

Exp. Exp. 11001-3103-036-2018-00557-01

TEMA: AGENCIA COMERCIAL/INCONSONANCIA/LA CALIFICACION CONTRACTUAL NO ESTÁ ATADA A LA DENOMINACION ERRONEA DE LOS ESTIPULANTES/INTERPRETACION DEL CONTRATO/TIPIFICACION CONTRATO AGENCIA COMERCIALY SUS ELEMENTOS ESENCIALES

COPIA DEL TEXTO DEL FALLO

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

**Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN**

Bogotá D. C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido en sesiones de 23 de abril y 25 de junio de 2020, siendo aprobado en la última.

Ref.: Exp. 11001-3103-036-2018-00557-01

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 2 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso declarativo de Idaly Cárdenas Medida e Inversiones Cárdenas MI S.A.S. contra Cooperativa de Transportes Flota Norte –Coflonorte-Ltda., Autoboy S.A. y Flota Sugamuxi S.A.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones y sustento fáctico.

Las demandantes piden declarar que con Coflonorte, quien además representaba a las otras encartadas por hacer parte de su grupo empresarial, celebraron un contrato de “*agencia comercial*” que perduró desde el 1° de marzo de 2005 hasta el 31 de mayo de 2015, cuando la transportadora lo término sin justa causa. Y en consecuencia, condenar a Coflonorte a pagarles la cesantía comercial y la indemnización prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, que estimaron en \$72'102.625 la primera y en \$360'513.125 la segunda más \$6'443.500 de la cláusula penal.

En subsidio, solicitaron similares declaraciones y condenas pero individualizadas para cada demandada.

1.1 En sustento de tales súplicas, en síntesis, aducen que desde marzo de 2005 Idaly Cárdenas asumió, como agente comercial de Flota Sugamuxi S.A. -aunque no se hizo constar por escrito- encargándose de la venta de pasajes y remesas en las agencias de la compañía en la ciudad de Bogotá, a contraprestación de una comisión sobre cada tiquete. En iguales términos fungió como agente de Autoboy SA a partir de agosto de 2006.

Por exigencia de esas empresas, en abril de 2009 constituyó la sociedad demandante (Inversiones Cárdenas MI S.A.S.), con la que continuó el contrato de agencia “sin solución de continuidad”.

Posteriormente, el 1° de noviembre de 2013, a través de la SAS suscribió un contrato de agencia comercial para los mismos fines y sin “solución de continuidad” con Coflonorte, quien también actuó en

nombre y representación de Autoboy y Flota Sugamuxi por ser de su grupo empresarial. Desde entonces se entendió exclusivamente con Coflonorte y esta asumió el pago de todas las comisiones.

Finalmente, pese a que la vigencia del contrato se prorrogó hasta el 31 de octubre de 2015, en mayo de ese año Coflonorte lo terminó sin justa causa.

2. La réplica de las demandadas.

Todas las convocadas alegaron como excepción la ‘ausencia de prueba de la responsabilidad contractual y de los perjuicios’, y por lo mismo el cobro de lo no debido, así como el ‘contrato no cumplido’ por parte de las promotoras.

2.1 Flota Sugamuxi S.A. agregó las de ‘inexistencia de nexo causal’ de su actuar frente a los eventuales perjuicios y la ‘ausencia de prueba documental del contrato’. Asimismo, que todas las enjuiciadas son personas jurídicas independientes, aunque conformen un grupo empresarial; cosa que también alegó Coflonorte, resaltando que si bien es la matriz, su responsabilidad resulta subsidiaria y está circunscripta al ámbito de la liquidación de las sociedades subordinadas.

2.2 Autoboy S.A. además postuló las exceptivas de ‘falta de legitimación por pasiva’, ya que sólo Coflonorte firmó el contrato con Inversiones Cárdenas; ‘prescripción’, toda vez que su vínculo con la demandante culminó en 2013 –no precisa cuándo- y el artículo 1329 del Código de Comercio da un plazo quinquenal para incoar las acciones que emanan del contrato de agencia mercantil; por último, la de ‘enriquecimiento sin causa’, aludiendo a que este se produciría en caso de acoger el *petitum*, que con idéntica orientación fue invocada por

Coflonorte.

