

TEMA: CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL - La inclusión de cláusulas abusivas en el contrato produce la sanción de ineficacia de estas y, en consecuencia, las obligaciones derivadas de los elementos naturales de la convención son las que rigen la conducta de las partes; las cuales, a su vez, son las que deben demostrarse transgredidas para la satisfacción del componente axiológico de incumplimiento propio de la responsabilidad civil contractual, y que imponen en el demandado el deber de indemnizar. La cesantía comercial se causa con la mera terminación del contrato de agencia mercantil; la indemnización equitativa por el incumplimiento de este.

HECHOS: Los cónyuges William Franco Zuluaga y Luz Mery Quintero Gaviria fueron contactados por Nestlé para distribuir sus productos. Nestlé incumplió con la entrega de mercancías e incluyó cláusulas que recortaban unilateralmente la duración del contrato y limitaban los ingresos del agente. Por lo anterior se demandó con el fin de declarar el incumplimiento total o parcial del contrato por parte de Nestlé y se solicitó la indemnización por cesantía comercial, perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, y bonificaciones no percibidas. En primera instancia el A quo desestimó las pretensiones porque no encontró probados los elementos axiológicos para declarar civil y contractualmente responsable a Nestlé de Colombia S.a., ya que echó de menos la prueba sobre el supuesto incumplimiento contractual. El problema jurídico es determinar el contenido obligacional del contrato de agencia comercial, así como la eficacia de todas sus cláusulas, de modo que se obtenga certeza sobre el comportamiento que era exigible al empresario. Con eso definido, habrá que auscultar si algún curso de acción se erige como el incumplimiento por medio del cual se satisfaga el componente axiológico de la responsabilidad civil.

TESIS: (...) No existe duda alguna de la naturaleza del contrato típico celebrado, esto es, la agencia comercial regulada en los artículos 1317 y siguientes del código de comercio; lo que sí ha sido objeto de disputa es el contorno obligacional de este y la definición de cuáles son las cláusulas verdaderamente eficaces que lo componen. Asunto necesariamente preliminar para la determinación de si lo que se predicó incumplido era tan siquiera conducta exigible al empresario (...) Es nítido el corto circuito entre lo verdaderamente decidido y lo que la demandante - inadecuadamente- entendió fallado, situación que habla por sí sola de lo infructuoso del reproche acerca de la fecha de configuración del contrato, ya que es imposible emitir un juicio de valor en segunda instancia, en términos de adecuado o inadecuado, sobre una decisión inexistente (...) Sin embargo, el A quo concluyó sobre el cuándo del nacimiento convencional, mas no sobre el qué de su contenido. Bien, cuando se agrupan copulativamente los elementos esenciales de un contrato y puede decirse que el acuerdo es ese y no otro, si las partes no hacen alusión específica a sus cláusulas, estas se obligan, por defecto, a los elementos naturales del acuerdo celebrado. En lo tocante con la agencia comercial, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que inherente a su celebración, le son naturales las siguientes obligaciones, que se deducen del objeto mismo del negocio, y que se sintetizan como se expone: "(...) el objeto del contrato ahí reseñado se concreta al desarrollo por el «agente» del encargo hecho por el «empresario» con relación a labores de promoción o explotación de sus negocios mercantiles, como también de fabricación o distribución de sus productos, sin comprometer su independencia como comerciante, de tal manera que podrá valerse de su propia red de establecimientos de comercio, y del personal vinculado a los mismos, a fin de llevar adelante ese conjunto de actividades tendientes a dar a conocer los respectivos productos, acreditar la marca, propiciar la penetración o ampliación del mercado, incrementar las ventas, entre otras, para beneficio del «agenciado», y a cambio de una comisión o regalía para el «agente» (...)" (...) Se anticipa, son múltiples las estipulaciones abusivas contenidas en el convenio, como pasará a auscultarse. Valga comenzar con que **a)** ninguna de las cláusulas fue negociada individualmente con La Loma Distribuciones; es más, se trató de un

verdadero contrato de adhesión, como quiera que, en primer lugar, fue predispuesto en un todo por el agenciado. (...) Y, en segundo lugar, el agente no tuvo alguna posibilidad real de discutirlo o modificarlo, habiendo gozado de autonomía tan solo para decidir si lo suscribía o no, bajo una fórmula similar a tómelo o déjelo. Inclusive, si se presta especial atención a que el escrito bajo estudio fue extendido 4 meses después de iniciada la operación, con el contrato de arrendamiento sobre la bodega en la cúspide de su ejecución, así como la inversión de decenas de millones que a la fecha se había realizado en mercancía, aunado al cambio de residencia de los cónyuges socios de La Loma Distribuciones resulta impensable que, en la práctica, el agente hubiese podido desistir tajantemente de la operación y rehusarse a la firma del documento. Ergo, los demás elementos arquetípicos de las cláusulas abusivas requieren ser evaluados al detalle, toda vez que, tanto más importante es el deber de obrar con lealtad, corrección y honestidad cuanto que el espectro de negociación del agente, en la práctica, fue muy bajo. Sostener que el contrato es de adhesión no es, en simultáneo, tildar de abusivas las cláusulas allí contenidas. Los acuerdos predispuestos a los que una parte decide acogerse o no, son eficaces y cobijados por el ordenamiento jurídico, eso sí, siempre que no **b)** lesionen la buena fe contractual ni **c)** generen un desequilibrio jurídico injustificado. No obstante, en el caso que nos ocupa, aquellas prohibiciones fueron transgredidas (...) En suma, dado que las cláusulas recién listadas estuvieron inmersas en un contrato de adhesión, que impusieron desequilibrios injustificados de los derechos y obligaciones recíprocos, ello en desmedro del agente y de la buena fe contractual, son todas ellas cláusulas ineficaces por abusivas. En ese orden de ideas, nunca rigieron la relación contractual ni ataron a ninguno de los suscriptores, y las materias que buscaban regular, siempre estuvieron sometidas a las reglas generales de la agencia comercial, a lo que se le han dedicado varios párrafos ut supra. En lo demás, el contrato suscrito el 01 de noviembre de 2006 conservó plena operatividad y reguló la conducta de agente y agenciado hasta la finalización del vínculo mercantil, gracias al principio de conservación de los negocios jurídicos, que se tiene por sabido.(...) Demarcado el contenido y alcance de las obligaciones recíprocas, lo que resta es una labor de cotejo, para evaluar en qué medida se corresponden las conductas reprochadas a Nestlé con las causales que justificarían la terminación unilateral por parte de La Loma Distribuciones.(...) en el inventario de productos de octubre de 2007 se reflejó la inexistencia de los bienes que, recíprocamente, una parte se obligó a comprar y la otra a vender – obligación de enajenar que, con el respaldo del parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato, supeditaba el envío de mercancía a la disponibilidad de esta, pero que se halló abusiva-, y que desde meses anteriores reflejaban pocas unidades; además, no se advirtió la mora en el pago de las facturas de venta que expidió el agenciado. Todo lo cual, en simultáneo, da al traste con la excepción de mérito, pero, primordialmente, justifica la terminación unilateral del contrato y encamina la pretensión hacia la prosperidad, una vez satisfecho el presupuesto axiológico del incumplimiento contractual.(...) tan solo uno de los conceptos indemnizatorios satisface los elementos de *cierto, personal y directo*, y fue el daño emergente por la adquisición del programa contable SIIGO(...)con el material de convencimiento recolectado, cualquier cifra que se proponga bajo criterios de equidad, se avizora antojadiza, puesto que el impacto benéfico para Nestlé a raíz de la labor promocional del agente, es tan grandioso o diminuto como se argumente, ante la ausencia de parámetro debidamente probado. (...) Acorde con todo lo que se ha dicho, se revocará la decisión de primera instancia, para en su defecto acoger parcialmente las pretensiones de la demanda. Según lo dictado por el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada (...)

M.P DR. BENJAMÍN DE J. YEPES PUERTA

FECHA: 31/01/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticinco (2025)

Proceso:	Ordinario de mayor cuantía-Responsabilidad civil contractual
Radicado	05001310301420110080702
Demandante:	La Loma Distribuciones Ltda.
Demandada:	Nestlé de Colombia S.A.
Providencia:	Sentencia Nro.003
Tema:	La inclusión de cláusulas abusivas en el contrato produce la sanción de ineficacia de estas y, en consecuencia, las obligaciones derivadas de los elementos naturales de la convención son las que rigen la conducta de las partes; las cuales, a su vez, son las que deben demostrarse transgredidas para la satisfacción del componente axiológico de incumplimiento propio de la responsabilidad civil contractual, y que imponen en el demandado el deber de indemnizar. La cesantía comercial se causa con la mera terminación del contrato de agencia mercantil; la indemnización equitativa por el incumplimiento de este.
Decisión	Revoca
Ponente:	Benjamín de J. Yepes Puerta

Procede la Sala a emitir sentencia mediante la cual resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión proferida el 04 de agosto de 2017 por el Juzgado Décimo Noveno Civil del Circuito de Medellín, en el Proceso Ordinario de mayor cuantía - de responsabilidad civil contractual, promovido por la sociedad La Loma Distribuciones Ltda. en contra de la compañía Nestlé de Colombia S.A., en adelante, Nestlé.

I. SÍNTESIS DEL CASO¹

1. Fundamentos fácticos.

¹ [002Demanda.pdf](#)

1.1. En el mes de enero de 2006, los cónyuges William Franco Zuluaga y Luz Mery Quintero Gaviria -que para la fecha desempeñaban funciones de gerente de distrito para el eje cafetero de la sociedad Carioca S.A., y administradora de la empresa personal Distrialimentos, respectivamente- fueron contactados por Nestlé a través de los señores Carlos Russi y Gustavo Restrepo, con el fin de celebrar un contrato de agencia comercial para que estos distribuyeran exclusivamente los productos de la compañía en la ciudad de Pereira. Previo a la proposición, se evaluaron las aptitudes de los cónyuges en la gestión empresarial y consecución de clientes, así como el volumen de los asuntos que manejaban.

1.2. A finales del mes de febrero de esa anualidad, Nestlé informó a los cónyuges que el proyecto presentado para la distribución exclusiva en el área metropolitana de Pereira había sido aceptado y, en consecuencia, abandonaron sus labores anteriores para abocarse totalmente al encargo comercial. No obstante, a mediados del mes de abril, el futuro agenciado comunicó la imposibilidad de realizar la operación en la ciudad antedicha, y que el contrato podía desarrollarse en Bogotá, Cali o Medellín, siendo esta última el sitio elegido para el cumplimiento de las obligaciones, en la cual se ubicaban varios agentes por el tamaño del territorio, así que Carlos Russi explicó el área que se atendería.

1.3. Ergo, fue constituida la sociedad nominada La Loma Distribuciones Ltda mediante escritura pública de la notaría cuarta de Pereira, cuya labor esencial era recuperar y aumentar la clientela de Nestlé en la *zona de ventas número 6* del área metropolitana de Medellín, tal como se acordó desde las reuniones previas. La empresa contrató dieciséis (16) trabajadores, quienes fueron capacitados por funcionarios de Nestlé desde el 16 hasta el 30 de junio del 2006; además, el 14 de julio de aquel año, y con la aprobación del agenciado, celebró contrato de arrendamiento con la sociedad Habitamos Propiedad Raíz S.A.S. sobre la bodega ubicada en la carrera 51 N°41-208 de Medellín; por último, según las exigencias repentinas de Nestlé, perfeccionó contrato de leasing con G.M.A.C. Financiera de Colombia de S.A. para la utilización de siete (7) vehículos -y no cinco (5) como se había dispuesto previamente-, en los que se transportó la mercancía distribuida a los clientes.

