los elementos axiológicos que estructuran el contrato de agencia comercial, tanto la primera pretensión principal, como las derivadas de ella, no puede prosperar (fls. 124v y 125, C-16).

7.- En cuanto a la pretensión subsidiaria de la primera principal para que se declare que la sociedad demandada dio terminación unilateral e injusta al contrato celebrado entre las partes el 12 de mayo de 1981, lo que constituye abuso del derecho, manifiesta el Tribunal que, conforme a lo pactado en la cláusula séptima de ese contrato, allí se convino que podía darse fin a esa relación contractual enviando una comunicación para el efecto, con la debida antelación al otro contratante, previsiones éstas a las cuales dio cumplimiento la empresa demandada, como puede verse en el documento que obra a folios 115 del cuaderno principal. Es decir, que "la culpa en la que se fundamenta la figura jurídica

del abuso del derecho", no se configura en este caso, por lo que no puede tampoco prosperar la pretensión subsidiaria aludida (fls. 125 y 125v, C-16).

8.- En relación con la pretensión para que se declare que la demandada incurrió en actos de competencia desleal y, en consecuencia, en la obligación de indemnizar los perjuicios causados con esa conducta a la parte actora, asevera el sentenciador que no se encuentran demostrados y, por el contrario, conforme a la cláusula cuarta del contrato celebrado por las partes el 12 de mayo de 1981, la Shell se reservó el derecho de vender sus propios productos en la zona determinada en el contrato para la actuación comercial de la demandante y otros distribuidores, lo que quiere decir que "no puede ni siquiera pensarse en actos de la demandada, tendientes a la desviación de la clientela, desorganización interna de la empresa o de su mercado etc., y por consiguiente, esta pretensión con la consecuencial indemnización de perjuicios", también se deniega (fls. 125v y 126, C-16).

9.- Finalmente, el Tribunal tampoco encuentra demostrado que la sociedad demandada hubiere incurrido en enriquecimiento sin causa, haciendo víctima a la actora de un empobrecimiento correlativo, por lo que tampoco prospera esta pretensión, impetrada como subsidiaria de la anterior (fls. 126 y 126v, C-16).

### **III.- LA DEMANDA DE CASACION**

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia impugnada, todos dentro de la órbita de la causal primera de casación consagrada por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

#### **CARGO PRIMERO**

En el primero de los cargos propuestos, acusa la parte recurrente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, el 30 de agosto de 1993 en este proceso, de "ser violatoria de la ley sustancial, por interpretación errónea de los Arts: 1317, 1318, 1319, 1320, 1321, 1322, 1323 y 1326 del Código de Comercio y por falta de aplicación, de los Arts: 1324, 1325, 1328, 1330, 20, numeral 1o., 822, 823, 864, 871, 897, 899, numerales 1o. y 2o., 976, 980 y 1262 del Código de Comercio; y también por falta de aplicación de los Arts: 740, 743, 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1499, 1501, 1602, 1619 y 1624 del C. Civil (fl. 55, cdno. Corte).

En la argumentación expuesta para sustentar la acusación, manifiesta la recurrente que el Tribunal incurre en interpretación

errónea al darle a las normas reguladoras del contrato de agencia comercial, particularmente en lo que se refiere al artículo 1317 del Código de Comercio "un alcance distinto al señalado por el legislador, en cuanto hace a los requisitos axiológicos del contrato de agencia comercial, y especialmente, en punto de la propiedad o dominio, sobre los bienes agenciados", pues la legislación mercantil no condiciona la existencia de ese contrato, ni consagra que sea elemento esencial del mismo que los bienes respecto de los cuales recae la actividad del agente para conquistar, ampliar, sostener o reconquistar el mercado "tengan que pertenecer, durante todo el ciclo al dominio exclusivo del empresario, y que consecuentemente, en caso contrario, si tales bienes u objetos, en el proceso de su comercialización, llegaren a ser adquiridos por el agente o distribuidor, ya no habrá agencia, sino simplemente reventa" (fl. 56, cdno. Corte). En efecto, de la lectura del artículo 1317 del Código de Comercio, que define el contrato de agencia comercial, aparece que "para nada alude al dominio o propiedad sobre los bienes o servicios objeto de la relación contractual", lo que significa que ellos podrían "no pertenecer al empresario o pertenecerle bajo modalidades o condiciones, o en asocio de otros sujetos; o llegar en desenvolvimiento de la cadena del mercadeo, momentánea o temporalmente a ser adquiridos por el agente como eslabón para llegar al consumidor final, sin que por tal razón se desvirtúe la relación comercial típica de agencia comercial" (fls. 56 y 57, cdno. Corte).

Recuerda luego, cuáles son los elementos estructurales de la agencia comercial, y expresa que si el agente puede actuar como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo, conforme a la definición legal, ello quiere decir "que la representación no es elemento esencial a la agencia comercial. Puede o no darse, de allí que la norma, en forma disyuntiva, exprese la proposición conforme a la cual el agente puede desempeñarse 'como representante o agente de un empresario...'" (fls. 57 y 58, cdno. Corte).