2.3 Coflonorte Ltda. adicionalmente esgrimió las excepciones de ‘falta de legitimación por activa y por pasiva’, ya que sólo responde por el contrato que ajustó en 2013 con Inversiones Cárdenas, al que es ajeno Idaly Cárdenas; ‘falta de prueba del contrato’ antes de 2013 e ‘inexistencia de la obligación’, ya que nada la corrobora; y en cualquier caso la de ‘compensación’, comoquiera que la SAS le adeuda más de cuarenta millones de pesos.

3. **La sentencia recurrida.**

El *a quo*, a vuelta de teorizar sobre el principio de relatividad de los contratos y de unos apuntes doctrinarios sobre las notas definitorias de la agencia comercial, precisó que la ‘independencia’ del agente es uno de sus elementos esenciales. Ingrediente que no encontró probado en este caso, pues se demostró que “*son los demandados quienes direccionan, fijan y hasta modifican todos los aspectos relacionados con la venta específica de tiquetes (...)*”.

Señaló que las actoras, en cambio, no lograron probar las diferencias de su vínculo con la subordinación entre empresario y empleado. Al punto que la demandante en su interrogatorio reveló que ‘llevaba trabajando’ diez años con Autoboy y Flota Sugamuxi cuando las compró Coflonorte e hicieron el empalme y la ‘dejaron trabajando’.

Lo cual -a juicio del fallador- “*desdibuja la delgada línea que existe entre la agencia y otras figuras que comparten el mismo fin (...) por el hecho de que a la demandante se le entregó un mercado formado, direccionado y con un ensamble administrativo para que desarrollara por cuenta de un tercero (...) la venta de tiquetes sin que los usuarios*

consumidores tuvieran la necesidad de conocer que era la señora Idaly, o posteriormente su empresa, la que estaba detrás de la adquisición de los 'tiquetes terrestres' cuya papelería era de los demandados".

Resaltó que la interesada no acreditó que constituyó *"el arsenal humano para asumir sin solución de continuidad la labor de promoción y venta de tiquetes mediante un encargo que le hiciera su empleador, y al que le quisieron dar la nominación de agencia"*.

En suma, el juzgador de primer grado tuvo a la convocante por confesa de i) que simplemente despachaba desde los diferentes terminales y solo verificaba la documentación de los vehículos; ii) que otras personas realizaban la misma labor, lo que descarta la exclusividad; iii) que no era autónoma en el manejo del negocio (los tiquetes, su numeración, el precio, los trayectos y hasta la papelería dependían de la transportadora) y Coflonorte injería hasta en la selección de su personal; iv) que participaba en licitaciones pero a nombre de sus contendientes; v) que las encartas asumían la responsabilidad por la operación.

Por consiguiente, definió que la relación comercial corresponde a *"otro tipo de tipificación"* (sic) pues el empresario apenas delegó en la reclamante la venta de tiquetes, mas *"sin ningún poder de disposición sobre el mercado"*

Todo lo cual condujo a reconocer las excepciones de 'ausencia de prueba documental del contrato', 'inexistencia de nexo causal', 'cobro de lo no debido', 'ausencia de prueba de los perjuicios', 'inexistencia del contrato' e 'inexistencia de la obligación'.

4. La apelación.

La parte actora apeló el fallo atrás reseñado, y formuló los reparos

siguientes:

4.1 Desconoció el “*principio de pacta sunt servanda*” y la autonomía de la voluntad privada, habida cuenta que las partes consintieron en celebrar el contrato de agencia comercial.

4.2 Omitió un análisis sistemático de los elementos de la agencia y la diferencia entre la que refiere a bienes frente a la de servicios. Además, pasó por alto que no es indispensable para el agente darse a conocer al consumidor.

4.3 Dio por demostrado, sin estarlo, que la enjuiciada tenía una clientela ya formada o una operación consolidada. Lo que por demás no desvirtúa la agencia: también permite explotar negocios ya instalados.

4.4 Pretermitió valorar todo el material probatorio y desacató el deber de decretarlo de oficio, sin determinar cuáles pruebas dejó de ordenar.

4.5 Interpretó indebidamente el interrogatorio absuelto por la actora e inaplicó la confesión ficta por la inasistencia a la audiencia inicial de dos de sus contradictoras, como también el indicio grave derivado de la ausencia de su contraparte a la conciliación prejudicial.

