

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

Barranquilla, agosto de 2021

Señores  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla  
Sala Octava Civil Familia  
Atn. Dr. Abdón Sierra Gutiérrez  
Magistrado Ponente  
E.S.D.

Ref.: Proceso verbal de responsabilidad contractual de Hermanos Gutiérrez Jaramillo Ltda. contra Trianón SAS. Sustentación de recurso de apelación. Rad. No. 43.406. Código 0 8 0 0 1 3 1 0 3 0 0 6 2 0 1 3 0 0 0 8 4 0 1.

Honorables magistrados:

Jaime Eduardo Tello Silva, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandante en el proceso de la referencia, apporto este memorial con la sustentación del recurso de apelación interpuesto en la audiencia de fallo en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla el 29 de junio de 2021, de acuerdo con los siguientes argumentos:

**DECISIONES A ATACAR:**

A grandes rasgos, la señora juez de primera instancia sostuvo en su decisión que no era posible conceder la pretensión de que se declarara la existencia de un contrato de agencia comercial entre las partes en conflicto, porque en el proceso supuestamente no se habría demostrado que en la relación comercial existente entre ambas se hubiera presentado la característica denominada como promoción de los negocios del agenciado (la demandada), según lo que pude entender, porque no se demostró que se hubieran desarrollado por parte de la demandante actividades propias del mercadeo y/o la publicidad y que solo se limitó a vender productos de la demandada, convirtiendo este contrato en uno de comisión, en oposición a todo lo planteado en la demanda y lo demostrado con las pruebas aportadas y practicadas en desarrollo del proceso y, lo que es más importante aún, aceptadas y no cuestionadas o atacadas en momento alguno por parte de la demandada.

El segundo punto en el cual fundamentó su decisión adversa a las pretensiones de la demanda la señora Juez de primera instancia, fue en el hecho de que, según ella, luego de revisar el contrato inicialmente firmado por las partes el 15 de mayo de

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

1990, encontró que este contenía una cláusula compromisoria, lo cual obligaba a las partes necesariamente a acudir ante la justicia arbitral para resolver cualquier conflicto que se presentara entre estas y que, por tanto, el juzgado no era competente para conocer de nada relativo a dicho contrato y por eso comenzó su análisis partiendo de la base de que ese contrato había sido terminado (o sea, resolviendo algo de fondo sobre el mismo, algo que había señalado para lo cual no tenía competencia) y que debía analizar la situación desde el contrato con el cual las partes habían decidido modificar las condiciones de ese contrato inicial.

AQUÍ TAMBIÉN DEBO PONER LO DE LA CERTIFICACIÓN Y QUE FUE UN CONTRATO SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD.

- La supuesta falta de promoción.

Al respecto, honorables magistrados, considero que debemos comenzar por revisar las definiciones que trae la Real Academia de la Lengua Española (RAE) de las palabras promover y promoción:

Promover, dice la RAE en su primera acepción, que es “impulsar el desarrollo o la realización de algo”.

Promoción, dice la misma entidad en su cuarta acepción, que es “conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas”.

Es importante anotar que existen múltiples maneras de promover un negocio, comenzando por el antiguo sistema de venta puerta a puerta. Las técnicas de mercadeo y publicidad han variado mucho con el pasar de los años, desde los albores de la revolución industrial, pero no podemos encasillar las labores de promoción en unas u otras. Promover un negocio para un tercero puede ser desde asegurar las ventas de sus productos a unos clientes, hasta incrementar su base de clientes, mantenerlos o conservarlos, atenderlos y actuar como representante del agenciado en un territorio determinado, como ocurría en este caso concreto que nos ocupa, lo cual fue demostrado con las pruebas practicadas.

Ni en una ni en otra palabra de las mencionadas arriba, se refiere o hace referencia a actividades propias del mercadeo o de la publicidad. Existen múltiples maneras de promover la celebración o realización de un negocio y no solamente mediante la publicidad, como ya se dijo. Esta es solo una forma o posibilidad de hacerlo, pero no una exigencia o la única manera de lograrlo.

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

En la agencia comercial lo que se busca es conquistar mercados, estudiarlos, analizarlos y conseguir ampliar y mantener una clientela y eso se hizo por parte de la demandante al desarrollar el contrato que existía entre las partes por alrededor de 22 años, sin que la demandada hubiera presentado reclamo alguno a este respecto o por lo menos esa prueba no consta en el proceso.