1.4. Satisfechas las condiciones para operar, comenzaron las ventas el 15 de julio de 2006, una vez recibido el primer pedido de mercancía en las instalaciones

de La Loma Distribuciones, el cual fue realizado por los funcionarios de Nestlé asignados permanentemente a acompañar la labor del agente.

1.5. A lo largo del cumplimiento del encargo comercial, y a pesar de que el agente cumplió con todos los requisitos exigidos por Nestlé, este dificultó el cumplimiento óptimo de la labor, toda vez que:

- Exigió, intempestivamente, la utilización de dos (2) vehículos tipo Súper Carry adicionales.
- Incumplió con la entrega de mercancías, habiendo afirmado que respecto de los productos más representativos de la marca no mejoraría la disponibilidad de los inventarios, y que continuarían inexistentes.
- Respondió con represalias y amenazas a cada solicitud respetuosa para mejorar las condiciones de disponibilidad de mercancías.
- Exigió el incumplimiento de normas tributarias municipales y nacionales.
- Incluso, contrarió los Actos Propios y abusó de su posición dominante cuando en noviembre de 2006 extendió para la firma del agente un documento denominado *contrato de agencia mercantil*, varios meses después de iniciada la operación, cuyo contenido fue totalmente predispuesto por el empresario y que contenía una cláusula que recortaba unilateralmente el tiempo de duración del contrato de Agencia Comercial, de modo que ya no duraba los diez (10) años ofrecidos inicialmente sino catorce (14) meses.
- Aquel texto también contuvo otra cláusula, según la cual, La Loma Distribuciones no podía obtener un ingreso superior a los \$12.000.000, una vez sumados los conceptos de bonificación por cumplimiento de objetivos y anticipo de cesantía comercial. El tope fue fijado sin importar el volumen de las ventas alcanzadas por el agente.

1.6. Así las cosas, y específicamente por haber recibido la comunicación de que *no mejorarán las disponibilidades de los inventarios de los productos más representativos en la venta* y que, por ende, permanecerían inexistentes, el agente

entendió incumplido el contrato e informó, primero verbalmente el 23 de octubre de 2007, y luego por escrito el 2 de noviembre siguiente, la decisión de dar por terminado el contrato de agencia comercial. Comunicación que es aceptada por Nestlé mediante carta del 9 de noviembre de aquella anualidad. En los días posteriores a la terminación, esta última sociedad hizo la liquidación del contrato, no obstante, no se incluyó la indemnización equitativa que se alegó causada; a su vez, se recibió visita de un abogado que representaba al empresario, quien requirió el pago de los dineros adeudados a su mandatario. El estado final de la compañía fue de *absoluta bancarota*, con ocasión a los compromisos adquiridos para llevar a óptimas condiciones el encargo comercial y como quiera que Nestlé era su único proveedor.

2. Síntesis de las pretensiones.

La sociedad demandante pretende, de manera principal, que se declarara el incumplimiento total del contrato de Agencia Comercial por parte de la demandada y, subsidiariamente, que se declare el incumplimiento parcial del convenio antedicho por parte de la misma compañía. Luego, concedida alguna de las pretensiones, solicitó que se condene al pago de los conceptos que a continuación se discriminan:

2.1. Cesantía Comercial, correspondiente a los meses de Julio a octubre de 2006, por un valor total de \$10.600.000.

2.2. Indemnización por los dineros pagados por concepto de seis (6) vehículos Súper Carry, por valor de \$40.000.000, desembolsados desde diciembre de 2006, hasta julio de 2007, inclusive.

2.3. Indemnización por la compra del programa contable SIIGO, por valor de \$8.300.000.

2.4. Indemnización por la apertura de 1.525 clientes, para el posicionamiento de la marca Nestlé. En razón a la extensión, importancia y volumen de los negocios, valoró el trabajo realizado para la consecución de cada cliente en \$150.000. Luego, multiplicó dicho valor por la cantidad de compradores alcanzado, de modo que obtuvo un total de \$228.750.000.

2.5. Indemnización por perjuicios patrimoniales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante. Que individualizó así:

- **Daño emergente**, correspondiente al capital suscrito y pagado con la constitución de la sociedad, y a las sumas adicionalmente aportadas en efectivo por los socios, para un total de \$150.000.000.
- **Lucro cesante**, que corresponde al rendimiento del capital invertido, esto es, los \$150.000.000 antedichos. Tomó como base una utilidad aproximada del 2% mensual, en tanto afirmó era lo usual en un negocio de comercio, calculado durante 5 años calendario, así:

Capital de \$150,000,000 x 2 % de rendimiento mensual = \$ 3.000.000

Luego, \$ 3.000.000 x 60 meses = \$180,000,000.00

2.6. Indemnización por perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de daño moral. Con ocasión a que el incumplimiento del contrato y el abuso de la posición dominante de Nestlé, condujo a la empresa y a los socios a la iliquidez total. El pedimento individualizado es como sigue:

- Para el señor William Franco Zuluaga, la suma de 80 SMLMV
- Para la señora Luz Mery Quintero Gaviria, la suma de 80 SMLMV

2.7. Indemnización por los dineros dejados de percibir como bonificaciones provenientes del contrato, por valor de \$30.000.000

3. Contestación de la demandada²:

Aunque se pronunció expresamente frente a los 28 componentes fácticos de la demanda, no tildó de ciertas ni de falsas ninguna de las aseveraciones allí contenidas; se limitó a indicar que no le constaban, o a sostener que no se trataban de verdaderos hechos sino de apreciaciones subjetivas sobre las que se abstuvo de pronunciarse. En ese orden, se sometió a la literalidad de los documentos inicialmente aportados y a lo demás que resultare probado a lo largo del trámite.

Seguidamente, propuso como excepciones de mérito las siguientes:

² [010ContestacionDeDemanda.pdf](#)

- **Terminación unilateral del contrato de agencia mercantil por parte de la demandante la Loma Distribuciones Ltda.** Que fundamentó en la inobservancia de la actora de las cláusulas décima segunda y décima tercera del contrato, como quiera que no presentó requerimiento por escrito para que en el transcurso de los 10 días siguientes a esta, y previo a dar por terminado el convenio, se corrigieran los motivos de disconformidad. Todo lo cual, imposibilitaba que la demandante pretendiera el reconocimiento de conceptos indemnizatorios, sin distinción de su raigambre.

- **Ausencia de responsabilidad contractual de Nestlé de Colombia S.A.** Que explicó desde el parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato, según el cual, la entrega de productos al agente estaba supeditada a la existencia de inventarios para despachar; de modo que no haber contado con determinadas referencias en ningún caso constituía un incumplimiento.

- **Inexistencia del perjuicio reclamado.** Que tuvo basamento el tiempo de vigencia que le restaba al contrato para cuando este fue terminado. De ahí que, si faltaban dos meses para que el vínculo finalizara, es injustificado el cobro de daño emergente y lucro cesante con base en 60 meses.

- **Prescripción de las acciones que emanan del contrato de agencia comercial.** Arguyó que, si bien el contrato fue firmado el 1 de noviembre de 2006, este empezó a ejecutarse desde el 15 de julio del mismo, con la recepción del primer pedido de mercancía en las instalaciones del agente. Ergo, en atención a que la demanda fue presentada el 8 de noviembre de 2011, y que las acciones dimanadas de este tipo contractual prescriben en el término de 5 años, sostuvo que el lapso antedicho finiquitó sin que se hubiera adelantado ninguna acción.

- **Excepción de contrato no cumplido,** en tanto argumentó que la demandante incurrió en mora en el pago de facturas correspondientes a la mercancía despachada.

- A su vez, formuló la **Genérica**.

4. Sentencia de primera instancia³.

El A quo desestimó las pretensiones porque no encontró probados los elementos axiológicos para declarar civil y contractualmente responsable a Nestlé de Colombia S.A. En específico, echó de menos la prueba sobre el supuesto incumplimiento contractual, y al tenor literal indicó:

“(...) Lo cierto de todo, es que a más de las manifestaciones esgrimidas en el líbello, ninguna prueba conduce a concluir que efectivamente durante esa etapa previa a la firma del mencionado contrato, NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., hubiere exigido a LA LOMA DISTRIBUCIONES LTDA., disponer de un número determinado de vehículos; o incumplir normas tributarias; o hubiere variado el término de duración del contrato. Mucho menos existe elemento de juicio que dé cuenta de "represalias o amenazas" propinadas al agente, luego de que éste hiciera solicitudes respetuosas sobre disponibilidad de mercancías o cumplimiento del contrato.

Ahora, frente al incumplimiento en la entrega de mercancías, encuentra el despacho que asiste razón a la accionada en la medida (sic) al presentar la excepción que denominó: “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE NESTLE DE COLOMBIA”, pone de manifiesto el contenido del párrafo segundo de la cláusula primera del contrato, en donde se lee:

“(...) NESTLE se compromete, de acuerdo a su capacidad comercial, a vender en forma regular el PRODUCTO al EL AGENTE (SIC) para efecto de que este último satisfaga sus necesidades en cuanto a la reventa de los Productos, sin que por ello sea NESTLE responsable en el evento de no contar con inventario suficiente de Productos para entregar los productos (sic) que curse EL AGENTE.”.

Pues lo anterior quiere decir que, siendo cierto lo expresado reiteradamente por la parte demandante, respecto a que en ocasiones NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. no suministraba en su totalidad los productos pedidos por LA LOMA DISTRIBUCIONES LTDA., en todo caso la obligación por parte de aquella se

³ [004Traslados.pdf](#) / A partir de la página 76

encontraba supeditada a contar con inventario suficiente. De manera que no existiendo prueba de que, aun contando con inventario, en forma deliberada la pasiva no proveía a la demandante de toda la mercancía que ésta le requería, mal podría colegirse de contera un incumplimiento (...)"⁴.

Seguidamente, respecto de la cesantía comercial reclamada, sostuvo que por medio de la prueba pericial se tuvo certeza de que la agencia comercial inició a mediados de 2006, sin embargo, *el despacho no cuenta con elementos para determinar el valor de la cesantía, habida cuenta que no se evidencia prueba de la totalidad de ingresos percibidos durante la ejecución del referido contrato de agencia.* Así las cosas, tampoco accedió a la condena por aquel concepto remuneratorio.

5. Impugnación de La Loma Distribuciones Ltda.⁵

El recurso de apelación se interpuso oportunamente, una vez proferido el fallo por escrito. La alzada fue admitida el 23 de noviembre de 2017⁶. Por medio de auto del 15 de mayo de 2023⁷, ya en vigencia de la ley 2213 de 2022, se otorgó al recurrente el término de 5 días para que sustentara los reparos concretos formulados en contra de la decisión de primer grado, lo cual se hizo en tiempo debido; escrito que a continuación se sintetiza.

- Recalcó que el A quo pasó por alto el ***abuso de posición dominante y la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de agencia comercial***, como quiera que inicialmente se pactó verbalmente un contrato estable y prolongado y, seis meses después de iniciada la operación, Nestlé impuso un acuerdo redactado unilateralmente, que generó inestabilidad a todo el proyecto y violó la buena fe contractual, y por medio de cual el empresario: redujo ostensiblemente el término inicial; se exoneraba de cumplir con la entrega de mercancías; eliminaba la posibilidad de que el agente reclamara indemnizaciones a cualquier título; impedía que el contrato fuese terminado unilateralmente -aun si mediaba su incumplimiento- si el agente no lo requería por escrito y con 10 días de anticipación a la decisión; y

⁴ Ibidem // Página 86

⁵ [12MemorialSustentacionRecurso.pdf](#)

⁶ [004AutoQueAdmiteRecurso.pdf](#)

⁷ [09AutoTraslado.pdf](#)

limitaba la cesantía comercial a un valor fijo, cuando su naturaleza varía con el volumen de las ventas.