4.6 Reconoció excepciones de mérito que “*no fueron alegadas en el sentido que ahora se estudian*”.

Dichos ataques los sustentó en la audiencia respectiva, insistiendo que la accionante cumplió con la carga probatoria echada de menos por el a quo, pues basta con escrutar los documentos adosados a la demanda, el interrogatorio a su contendor y la confesión allí contenida, al igual que la confesión ficta derivada de la inasistencia a la audiencia inicial.

Así mismo, reiteró que la juzgadora de primer grado incumplió su deber de decretar pruebas de oficio para “lograr un mayor grado de convicción”, además desechó su solicitud de recaudar “algunos testimonios”, la que si bien formuló “por fuera del término adecuado” resultaba pertinente.

Igualmente, destacó que, a su juicio, la real intención de las partes en el contrato afluía de su clausulado, especialmente de la primera estipulación contentiva de su objeto, según el cual la actora “asume de forma independiente, responsable, la promoción y venta de los diferentes servicios de transporte que constituyen el objeto social”; agregó, también, que los empresarios agenciados determinaron celebrar el contrato referido para conquistar nueva clientela y para mantener la existente.

Y en cuanto a la autonomía e independencia del agente arguyó que estaba acreditada con la confesión ficta por la inasistencia a la audiencia inicial, por tratarse de un hecho de la demanda susceptible de confesión; al igual que las instrucciones recibidas de las agencias concernían con las condiciones del encargo, sin que ello atente contra el prenombrado elemento de la agencia comercial, pues, por ejemplo, la fijación de rutas y tarifas en la actividad transportadora no estaban bajo su libre albedrío, ya que son asignadas por el Ministerio de Transporte, aunado a que a las empresas accionadas les correspondía asumir la responsabilidad por los errores de la operación. Por lo demás, la actora contrataba y asumía las relaciones laborales, pero en algunos casos el empresario le pedía despedir personas por el no cumplimiento de sus funciones, estando la decisión final en cabeza de aquella.

CONSIDERACIONES

Verificados los presupuestos procesales y al no existir ningún vicio en la actuación, es procedente definir el mérito del litigio.

1. De entrada cabe precisar que por virtud del artículo 328 del Código General del Proceso la competencia del sentenciador de segunda instancia se extiende *“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”*.

.1.1 Pues bien, los reparos gravitan alrededor de dos principales ejes temáticos: a) Los que reclaman el respeto de la denominación del contrato, intitulado de agencia comercial. b) Los que discuten la satisfacción de sus elementos esenciales, bien desde lo teórico, o partiendo del respectivo escrutinio de las pruebas.

1.2 Aparte queda el reproche por ‘incongruencia’, cimentado en que no se debieron reconocer ‘excepciones de una forma que no fueron alegadas’. Para desestimarlos basta con mencionar que tratándose del reconocimiento *ex-officio* de excepciones dicha irregularidad –la inconsonancia- solo aparece cuando se declara oficiosamente la prescripción, compensación o nulidad relativa, por ser las únicas que exigen alegación de parte (art. 282 C.G.P.).

En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que ese vicio procesal únicamente podría configurarse cuando el veredicto *“sea el producto de haberse declarado una excepción respecto de la cual no operaba el principio inquisitivo, como la prescripción, la compensación o la nulidad relativa, excepciones estas que, como se sabe, para su estudio y reconocimiento deben ‘alegarse en la contestación de la demanda”* (CSJ SC, 2 Feb. 2009, Rad. 1995-11220-01).

En ese caso el fallo perdería armonía con sus contornos naturales

para caer en un exceso¹ por “*extra petita*”. Así lo ha explicado la jurisprudencia: “(...) *el principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe ‘cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1) ultra petita: si provee sobre más de lo pedido; 2) extra petita: si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) mínima petita: cuando omite decidir sobre todo lo pedido*” (CSJ. sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295).

Acá, por el contrario, el operador judicial de primer grado no pudo incurrir en la presunta incongruencia, en la medida que todas las excepciones que dio por acreditadas fueron oportunamente esgrimidas por las demandadas. Pero más allá de esto, porque no declaró ninguna oficiosamente; menos alguna de aquella triada que el legislador reservó al demandado.