En ninguna parte del articulado que regula la agencia comercial en el C.Co. se exige que el agente haga labores de publicidad o mercadeo, lo cual no obsta para que las haga, pero también las partes pueden acordar que de estas se encargará enteramente la agenciada, sin que este solo hecho logre desvirtuar la existencia de un contrato de agencia comercial.

Más aun, la publicidad de los productos la decide el agenciado, quien siendo el directamente afectado del resultado de la actividad del agente, tiene o mantiene ese control, salvo que se lo delegue expresamente al agente.

Esto sustentado en lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades, una de las cuales fue en la sentencia SC2498-2021 – Mag. Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, en la que señaló: La independencia al decir de la Corte, “(...) no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra y, por ende, a coordinar con este las actividades de promoción que desarrolle, como quiera que se trata de una labor de respaldo o apoyo a una actividad que a los dos beneficia (...)”<sup>5</sup>. / El empresario, como lo precisó la Sala hace poco, “no es del todo ajeno a la forma como se lleva a cabo la promoción de sus mercancías, pudiendo hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume”<sup>6</sup>.

La Corte también ha sostenido que “... en algunos casos su labor se contrae a procurar el acercamiento entre los clientes y el fabricante (Sentencia CSJ SC, 15 Dic 2006, Rad. 1992-09211-01), al referirse a la función que cumple o debe cumplir el agente en desarrollo del contrato de agencia comercial.

Más adelante, en la misma sentencia, señaló ese mismo tribunal: Aunque como elementos esenciales de la agencia se han señalado los de permanencia o estabilidad del encargo; independencia del agente y las funciones de intermediación ejercidas por este orientadas a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para el

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

empresario, buena parte de la doctrina concuerda en que es la promoción de la conclusión de los negocios, asumiendo el comitente el riesgo económico de estos, "el contenido típico que distingue el contrato de agencia de cualquier otra figura contractual"<sup>1</sup>...

Como ya hemos dicho, la promoción no hace referencia a un carácter comercial o de mercadeo, o publicitario, sino al hecho de hacer que los negocios se hagan, se lleven a cabo, se lleven a feliz término. En este caso, la venta de los productos de la demandada era el negocio que se buscaba promover y eso fue lo que el agente hizo durante toda la existencia o vigencia del contrato. Desde que comenzó su trabajo con la demandada.

Recordemos que desde 1990 se comenzó a ejecutar el contrato y luego, en 2003 se modificó el contrato que inicialmente existía entre las partes. No fue como que se liquidó y terminó un contrato para iniciar uno completamente nuevo. Fue que se continuó ejecutando un mismo contrato, solo que con o bajo condiciones modificadas, particularmente en cuanto a la manera de determinar los valores a pagarse por concepto de comisiones al agente. Todo lo cual se señaló en la demanda y se demostró claramente en el proceso con las pruebas practicadas.

No se tomó en cuenta que las partes y en particular la demandada, que fue la que preparó todos los documentos o contratos que se firmaron entre estas (lo cual se indicó en la demanda y se aceptó en el interrogatorio de parte practicado a la demandada), siempre incluyó en los mismos, desde la definición del contrato de agencia en el objeto de los contratos, como las demás condiciones propias de dicho tipo de contrato, en una clara intención de manifestar ante qué tipo de negocio jurídico se encontraban.

Por más que intentara denominarlo como de comisión, pero incluyeron la definición, como ya se dijo, la forma de pagar las comisiones, hasta hacen mención a la cesantía comercial, y las formas de terminar el contrato, no son más que una copia de lo que la ley establece precisamente para los contratos de agencia comercial. Qué sentido tendría haberse preocupado por hacer esto si las partes y particularmente la demandada, que fue la que preparó todos los textos de los contratos, si no

---

<sup>1</sup> «GIORDANO, Giacimo, *Il Contratto di agenzia: La Mediazione*. Editore UTET, Roma. 1993, pp. 397-398» (referencia propia del texto citado).

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

considerare que estaba ante un contrato de agencia comercial, por más que lo denominó de comisión.

En la misma sentencia ya mencionada, la Corte también dijo: La actuación a nombre y por cuenta de un tercero, ha sido destacada en la jurisprudencia de esta Sala como la característica de mayor relevancia cuando se trata de determinar si el contrato que vincula a las partes de una litis es de agencia mercantil.

Así, en la sentencia proferida el 2 de diciembre de 1980, sostuvo que “el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que éste ha de celebrar directamente si al agente no se le dio la facultad de representarlo” y que éste “conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo”.