Insistió, el A quo no realizó ningún pronunciamiento respecto de lo anterior, sino que le dio absoluta validez al contenido prestacional sin parar mientes sobre la eficacia misma de las cláusulas discutidas. Sostuvo que, de haberlo hecho, se hubiese obtenido una conclusión distinta en lo relativo al incumplimiento por parte de Nestlé -toda vez que su conducta indebida precisamente se amparaba en las cláusulas predispuestas- y, en simultáneo, la acreditación de los componentes axiológicos de la responsabilidad civil.

- En lo tocante con el pago de la **cesantía comercial** no reconocida en el fallo, endilgó al A quo un entendimiento incorrecto sobre la fecha en que inició el contrato, y que no era cierto que el concepto había sido liquidado adecuadamente, ya que tal documento reflejó el pago a partir de noviembre de 2006, mientras que quedó probado que el encargo comercial comenzó a cumplirse desde julio del mismo año; de suyo, aseveró que el propio documento era la prueba sobre el incumplimiento en el pago correspondiente a los meses anteriores.

- **Valoración indebida de la prueba recaudada, inclusive, la omisión de esta.** Sostuvo que en el fallo se erró al sostener que no hubo material suasorio que apuntara a la imposición de Nestlé para la utilización de determinado número de vehículos, o para el incumplimiento de normas tributarias, tampoco para la variación del término de duración del contrato; como quiera que, según su dicho, sí se recopilaron los medios probatorios para superar el umbral de convencimiento sobre tales hechos.

6. Pronunciamiento del no recurrente⁸

El demandado, durante la oportunidad para ello, se pronunció frente a la sustentación del recurso de apelación. Escrito en el que dejó clara su oposición a la prosperidad de los reparos concretos referidos y solicitó que la decisión se mantuviera intacta; primero, porque la ausencia de mercancía en ningún caso configuraba un incumplimiento contractual, ya que de conformidad con el párrafo segundo de la cláusula primera del contrato, su obligación dependía de la

⁸ [14MemorialDescorreTraslado .pdf](#)

disponibilidad existente. Al respecto, también sostuvo que no se probó que Nestlé tuviese los productos requeridos y, deliberadamente, decidiera no despacharlos al agente; segundo, toda vez que la demandante invocó la declaratoria de responsabilidad civil contractual, por lo que implícitamente reconoció la validez del convenio, de modo que cualquier pronunciamiento del *Ad quem* sobre la eficacia y validez de este, produciría una sentencia incongruente. En esa línea, afirmó que si lo pretendido era la configuración de abuso de posición dominante debió promover una acción de competencia desleal, mas no la indemnizatoria aquí perseguida; y, tercero, porque el cobro cualquier instalamento causado entre julio y octubre de 2006 se torna injustificado, como quiera que la cláusula décimo sexta del texto ya identificado consagró la satisfacción total de las posibles obligaciones causadas con anterioridad a noviembre ídem, en tanto ambos contratantes se afirmaron a paz y salvo.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Corresponde a la Sala entonces, congruente con los reparos concretos y el pronunciamiento frente a los mismos, determinar el contenido obligacional del contrato de agencia comercial, así como la eficacia de todas sus cláusulas, de modo que se obtenga certeza sobre el comportamiento que era exigible al empresario. Con eso definido, habrá que auscultar si algún curso de acción se erige como el incumplimiento por medio del cual se satisfaga el componente axiológico de la responsabilidad civil no hallado por el A quo. Por otro lado, se determinará la viabilidad de reconocer el pago de la cesantía comercial correspondiente a los meses de julio a octubre de 2006. Por último, solo si el material probatorio lo habilita, será pertinente verificar el acaecimiento del daño civilmente indemnizable respecto de cada uno de los conceptos pretendidos. El estudio de si alguna excepción de mérito ha resultado probada será concomitante con el de la pretensión, puesto que unas y otras contienen los argumentos que pugnan a favor y en contra del incumplimiento contractual y el reconocimiento de perjuicios.

III. PLANTEAMIENTOS SUSTENTATORIOS DE LA DECISIÓN

3.1. Realizado el control de legalidad establecido en el artículo 132 del Código General del Proceso, no se advierte vicio ni irregularidad alguna que configuren nulidad; igualmente, se consideran reunidos los presupuestos

procesales requeridos para proferir una decisión de fondo, no habiendo discusión frente a este punto.

3.2. De otro lado, claro es que la competencia de este Tribunal se circunscribe en examinar únicamente las concretas inconformidades señaladas por el apelante, así como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “...Es en el Código General del Proceso donde se implementó el «recurso de apelación» en el campo civil, mismo que refiriéndose a sentencias contempla para el reclamante tres pasos distintos: la interposición, la exposición del reparo concreto y la alegación final. En ese orden de ideas, el inconforme durante el término de ejecutoria deberá discutir los elementos de la providencia que le generen malestar y expresar de forma breve los mismos, toda vez que el enjuiciador de segundo grado solamente basará su examen en las objeciones concretas que el suplicante haya formulado tal y como lo describe el inciso 1º del artículo 320 Ibídem, siendo competente únicamente para pronunciarse de lo expuesto por ese sujeto procesal tal y como reza el inciso 1º del canon 328 siguiente. Seguidamente tiene operancia la etapa ante el superior, no menos importante y destinada al desarrollo y sustento de lo ya anunciado en precedencia (...)”⁹.(Subrayas nuestras), a lo cual entonces procederemos.

3.3. Sobre los reparos relativos a que en el contrato de agencia comercial se incluyeron cláusulas abusivas.

No existe duda alguna de la naturaleza del contrato típico celebrado, esto es, la agencia comercial regulada en los artículos 1317 y siguientes del código de comercio¹⁰; lo que sí ha sido objeto de disputa es el contorno obligacional de este y la definición de cuáles son las cláusulas verdaderamente eficaces que lo componen. Asunto necesariamente preliminar para la determinación de si lo que se predicó incumplido era tan siquiera conducta exigible al empresario.

El primer asunto a tener en cuenta es que el contrato de agencia comercial no se perfeccionó apenas con la suscripción del documento el 01 de noviembre de 2006, sino que ello ocurrió varios meses antes, a mediados del mismo año. Al observarse el principio de consensualidad consagrado en el artículo 824 del Código

⁹ (STC 11429-2017). (STC 2423-2018 y STC 3969-2018), reiterada en Sentencia STC 4673-2018.

¹⁰ [004Traslados.pdf](#) / Página 85

de Comercio¹¹, es diáfano que la relación mercantil bajo estudio es un contrato consensual, de manera que *se perfecciona por el solo consentimiento*¹² de las partes sobre los elementos esenciales de este. Al tiempo, se tiene por sabido que el *consentimiento* no existe únicamente cuando es expreso, sino que la conducta inequívoca hacia un fin también es criterio suficiente para predicar que ha mediado la aquiescencia.

En el sub iudice, y a pesar de que el recurrente afirmó que el A quo no asumió *el contrato desde la fecha de iniciación que dictaminó el perito y que corresponde a la realidad contractual y probatoria dentro del proceso*¹³ lo cierto es que el juzgador de primera instancia no falló en tal sentido, sino que tuvo por perfecto el convenio desde el 14 de julio del año 2006, así:

*“(...) Se reitera que en dictamen pericial, el auxiliar de la justicia afirmó que tras un análisis contable a documentos que reposan en el expediente, pudo concluir que el contrato de agencia comercial empezó a mediados del año 2006 (...)”*¹⁴ entre los que se destaca la factura de venta N° 191332 del 14 de julio de 2006, expedida por Nestlé y a cargo de La Loma Distribuciones, por un valor de \$48.922.587¹⁵

Es nítido el cortocircuito entre lo verdaderamente decidido y lo que la demandante -inadecuadamente- entendió fallado, situación que habla por sí sola de lo infructuoso del reproche acerca de la fecha de configuración del contrato, ya que es imposible emitir un juicio de valor en segunda instancia, en términos de adecuado o inadecuado, sobre una decisión inexistente. En últimas, que el 14 de julio de 2006 se reunieron los elementos *esenciales* de la agencia comercial, es un asunto decidido y no controvertido.

Sin embargo, el A quo concluyó sobre el *cuándo* del nacimiento convencional, mas no sobre el *qué* de su contenido. Bien, cuando se agrupan copulativamente los elementos *esenciales* de un contrato y puede decirse que el acuerdo es ese y no otro, si las partes no hacen alusión específica a sus cláusulas, estas se obligan, por defecto, a los elementos *naturales* del acuerdo celebrado.

¹¹ Código de Comercio. Artículo 824: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco (...)”

¹² Código Civil. Artículo 1500

¹³ [12MemorialSustentacionRecurso .pdf](#) / Página 14

¹⁴ [004Traslados.pdf](#) / Página 90

¹⁵ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Páginas 364 a 369

En lo tocante con la agencia comercial, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que inherente a su celebración, le son naturales las siguientes obligaciones, que se deducen del objeto mismo del negocio, y que se sintetizan como se expone:

“(...) el objeto del contrato ahí reseñado se concreta al desarrollo por el «agente» del encargo hecho por el «empresario» con relación a labores de promoción o explotación de sus negocios mercantiles, como también de fabricación o distribución de sus productos, sin comprometer su independencia como comerciante, de tal manera que podrá valerse de su propia red de establecimientos de comercio, y del personal vinculado a los mismos, a fin de llevar adelante ese conjunto de actividades tendientes a dar a conocer los respectivos productos, acreditar la marca, propiciar la penetración o ampliación del mercado, incrementar las ventas, entre otras, para beneficio del «agenciado», y a cambio de una comisión o regalía para el «agente» (...)”¹⁶.