2. Ahora, en cuanto a los reproches concernientes a que la autonomía privada y el principio de “*pacta sunt servanda*” obligan a asumir sin atenuantes que se trata de una agencia comercial, importa destacar que en litigios de índole contractual es el juez -no los contratantes- el encargado de verificar la naturaleza, clase o tipología del convenio que suscita la controversia. Esto en acatamiento de la prevalencia del derecho sustancial.

Según la doctrina jurisprudencial, “*surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se le haya asignado*”, porque “*el calificativo, erróneamente acordado o*

¹ Sobre la incongruencia la doctrina especializada tiene depurado que comporta un “exceso de poder” del funcionario, ya que en general no puede rebasar “los límites dentro de los cuales está contenido el tema de la controversia”, prefijados, es sabido, por las pretensiones y las excepciones invocadas o las que deben reconocerse incluso sin haber sido postuladas (Calamandrei, Piero; *La Casación Civil*. Tomo II; Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 266).

impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de acción sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica” (Cas. Civ. Sent. de 27 de marzo de 2012; exp. 2006-535-01; se subrayó).

O como en otros términos lo ha planteado la Corte Suprema de Justicia:

“(…) en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica” (Cas. Civ. Sent. de 19 de diciembre de 2011; exp. 2000-01474).

Ese ejercicio calificativo del contrato, entonces, va mucho más allá de la mera enunciación que del negocio se haga, del nombre que se ponga; en realidad, se debe *“determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a **sus elementos estructurales**, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales”*. (Ibídem; el resaltado es del Tribunal).

2.1 Por ende, como es el contenido del convenio y no su nomenclatura lo que lo define, carece de sentido pretender que el respeto de la autonomía privada, o el principio de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*), alcancen para atribuir a un negocio jurídico todas las consecuencias legales inherentes a otro únicamente porque así fue bautizado. Esto, hablando de principios, iría en franca contravía del de prevalencia, pilar de la acción de simulación (artículos

1766 del C.C. y 254 C.G.P.).

Además, el principio de *pacta sunt servanda*, positivizado en el artículo 1602 del Código Civil, desde luego no es absoluto. Tiene límites obvios como la ley, el orden público o las buenas costumbres (arts. 1519 y 1524 C.C.). También es permeable ante otros principios como la equidad y la prohibición de enriquecimientos injustos o abuso del derecho, de ahí que excepcionalmente se permita la revisión de los contratos y la reparación (art. 868 C.Co.). Pero sobre todo, cuando la normatividad dice que el contrato “*es ley para las partes*” (art. 1062 C.C.) no refiere al título o denominación del convenio, sino al elenco de estipulaciones que lo conforman, pues es allí donde los otorgantes, según anota el profesor Uribe Holguín, “*crean su propia ley que regirá sus relaciones recíprocas en un determinado negocio jurídico*”². Por ejemplo, cuando se averigua por la legalidad del pacto nadie repara apenas en su nomenclatura, sino en su texto, en la “*validez de la norma contractual*” al decir de Kelsen.

La potestad que tienen los particulares de autorregular sus relaciones es la síntesis del concepto de autonomía privada también insito en el artículo 1602 del Código de Bello. Este principio, análogo al de obligatoriedad de los contratos, no se concentra en el *nomen iuris* del acuerdo, porque lo que se protege es la voluntad de los signatarios y esta rara vez se reduce al nombre del convenio. Incluso, es posible que dicho querer ni siquiera resida en su texto. No en vano, “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que lo literal de las palabras*” (art. 1618 C.C.).

De suerte que en este caso no hay lugar a criticar al *a-quo* por desconocer el título o denominación que los contratantes le dieron al conjunto de sus estipulaciones. Realmente debía auscultarse en ellas

² Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Ediciones Rosaristas, pág. 327.

para descubrir el verdadero tipo de contrato ajustado. Solo así podría determinarse qué tanta razón hay en las pretensiones.