Tras algunos comentarios en torno a la sentencia de esta Corporación proferida el 12 de diciembre de 1980, manifiesta la censura que el agente, en razón de la función que cumple para atender un mercado específico es de una "capacidad de maniobra mucho mayor", que la que confiere el mandato representativo. Por ello, aun cuando participa en algunos aspectos la agencia comercial de las características del mandato, ella tiene reglamentación autónoma en el Código de Comercio. De esta suerte, pese a que el agente actúe en nombre propio y para su propio beneficio, en desarrollo de esta modalidad contractual también lo hará "en pro del empresario, quien sin lugar a dudas se beneficia por la presencia,

consolidación y mejor penetración de sus productos en el mercado", como consecuencia de la actividad del primero (fl. 59, cdno. Corte).

De igual modo existe también este contrato cuando el agente actúa como fabricante o distribuidor de uno o varios productos de otro comerciante, tal cual lo prevé la ley, por lo que resulta que la calidad de distribuidor-agente "es perfectamente viable", sin que interese el dominio o propiedad de los bienes que se comercializan de esta manera.

Tampoco es cierto que el contrato de agencia comercial requiera la existencia del contrato de mandato y la "representación consiguiente", pues bien puede existir "un encargo, sin que medie mandato, como ocurre con el depósito, con la fiducia, etc.". El encargo a que se refiere el contrato de agencia comercial es "la promoción, conquista o presencia del producto en la zona asignada", lo que puede ocurrir "con o sin reventa". Lo que sucede en el medio colombiano, -prosigue el recurrente-, es que ciertos empresarios "para evadir la ley" han impuesto a sus agentes la obligación de "adquirir los productos" de aquellos, "generalmente al por mayor y por un precio menor", para que luego se sitúen en los consumidores, hecho éste del cual se sirven tales empresarios para aducir que, en la realidad no se trata de contrato de agencia comercial sino de una compraventa al por mayor "para su posterior reventa", desconociendo así que los distribuidores de tales mercancías tienen, además, la calidad de agentes, cuando se dedican a esa labor "en forma profesional e independiente con estabilidad, y en un territorio prefijado", vendiendo a los "precios autorizados por el empresario, con los descuentos máximos y mínimos por éste permitidos, con la utilización de los nombres, logos, lemas, empaques, emblemas, etc. del empresario, conforme a sus instrucciones y prácticas comerciales" y, en general, siguiendo las instrucciones de éste, rindiéndole "periódicamente, no cuentas, como erróneamente interpreta el fallo al artículo 1321 del C. de Co., sino los informes relativos a las condiciones del mercado en la zona y demás útiles al empresario", con quien, -en este caso-, "incluso conjuntamente se hizo la publicidad de los productos" en el territorio que le fue asignado a la parte demandante (fl. 61, cdno. Corte).

Cuando tales condiciones se reúnen, el distribuidor, además, es agente comercial y no simplemente mayorista que adquiere unos productos a un empresario para su reventa posterior; se trata, en este caso, de un "típico intermediario comercial", que si bien adquiere bienes del productor, y los vende al consumidor, lo hace "para mantener la presencia del producto en el mercado", ya que el consumidor, en esta forma entiende adquirir tales bienes "a un intermediario profesional, previamente autorizado y preparado por el empresario especializado en el manejo y venta de tales artículos y quien en sus emblemas, nombre, papelería, etc, da cuenta que

es un agente distribuidor, en este caso de los productos shell" (fl. 62, cdno. Corte).

De otra parte, el recurrente asevera que la remuneración al agente, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1324 del Código de Comercio no es necesariamente una comisión o porcentaje de lo vendido, sino que bien puede ser otra, conforme a las modalidades que para el efecto establece esa norma legal, para cuya protección se consagra el derecho de retención, no limitado como lo dice el fallador a los "bienes agenciados" sino extendido a "los bienes o valores del empresario" que se hallen en "poder" o a "disposición" del agente, como lo preceptúa el artículo 1326 del Código de Comercio (fls. 62 y 63, cdno. Corte).

Pasando a otro aspecto, manifiesta el recurrente que, para prevenir cualquier fraude a la ley en perjuicio de los agentes comerciales, el legislador estableció que estos contratos, cuando se ejecuten en el territorio nacional, "quedan sujetos a la legislación colombiana" (artículo 1328, Código de Comercio); y, por ello, ha de concluirse entonces que las prestaciones a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio son irrenunciables, norma ésta que fue pasada por alto por el fallador en este proceso, con desamparo censurable al agente que por más de diez años actuó como tal al servicio de la empresa demandada (fls. 64 y 65, cdno. Corte).