Esto ocurrió en el caso que nos ocupa, honorables magistrados, pues terminado el contrato sin justa causa a mi representado, la demandada continuó ejecutando su actividad comercial aprovechando los clientes ya existentes en el territorio que le había sido asignado. Está plenamente demostrado que por casi 22 años mi representada fue la que representó a la demandada en el territorio asignado para promover sus productos y lograr las ventas que esta hacía en dicho territorio. Ejercía la labor de intermediación que se había convenido desde que inició a ejecutarse el contrato y hasta su terminación.

Y continuó la Corte en dicha sentencia: En pronunciamiento de 15 de diciembre de 2006, explicó: “(...) Si 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 (...). Trátese 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 le pertenece, y son ellos quienes asumen los riesgos del negocio, de manera que no devengan remuneración alguna, entre

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
CONSULTORÍA LEGAL  
U. JAVERIANA, UNINORTE,  
U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO

otras cosas, porque las utilidades derivadas de la reventa les pertenece". (El subrayado es mío).

Pido notar que en lo indicado por la Corte no se hace siquiera mención a la necesidad de realizar labores o actividades propias del mercadeo o la publicidad para entenderse que se promueven negocios para un agenciado, como erróneamente lo indicó la juez de primera instancia en su decisión.

Y continúa diciendo en dicha sentencia el mismo tribunal: (i) **'Encargo de promover o explotar negocios:** ... Ello explica el especial tratamiento que dio el legislador al contrato en estudio, en tanto que la labor del agente debe redundar – al menos idealmente– en un beneficio directo al empresario, que extiende sus efectos aún después de finalizado el vínculo entre aquél y este. / La tarea del agente está orientada a acreditar una marca, conquistar una clientela y ampliar las oportunidades de venta de los bienes o servicios que provea el agenciado, a través de un conjunto de actividades –*v.gr.* elaboración de bases de datos de clientes, estudio de las condiciones del mercado, confección de piezas publicitarias, programación de jornadas de demostración, atención en la posventa, etc.– que pueden ubicarse en la fase de preparación del negocio (promoción), o en la de su perfeccionamiento (explotación), pero que siempre persiguen ganar un mercado para el empresario".

No solo se refiere a promocionar desde un punto de vista publicitario o de mercadeo. Incluye o involucra un espectro mucho más amplio, que redunde o termine en lograr que el empresario o fabricante, en este caso la demandada, celebre el negocio que se está buscando, que en el caso que nos ocupa era vender los productos que producía la demandada, lo cual ocurrió por espacio de unos 22 años, como bien se señaló en la demanda.

Adicionalmente, valga la pena resaltar también, que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC2407-2020, Magistrado Ponente Luis A. Rico Puerta, señaló con claridad (Los subrayados son míos):

3.1. Acorde con la jurisprudencia de la Sala,

*«La agencia comercial (...) se celebra con el encargo de "promover o explotar negocios en un ramo determinado y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional", como "representante o agente» de un empresario nacional o extranjero, o como fabricante o distribuidor de uno o varios de sus*

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
CONSULTORÍA LEGAL  
U. JAVERIANA, UNINORTE,  
U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO

*productos, acorde con lo estatuido por el artículo 1317 del Código de Comercio". (El subrayado es mío).*

*La disposición citada utiliza la palabra encargo para explicar la obligación del agente de promover o explotar. En su sentido natural y obvio, ese vocablo expresa la idea de encomendar o poner una cosa al cuidado de otro, o confiarle a una persona que ejecute algo. Y la actividad que puede desarrollar el agente por razón de esa encomienda es, de manera inicial y a términos del precepto legal, la de impulsar la venta de los productos o servicios del empresario.*

(...)

*La falta de participación del agente en la relación convencional como parte de la misma (...) no siempre se presenta, porque si bien en algunos casos su labor se contrae a procurar el acercamiento entre los clientes y el fabricante, en otros, puede celebrar contratos de compraventa en nombre del empresario y por cuenta de este, pues se le ha otorgado la facultad de representarlo.*

*Aunque como elementos esenciales de la agencia se han señalado los de permanencia o estabilidad del encargo; independencia del agente y las funciones de intermediación ejercidas por este orientadas a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para el empresario, buena parte de la doctrina concuerda en que es la promoción de la conclusión de los negocios, asumiendo el comitente el riesgo económico de estos, "el contenido típico que distingue el contrato de agencia de cualquier otra figura contractual"<sup>2</sup>, porque los demás elementos están presentes también en otro tipo de acuerdos negociales.*

(...)