3. Ya en punto a la adecuación típica del contrato, para esclarecer dicha tipología resulta indispensable poner la mira, como viene de verse, más que en la denominación, en los elementos esenciales del respectivo pacto, porque sin estos no produce efecto o degenera en otro diferente (artículo 1501 C.C.). Con idéntica orientación lo ha explicado la doctrina jurisprudencial: *“el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico (CSJ, SC de 19 dic. 2011, reiterada en SC 27 mar. 2012, entre muchas otras).*

Luego, cinco son los elementos esenciales de la agencia mercantil, perfectamente delineados en el Código de Comercio:

- i) El encargo para el agente de promover o explotar los negocios del empresario (art. 1317).
- ii) La gestión independiente del agente (*ibídem*).
- iii) La actuación del agente por cuenta del empresario, por lo que recibe una contraprestación del agente (art. 1322).
- iv) La estabilidad del acuerdo (art. 1317).
- v) La gestión se limita a un determinado ramo y en una zona prefijada (*ibid.*).

Acerca de estos elementos esenciales del contrato de agencia comercial la Sala de Casación Civil sentó las siguientes precisiones:

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

remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.

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

c). Que existe independencia y autonomía del agente, **por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario**, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 *ibídem*.

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

e). Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional” (CSJ; SC, 10 sep. 2013, rad. 2005-00333-01; reiterada en SC6315-2017; sublíneas no originales).

3.1 La decisión atacada primordialmente extrañó el requisito de independencia o autonomía, dado que encontró suficientes trazas de subordinación de la parte actora hacia la empresa, demasiadas como para tenerlas por meras “sugerencias o recomendaciones”. La “interferencia y la intromisión de la labor desempeñada -reza el fallo- siempre estuvo latente, por no decir, fue el motor de la relación negocial” (flo. 468).

La apelación, sobre este tópico, replica que no hubo un análisis sistemático de los elementos de la agencia, ni se tomó en cuenta que hay matices tratándose de la promoción de servicios. Y recalca que hubo un malentendido alrededor del interrogatorio de la demandante.

3.1.1 En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “en el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente (...) al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de

otro” (SC 2 dic. 1980). Acerca del requisito de independencia del agente, la doctrina y la jurisprudencia con esmero han dado pautas claras que permitan distinguir la agencia mercantil de otros contratos de colaboración que le son afines o que comparten algunos de sus elementos. En general, para la doctrina la independencia se expresa con sencillez en que *“el agente es libre de determinar la intensidad y la forma como debe cumplir su obligación de promoción”*, todo porque *“hay subordinación cuando el empresario tiene la facultad de organizar el trabajo, es decir, de disponer el modo, tiempo y lugar como se desarrollará la actividad”*³.

La jurisprudencia ha sido más exhaustiva. Como se resaltó previamente, en la sentencia de casación del 10 de 2013 se puso énfasis en que el agente debe estar al margen de la *“estructura organizacional del empresario”*. En otro pronunciamiento reseño que el agente *“está facultado para diseñar los métodos de trabajo, designar colaboradores, y en fin para adoptar las decisiones que competan con el cumplimiento del encargo”* (SC de 24 jul. 2012, rad. 02154-01). Y más recientemente ahondó: *“Los requisitos de permanencia e independencia, implican que el agente, para dichos propósitos, es dueño de una empresa organizada, distinta a la establecida por el agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. **En el manejo de una y otra industria, por tanto, entre los intermediarios y los empresarios no puede haber interferencias o intromisiones recíprocas de ninguna índole**”* (SC3645-2019).

Por supuesto, la independencia y autonomía no implica que el agente no deba atender las directrices del empresario o coordinar con él la actividad mercantil; no puede olvidarse que a la postre obra por su cuenta. Para la Corte al empresario le compete entonces *“hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o*

³ Cárdenas, Juan Pablo; El contrato de agencia mercantil; Temis, pág. 24.

comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume” (CSJ; SC, 10 sep. 2013, rad. 2005-00333-01).

Pero la intervención del empresario recae sobre la promoción o explotación del negocio, no en la organización institucional del agente (Cfr. SC 6345-2019).

3.1.2 La anterior recapitulación demerita la tesis de las impugnantes plasmada sobre la idea de que no estudiaron rectamente los ingredientes esenciales de la agencia. Efectivamente, como lo puntualizó el fallo censurado, la independencia del agente es un elemento esencial del contrato pretendido y en torno a ese punto poco importa que se tratase de la promoción de servicios y no de bienes, como si acaso en una u otra el empresario pudiese sujetar al comerciante a sus directrices. No, en cualquier caso la autonomía resulta indispensable, so pena de que el convenio encaje en otra categoría.