## **CONSIDERACIONES**

1.- Como es de público conocimiento, en razón de las necesidades crecientes surgidas del auge de la vida comercial, se hizo necesario que por el Derecho se regulen las actividades de intermediación, las cuales han dado origen a nuevas modalidades contractuales, cual acontece con la preposición, la comisión, el corretaje y la agencia comercial, contratos éstos específicamente incluidos en la legislación colombiana, al lado del mandato, a raíz de la expedición del Código de Comercio vigente.

1.1.- En ese orden de ideas, el Código de Comercio, en el Título XIII, Capítulo V (Arts. 1317 a 1331), reglamenta, por primera vez en Colombia, el contrato de agencia mercantil y, al efecto preceptúa que en él un comerciante, en forma independiente y de manera estable asume el encargo de promover o explotar negocios de otro comerciante, en una zona predeterminada del territorio nacional y en un determinado ramo, como representante o agente de otro comerciante, o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

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

1.1.2.- Es claro entonces que el contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca.

En efecto, el contrato de agencia, cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta entonces algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hacen diferente de ellos. Luego, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como "representante" o "agente", eso sí en virtud de un contrato de agencia.

Así mismo, con relación a la actividad mercantil que desarrolla el comerciante, éste puede ser simplemente un fabricante o distribuidor de productos de un empresario, en virtud de los contratos de construcción, distribución, suministro, compra al por mayor, depósito, o de cualquier otro convenio que conduzca exclusivamente a este objeto.

Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de "promover o explotar negocios" del empresario "en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional" (art.131 C.Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (vgr. contratos, ampliación de actividades, etc.), la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario. En cambio, la actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario. Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final. Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que éste, previa las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia; actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial. Pero lo anterior no se opone, como lo reconoció esta Corporación en ocasión anterior, a que habiendo un contrato de agencia entre empresario (agenciado) y comerciante (agente) en forma



paralela puedan concurrir otros contratos, como los de ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia. (Sent. del 14 de diciembre de 1992. G.J. CCXIX, P.703 y ss.), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor.

Todo ello conduce, entonces, a la necesidad de que el contrato de agencia requiera de una demostración típica y clara, es decir, que las pruebas se dirijan a establecer directamente el contrato de agencia, pues siendo éste autónomo, se repite, no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados, porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial.

1.2.- Ahora bien, dada la naturaleza de la relación contractual inmanente en la agencia comercial, el legislador regula algunos asuntos, por razones de orden público.

1.2.1.- En efecto, se señala en primer término que este contrato, cuando se ejecuta en el territorio nacional queda sujeto a la ley colombiana, aunque se pacte lo contrario (Art. 1328, C. de Co.). Ello significa, entonces, que para determinar la ley aplicable al contrato, el legislador prescinde por completo del lugar de su celebración y de la nacionalidad de las partes contratantes.

1.2.2.- Pero también, como norma protectora de la estabilidad de la relación contractual, el Código de Comercio establece que la agencia puede terminar por las mismas causas que ponen fin al contrato de mandato y, además, estatuye cuáles son las "justas causas" que permiten su terminación unilateral, ya por el empresario, ya por el agente (Arts. 1324 y 1325 del Código de Comercio). Por lo mismo, a la extinción del contrato tendrá derecho el agente al pago de 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" indemnización ésta a la cual se agregará la suma de dinero que fijen los peritos, "como retribución" a la actividad del agente "para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato", norma que se extiende en su aplicación a los casos en que el contrato termina por justa causa imputable al empresario, todo conforme a lo preceptuado por el artículo 1324 del Código de Comercio.

2.- Aplicadas las nociones anteriores al caso sub-lite, encuentra la Corte que el cargo propuesto y que aquí se analiza no puede prosperar, por cuanto:

2.1.- Como puede apreciarse en la sentencia impugnada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, funda la decisión desestimatoria de las pretensiones del actor, en cuanto hace relación al contrato de agencia cuya existencia se impetra declarar, en que éste no reúne la totalidad de los requisitos exigidos en la ley para estructurarlo, como quiera que aun cuando el demandante tiene el carácter de comerciante independiente de la parte demandada y la relación contractual existente entre ellos fue de carácter estable, para cumplirse en una zona prefijada del territorio nacional, es lo cierto que Distrimora Ltda y la Shell Colombia S.A. efectivamente realizaron un "negocio de compraventa al por mayor" de productos enajenados por ésta a aquélla, la cual una vez adquiridos procedía luego a "la reventa" de tales productos, "con destino al consumidor final" (fls. 121 y 212v. C-16), lo que resulta corroborado por las cláusulas primera y cuarta del contrato celebrado entre las partes, a las cuales alude el fallo impugnado, como aparece a folios 121 y 122 del cuaderno No. 16. Además, al examinar el contrato, manifestó el Tribunal que conforme al texto del mismo "en él no se estipuló que la sociedad demandante actuaría, como agente o representante de la demandada" y, por el contrario, "con la prueba testimonial y documental (carpetas de 1 a 8)", se demostró que la actora actuó como "un distribuidor de los productos adquiridos por compra a la demandada, para ser revendidos a los precios señalados por estamentos gubernamentales (fls. 123 y 123v, C-16), lo que significa que "Distrimora Ltda ponía en el mercado sus propios productos, sin que mediara por parte de la Shell, encargo o mandato", por lo que resulta que no se demostró en el proceso la existencia del contrato de agencia comercial entre las partes (fls. 123 y 124, C-16).