Continúa la Sala, con el fin de enlistar algunas de las aristas que les son propias al convenio y que atan a los contratantes, así:

“(...) a). Que como su objeto es ‘promover o explotar negocios’ del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.

b). Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente.

c). Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta

¹⁶ SC6315-2017 del 09 de mayo de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco. Páginas 54 y 55

ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem.

d). Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales.

e). Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional (...)¹⁷

Ahora, con miras a concretar cada vez más cuál era la conducta exigible de cada contratante, resulta de gran utilidad el testimonio que rindió el señor Carlos Russi¹⁸, que afirmó lo siguiente en lo relativo con las condiciones negociales previas al 01 de noviembre de 2006:

- Que estuvo en contacto con el señor William Franco Zuluaga, con ocasión a que fue uno de los *candidatos que querían montar el modelo de empresa pequeña de distribución de los productos de Nestlé, a quien él mismo le presentó el modelo empresarial porque era lo que (le) correspondía presentar a (él).* El negocio antedicho, que fue puesto en conocimiento del representante legal de La Loma Distribuciones, era un *modelo de distribución ventas tienda a tienda, muy importante para un país como Colombia debido a que en Colombia existen, por información Nielsen, unas 450.000 tiendas y toda empresa de consumo masivo debe desarrollar una estrategia para llegar a las tiendas, es por eso que el modelo de distribuciones llamado los macro aliados son la estrategia de Nestlé para este canal. Consiste en crear una pequeña empresa con bodega, y una fuerza de ventas que visite diariamente las tiendas y les ofrezca los productos de Nestlé en la proporción adecuada que las tiendas puedan comprar, este es un modelo de dedicación diaria, de mucho seguimiento y control y por eso solamente invitamos a personas que hayan vivido y que tengan experiencia dentro de este canal. (...) los distribuidores deben tener una bodega pequeña para almacenar los productos, deben presentar una garantía que avale el cupo de crédito para poderle despachar los productos, y deben tener una fuerza de ventas no especializada para crear las rutas y zonas de venta en el territorio asignado.*

¹⁷ Ibidem. Páginas 55 y 56. Se cita la CSJ SC, 10 sep. 2013, rad. 2005-00333-01

¹⁸ [002Pruebas.pdf](#) / Páginas 391 a 393

Por último, cuando se le cuestionó sobre la existencia de algún contrato entre la compañía alimenticia y la distribuidora, indicó que *sí se realizó un contrato con ellos, es un contrato de agencia comercial.*

Por su parte, al absolver el interrogatorio de parte, la representante legal de Nestlé afirmó¹⁹ lo siguiente acerca del modelo que fue discutido entre la compañía de la que hace parte y los socios de la actual demandante:

- *Que hay un formato o proceso de creación de macro aliados con una presentación estándar. Que los macro aliados son distribuidores de productos Nestlé cobijados con un contrato de agencia comercial; compran productos Nestlé y los venden en las tiendas pequeñas. Que se trataba de un modelo en el cual Nestlé analiza las necesidades de las diferentes zonas del país y determina lo que se requiere para la distribución adecuada en cada zona específica. Luego, le propone a un potencial macro aliado si le interesaba hacer el negocio, para el cual requiere ciertos elementos, por ejemplo, de bodegaje y transporte; de modo que la utilización de vehículos, aunque existente, no era una exigencia de Nestlé, sino que respondía a que siempre existe la posibilidad de que cada zona del país tenga requerimientos específicos de acuerdo con las condiciones de venta, distancias, etc. Pero, que no sabía con cuántos vehículos funcionaba cada macro aliado.*

Están dadas las condiciones para que la Sala, en un ejercicio de simbiosis entre (i) los elementos *naturales* del contrato y (ii) las condiciones generales en que siempre había operado el encargo a los macro aliados, y que comunicó el señor Carlos Russi a los socios de La Loma Distribuciones, concluya que el mayor acercamiento al contenido prestacional que existió para la fecha en que se perfeccionó el contrato -14 de julio de 2006-, es como sigue:

Por un lado, la Loma Distribuciones se obligó a promover, con ánimo de permanencia, los productos del empresario, de manera autónoma e independiente, mediante la distribución y venta de estos en las múltiples tiendas existentes en la zona prefijada de Medellín, las cuales debían ser visitadas diariamente con el fin de recuperar, conservar o ampliar la clientela de Nestlé. El almacenamiento y

¹⁹ [012Audiencia.pdf](#) / Páginas 6 a 9

transporte de los bienes debían realizarse conforme las recomendaciones del agenciado; en una bodega y mediante vehículos automotores, respectivamente.

Por el otro lado, Nestlé se obligó, con ánimo de permanencia, a vender al agente los productos que serían objeto de distribución, además de pagarle una remuneración por la labor realizada, que dependía del volumen de ventas que este lograra en las diferentes tiendas. También, estaba obligada a respetar la autonomía con que La Loma Distribuciones efectuara el encargo, sin que ello aniquilara su facultad de impartir instrucciones para el cumplimiento de esta.

A todo lo anterior, y exigible de ambos contratantes, se le aúna lo que doctrinariamente se han llamado como *deberes secundarios de conducta*, tanto de finalidad *negativa* como de finalidad *positiva*; los unos, para que se eviten menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de la contraparte; los otros, para que se facilite al co-contratante el cumplimiento de sus obligaciones.

Haber logrado trazar un contorno más claro sobre qué podía exigir una parte de la otra al tiempo en que se perfeccionó el contrato, fue todo lo contrario a asunto nimio. A partir de ahora se cuenta con un cimiento prestacional, que ha dejado de ser etéreo, y al que habrá que remitirse si alguna de las cláusulas suscritas el 01 de noviembre de 2006 carece de eficacia.

Es cierto, el contenido de la convención no permaneció incólume hasta la finalización del contrato, y mediante el documento suscrito en la fecha recién referida²⁰, este se plasmó por escrito, pero además se concretaron los modos de cumplir las exigencias recíprocas, y se incluyeron nuevas cláusulas *-accidentales-* para el cumplimiento óptimo del encargo. Dado que aquel documento fue el que se afirmó contentivo de cláusulas abusivas, es menester clarificar qué debe ocurrir para predicar que la sanción antedicha se configure.

Mediante sentencia SC129-2018, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia reiteró la tesis acerca de los requisitos para considerar como ineficaz una estipulación, así:

²⁰ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Páginas 1 a 21

“(…) son ‘características arquetípicas de las cláusulas abusivas - primordialmente-: **a)** que su negociación no haya sido individual; **b)** que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y **c)** que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (...)”²¹

Se anticipa, son múltiples las estipulaciones abusivas contenidas en el convenio, como pasará a auscultarse. Valga comenzar con que **a)** ninguna de las cláusulas fue negociada individualmente con La Loma Distribuciones; es más, se trató de un verdadero contrato de adhesión, como quiera que, en primer lugar, fue predispuesto en un todo por el agenciado. Memórese el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal del empresario²², quien sostuvo que el contrato de agencia comercial firmado corresponde al *modelo que siempre ha existido para el proyecto macro aliados. Cualquier empresa que haya querido ser agente comercial de Nestlé ha recibido este contrato para su revisión y firma en caso de que voluntariamente decida participar en este proyecto. Recalco el término voluntariamente pues si el empresario no está de acuerdo con los términos del negocio propuesto no tiene ninguna obligación de participar (...) lo que puedo asegurar es que para participar en el programa se debía firmar el contrato.* Gracias a las pruebas documentales se corrobora el dicho, puesto que el contrato suscrito con La Loma Distribuciones fue idéntico al celebrado con las sociedades Distridala S.A., Distribuciones Macrolíneas S.A.S. y Megaliados Distribuciones S.A.S.²³

Y, en segundo lugar, el agente no tuvo alguna posibilidad real de discutirlo o modificarlo, habiendo gozado de autonomía tan solo para decidir si lo suscribía o no, bajo una fórmula similar a *tómelo o déjelo*. Inclusive, si se presta especial atención a que el escrito bajo estudio fue extendido 4 meses después de iniciada la operación, con el contrato de arrendamiento sobre la bodega en la cúspide de su ejecución²⁴, así como la inversión de decenas de millones que a la fecha se había realizado en mercancía²⁵, aunado al cambio de residencia de los cónyuges socios

²¹ SC129-2018 del 12 de febrero de 2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Página 16. Que cita la SC de 13 dic. 2002, rad. nº 6462

²² [012Audiencia.pdf](#) / Páginas 6 a 9

²³ [002Traslados.pdf](#) / Páginas 2 a 65

²⁴ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Páginas 411 a 414

²⁵ *Ibidem* / Páginas 364 a 377

de La Loma Distribuciones²⁶ resulta impensable que, en la práctica, el agente hubiese podido desistir tajantemente de la operación y rehusarse a la firma del documento. Ergo, los demás elementos arquetípicos de las cláusulas abusivas requieren ser evaluados al detalle, toda vez que, tanto más importante es el deber de obrar con *lealtad, corrección y honestidad* cuanto que el espectro de negociación del agente, en la práctica, fue muy bajo.

Sostener que el contrato es de adhesión no es, en simultáneo, tildar de abusivas las cláusulas allí contenidas. Los acuerdos predispuestos a los que una parte decide acogerse o no, son eficaces y cobijados por el ordenamiento jurídico, eso sí, siempre que no **b)** lesionen la buena fe contractual ni **c)** generen un desequilibrio jurídico injustificado. No obstante, en el caso que nos ocupa, aquellas prohibiciones fueron transgredidas en los siguientes términos:

- El párrafo segundo de la cláusula primera, dispuso: “(...) *NESTLÉ se compromete, de acuerdo a su capacidad comercial, a vender en forma regular el Producto al (sic) EL AGENTE para efecto de que este último satisfaga sus necesidades en cuanto a la reventa de los Productos, sin que por ello sea NESTLÉ responsable en el evento de no contar con inventario suficiente de Productos para entregar los pedidos que curse EL AGENTE (...)*”. O, en otras palabras, lo que se lee es la exoneración de responsabilidad del agenciado, aunque incumpla su obligación de venderle los productos al agente. Aquel texto permite dejar sin objeto el contrato, como quiera que todo el encargo comercial depende, precisamente, de que existan productos que distribuir en cada una de las tiendas de la *zona 6*²⁷ de Medellín; así que, el desequilibrio injustificado y violatorio de la buena fe radica en la facultad de incumplir la obligación primigenia, que es el punto de partida de toda la operación, sin cuyo acogimiento al agente le es imposible cumplir con sus deberes y satisfacer sus intereses, sin que aquello acarree ninguna consecuencia.
- La cláusula novena es del siguiente tenor: “(...) *El presente Contrato tendrá una vigencia de catorce (14) meses contados a partir de la fecha de suscripción, es decir del 1 de Noviembre del 2006 al 31 de Diciembre del*

²⁶ [002Pruebas.pdf](#) / Páginas 9 a 10 y 17 a 18, donde constan las declaraciones de los testigos Gilberto Franco Zuluaga y Alfredo Ángel Valencia, respectivamente.

²⁷ *Ibidem* / Página 386

2007 (...). Aquello que da fe de que la estipulación vulnera la simetría y la buena fe contractual es el vasto conocimiento que Nestlé poseía sobre todo lo concerniente a la utilización de los vehículos Súper Carry, así como el término de duración de los contratos de leasing financiero celebrados. Se trataba de una operación común²⁸, por cuanto también contrató con Distridala S.A., Distribuciones Macrolíneas S.A.S. y Megaliados Distribuciones S.A.S. - agentes encargados de promover los productos en otras zonas del área metropolitana-, la utilización de aquellos automotores, incluyendo en todos los contratos el *anexo 5*²⁹, a partir del cual se les explicaba el modo en que estos debían rotularse. En la misma línea, y de acuerdo con lo sostenido por el proveedor de los vehículos³⁰ (Los Coches La Sabana S.A.) se conoce que estructuró con GMAC *un programa mediante el cual La Loma Distribuciones accedería a una operación leasing para los vehículos nuevos Super Carry*; sociedad de financiamiento que corroboró la existencia del vínculo comercial con Nestlé, tanto, que incluso *una de las condiciones establecidas para la aprobación de la operación de leasing era su respaldo*³¹. Ergo, si el respaldo del agenciado era condición previa, este conocía que La Loma Distribuciones celebró el contrato a 60 meses o 5 años, *naturalmente* fundado en el ánimo de permanencia propia de la relación mercantil específica. Lo abusivo es, en síntesis, la inclusión de una vigencia contractual menor a la necesaria -y que bien conocía- para que su co-contratante cumpliera las obligaciones que, por su requerimiento *para la distribución adecuada en cada zona específica*³² de ventas, había asumido con GMAC.

- La cláusula décimo cuarta consagró que: *“(...) A la terminación del presente contrato, el agente tendrá derecho al pago de la prestación especial (Cesantía Comercial) establecida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio. El pago de dicha prestación se realizará de manera anticipada, mediante el cálculo de una doceava parte de todos los ingresos percibidos durante el término de duración del presente contrato. La prestación antes mencionada será pagada a EL AGENTE mediante acreditación de las cuentas por pagar que este tenga a favor de Nestlé, en la forma que se ilustra en el Anexo “3” de este contrato (...)”*. El Anexo 3, por su

²⁸ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Página 53. En palabras de la consultora FUNDES, contratada por Nestlé para evaluar las condiciones jurídicas y contables con las que contaba La Loma Distribuciones, los contratos de leasing suscritos con GMAC son idénticos a los celebrados por los *macro aliados* de Bogotá.