Ahora bien, no hay manera de que se hubiere malinterpretado la exposición de la demandante en su interrogatorio. Recuérdese que de allí mayormente se desgajó la conclusión de que la promotora no era autónoma frente a la empresa. Y es que ciertamente la actora reconoció sin dubitación que trabajaba para las empresas. Inicialmente para Autoboy y Flota Sugamuxi, y luego cuando las compró Coflonorte, la dejaron seguir trabajando, dice. Pero nunca expresó que le hubiesen permitido seguir explotando el negocio o alguna idea similar: llanamente repitió que trabajaba para las compañías y que al conformarse el grupo empresarial siguió ‘trabajando’ para este. Cosa que desde luego desdice de la hipotética independencia de la convocante.

Pero hay mucho más. La Corte, fue dicho, insiste en que el agente

debe obrar por fuera del andamiaje del empresario. Acá, en cambio, la interrogada aceptó que *“prácticamente era la representante legal”* de las empresas en la ciudad de Bogotá. Y no sólo en aras de concretar negocios, como cabría de un agente. Las representaba, además de en licitaciones, en todas las actuaciones y diligencias ante las autoridades administrativas, aunque invariablemente, según contó, actuando bajo las precisas instrucciones de los directivos del grupo; ‘siempre consultaba con el gerente’, reveló ante los cuestionamientos de la juzgadora. Por si fuera poco, figura como socia del grupo empresarial, según aceptó en su declaración, calidad en que la que también es mencionada en varias de las misivas cruzadas entre las partes. Así que no hay forma de tener a la apelante *“ajena a la estructura organizacional”* de las encartadas.

Aunado a ello, recuérdese que de cara a la autonomía del agente es intolerable cualquier intromisión o interferencia en el manejo de su entidad por parte del empresario. Cárdenas SAS, empero, según confesó su representante, acataba estrictamente las instrucciones de Coflonorte en cuanto a su personal. La transportadora no solo le ordenaba despedir trabajadores y en cualquier caso debía contar con la autorización de la matriz para cualquier cambio. Es decir, ni siquiera tenía la libertad para escoger colaboradores que refiere la sentencia SC de 24 julio de 2012.

Para concluir este apartado, y en resumen, no se observa en el actuar de las demandantes que fueran ellas las que dirigiesen la actividad comercial. Como contó la demandante en su interrogatorio, todo estaba prestablecido por las compañías de transporte: el precio de los tiquetes, la publicidad -ni siquiera podía ofrecer promociones o dar cortesías-, el personal, los vehículos, las rutas, las instalaciones –que también eran de las empresas- y hasta los horarios. Vale aquí reiterar lo que dicta la doctrina: *“hay subordinación cuando el empresario tiene la facultad de organizar el trabajo, es decir, de disponer el modo, tiempo y lugar como se desarrollará la actividad”*.

3.2 A estas alturas, entonces, carece de influjo en las resultas del litigio el que sea cierto que para el agente no es obligatorio anunciarse al público, o que puede explotarse un negocio ya exitoso, o el que ciertamente no hubieren pruebas fehacientes de que los empresarios tuviesen su operación consolidada. Es que faltando el advertido elemento esencial del convenio, las pretensiones, todas, principales y subsidiarias, construidas sobre la base de que el contrato era de agencia, bajo ningún orden pueden medrar, como lo enseña la jurisprudencia: *“Los requisitos mencionados para la configuración del indicado acuerdo de voluntades son concurrentes, esto es, **deben aparecer todos para que puede predicarse válidamente su configuración**, ya que la falta de uno de o varios de ellos implica necesaria y fatalmente que tal convención no existe o que degenera en otro acuerdo de naturaleza diferente”* (SC 4 abr. 2008, exp. 1998-00171-01, citada en SC 6315-2017; subrayas intencionales). Por lo mismo no hay necesidad de detenerse en los restantes elementos esenciales de la agencia mercantil ni de profundizar en ellos o verificar si se presentan, pues si falta uno cualquier otra pesquisa carece de objeto.