2.2.- El cargo primero formulado por la parte recurrente contra la sentencia de segundo grado, asevera que se produjo por el fallador la violación directa de algunas de las normas reguladoras de la agencia comercial, "por interpretación errónea" y la falta de aplicación de los preceptos mencionados al enunciar la acusación, para lo cual afirma el recurrente que acepta como acertada "la ubicación de la cuestión de hecho" por parte del Tribunal, el cual, sin embargo, a su juicio incurre en equivocación al fijar el sentido y alcance de los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, en cuanto se refieren al contrato de agencia comercial, normas que se analizan por el censor a lo largo de su exposición en procura de sustentar la acusación (fls. 56 a 65, cdno. Corte).

2.2.1.- Dejando de lado la impropiedad del lenguaje técnico-jurídico al aseverar que se incurrió en interpretación errónea de normas sustanciales inaplicadas por el fallador, pese a que conforme a doctrina reiterada de esta Corporación "el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea excluye la falta de aplicación de la misma, y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermeneúutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele" (Sent. 22 de septiembre de 1972, G.J. T. CXLIII, pág. 168), es evidente que la censura adolece de grave equivocación al erigir la acusación, como quiera que si la sentencia impugnada se apoya en que no encontró demostrada la existencia del contrato de agencia comercial entre las partes, como ya se vió, sino la de una compraventa de productos shell al por mayor para su reventa posterior a los consumidores, esa conclusión del Tribunal sobre la cuestión fáctica debatida en el proceso, mal puede combatirse aduciendo violación directa de normas de derecho sustancial, pues solo era dable atacarla por la vía indirecta, ya que, como salta a la vista, si el sentenciador dio por demostrado un contrato de compraventa no pudo incurrir en interpretación errónea de las normas atinentes a la agencia comercial, las que, por ello juzgó inaplicables.

2.2.2.-Ahora bien, dejando de lado el defecto anotado, la prenombrada acusación formulada por vía directa resulta inocua o desacertada.

En efecto, de aceptarse por la parte recurrente como inconvencional la fijación de los hechos por el Tribunal, dicho cargo resulta inútil. Porque si bajo estas consideraciones forzosamente ha de tenerse por probada la compraventa al por mayor para la reventa posterior de los productos shell por la parte demandante; y siendo así las cosas, todas las disquisiciones en torno al contrato de agencia comercial resultarían impertinentes, pues el sentenciador y el recurrente coinciden en la cuestión fáctica materia del litigio, esto es, de que el contrato probado fue el de compraventa y no el de agencia. Luego, la acusación, así entendida, no sería trascendente para quebrar la sentencia desestimatoria de la acción de responsabilidad fundada en el contrato de agencia.

Pero entendida la acusación en el sentido de que el yerro en la interpretación de las normas jurídicas reguladoras del contrato de agencia llevó consecuentemente al tribunal a calificar jurídicamente en forma errónea el convenio que se adujo como base de la responsabilidad por terminación injusta hecha por la demandada, dicha impugnación también resulta desacertada. Pues, de acuerdo con lo atrás expuesto, el alcance y sentido del régimen legal de contrato de agencia no permite

confundir este contrato con el de compraventa, ni con el de compraventa para reventa, ni con el de suministro; ni tampoco permite afirmar que hay promoción o explotación de negocios por cuenta ajena (como agente), cuando se compra o se recibe un suministro para reventa posterior. Si ello es así, debe concluirse entonces que no hubo yerro por parte de el tribunal en la interpretación de tales preceptos, ya que esa misma fue su conclusión. De otra parte, la censura no plantea frontalmente equivocación interpretativa sobre la posibilidad de que al lado de un contrato de agencia para promover o explotar negocios de un empresario, también pueda existir la actividad de compra para reventa sobre los mismos productos del agenciado, porque desde la misma demanda el objeto del litigio ha sido el derivar una responsabilidad del demandado por la supuesta terminación injusta o ilegal de un contrato que, a juicio del demandante, no es un contrato de suministro para reventa, sino que este mismo contrato unido a otras condiciones también genera un contrato de agencia, convirtiéndose simultáneamente al distribuidor en agente. De allí que la Corte limite su pronunciamiento a señalar que, de acuerdo con el régimen legal vigente, el simple suministro de un producto para la reventa, aún adicionado con otras condiciones, no genera un contrato de agencia. Por consiguiente, le corresponde a la Sala abstenerse de hacer pronunciamiento sobre si además del suministro para la reventa, pueda subsistir independientemente un contrato de agencia distinto entre las mismas partes y bajo que condiciones, porque tal independencia así no ha sido planteada en la censura. Pero aún en el caso de que a la Sala se le hubiera planteado el mencionado yerro interpretativo, su pronunciamiento en el caso sub-examine también sería imposible de expresarlo porque, al desatender ese yerro hipotético los extremos del litigio fijados en la demanda inicial, se trataría de un medio nuevo jurídico, inadmisibles en casación.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