²⁹ *Ibidem*/ Páginas 18 y 19

³⁰ *Ibidem* / Página 31

³¹ *Ibidem* / Página 428

³² [012Audiencia.pdf](#) / Páginas 6 a 9

parte, dispuso que “(...) c. En ningún caso la suma del Cumplimiento de Objetivos + Anticipo Cesantía Comercial, puede superar la suma de \$12'000.000 (...)”. Luego, considerando que el contrato se había ejecutado desde el 14 de julio de 2006 sin aquella limitación a un valor fijo, sino bajo el entendido de que la cesantía comercial era directamente proporcional al volumen de la utilidad que generaran las ventas, es diáfano el desequilibrio injustificado e intempestivo al derecho que había adquirido el agente meses atrás, quien fiel y legítimamente, debió haber ejecutado el encargo con la convicción de que, a mayor cantidad de ventas por él logradas, mayor sería la remuneración.

- La cláusula décimo segunda consignó que: “(...) El incumplimiento parcial o total” de alguna de las obligaciones a cargo de cada una de las Partes establecidas en este Contrato, confiere el derecho a la otra parte de dar por terminado el mismo, previo requerimiento escrito para remediar el incumplimiento en un plazo de 10 (diez) días corrientes. Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, NESTLE tendrá el derecho de terminar en forma inmediata este contrato, sin necesidad de notificación previa, si se hubiera producido alguna de las siguientes situaciones de incumplimiento mencionadas en forma enunciativa y no limitativa: (...)”. Abusiva por donde se mire si se tiene en cuenta, especialmente, las últimas dos palabras subrayadas, puesto que el predisponente se guardó para sí un comodín, según el cual podía finiquitar, de inmediato y sin oposición válida del agente, la relación mercantil en los eventos que a bien tuviese, que incluían, pero no se limitaban a los enlistados. Por otro lado, la imposición abrupta del requerimiento escrito implicaba para el agente, si Nestlé incumplía con sus compromisos, la necesidad de mantener operando el negocio por 10 días más, cuando ello podía traducir la asunción de pérdidas provenientes del pago del canon de arrendamiento de la bodega, del canon del leasing, de obligaciones laborales, etcétera.
- La cláusula décimo sexta consagró que: “El presente contrato anula y reemplaza todo otro acuerdo escrito o verbal existente a la fecha entre las partes, manifestando ambas expresamente que nada tienen que reclamarse por ningún concepto hasta la fecha ni se podrán invocar causales de rescisión anteriores a la firma del presente (...)”. El texto subrayado, por medio del cual los contratantes se afirmaron a paz y salvo es ineficaz, por la

sencilla razón de que una manifestación de voluntad de ese talante, que protege a Nestlé de cualquier reclamo posterior, debió, cuando menos, poder ser negociada por aquel que la realiza (La Loma Distribuciones), mas no predispuesta por el empresario; y cuya aceptación, como se vio, era en la práctica de carácter casi forzosa.

En suma, dado que las cláusulas recién listadas estuvieron inmersas en un contrato de adhesión, que impusieron desequilibrios injustificados de los derechos y obligaciones recíprocos, ello en desmedro del agente y de la buena fe contractual, son todas ellas cláusulas ineficaces por abusivas. En ese orden de ideas, nunca rigieron la relación contractual ni ataron a ninguno de los suscriptores, y las materias que buscaban regular, siempre estuvieron sometidas a las reglas generales de la agencia comercial, a lo que se le han dedicado varios párrafos ut supra. En lo demás, el contrato suscrito el 01 de noviembre de 2006 conservó plena operatividad y reguló la conducta de agente y agenciado hasta la finalización del vínculo mercantil, gracias al principio de conservación de los negocios jurídicos, que se tiene por sabido.

Por último, ninguna de las anteriores consideraciones va en desmedro del principio de congruencia, como lo alegó el no recurrente; pues la misma en verdad se configura cuando la sentencia no está *en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda*³³, de modo que su estudio está íntimamente ligado con el de la *causa petendi*, que es el conjunto de hechos jurídicamente relevantes que delimitan el contorno del litigio. Pues bien, de la lectura conjunta del escrito de demanda, salta a la vista que fue una constante el reproche acerca de la inclusión por parte de Nestlé de cláusulas predispuestas, *amañadas*, desequilibradas, violatorias de la buena fe y, en últimas, injustas. Además, la eficacia plena del contrato y la manera en que esta puede verse comprometida por la concurrencia del *abuso de la posición dominante* comprende el primer elemento axiológico de la responsabilidad civil contractual, mas no privativamente un *acto de competencia desleal*, como quiera que la labor primigenia del sentenciador se centra en verificar la *existencia, validez y eficacia* del contrato que vincula a los contendientes y, además de eso, tal como ocurre en el *sub judice*, cuáles de sus cláusulas no satisfacen estas características. Así las cosas, incólume permanece el aludido principio, máxime si se trata de la sanción de ineficacia del negocio jurídico,

³³ Código General del Proceso. Artículo 281

que opera de plena derecho, motivo por el cual el juzgador no hace otra cosa que hallarla configurada desde la suscripción de aquel. Dicho de otro modo, con el fallo no se restan efectos jurídicos a las disposiciones contractuales, sino que se comprueba que nunca los tuvieron.

La tesis para predicar la *incongruencia* del fallo es totalizante, y no concibe lo aquí ocurrido: un contrato de agencia comercial existente y válido -sobre lo cual nunca hubo discusión-, en cuyo interior habitaron algunas cláusulas abusivas y, por tanto, ineficaces. Sanción aplicable solo a ellas en concreto por el principio de conservación de los negocios jurídicos, *ut supra*.

3.4. Sobre los reparos relativos al incumplimiento del contrato de agencia comercial por parte de Nestlé.

Demarcado el contenido y alcance de las obligaciones recíprocas, lo que resta es una labor de cotejo, para evaluar en qué medida se corresponden las conductas reprochadas a Nestlé con las causales que justificarían la terminación unilateral por parte de La Loma Distribuciones.

A tal efecto, el artículo 1325 del Código de Comercio consagra que:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

(...) 2) Por parte del agente:

a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;

b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;

c) La quiebra o insolvencia del empresario, y

d) La terminación de actividades (...).”

De aquellas conductas del agenciado, que a lo largo del proceso se han tildado de incumplimiento justificante de la terminación unilateral, se destaca la de no vender determinados productos al agente. Situación que, en sí misma, ya se

encuentra probada, en tanto fue confesada por la representante legal de la compañía. Al respecto afirmó que:

“(...) La información que he recibido sobre el caso es que al demandante no se le despachaba por estar en mora (...) lo que ocurrió es que el demandante estaba en mora por varios meses, se le dieron varias oportunidades de venderle mercancía adicional sin que él solucionara la mora, y eventualmente siguiendo las cláusulas del contrato no se le despachaba mercancía por falta de pago (...) Además, al terminar el contrato y a la fecha de hoy, nos sigue debiendo alrededor de \$80,000,000 de pesos (...)”³⁴

En concreto, al cotejar los productos que el agente se obligó a distribuir, y que fueron descritos en el *anexo 2*³⁵ del contrato, con los inventarios de productos³⁶ que regularmente Nestlé le comunicaba a La Loma Distribuciones, lo que salta a la vista es la escasez absoluta de varias referencias de bienes sobre los que legítimamente se esperaba la distribución.

³⁴ [012Audiencia.pdf](#) / Páginas 6 a 9

³⁵ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Páginas 12 a 14

³⁶ *Ibidem* / Páginas 61 a 187

PREVENTA

REF	DESCRIPCIÓN DE ARTÍCULO	IVA	REF	DESCRIPCIÓN DE ARTÍCULO	IVA
CAFES SOLUBLES			CEREALES DESAYUNO		
439	NESCAFE TRDC STICKS DIS 1,8 G	10%	4012	MILO DE NESTLE 20X250G	16%
454	NESCAFE DOLCA P 12X85G	10%	4163	CHOCAPIC PROMOCION 20X250G	16%
455	NESCAFE DOLCA P 12X170G	10%	4164	CORN FLAKES NESTLE 20X200	16%
467	NESCAFE TRDC FC 24X50 G	10%	4165	FITNESS 20X270GR	16%
519	NESCAFE TRADICION 18X85 GR	10%	4167	CEREAL LA LECHERA 20X270GR	16%
523	NESCAFE TRDC 12X170 G	10%	4173	TRIX 20X230GRS	16%
1454	NESCAFE 25GR RISTRA X 8 UND	10%	4176	ZUCOSOS NESTLE 20X330G	16%
1459	DOLCA 10 GRS RISTRA X 10 UNDS	10%	4180	CEREAL NESQUIK X 280G	16%
CULINARIOS			4181	CEREAL COOKIE CRIPS 16 X 380 GR	16%
570	CREMA CHAMPINON X72G	16%	4119	FITNESS & FRUITS	16%
571	CREMA POLLO X 76G	16%	CEREALES INFANTILES		
573	CREMA DE TOMATE 76 GR	16%	338	NESTLE TRIGOMIEL RISTRA 8X25G	10%
574	CREMA POLLO CHAM X75G	16%	2317	NESTLE 3 CEREALES X 250G	10%
575	CREMA DE POLLO 1/2 PORCION	16%	2319	NESTLE TRIGO MIEL X 500G	10%
576	CREMA CHAMPIÑONES 1/2 PORCION	16%	2329	NESTLE AVEN MIEL X 250 GR	10%
577	CREMA POLLO CHAMP 1/2 PORCION	16%	2332	NESTLE TRIGO MIEL X 250G	10%
578	SOPA MARINERA	16%	2335	NESTLE ARROZ X 250GR	10%
579	SOPA MINISTRONE	16%	OTRAS BEBIDAS		
580	CREMA DIA CHAMPIÑONES X80G	16%	358	MILO SOBRE 8X48X25G	16%
581	CREMA DIA POLLO X80G	16%	362	MILO LATA 12X200G	16%
582	SOPA DIA CUCHUCO 3X24X100 GR	16%	363	MILO LATA 12X400GR	16%
583	SOPA DEL DIA SANCOCHO	16%	377	MILO RISTRA 25 GR x 12	16%
585	SOPA DEL DIA AJIACO	16%	390	NESQUIK CHOCOLATE 16X200G	10%
587	SOPA DE GALLINA CON FIDEOS X 65 GR	16%	394	NESQUIK CON NUTRIACTIVE-B 20GR	10%
588	SOPA DE COSTILL CON FIDEOS X 65 GR	16%	FORMULAS INFANTILES		
594	BASE PARA CARNE GULASH	16%	2260	NESTOGENO 1 24X450G	0%
596	BASE PARA CARNE MOLIDA	16%	2261	NESTOGENO 2 24X450G	0%
598	SALSA PARA PASTA BOLOGNESA	16%	2266	NAN 1 400GR	0%
600	DELICIAS PARA PASTA CARBONARA	16%	2268	NAN 2 400GR	0%
601	SALSA PARA PASTA BECHAMEL X 50 GR	16%	LACTEOS CONDENSADA		
602	SALSA PARA PASTA NAPOLITANA X 50 GR	16%	136	LECHERA 100 GR	0%
603	DELICIAS POLLO EN SALSA CRIOLLA	16%	137	LECHERA 400 GR	0%
604	DELICIAS POLLO CHAMPIÑONES	16%	152	CREMA DE LECHE 150GR	0%
607	DELICIAS PARA POLLO EN SALSA BLANCA	16%	154	CREMA DE LECHE 295GR	0%
673	BOTADERO CALDO MAGGI X 100	16%	159	CREMA DE LECHE 65GR	0%
682	CALDO DE GALLINA RICOLOR X 48	16%	LACTEOS CICOLAC		
691	CALDO DE GALLINA X 12	16%	3277	RISTRA KLIM 32.5GR	0%
692	CALDO DE GALLINA X 8	16%	3301	RISTRA KLIM 1+ 32.5 GR	0%
997	RISTRA SOPA DIA 1/2 SANCOCHO	16%	6491	LECHE KLIM TRADIC 24X400G	0%
1008	RISTRA SURT DEL DIA 6 PORCIONES 6u	16%	6493	LECHE KLIM TRADIC 12X1000G	0%
1009	RISTRA SURT DEL DIA 3 PORCIONES 6u	16%	6496	KLIM 3+ 400GR	0%
1480	CALDO COSTIRES MAGGI X 4	16%	6502	LECHE KLIM INSTANT X 380G	0%
1481	CALDO COSTIRES MAGGI X 12	16%	6532	KLIM 1+ MIEL 400 GR	0%
1482	CALDO COSTIRES MAGGI X 40	16%	6533	KLIM 1+ MIEL 900 GR	0%
1483	CALDO COSTIRES MAGGI LATA X 40	16%	6539	LECHE KLIM INSTANT X 200G	0%
1603	CALDO MAGGI CANAL 48X11.5 G	16%	6557	KLIM 1+ X 200 GR	0%
1631	CALDO RICO CANAL 24X528 G	16%	6676	EL RODEO MODIFICADA 30X380G	0%
1665	RISTRA SURTIDA SOPAS CLARAS 6u	16%	6677	EL RODEO MODIFICADA 12X900G	0%
GALLETAS SALADAS			6721	RODEO MODIFICADA 60X200 G	0%
5174	SALTINAS TRES CEREALES	10%	564	KLIM 1+ BOLSA X 380 GR	0%
5899	SALTINAS TACO TACO 24X225 GR	10%	GALLETAS SALADAS		
5302	DORE TACO TACO 24X9X30G	10%	5852	SALTINAS 2 MAXITACOS 320GR	10%
5851	SALTINAS MANTEQUILLA MAXITACO	10%	7673	SALTINAS MAXITAXO X 320 GRAMOS TIMOTEO	10%
			7675	SALTINAS MANTEQUILLA MAXITACO TIMOTEO	10%