*La actuación a nombre y por cuenta de un tercero, ha sido destacada en la jurisprudencia de esta Sala como la característica de mayor relevancia cuando*

---

<sup>2</sup> «GIORDANO, Giacimo, *Il Contratto di agenzia: La Mediazione*. Editore UTET, Roma. 1993, pp. 397-398» (referencia propia del texto citado).

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
CONSULTORÍA LEGAL  
U. JAVERIANA, UNINORTE,  
U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO

se trata de determinar si el contrato que vincula a las partes de una litis es de agencia mercantil.

La actuación a nombre y por cuenta de un tercero, ha sido destacada en la jurisprudencia de esta Sala como la característica de mayor relevancia cuando se trata de determinar si el contrato que vincula a las partes de una litis es de agencia mercantil.

(...)

*En pronunciamiento de 15 de diciembre de 2006, explicó: "(...) Si 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 (...). Trátese 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 le 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" (CSJ SC, 15 Dic 2006, Rad. 1992-09211-01).*

*Y posteriormente, sostuvo que "(...) los efectos económicos de esa gestión (de agencia) 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", de tal modo 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 (el agente) recibe una remuneración preestablecida" (CSJ SC, 24 Jun. 2012, Rad. 1998-21524-01).*

De otra parte, la misma Corte, en sentencia SC2498-2021, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, señaló respecto al tema que nos atañe:

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

Para la doctrina: “el agente no es (...) totalmente libre de fijar la manera de hacer la distribución y la propaganda, sin consultar con el empresario, porque ello toca con el propio interés de este. En efecto, no puede fijar precios, preferir o excluir ciertos sectores o grupos de clientes, ni realizar la propaganda a su antojo...”.

La independencia al decir de la Corte, “(...) no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra y, por ende, a coordinar con este las actividades de promoción que desarrolle, como quiera que se trata de una labor de respaldo o apoyo a una actividad que a los dos beneficia (...)”.

Entonces, honorables magistrados, si esta labor de promoción de los productos del agenciado es una labor conjunta, que debe desempeñarse por ambas partes en desarrollo del contrato de agencia comercial y de manera coordinada, ¿cómo es posible que la juez de primera instancia fundamentara su decisión en la supuesta falta de promoción de los productos por parte de mi representada?

Entonces, tenemos que las características del contrato de agencia son el encargo de promover o explotar negocios para el agenciado (lo cual queda claro que sí se hizo); la independencia y estabilidad del agente y la remuneración.

En desarrollo del proceso y como bien lo señaló la señora juez en su decisión, fueron demostradas todas estas características, menos la de promover negocios para el agenciado, según su apreciación.

La demandante y agente era una compañía independiente que se dedicaba a promover negocios para la demandada en un territorio previamente acordado. Su labor principal consistía en abrir mercados, conseguir nuevos clientes, mantenerlos y representar ante estos en todo momento a la agenciada, lo cual hizo y fue demostrado en el proceso con los testimonios y los interrogatorios de ambas partes. En cuanto a la independencia, el agente debe contar con su estructura organizativa propia, pero esto no necesariamente implica contar con empleados y varias oficinas. Las exigencias del respectivo trabajo determinan las necesidades de los agentes. Habrá algunos casos en los que bastará con que el mismo agente sea el que desempeñe la empresa propia de la agencia comercial, pues el trabajo no exige ni requiere más.

La estabilidad, que no hace referencia a perpetuidad sino a que se tratara de un encargo no puntual o único o esporádico, sino con carácter permanente, también se pudo demostrar con el hecho de que mensualmente durante todo el tiempo que

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

permaneció vigente el contrato entre 1990 y 2012, el agente cobró comisiones y la agenciada las pagó. La agenciada aceptó tanto en su contestación como en su interrogatorio que, en la zona asignada a la agente, la demandante, solo lo representaba esta y lo hizo mientras el contrato estuvo vigente. Tal era el carácter de representante o agente que tenía Gutiérrez Jaramillo Ltda. en relación con Trianón S.A., que todos los compradores habituales y esporádicos de esa marca en el territorio que le fue asignado o fue convenido por las partes para que el agente desarrollara su trabajo, al requerir productos del fabricante, la demandada, no se dirigían directamente a esta sino que contactaban a Gutiérrez Jaramillo Ltda., lo cual quedó demostrado con los interrogatorios de parte y el testimonio del Sr. Donaldo Pérez.