## **CARGO SEGUNDO**

Acusa en este cargo la parte recurrente la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal en este proceso, "de ser violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta y por falta de aplicación de los artículos 1317, 1324 y 1325 del C. de Co., 75, numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o. y 9o. del C. de Co., como también de los artículos 830 y 831 del C. de Co.", por haberse incurrido en "error de derecho" en cuanto a "las normas probatorias contenidas en los artículos 101 y 210 del C. de P. Civil y por el error de hecho en la prueba sobre los precios finales al consumidor que se contienen en el cuaderno No. 5 (fls. 64-69), que fue manifiesta y

protuberantemente mal apreciada", así como por el error de hecho por haber preterido la apreciación de los "documentos contentivos de las listas de precio y condiciones de venta al público remitidas por la Gerencia de la Shell a sus agentes-distribuidores, entre ellos Distrimora Ltda", en las cuales se decía que tales listas de precios formaban "parte integrante del contrato de distribución suscrito con la Shell Colombia S.A." (fls. 65, cdno. Corte).

En la argumentación expuesta para sustentar este cargo, manifiesta la recurrente que la empresa Shell Colombia S.A. no compareció por conducto de su representante legal a la diligencia de conciliación de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, sino que, a ella "se hizo presente un apoderado judicial, sin facultad alguna para transigir" (fl. 66, cdno. Corte), como puede verse a folio 288 del cuaderno principal. Esa conducta, conforme a la ley ha debido ser apreciada por el Tribunal como indicio grave en contra de la parte demandada, respecto de sus excepciones, lo que no se hizo por el Tribunal en la sentencia que aquí se combate, lo que significa que, además, se violaron también los artículos 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil (fl. 66, cdno. Corte).

Igualmente se violó por el sentenciador el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto esta norma legal preceptúa que en caso de inasistencia del demandado al interrogatorio de parte para el cual hubiere sido citado en forma legal, se tengan por probados, mediante la confesión ficta o presunta, los hechos susceptibles de esta prueba, pese a lo cual el Tribunal se abstuvo de darle aplicación, no obstante que a ese interrogatorio de parte no asistió el representante legal de la empresa Shell Colombia S.A., sino un apoderado judicial que carecía de facultad expresa para confesar (cdno. No. 3-1, fl. 26).

De igual manera, al decir del recurrente, el Tribunal incurrió en "error manifiesto de hecho al analizar los precios finales al público", pues ellos son los "máximos de venta" y no los fijados por la Shell a sus distribuidores que, "desde luego eran inferiores" los que el sentenciador se abstuvo de considerar como prueba (fls. 67 y 68, cdno. Corte).

## **CONSIDERACIONES**

1.- Dada la finalidad, el objeto y la naturaleza del recurso extraordinario de casación, ordinariamente escapa a la órbita del mismo emprender un nuevo análisis de la cuestión fáctica debatida en el proceso, como quiera que el legislador ha reservado la delicada tarea de la apreciación de las pruebas a los juzgadores de instancia, quienes han de

ejergerla, como al unísono lo tienen dicho la jurisprudencia y la doctrina universales, obrando al efecto dentro de "una discreta autonomía", esto es, sin arbitrariedad y sin contrariar la realidad que emerge de los autos.

2.- No obstante, el legislador, conforme a lo preceptuado por los artículos 368, numeral 1o. y 374, inciso 3o. del Código de Procedimiento Civil, de manera excepcional autoriza la acusación de las sentencias judiciales en casación por violación de normas de derecho sustancial cuando a ella se llega en forma indirecta, esto es, por incurrir el fallador en errores de hecho en la apreciación probatoria, de la demanda o de su contestación, o en errores de derecho en la valoración de las pruebas.

3.- Por tal razón, tiene dicho desde antiguo la Corte que cuando el recurrente opta por acusar la sentencia que combate por "violación indirecta producida por desaciertos en el manejo de las probanzas, la acusación se ve exigida en mayor grado en orden a técnica y fuerza convictiva, ya que, a más de la infracción final, han de señalarse los medios ignorados, tergiversados o supuestos, si de error de hecho se trata, y comprobarse la contraevidencia y su influjo cierto en el sentido de la decisión, adoptada en virtud de tales trastornos" (G.J. T. CXXIV, pág. 95), jurisprudencia ésta múltiples veces reiterada y que, impone al censor atacar todos los fundamentos del fallo recurrido, pues, como resulta apenas obvio, si la acusación es incompleta, aún en el evento de que existieren los yerros de apreciación probatoria denunciados, el fallo no podría quebrarse, por cuanto permanecerían en pie las consideraciones probatorias no atacadas por el impugnador.