AUTO - VENTA

REF	DESCRIPCIÓN DE ARTÍCULO	IVA	REF	DESCRIPCIÓN DE ARTÍCULO	IVA
TABLETAS Y RECUBIERTOS DE CHOCOLATES			GALLETAS DULCES		
2447	CHOCOLATE CRUNCH X 15	16%	2450	WAFER COCOSETTE X 18	10%
2448	MULTIPACK CRUNCH X 4	16%	5282	WAFER RUMBA X 24	10%
2814	MULTIPACK KIT KAT X 4	16%	5284	CAN CAN VAINILLA X 12	10%
2816	CHOCOLATE KIT KAT X 12	16%	5294	CAN CAN MANDARINA X 12	10%
2872	MULTIPACK CLASSIC X 4	16%	5305	CAN CAN LIMON X 12	10%
2875	CHOCOLATE CLASSIC X 15	16%	5307	CAN CAN FRESA X 12	10%
5816	DEDITOS X 20	10%	5314	CAN CAN CHOCOLATE X 12	10%
5912	MORENITAS X 24	10%	5494	WAFER MAMBO X 18	10%
5601	MILO NUGGETS X 18	16%	5824	CAN CAN CHOCOREMA	10%
5917	BESO DE NEGRA X 14	16%	5829	RONDALLAS X 18	10%
5826	CHOCMELOS x 24	16%	5941	RONDALLAS JIRAFAS 30 X 2	10%
5850	CHOCMELOS MICKEY	16%	5836	CAN CAN POPS	10%
5862	CHOCMELO CORAZON	16%	5879	SUPER WAFER VAINILLA X 8	10%
5890	CHOCMELO GUMMY	16%	5880	SUPER WAFER FRESA X 8	10%
5897	MEGA CHOCMELOS X 80	16%	5887	SALTINAS CHOCOLATE x 10	10%
RECUBIERTOS DE CHOCOLATES EN BANDEJA			CEREALES DESAYUNO		
5709	BESO DE NEGRA BANDEJA X95g	16%	4118	FITNESS SACHET	16%
7682	SEDUCCION AVELLANAS X 100 G	16%	4141	LECHERA FLAKES SACHET	16%
5751	MORENITAS BANDEJA X 215g	10%	4143	CHOCAPIC SACHET	16%
5761	DEDITOS BANDEJA X 215g	10%	4144	ZUCOSOS SACHET	16%
5843	SANDWICH BANDEJA	10%	4145	TRIX SACHET	16%
CONFITERIA			4146	NESQUIK SACHET	16%
5558	MINI MASMELOS	16%	4189	COOKIE CRIPS	16%
5562	MASMELOS SURTIDOS	16%	GALLETAS SALADAS		
5568	MINI GOMITAS	16%	5782	SALTINAS MANTEQUILLA X 9	10%
MODIFICADORES DE LECHE			5212	GALLETAS HIT PI X 9	10%
387	NESQUIK RTD X 200g	16%	5894	SALTINAS MITITACO X 48	10%
LACTEOS CONDENSADA			7672	SALTINAS MITITACO TIMOTEO	10%
124	LECHERITA CHOCOLATE X 30 GRS	0%	5893	MANTEQUI. MITITACO X 48	10%
201	LECHERITA NATURAL X 5	0%	7674	MANTEQUI. MITITACO TIMOTEO	10%
202	LECHERITA AREQUIPE X 5	0%	GALLETAS INTEGRALES		
207	MINILECHERITA X 24	0%	5456	NESFIT FIBRA INTEGRAL X 9	10%
			5457	NESFIT FIBRA Y MIEL X 6	10%

Tal fue el caso, por ejemplo, de las referencias 201, 202, 439, 673, 1603, 1454, etc, asignadas a los productos recién listados. En ese orden de ideas, fue imposible para el agente distribuirlos y, en consecuencia, obtener la remuneración por su labor, en tanto Nestlé no enajenó dichos bienes.

00201	LECHERITA ST 020 X 005 X	0
00202	LECHERITA AR 020 X 005 X	0
00439	NESCAFE TRDC 001 X 024 X	0
00673	BOTADERO CAL 001 X 012 X	0

01603	CALDO MAGGI 001 X 024 X	0
01454	NESCAFE 25GR 001 X 006 X	0

Para rematar, los productos sobre los que no había *stock* representaron durante los meses de enero a septiembre de 2007, la mayor participación porcentual en las ventas del agente³⁷, tanto, que el producto *NESCAFE 25GR RISTRA X 8 UND (REF. 1454)* encabezó la lista durante todo el período, seguido de *CALDO MAGGI CANAL 48X 11.5 GR (REF. 1603)*, y de *NESCAFE TRDC STICKS DIS 1.8 GR (REF. 439)*.

Como es obvio, no se omite la excepción de contrato no cumplido que fue formulada, puesto que es en la determinación de si ha resultado probada o no, donde radica la configuración del incumplimiento. Dicho de otro modo, la defensa se erigió bajo la fórmula: es cierto, Nestlé no vendió determinados productos a La Loma Distribuciones, pero justamente por la mora de esta en el pago de las facturas precedentes. No obstante, de la evaluación conjunta de los medios de prueba, lo cierto es que no hay camino sensato que conduzca a aquella conclusión.

Con una mirada liminar, y a raíz de la declaración de William Franco Zuluaga, inicialmente puede pensarse que resultó probada la excepción, ya que al absolver el interrogatorio de parte respondió:

“(...) hubo una mora ocasionada por un atraco que sufrimos, (...) el atraco se presentó el 16 de enero del año 2007, nos robaron mercancías por un valor aproximado de 30 millones de pesos y un dinero efectivo, en el día del atraco informé a Nestlé de Colombia S. A. (...) La compañía de seguros nos pagó la indemnización (sic) para la semana santa del año 2007; en compañía del señor Wilmar Herrera Correa recogimos el cheque de la consignación (pago de la aseguradora ante el acaecimiento del riesgo asegurable) y lo consignamos a la cuenta de Nestlé (...)”³⁸

Sin embargo, el planteamiento inicial decae, toda vez que el material de convencimiento apunta a que la situación fue subsanada satisfactoriamente. De inmediato, llama la atención de la Sala que, si la demandante no hubiese tenido un

³⁷ Ibidem / Páginas 378 a 385

³⁸ [012Audiencia.pdf](#) / Páginas 2 a 6

estado de cuenta sano, Nestlé haya continuado expidiendo facturas de venta hasta octubre del 2007³⁹, cuando aquello estaba supeditado a que no hubiese obligaciones previas insatisfechas; es decir, la supuesta mora no justificaría el despacho de unas mercancías y otras no, simplemente no se hubiese despachado ninguna, dado que según lo pactado:

“(...) EL AGENTE reconoce y acepta que la obligación de venta de los Productos por parte de NESTLÉ a EL AGENTE está supeditada a que EL AGENTE se encuentre en cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de este contrato, incluyendo en forma enunciativa mas no limitativa, que EL AGENTE pague en tiempo y forma oportuna y completa, y en consecuencia no incurra en mora respecto al pago del precio de los Productos (...)”⁴⁰

Política que, según el dicho de la representante legal de Nestlé, se aplicaba a rajatabla frente a todos los macro aliados, de manera que si se verificaba el impago no se despacharían más productos. Literalmente expuso: *“(...) no está dentro de los principios de la compañía un trato desigual a sus distribuidores. Siempre que un macro está en mora se le aplica la política y no se le despacha mercancía o producto (...)*”⁴¹. De modo que la única herramienta para explicar la expedición de las facturas de venta subsiguientes al acaecimiento de la mora, es que esta fue subsanada adecuadamente. Si esto no fuera así, llamaría aún más la atención que la supuesta conducta de no pago no haya generado algún requerimiento hacia el agente, y que fuera este último quien decidiera terminar el ligamen contractual, mas no Nestlé.

Con el ánimo de brindar cimiento sólido a la defensa, la demandada aportó copia del estado de cartera que contenía los valores adeudados por La Loma Distribuciones⁴², sin embargo, tal documentación es contraproducente con el objetivo buscado, pues ilustra que las facturas expedidas antes de octubre de 2007 fueron totalmente cubiertas. Es decir, la suma total de las obligaciones en mora para el final del mes de noviembre de 2007, se corresponde íntegramente con los \$78.845.304 que se adeudaban a la terminación del contrato y su liquidación⁴³; dineros relativos a facturas que, en su mayoría, no habían vencido para el día del

³⁹ [001Traslados.pdf](#) / Páginas 48 a 89

⁴⁰ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Página 2

⁴¹ [012Audiencia.pdf](#) / Páginas 6 a 9

⁴² [002Traslados.pdf](#) / Página 78

⁴³ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Páginas 25 y 26

finiquito comercial, es decir, el 01 de noviembre de 2007. Es natural concluir que la antedicha deuda no explica el inexistente suministro de productos para los meses previos y que, aunada a la conducta unívoca de Nestlé de ejecutar el contrato bajo su cauce normal, hay certeza de que no existía *mora que purgara la mora*, o lo que es igual, contrato incumplido por parte del agente que facultara el incumplimiento del agenciado.