En el contrato y sus modificaciones jamás se pactó un término de duración. Solo la posibilidad de terminar el contrato por parte del fabricante, dando a conocer su decisión unilateral con un preaviso de un mes, que no es lo mismo, puesto que eso deja en manos exclusivas del agenciado la duración del contrato. Duraría hasta que este quisiera o terminaría cuando este así lo decidiera, que no es el espíritu de lo consagrado en las normas que regulan el contrato de agencia, que involucran o incluyen la permanencia, sin que esto pueda entenderse como perpetuidad, como ya se ha dicho. Pero, si no se ha pactado un término de duración, el contrato fue pactado a término indefinido y las normas comerciales establecen que, para terminarlo, lo cual puede hacer el agenciado cuando así lo quiera o disponga, solo puede hacerlo alegando una justa causa o pagando la indemnización que establece la ley y que se pidió en la demanda.

Y la remuneración recibida por parte del agente también quedó claramente demostrada y fue aceptada y más aún, recalcada por la agenciada para intentar demostrar que había cumplido con esa carga contractual. Porque, recordemos que hasta manifestó que, sin determinación alguna de la misma, supuestamente incluía el pago de la cesantía comercial al pagar las comisiones, pero olvidando recordar que en los contratos posteriores al inicial, las partes incluyeron en los contratos que el agente perdería el derecho a recibir la cesantía comercial si no cumplía con unas metas de venta, contrariando abiertamente lo establecido por la norma comercial que regula esta institución de la agencia comercial.

- De otra parte, para sumar a toda la explicación y sustentación de esta apelación, considero muy importante traer a colación lo indicado en la sentencia SC6315-2017, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la interpretación que de los contratos celebrados por las partes deben hacer los jueces, así (las subrayas son mías):

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
CONSULTORÍA LEGAL  
U. JAVERIANA, UNINORTE,  
U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO

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 rectores 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

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

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 nexo. En tales casos, cuando surgen diferencias que son sometidas al arbitrio judicis, 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

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

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 obligacional 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 partibus 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

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

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.

La juez de primera instancia decidió atenerse más al título o nombre que se le puso a los contratos firmados por las partes, que al contenido de los mismos, que incluyen múltiples apartes que permiten concluir que se trata de un contrato de agencia comercial, como ya se ha dicho en varias oportunidades en esta sustentación y se quedó demostrado en el proceso. La sola lectura de los contratos, aunado a la aceptación de la demandada en su contestación e interrogatorio de parte, al igual que en los alegatos escritos enviados por esta cuando se fijó la primera audiencia para alegatos y fallo, que fue luego pospuesta, así como por más que la realidad le mostrara la relación comercial que se sostuvo entre las partes, para concluir que se trataba de un contrato de comisión y no de agencia comercial. Olvidando que se demostraron en el proceso todas las características esenciales del contrato de agencia.

- ❑ De la supuesta falta de competencia para conocer del contrato suscrito entre las partes en mayo de 1990 por contener este un pacto arbitral.

La juez de primera instancia decidió en la sentencia que consideraba que no era competente para conocer de lo relativo al contrato inicial suscrito entre las partes el 15 de mayo de 1990, porque dicho contrato contenía una cláusula compromisoria y que, por consiguiente, cualquier conflicto relativo al mismo debía resolverse ante la justicia arbitral.

En nuestro concepto, la juez también incurrió en un error grave al señalar que por el solo hecho de que en el contrato firmado entre las partes en 1990 las partes pactaron un compromiso, ello la obligaba a decidir que por ese hecho no era competente para conocer de ningún trámite judicial o conflicto relativo a dicho contrato, pero sí se pronunció sobre el mismo para decir que había sido terminado, según lo que se habría convenido más adelante en el contrato suscrito entre las partes en el año 2003. Entonces, ¿era o no era competente para conocer de algún conflicto relativo a dicho contrato?

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

Sin olvidar recordar que no se trata de contratos independientes, pues el contrato suscrito en 1990 no fue jamás terminado y liquidado para darle paso a nuevos y diferentes contratos entre las partes y que más bien, tal como se señaló en la demanda y los alegatos, tal como lo demuestran las pruebas aportadas con la demanda, especialmente la certificación de la duración del contrato expedida por la propia demandada a finales de 2011, es preciso recordar que, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 100 y siguientes del CGP, el compromiso es una de las excepciones previas que debía proponer la demandada dentro del término para contestar la demanda, sin que pudiera contar con oportunidad adicional para ello, según claramente lo establece el art. 102 del CGP.