4.- Aplicadas las nociones precedentes al segundo de los cargos formulados por la parte recurrente en casación contra la sentencia proferida por el Tribunal en este proceso el 30 de agosto de 1993, de entrada salta a la vista que no puede tener éxito, por cuanto:

4.1.- Examinada la sentencia acusada se observa que:

4.1.1.- En ella se denegaron las pretensiones impetradas por la parte actora, porque no se encuentra demostrada la existencia del contrato de agencia comercial la cual se pide declarar judicialmente, sino, simplemente, un contrato de compraventa al por mayor de "productos shell" por la demandante a la demandada, para su reventa posterior, conclusión ésta que apoya en el análisis de las cláusulas primera, cuarta y décimaprimeras del contrato celebrado entre las partes el 12 de mayo de 1981 (fls. 121, 122 y 123v, cdno. Corte), así como en "la prueba testimonial y documental (carpetas de 1 a 8)", de todo lo cual concluyó el fallador "que Distrimora Ltda fue un distribuidor de los productos adquiridos

por compra a la demandada, para ser revendidos a los precios señalados por estamentos gubernamentales" (fl. 123v., cdno. Corte), y que, además, tampoco se encuentra demostrado que la sociedad demandante "hubiese actuado en interés y para la demandada" (fl. 124, cdno. Corte).

4.1.2.- Así mismo, del análisis del contrato en mención, concluyó el Tribunal que tampoco existió abuso del derecho por la parte demandada al dar por terminado el contrato celebrado con la actora y que dio origen a este litigio, pues, conforme a la cláusula séptima del mismo, podía hacerlo dándole cumplimiento a los requisitos en ella previstos, a los cuales ajustó su conducta para ese efecto.

4.1.3.- De la misma manera, el Tribunal tampoco encontró demostrados los actos de competencia desleal ni el enriquecimiento sin causa que subsidiariamente se piden declarar por el actor en su demanda inicial.

4.2.- Como claramente aparece en el cargo que aquí se analiza el censor ataca la sentencia recurrida, aduciendo para el efecto la comisión por el sentenciador de errores de derecho en cuanto a las normas probatorias contenidas en los artículos 101 y 210 del Código de Procedimiento Civil, por no haber deducido las consecuencias que se derivan de no haber asistido el representante legal de la empresa Shell Colombia S.A. a la audiencia de que trata la primera de las normas citadas, ni a absolver el interrogatorio de parte a que fue citado, conforme a la segunda. Así mismo, acusa el recurrente la sentencia impugnada, por haberse cometido al proferir el fallo error de hecho por preterición de los documentos contentivos de las listas de precios y condiciones de venta al público remitidas por la gerencia de la Shell a sus agentes distribuidores (fl. 65, cdno. Corte).

4.3.- Confrontadas la sentencia recurrida y la acusación erigida contra ella en este cargo, salta a la vista que el censor no atacó la totalidad de las pruebas en que se fundó la decisión judicial contenida en el fallo objeto del recurso extraordinario de casación, como quiera que guardó silencio en torno a la apreciación que el sentenciador hizo respecto de las cláusulas primera y segunda, décima-primer y séptima del contrato celebrado entre las partes el 12 de mayo de 1981 (fls. 121, 122 y 125, C-16), que sirvieron de sustento para denegar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda inicial, junto con la prueba testimonial a que se alude a folio 123 del mismo cuaderno. Tal omisión, por sí sola, es suficiente para el fracaso del cargo propuesto, ya que, como es suficientemente conocido, sobre el recurrente pesa la carga de demostrar no solo la existencia del error de hecho o de derecho que endilga al sentenciador en

relación con determinada prueba, sino, además, la de atacar todas aquellas probanzas sobre las cuales soporta el fallador la decisión judicial, cosa que, en este cargo, como ya se vio, se abstuvo de hacer el impugnador respecto de las pruebas ya mencionadas, por lo que necesariamente ha de concluirse que la sentencia recurrida permanece incólume.

4.4.- Por otra parte, si bien es verdad que tiene la razón el recurrente al censurar la falta de asistencia del representante legal de la sociedad demandada, tanto a la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, como a la diligencia de interrogatorio de parte a que fue convocado por la contraparte (fls. 288, C-1 y 26, cdno. 3-1, en su orden), no es menos cierto que, aún en el caso de deducir en contra de la parte demandada el indicio grave a que alude el artículo 101 del Código citado, o la confesión ficta respecto de los hechos susceptibles de ella por la ausencia del representante legal en la diligencia de interrogatorio de parte aludida, en nada variaría la resolución judicial materia del recurso extraordinario de casación, pues es claro que, apreciadas esas pruebas en conjunto con el contrato cuya terminación originó este litigio y con prueba testimonial a que hace referencia el sentenciador, la conclusión probatoria sería la misma, dado que de ninguna manera resulta desvirtuado lo pactado por las partes en ese contrato, ni tampoco la convicción a que llegó el juzgador sobre el hecho de que la parte demandada vendía productos suyos a la actora, al por mayor para su reventa posterior, operación mercantil no constitutiva de agencia comercial.