En síntesis, en el inventario de productos de octubre de 2007 se reflejó la inexistencia de los bienes que, recíprocamente, una parte se obligó a comprar y la otra a vender – obligación de enajenar que, con el respaldo del parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato, supeditaba el envío de mercancía a la disponibilidad de esta, pero que se halló abusiva-, y que desde meses anteriores reflejaban pocas unidades; además, no se advirtió la mora en el pago de las facturas de venta que expidió el agenciado. Todo lo cual, en simultáneo, da al traste con la excepción de mérito, pero, primordialmente, justifica la terminación unilateral del contrato y encamina la pretensión hacia la prosperidad, una vez satisfecho el presupuesto axiológico del incumplimiento contractual.

3.5. De los reparos relativos al reconocimiento de conceptos indemnizatorios con ocasión al incumplimiento contractual, así como de los atinentes a la cesantía comercial.

Hasta acá se ha resuelto afirmativamente acerca del incumplimiento contractual, de modo que solo resta auscultar por cuáles conceptos pretendidos deben reconocerse y por qué valor. Sea lo primero dividir el análisis, ya que, si bien *lucro cesante* y *daño emergente* tienen carácter indemnizatorio y propenden por el equilibrio patrimonial generado a partir de un daño, la figura de la *indemnización equitativa* reclamada -aunque indemnizatoria- posee un objeto de protección diverso al de las tipologías típicas.

- Lucro cesante y daño emergente

Son conceptos cuyo entendimiento en el marco de la responsabilidad civil es un asunto, por estos días, bien definido. El primero se refiere a *la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la*

*obligación*⁴⁴, mientras que el segundo alude *al perjuicio o la pérdida que proviene*⁴⁵, también, del desconocimiento de las prestaciones que eran exigibles. Además de encajar en alguno de los dos supuestos de hecho recién descritos, el daño debe gozar de determinados atributos, necesariamente verificables, para que nazca en el demandado la obligación de reparar. En otras palabras, el daño es indemnizable cuando es *cierto*, es *directo* respecto del hecho generador, y se causa *personalmente* a quien lo reclama.

De todos los numerales que componen la petición, los siguientes son los que entrañan una solicitud de condena por lucro cesante o daño emergente, y no únicamente el que así fue nominado:

2º- Indemnización por los dineros pagados por concepto de seis (6) vehículos súper carry, exigidos por Nestlé de Colombia, cuando el ofrecimiento de negocio se anunciaba a diez años y luego devueltos a Leasing Gmac para aliviar las cargas económicas de La Loma Distribuciones, sin que se reintegrara dinero alguno, gestión realizada por Nestlé de Colombia, en uso de posición dominante. Cuarenta millones de pesos m.cte. (\$40.000.000.00) pagados de Diciembre de 2.006 a Julio de 2.007 inclusive.

3º- Indemnización por la compra de un programa contable SIIGO, el cual Nestlé de Colombia exigió como fundamental para el desarrollo del negocio, y luego ignoró exigiendo el uso de un programa diferente; Valor del programa Ocho millones doscientos cincuenta mil pesos m.cte (\$8.300.000.00)

5º.- Indemnización por el daño emergente y el lucro cesante de la empresa La Loma Distribuciones Ltda. Y sus socios;
El daño emergente corresponde al capital inicial y a las sumas adicionalmente aportadas en efectivo por los socios, lo cual alcanza la cifra de ciento cincuenta millones de pesos m.cte. **(\$150.000.000.00)** que fue lo exigido por la firma Nestlé de Colombia S.A.

⁴⁴ Código Civil. Artículo 1614

⁴⁵ Ibidem

El lucro cesante corresponde al rendimiento del capital invertido calculado en un espacio de cinco años calendario a razón del tres por ciento mensual que sería lo usual en un negocio de comercio, superando la expectativa de rendimiento en un depósito bancario, según las tasas vigentes para el año 2.007 y sucesivos.

Liquidación:

Capital \$150.000.000.00 por 2 % mensual \$ 3.000.000.00 por un espacio de sesenta meses (60) = Son ciento ochenta millones de pesos m.cte. **(\$180.000.000.00)**

7º.- Indemnización por los dineros dejados de percibir como bonificaciones provenientes del contrato, debido al incumplimiento de Nestlé de Colombia, mediante la exigencia de mayores requisitos para acceder a las mismas. Y el constante desabastecimiento de inventarios. Estos valores están expresados en bonificaciones no otorgadas incumplimiento de los múltiples requisitos que unilateralmente, en abuso de posición dominante, exigió la firma Nestlé, excediendo la formula inicial de tres requisitos,

Se calcula sobre los meses de Febrero y Marzo de 2.007 a razón de \$12.000.000.00 cada mes, y Abril de 2.007 a razón de \$6.000.000.00, para un total de Treinta millones de Pesos m.cte. **(\$30.000.000.00)**

En honor a la síntesis, tan solo uno de los conceptos indemnizatorios satisface los elementos de *cierto, personal y directo*, y fue el daño emergente por la adquisición del programa contable SIIGO, por valor de \$8.238.320⁴⁶. Nótese cómo hay certeza de su erogación, y que ello fue asumido personalmente por La Loma Distribuciones; además, qué duda cabe de la *previsibilidad* de este daño específico al momento de la suscripción del contrato, es decir, el empresario debía conocer - máxime por la experiencia que tenía en el campo- que el agente debía proceder con el registro contable de todas las operaciones desde el inicio de la ejecución convencional, o sea, desde el 14 de julio de 2006. Varios meses más adelante, el 15 de marzo de 2007⁴⁷, el agenciado comunicó que el programa específico SIIGO no sería de utilidad, y que *todas las operaciones comerciales se registrarán a través de E-FORCE* (otro sistema contable para la gestión empresarial), cuando no se había realizado tal limitación en ninguna oportunidad anterior; todo lo cual habla del vínculo entre la erogación económica justificada -y previsible para el contratante al tiempo del perfeccionamiento del contrato- y el incumplimiento que dio pie a la terminación unilateral del convenio.

⁴⁶ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Página 321

⁴⁷ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Página 36

Frente al presunto dinero pagado como cánones de leasing financiero, para la utilización de los vehículos Super Carry, el principal motivo para denegar su condena es la ausencia de prueba, precisamente, sobre la efectividad del pago. No se aportó prueba de que se haya incurrido en ese gasto, ni mucho menos que hubo la merma patrimonial por ese valor concreto. Además, no se conoció el valor del canon mensual que debió pagar La Loma Distribuciones a GMAC, como quiera que el contrato referido describió cómo calcularlo según criterios técnicos y financieros, mas no a cuánto ascendía:

FÓRMULA PARA EL CÁLCULO DEL CANON VENCIDO:

$$\text{CANON} = (A * B)$$

$$A = L - (\text{OPCION} / (1 + f)^n)$$

$$B = (f * (1 + f)^n) / ((1 + f)^n - 1)$$

DONDE:

L = Valor del LEASING a la fecha de liquidación.

OPCION = Valor de la Opcion de adquisición.

f = Factor.

n = Número de meses faltantes para la terminación del contrato.

El factor a utilizar (f) es la tasa DTF adicionada en los puntos porcentuales pactados, el cual se convertirá a su equivalente en período mes vencido y se aplicará a la formula antes mencionada para el cálculo de los cánones.

En últimas, tan solo existió la afirmación sobre el monto pagado (\$40.000.000), que estuvo contenido en el pedimento, mas no hubo material suasorio que corroborara el dicho. De modo que no se satisface el elemento *cierto* del daño y la condena por dicho rubro es improcedente.

Por lo demás, no se hallan satisfechos los elementos que son imperativos para el reconocimiento de tales perjuicios, y basta un análisis liminar para descubrir aquello. La improcedencia se resuelve con la simple, pero ejemplificante explicación de que, puestos en el escenario de que el contrato se hubiese ejecutado a la perfección, sin ningún reproche de alguno de los suscriptores, aquellos gastos reclamados se hubiesen generado de igual modo, por lo que mal se haría al atarlos directamente con el incumplimiento. Aunado a ello, se trataron de típicos gastos operativos para llevar a buen fin el encargo; es decir, de los medios independientes dispuestos por el agente concedor de las necesidades para que la labor fuera provechosa.

Por su parte, el *lucro cesante* reclamado es una suposición de éxito futuro que, a decir verdad, asume un porcentaje de ganancia desconociendo las

inclemencias y vicisitudes propias del mercado, en desmedro del requisito de *cierto*, imperativo para ordenar su pago.

Al respecto de los gastos propios de la operación, y la subsecuente posibilidad de que el agente los reclame, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que:

“(...) recuérdese ahora que es característica del contrato de agencia, la independencia del Agente en la inversión de los medios que habrá de disponer para la ejecución de sus obligaciones, o lo que es igual, los gastos que demande la organización de recursos humanos y patrimoniales para cumplir las metas contractuales, de manera que la pérdida o ganancia en ese emprendimiento es, en últimas, el riesgo que asume al desplegar su gestión, a tal punto que, salvo pacto en contrario, el empresario no está obligado a reembolsarlos (...) es el precio de la independencia del agente (...)”⁴⁸.

En últimas, se condenará al demandado al pago del dinero destinado para la adquisición del programa contable SIIGO, pero no por ningún otro concepto de lucro cesante o daño emergente.

- Indemnización equitativa

En relación con la figura que se estudia, la Corte ha decantado el carácter indemnizatorio de esta, así como su origen y el fundamento de la protección al agente de la terminación injustificada e intempestiva del contrato por parte del agenciado. Motivo por el que se citan en extenso sus palabras:

“(...) Lo anotado revela el disímil origen de las prestaciones contenidas en los incisos 1º y 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, con importantes diferencias a la hora de reclamar una u otra judicialmente, en tanto, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente 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, tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la otra obligación de que trata el inciso segundo

⁴⁸ SC del 22 de junio de 2011, rad. 11001-3103-010-2000-00155-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

del mismo artículo 1324 del Código de Comercio, en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso. (...)

Por supuesto que la naturaleza de la *indemnización equitativa* se entiende mejor desde las diferencias existentes entre esta y la *cesantía comercial*, pero descubierta la *razón suficiente* para trazar la línea divisoria, la Sala de Casación continúa, en lo que atañe únicamente al fundamento de la *indemnización equitativa*, así:

*(...) En síntesis, pues, el agente comercial, mediante su labor de promover o explotar los negocios del principal, acredita sus productos y marcas, ya sea mediante actos de publicidad o por la actividad complementaria de las ventas mismas, generándole al agenciado un intangible de un aquilatado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber expirado el contrato, esto es, que el proponente podrá seguir beneficiándose económicamente de la labor realizada por aquél. (...) Dicho con otras palabras, al margen de las comisiones y de la cesantía comercial, es posible que con prescindencia de las ventas realizadas o fallidas (artículo 1322 C.Co.), el agente haya creado una riqueza inmaterial de la que pueda beneficiarse el empresario y que por lo mismo debería ser cubierta por este, en caso de subitánea e injusta terminación del contrato, con abstracción de las operaciones efectivamente realizadas o en curso. Esa indemnización está justificada, si se aprecia que el proceso de maduración de una clientela y el posicionamiento de un nombre o de un producto, son procesos que pueden ir en progreso de modo que es posible vaticinar que plausiblemente se avecina el éxito, o que la actividad del agente creó condiciones que facilitan la continuidad de la operación, en cuyo caso el empresario podría edificar sobre lo construido, aprovechamiento que no puede quedar sin contraprestación (...)*⁴⁹

Está demostrado que el contrato finalizó por una justa causa imputable al empresario; también que a lo largo de toda la operación La Loma Distribuciones se dispuso a la conservación, fidelización, y ampliación de centenares de clientes (1.530 por Preventa y 1.505 por Auto venta), los cuales eran visitados diariamente por los vendedores contratados por éste para la consecución de las ventas y el fortalecimiento de la relación comercial⁵⁰. Qué duda cabe del beneficio casi perenne

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Páginas 389 a 403

que obtuvo Nestlé con tan dedicada labor, de la que se benefició abruptamente por provocar la justa causa que dio pie a la terminación unilateral del vínculo mercantil. En suma, el aprovechamiento que obtuvo el empresario con ocasión al despliegue juicioso de la labor por parte del agente, es asunto comprobado.