Es más, las excepciones previas no las puede proponer el juez para justificar el sentido de sus decisiones, pues exclusivamente corresponde a la parte demandada hacerlo, lo cual no ocurrió. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente en sentencia SC6315-2017, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco (los subrayados son míos):

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.

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
CONSULTORÍA LEGAL  
U. JAVERIANA, UNINORTE,  
U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO

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 negocial 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».

Es importante anotar que la juez de primera instancia 'sacó' o eliminó de las pruebas a tenerse que revisar y tener en cuenta en el proceso que nos ocupa, el contrato inicialmente celebrado entre las partes (suscrito el 4 de mayo de 1990) y que le dio origen a toda su relación comercial, por razón de que en este se pactó una cláusula compromisoria, contrariando lo establecido en las normas procesales y la jurisprudencia, como la que se acaba de citar arriba. Es como si la juez hubiera decidido interponer la excepción de cláusula compromisoria y decidió que la mejor oportunidad procesal para hacerlo fuere al momento de dictar sentencia.

Si la demandante presentó una demanda incluyendo el mencionado contrato y la demandada optó por no presentar la mencionada excepción previa, aceptó que fuere la justicia ordinaria la que conociere del conflicto relativo al mismo, pues precisamente esa es la consecuencia de no interponer la señalada excepción previa en la oportunidad procesal correspondiente, sin que pudiese además el juzgado echar mano de ese argumento para decidir no tomar en cuenta la prueba del mencionado contrato.

Ahora, unas apreciaciones finales.

La juez de primera instancia señaló en la sentencia atacada que estamos ante un contrato de comisión, olvidando o dejando de lado, no solo todo lo contenido en los mismos contratos suscritos entre las partes y lo que ocurrió en la realidad, lo cual está demostrado en el proceso, sino la duración y estabilidad en el tiempo que demuestra la permanencia de la relación comercial desde 1990 o, en gracia de discusión, desde 2003 hasta 2012 (aceptando en parte la tesis errónea del a-quo), lo cual riñe con el contrato de comisión. Precisamente una de las grandes diferencias entre el contrato de comisión y el de agencia comercial es el hecho de que el primero

**TELLO SILVA ABOGADOS**  
**CONSULTORÍA LEGAL**  
**U. JAVERIANA, UNINORTE,**  
**U. LIBRE, U. EXTERNADO, UNIATLÁNTICO**

se celebra para llevar a cabo negocios esporádicos, mientras que el de agencia comercial se celebra para realizar negocios, ventas de manera permanente en el tiempo. Lo cual fue demostrado y aceptado por la demandada en su contestación, el interrogatorio de parte y la certificación de duración del contrato expedida por esta última y aportada como prueba al proceso.

Las partes son libres de celebrar el contrato de agencia de la manera que mejor les parezca para sus respectivos intereses y si para la demandante resultaba suficiente la labor de promoción que llevaba a cabo la demandante, mal hizo la juez de primera instancia en entrar a cuestionarla, por el solo hecho de que en los contratos se dijera que el contrato era de comisión, solo de nombre, porque todo lo demás que contenían tanto el contrato inicial, como todos los subsecuentes, hacen referencia y remiten al contrato de agencia comercial, incluso mencionando instituciones como la cesantía comercial y artículos del Código de Comercio que de manera específica regulan el contrato de agencia y no el de comisión.

Se aceptó en la sentencia la demostración de todas las demás características del contrato de agencia y solo se señaló que faltó la promoción, según la interpretación que de esta característica hizo la juez.

**PETICIÓN**

Así las cosas, por todo lo dicho hasta aquí, solicito, Honorables Magistrados, modificar la sentencia de primera instancia y, en su reemplazo dictar una sentencia que conceda las pretensiones de la demanda de manera completa.

Por tal razón, también solicito que sea revocada la condena en costas que recibió mi representada en la sentencia atacada.

Y solicito muy respetuosamente que antes de tomar una decisión final, sean escuchados los alegatos que presenté en la audiencia en que se dictó el fallo de primera instancia.

Cordialmente,

**JAIME EDUARDO TELLO SILVA**  
**T.P. 77200 C.S.J.**  
**C.C. No. 8'534.199**

Cra. 49B No. 72 – 154 Tels.: (57-5) 358-7024 / (57) 302-373-4539  
e-mail: [jtello@tellosilva.com](mailto:jtello@tellosilva.com)  
[www.tellosilva.com](http://www.tellosilva.com)  
Barranquilla – Colombia