4.5.- Así las cosas, viene de lo dicho que el segundo de los cargos propuestos y que aquí se examina, tampoco puede prosperar.

### **CARGO TERCERO**

Acusa en este cargo la parte recurrente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, el 30 de agosto de 1993, de ser violatoria, en forma directa, "del artículo 830 del C. de Comercio, por interpretación errónea de esta disposición" (fl. 68, cdno. Corte), así como de los artículos 1624 del Código Civil y 822 del C. de Co., por falta de aplicación.

En la argumentación para sustentar la censura así planteada, manifiesta el recurrente que el abuso del derecho presupone la existencia del mismo en cabeza del actor, quien sin embargo, en su ejercicio, extralimita la finalidad de ese derecho, conforme a la ley.



Asevera luego que la existencia del abuso del derecho no se encuentra condicionada a culpa del agente, porque se trata de una noción de carácter objetivo; y, a continuación, sobre estas premisas, expresa que el fallador incurrió en violación directa del artículo 830 del Código de Comercio, por haberlo interpretado en forma errónea, así como en infracción de los artículos 1624 del Código Civil y 822 del Código de Comercio, por falta de aplicación, pues, el sentenciador, para denegar la declaración de que la demandada al dar por terminado el contrato celebrado entre las partes el 12 de mayo de 1981, partió de la base de que no se incurrió en culpa alguna, por cuanto la sociedad Shell Colombia S.A. "estaba autorizada para dar por terminado el contrato por preaviso, según cláusula del mismo" (fl. 69, cdno. Corte)

### **CONSIDERACIONES**

1.- A partir de la moderna concepción del Derecho, conforme a la cual cada uno de los derechos subjetivos de que se encuentra investida una persona tiene una misión social y económica que cumplir y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera la obligación de indemnizar los perjuicios que por ello se causen, la jurisprudencia nacional, con apoyo en el artículo 80. de la Ley 153 de 1887, dio cabida a este principio general, por encontrar que él es un regla imprescindible para regular la pacífica convivencia entre los asociados, que se encuentra inmersa en el espíritu general de la legislación.

2.- Si bien es verdad que la prohibición del abuso del derecho no tiene específica consagración legislativa en el Derecho Civil, sí fue elevada a la categoría de norma legal por el Código de Comercio expedido mediante Decreto 410 de 1971, vigente desde el 1o. de enero de 1972, estatuto éste cuyo artículo 830 preceptúa que "el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

3.- Con todo, la jurisprudencia nacional, bajo la consideración de que los derechos han de ejercerse conforme a la función social que les compete y sin que puedan atentar contra la justicia que debe presidir las relaciones sociales, tiene precisado que "es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio", de tal manera que, como "cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad, quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad", cual lo dijo la Corte en sentencia de 21 de febrero de 1938, (G.J. T XLVI, pág. 60), reiterada posteriormente. Ello significa, entonces, que para que pueda incurrirse en abuso del derecho, se hace indispensable que aquél de

quien éste se predica incurra en culpa, es decir, en una conducta en la que no habría incurrido otra persona de recto proceder puesta en sus mismas circunstancias, ya por acción deliberada y a propósito, ya por negligencia o imprudencia en el actuar.

4.- Aplicadas las nociones anteriores, el cargo tercero que ahora se estudia, no puede prosperar, por las razones que van a expresarse:

4.1.- Es evidente que, si como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato (la séptima, del celebrado por las partes el 12 de mayo de 1981), se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se de aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación. Es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad, no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho, como lo afirma el recurrente en casación, máxime si la conducta de la demandada se ajustó a lo previsto en la cláusula séptima del contrato mencionado, consideración ésta que sería suficiente para el fracaso de la acusación que aquí se analiza.

4.2.- Agrégase a lo anterior, que el recurrente no demostró la supuesta infracción de las normas sustanciales que denuncia como quebrantadas, pues conforme a lo expuesto, a contrario de lo sostenido por aquél, el Tribunal no incurrió en ningún yerro de carácter hermenéutico respecto de ellas.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

#### **IV - DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, el 30 de agosto de 1993, en el proceso ordinario promovido por la sociedad DISTRIMORA LTDA contra la empresa SHELL COLOMBIA S.A..