Ahora, a pesar de que *dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*⁵¹, lo cierto es que ello no releva al demandante de la carga de probar la extensión del beneficio que le generó al agenciado con su labor; tal como lo tiene dicho la Corte:

*(...) Finalmente, se ratifica que sí es menester cumplir con la prueba del daño emergente y del lucro cesante, lo que debe hacer el interesado en que se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio (...) en suma, si el dictamen pericial es un medio idóneo, entre otros, para probar el daño emergente y el lucro cesante, así como su cuantía, lejos se encuentra el juez de hallarse facultado para dar contenido a dichos conceptos apenas con sujeción a la equidad y los principios que informan la reparación integral previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, sin acudir a la prueba de la existencia de los perjuicios y su magnitud económica (...)*⁵²

Es cierto, está probado el intangible promocional que obtuvo el empresario con ocasión al despliegue juicioso de la labor por parte del agente, es decir, el perjuicio, mas no su extensión económica, carga exclusiva del reclamante. A tal efecto hubiese sido útil, por ejemplo, la obtención de un dictamen pericial con el objetivo de cuantificar el beneficio inmaterial; pero ello no ocurrió, ni con la prueba técnica ni con algún otro medio de convencimiento, el demandante no dirigió adecuadamente sus esfuerzos probatorios, y aunque la experticia pueda ser decretado de oficio, existen grandes motivos para sostener que el resultado sería infructuoso y no se obtendría una cifra certera: en primer lugar, por lo recién explicado, y es que no se recopilaron las herramientas a partir de las cuales edificar la tarea, puesto que lo probado fue únicamente el *cómo*⁵³ de la labor, y, en segundo lugar, porque la recolección de la información necesaria para arribar a un monto

⁵¹ Ley 446 de 1998 / Artículo 16

⁵² SC del 22 de junio de 2011, rad. 11001-3103-010-2000-00155-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁵³ *La Loma Distribuciones se dispuso a la conservación, fidelización, y ampliación de centenares de clientes (1.530 por Preventa y 1.505 por Auto venta), los cuales eran visitados diariamente por los vendedores contratados por éste para la consecución de las ventas y el fortalecimiento de la relación comercial.*

preciso, por ejemplo, asistiendo a las instalaciones de los clientes cultivados por el agente, dado el tiempo transcurrido desde la finalización de la operación hasta la fecha de esta providencia, es faena utópica.

Luego, con el material de convencimiento recolectado, cualquier cifra que se proponga bajo criterios de equidad, se avizora antojadiza, puesto que el impacto benéfico para Nestlé a raíz de la labor promocional del agente, es tan grandioso o diminuto como se argumente, ante la ausencia de parámetro debidamente probado.

Daño moral

6°.- Indemnización por perjuicios morales, debido a que el incumplimiento del contrato y el abuso de la posición dominante de Nestlé de Colombia S.A. llevó a la empresa y a los socios, a la iliquidez total, quedando vetados por Data Crédito para cualquier operación ; Estimamos por este concepto la suma de ochenta salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los esposos Franco Quintero. Total 160 salarios mínimos legales mensuales por \$ 535.600.00 a la fecha = son Ochenta y cinco millones seiscientos noventa y seis mil pesos m.cte. (\$85.696.000.00)

La tipología de daño que ahora se estudia tampoco arriba al puerto de la prosperidad. En primer lugar, por una razón estrictamente procesal, y es que se pretendió la reparación a favor de dos sujetos que no son parte en el proceso: los cónyuges; es imperioso distinguir las tres personalidades jurídicas, correspondientes a los dos seres humanos y a la ficción legal, de modo que puedan contemplarse como sujetos de derechos y obligaciones autónomos. Por supuesto que los socios de la compañía pudieron intervenir activamente en el proceso y perseguir el daño extrapatrimonial que entendieran causado, pero, como están las cosas, el único ser que ha reclamado *daño moral* es La Loma Distribuciones, afirmación que de inmediato descarta la condena por dicho rubro y que da pie al segundo razonamiento. Es que, si se considerase que el pedimento de daño moral es para la persona jurídica constituida por la pareja Franco-Quintero, lo cierto es que en nada varía la improcedencia, puesto que el fundamento del perjuicio reclamado es la congoja padecida con ocasión a determinado evento, se trata de un profundo sentimiento de tristeza y aflicción, que en principio no es posible predicarlo de una persona jurídica, en tanto ficción legal. Para rematar, el ejercicio probatorio desplegado por la actora para demostrar el daño moral fue nulo, no se arrió medio de convencimiento alguno para tal fin, de suyo que, si desde la

imputación se veía frustrada la pretensión, sin ningún medio de prueba ello es aún más palpable.

- **Cesantía comercial**

En lo tocante con la cesantía comercial, y aunque ha habido algo de ilustración al respecto, el análisis debe ser desligado de los anteriores, dado que su naturaleza no es indemnizatoria, sino que es consecuencia inherente del convenio; en tal escenario, la inferencia lógica es sencilla: comprobada la existencia del contrato de agencia mercantil, así como su terminación, es obligación del empresario pagar tal concepto al agente. En la misma línea, sin matices, nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“(..) lo cierto es que la cesantía comercial tiene por finalidad retribuir el esfuerzo del Agente por las ventas efectivamente realizadas o la gestión dirigida a la conclusión infructuosa de aquéllas (artículo 1323 del C.Co.) (...) conforme a lo dicho, los motivos que antecedan la terminación del contrato de agencia, en nada afectan el pago de la cesantía comercial a favor del intermediario, pues ésta se fija de acuerdo a las ventas o la gestión de promoción y acreditación concreta del producto para uno o varios proyectos de venta en particular, efectuadas durante el lapso determinado en la norma (...)

“(..) a la finalización del contrato, con independencia de los motivos que la precedieron, se deberá al Agente el promedio de las ventas de que trata el numeral 1º del artículo 1324 (...)”⁵⁴

En el sub judice, lo que se reprocha al *A quo* es que, aun conociendo la severidad con que debe condenarse al pago de la cesantía comercial, toda vez que nunca se discutió la existencia de un contrato de agencia mercantil, ni que este inició y finalizó, extrañamente no haya dispuesto de mayores herramientas para alcanzar la cuantificación correspondiente a los meses de julio a octubre de 2006; por el contrario, falló: limitándose a señalar que:

⁵⁴ SC del 22 de junio de 2011, rad. 11001-3103-010-2000-00155-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

“(...) el despacho no cuenta con elementos para determinar el valor de la cesantía, habida cuenta que no se evidencia prueba de la totalidad de ingresos percibidos durante la ejecución del referido contrato de agencia (...)”⁵⁵

Sin embargo, no por la dificultad de la tarea -que proviene de la informalidad con que se ejecutó el encargo de julio a noviembre de 2006-, hay que renunciar a ella. Las facturas de venta expedidas de noviembre de 2006 a noviembre de 2007⁵⁶ generaron para el agente unos ingresos de \$299.055.818⁵⁷. Luego, en atención a que la primera factura de venta, de julio de 2006, ascendió a los \$48.922.587, y considerando que los títulos valores siguientes y expedidos mes a mes oscilaron por aquellas cifras, aunado a que los anticipos de cesantía comercial presentaron variaciones leves⁵⁸, lo que habla de la estabilidad del negocio, es dable extender el promedio de la cesantía comercial obtenida mes a mes, y aplicarla a los 4 meses del 2006 en que no fue cancelada. Así las cosas, para cada mes de julio a noviembre de 2006, la cesantía comercial equivaldría a \$2.076.776, para un total de \$8.307.106.

Cifra que indexada desde la fecha en que debió liquidarse (noviembre de 2007) a la fecha de la presente providencia, equivale a \$18.656.538.

3.6. Excepciones de mérito.

Es oportuna la valoración de si alguna excepción de mérito puede dar al traste con el análisis probatorio que se tiene a esta altura. Desde ya se tiene que no es así. La totalidad de las excepciones de mérito se expusieron líneas arriba, al sintetizar el caso, y las mismas fueron descartándose con el devenir del texto.

Ahora, en lo tocante con la excepción de mérito de prescripción de la acción, lo cierto es que está lejos del éxito, como quiera que su fundamento es la contabilización del término extintivo desde el inicio del vínculo contractual, esto es, el 15 de julio de 2006, mientras que el artículo 1324 del Código de Comercio habilita la reclamación de la cesantía comercial y de los rubros indemnizatorios causados, una vez finalice el vínculo contractual, situación que en el *sub judice* ocurrió el 02 de noviembre de 2007. Entonces, es a partir de la última fecha referida que deben

⁵⁵ [004Traslados.pdf](#) / Página 90

⁵⁶ [001Traslados.pdf](#) / Páginas 8 a 47

⁵⁷ [003AnexoDeDemanda.pdf](#) / Página 27

⁵⁸ *Ibidem* / Páginas 421 a 426

contabilizarse los 5 años de que trata el artículo 1329 ídem, para que se configure el fenómeno prescriptivo, y que finalizaron el 02 de noviembre de 2012. Luego, en tanto la demanda fue presentada el 08 de noviembre de 2011, y el auto admisorio de esta fue notificado al demandado dentro del término previsto para interrumpir el término extintivo, la excepción de mérito resulta infundada.

3.7. Conclusión.

Acorde con todo lo que se ha dicho, se revocará la decisión de primera instancia, para en su defecto acoger parcialmente las pretensiones de la demanda. Según lo dictado por el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada. El Magistrado sustanciador fijará las agencias en derecho por valor de \$3.000.000.

IV. DECISIÓN.

Con fundamento en lo expuesto, **la Sala Cuarta de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad Constitucional y legal,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 04 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Noveno Civil del Circuito de Medellín, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR civil y contractualmente responsable a Nestlé de Colombia S.A., de los daños sufridos por la demandante, de acuerdo con lo esgrimido en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago del *daño emergente*, en favor de La Loma Distribuciones Ltda. y por valor de \$8.238.320.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de la *cesantía comercial*, en favor de La Loma Distribuciones Ltda. y por valor de \$18.656.538.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas.

SEXTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada, y en favor de la demandante. El Magistrado sustanciador **FIJA** como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE esta providencia a los sujetos procesales y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en sala de la fecha

Los Magistrados, (Firmados electrónicamente)

BENJAMÍN DE J. YEPES PUERTA

JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

Firmado Por:

Benjamin De Jesus Yepes Puerta
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Julian Valencia Castaño
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Piedad Cecilia Velez Gaviria
Magistrada
Sala 002 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7ac9365d4585d94e209ca32b844db4e2fe7b3fca703e581b3430b556d2701466**

Documento generado en 31/01/2025 01:12:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>