3.2.1 Tampoco podría tener trascendencia la confesión ficta de sus contendientes por dejar de concurrir a la audiencia inicial. Según la jurisprudencia esta ‘confesión’ *“tiene la significación procesal de una auténtica presunción de las que en lenguaje técnico se denominan ‘legales’ o juris tantum”,* o lo que es lo mismo, *“equivale a decir que invierte el peso de la prueba, haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria”*(G. J., t. CCXVI, pag.594). En resumen, *“tendrá la misma fuerza que a las confesiones reales y verdaderas se les atribuye, en la medida en que... no exista dentro del proceso prueba en contrario”* (G. J., t. CCXXVIII, Volumen I, pag.207, reiterada en SC, 14 jun. 2006, rad. 00679-01).

Más allá de eso, tal aceptación opera, conforme al artículo 372 del

Código General del Proceso, respecto de los hechos narrados en la demanda. Si bien en la demanda se proclama que las partes ajustaron un contrato de agencia, como se dijo, le corresponde al funcionario judicial y no a las partes la calificación del tipo contractual. De tal manera que, *“como toda confesión admite prueba en contrario”*, y en vista que tal aserto de la demanda vino a quedar desmentido por las restantes pruebas del proceso, que es sabido deben valorarse en conjunto y armónicamente (arts. 176 y 197), sin que sea menester que el fallador se pronuncie expresamente sobre cada una de ellas, cual sugiere erradamente el recurso, en últimas cualesquier confesión ficta vino a quedar infirmada. Igual, y con mucha más razón, cabe predicar del indicio grave que se quiere deducir de la insistencia a la conciliación prejudicial.

3.2.2 Para finalizar, la censura ni siquiera se preocupó de precisar cuáles exactamente fueron los medios de prueba que dejaron de obtenerse oficiosamente; tampoco explicó por qué debía el juez procurarlos ni justificó la razón por la que dejó de aportarlos o no pudo hacerlo. Y mucho menos dio cuenta de que, visto como está que el contrato no supe las exigencias legales para encajar en uno de agencia comercial, tales eventuales elementos suasorios serían determinantes en la decisión, al punto de darle un giro. Memórese que solo cumpliéndose todas las anteriores condiciones el decreto oficioso de pruebas se erige en deber.

Al respecto, tiene dicho la Sala de Casación Civil que la facultad - deber de decretar pruebas de oficio no es absoluta y de ningún modo exonera a las partes de sus cargas procesales:

“(...) por el contrario, con excepción de «los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas», o de aquéllos eventos en donde la ley presume un determinado acontecimiento y se apareja anticipadamente una consecuencia jurídica, les corresponde actuar diligentemente en la demostración del «supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas

persiguen.

En otros términos, si bien los poderes que se le han venido confiriendo al fallador ponen de presente que la tendencia legislativa se orienta a la superación del sistema dispositivo puro y la mayor vigencia del inquisitivo, la supresión de aquél no se ha producido, de lo cual puede concluirse que la existencia del sistema mixto representa una equilibrada amalgama, en la que, con la denodada intervención de las partes y la potestad oficiosa del juez, se logre una justa y eficaz composición del debate, a partir de bases ciertas y no meramente formales.

Conforme con ello, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes». (CSJ SC5676-2018, rad. 2008-00165-01, reiterada en SC 2779-2019).

Ahora, en torno a la desestimación por el *a quo* de la solicitud de prueba testimonial, no hay duda de que en virtud del principio de preclusión no es factible revivir esa oportunidad, máxime cuando el aquí recurrente guardó silencio frente a esa decisión, desdeñando así los medios de impugnación y ahora pretende rescatar esa oportunidad, por conducto del juzgador.

4. En síntesis, se confirmará el fallo impugnado, con la consecuente condena en costas para la parte vencida.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 2 de diciembre de 2019, dictada en este asunto por el Juzgado Treinta y Seis Civil del

Circuito de esta ciudad

SEGUNDO.- **CONDENAR** en costas de la segunda instancia a las demandantes. Liquídense e inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$5'000.000.00, fijadas por la Magistrada Ponente.

TERCERO.- En su oportunidad, **devuélvase** el expediente al despacho judicial de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
Magistrada

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

ORIGINAL FIRMADO