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

PEDRO LAFONT PIANETTA

Referencia: Expediente No.4701

HECTOR MARIN NARANJO

RAFAEL ROMERO SIERRA

JAVIER TAMAYO JARAMILLO  
(con aclaración de voto)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado: Doctor Javier Tamayo Jaramillo

Referencia: Expediente No.4701

ACLARACION DE VOTO

Aunque estoy de acuerdo con la decisión mayoritaria, deseo, sin embargo, manifestar mi discrepancia con algunas consideraciones acogidas por la decisión aprobada. Ellas se sintetizan así:

1. El recurrente, en el primer cargo, acusa la sentencia del Tribunal, por violación directa de la ley, ya que, al decir del casacionista, el fallo de segunda instancia sólo vio un contrato de compraventa y no un contrato de agencia mercantil, en cuyo caso aparece violado el art. 1317 del C. de Co. Pero, en la página de la decisión aprobada, se dice que el cargo adolece de grave equivocación ya que el recurrente no está de acuerdo - según la Corte- con la apreciación fáctica hecha por el Tribunal, razón por la cual el cargo debería haber sido formulado por las vía indirecta.

No obstante, considero que, pese a la terminología utilizada por el recurrente, no hay de parte suya, en el cargo primero, un desacuerdo con las apreciaciones fácticas hechas por el Tribunal. Sobre los hechos, Tribunal y casacionista están de acuerdo. Se trata simplemente de un problema de cualificación jurídica ya que, según el demandante, el Tribunal no vio que los hechos probados se sumían dentro de las normas que regulan el contrato de agencia mercantil y que en cambio, sólo encontró la existencia de un contrato de compraventa.

2. En mi concepto, la decisión mayoritaria acierta cuando considera que el cargo no puede prosperar en la medida en que el Tribunal llegó a la conclusión según la cual los hechos demostrados sólo permitían inferir la existencia de un contrato de compraventa y no un contrato de agencia mercantil. En ese sentido tanto el Tribunal como la Corte tienen la razón.

Ahora, tanto el demandante como el Tribunal hacen reflexiones sobre la posibilidad de que la compraventa para revender y la agencia comercial pueden coexistir. Es decir, si la venta hecha por un distribuidor, en su propio nombre, es o no compatible con un contrato de agencia comercial entre dicho vendedor y quien a él le vende.

3- En ese sentido, la decisión mayoritaria, siguiendo jurisprudencia anterior de esta misma Corporación, acepta que dicha compatibilidad existe cuando el empresario directamente vende a terceros en sitios donde el mismo producto es vendido en forma independientemente por el agente.

En cambio, la decisión aprobada estima que no es del caso referirse a la posibilidad de que puedan coexistir el contrato de suministro para la reventa y el contrato de agencia mercantil entre aquel que vende o suministra y aquel que compra para posteriormente revender al público. Manifiesta el fallo aprobado que como tal problema no ha sido planteado en la censura, la Corte no tiene porque pronunciarse sobre el mismo.

Me parece, no obstante, que tal argumento no es válido, pues hay otra serie de consideraciones de tipo sustantivo que la decisión aprobada efectúa, y que para nada fueron abordados en la demanda de casación. Por lo tanto, con el mayor respeto me refiero al problema planteado.

En efecto, es claro que la simple compraventa no da lugar por sí sola a l nacimiento del contrato de agencia mercantil, ni siquiera en aquellos casos en que el vendedor que compra para revender, en forma independiente, y sin haberlo pactado con el fabricante o con el mayorista, acude a medios publicitarios o de cualquiera otra índole para impulsar las ventas del producto.

Pero nada impide que, además de la simple compraventa, el distribuidor, previo acuerdo con el suministrador, se comprometa, mediante remuneración adicional (que puede consistir en un precio más favorable que para los demás distribuidores) a impulsar el producto y, en general, a ser su representante o agente, y, en tales circunstancias, las prestaciones a que tiene derecho el agente en caso de que se termine el contrato de agencia, se medirán teniendo en cuenta únicamente lo que valga la remuneración que por ese servicio adicional reciba de manos del empresario. Por lo tanto, si el distribuidor que compra para revender, adicionalmente se obliga a ser distribuidor oficial del suministrador, a representarlo ante las autoridades públicas, a realizar las campañas publicitarias y de demostración, a cumplir las garantías de calidad de los productos y, en general, a realizar las gestiones que, en principio son las que habitualmente hace el mismo suministrador como un empresario diligente que quiere introducirse y mantenerse dentro del mercado, es indudable que, paralelo a la compraventa, se da el contrato de agencia mercantil, así, todos los productos vendidos por el distribuidor hayan sido comprados por él al suministrador. Desde luego, que esta prestación adicional tiene que ser pactada como un elemento diferente de la simple compraventa para revender. El impulso del producto, por sí solo no tipifica el contrato de

agencia. Se requiere que ese servicio sea acordado con el empresario y que sea remunerado, como una prestación diferente de la utilidad que a cualquier vendedor le deje el producto.

Con todo respeto:

JAVIER TAMAYO JARAMILLO