



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

## **AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

Magistrado ponente

**SC425-2024**

**Radicación n.º 11001-31-03-035-2019-00063-01**

(Aprobado en sesión de veintinueve de febrero dos mil veinticuatro)

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil veinticuatro  
(2024)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Promotora de Comunicaciones S.A.S. - Procom S.A.S., contra la sentencia del 21 de marzo de 2023, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso que promovió contra Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A.

### **ANTECEDENTES**

1. Apreciado el escrito inaugural (folios 107 a 224 del archivo digital 0001CuadernoPrincipal1Parte1.pdf) y su reforma (folios 92 a 219 del archivo digital 0004CuadernoPrincipal1Parte2.pdf), se tiene que las pretensiones propuestas pueden compendiarse así:

1.1. Declarar que entre las partes se celebró un contrato de adhesión, que reúne los elementos para ser

considerado una agencia comercial en aplicación de la interpretación *contra proferente*, contrato realidad y la confianza legítima, como se asintió por la justicia arbitral en 28 casos equivalentes al presente, los cuales constituyen doctrina probable.

1.2. Declarar que la accionada ejerció una posición de dominio contractual, con el fin de eludir los efectos de la agencia comercial, al incluir las cláusulas de: (I) exclusión de que la convención pudiera interpretarse como agencia, (II) prórroga mensual del vínculo, (III) renuncia al pago de indemnizaciones, (IV) prohibición de retención, (V) exoneración de responsabilidad de la contratante, (VI) caducidad del derecho a presentar reclamaciones, (VII) pago anticipado de prestaciones, (VIII) renuncia al derecho del artículo 1324 del Código de Comercio, y (IX) suscripción obligatoria de actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas.

1.3. De forma subsidiaria pidió que se declarara que las anteriores estipulaciones son inoperantes, por ineficacia en sentido amplio y estricto, y nulidad absoluta, o, subsidiariamente, por existir una antinomia entre los efectos de la cláusula 30 y del numeral 6º del anexo A, en el sentido de entender que no se pactó el pago anticipado de la prestación a que se refiere el artículo 1324 del estatuto mercantil, por fuerza de la interpretación *contra proferente*. También, por contradicción, se pidió que se resten efectos a

las estipulaciones que pretenden rehusar la configuración de la agencia comercial.

1.4. Como consecuencia, deprecó la prestación a que se refiere el mencionado precepto 1324, calculada sobre los ingresos operacionales y los márgenes de utilidad derivados de los planes prepago, en total de \$12.234.094.807, más intereses de mora desde el 30 de junio de 2018 o, subsidiariamente, desde la fecha de notificación de la demanda.

De forma paralela reclamó que se declarara que no hubo pago anticipado de esta prestación, pues la remuneración recibida fue a título de comisión.

1.5. Declarar que la convocada incumplió sus obligaciones por: (I) disminuir el valor de la comisión por residual, (II) modificar la comisión por legalización de kits prepago, (III) no incrementar esta última conforme al IPC, eliminar las comisiones por permanencia y buena venta, (IV) mantener sin incremento la comisión por transacción de recaudo, y (V) reducir la comisión por promoción y comercialización de *sim cards* prepago o, subsidiariamente, que abusó de su derecho y de la posición de dominio contractual.

1.6. Declarar que la terminación del contrato realizada por la demandante, el 29 de junio de 2018, fue por justa causa y, como consecuencia, ordenar el pago de la

indemnización especial regulada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, y demás daños antijurídicos por el incumplimiento y/o abuso del derecho, a saber: (I) una retribución dineraria calculada por *arbitrio judicis*; (II) el valor de las comisiones o liquidaciones no pagadas los últimos cinco (5) años, o la fecha que sea pertinente; (III) el incremento del IPC para las comisiones por legalización de kits prepago y recaudo durante los últimos cinco (5) años; (IV) el valor de la comisión residual posterior a la terminación del negocio; (V) el lucro cesante de las comisiones causadas hasta la fecha de vigencia de la póliza o, subsidiariamente, hasta el 29 de noviembre de 2018; (VI) daño emergente equivalente a la pérdida de valor de la empresa; (VII) el valor descontando por Comcel a título de transporte de valores por corresponder a erogaciones de un contrato celebrado por ésta y utilizado para salvaguardar sus activos; (VIII) el valor de las indemnizaciones y liquidaciones laborales, y por finiquito de contratos de arrendamiento, que se originaron por la terminación del contrato; e (IX) intereses moratorios desde la fecha de notificación de la demanda.

1.7. Declarar que las actas de transacción, conciliación y compensación no incorporan acuerdos conciliatorios, ni contratos de transacción o, subsidiariamente, señalar que la transacción se restringió a la liquidación y/o pago de comisiones por activación de planes pospago y legalización de kits prepago, sin comprometer las materias de este litigio, menos aún

comprender la prestación del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, por no poderse renunciar antes de su nacimiento. Además, declarar que son actas de conciliación de cuentas, cuyo objeto era otorgar paz y salvo parcial, aunque redactadas con la finalidad de eludir las consecuencias normativas del contrato de agencia comercial.

1.8. Declarar que tiene derecho de retención y privilegio sobre los bienes de Comcel que se hallaban a su disposición a la terminación del contrato, el que podrá ejercer hasta el pago completo de las indemnizaciones reclamadas.

1.9. Ordenar la cancelación de los contratos de hipoteca y la destrucción de los títulos valores suscritos por la demandante, sus socios o administradores, que fueron otorgados para respaldar el cumplimiento de las obligaciones de este contrato.

2. En respaldo de las anteriores solicitudes, la promotora adujo los hechos que pasan a sintetizarse:

2.1. Comcel es una empresa destinada a la prestación y comercialización de servicios de comunicación, que celebró los contratos de concesión n.º 004, 005 y 006 del 28 de marzo de 1994, con el fin de prestar telefonía móvil celular en Colombia, dentro del espectro asignado.

2.2. La participación en el mercado alcanzada por Comcel, para el año 2017, llegó al 48.91%, y provino mayormente del esfuerzo de la red de agentes/distribuidores, quienes aportaron un 93% del total de ventas para el año 2002, reducida al 70% para el año 2017 como consecuencia de la apertura de establecimientos propios de Comcel, la activación directa de los planes corporativos, la puesta en funcionamiento del canal mayorista, los pagos *on line* y el *e-commerce*.

2.3. La demandante, por imposibilidad jurídica, no puede prestar servicios de telefonía móvil celular, por eso cuando promovió o explotó estos servicios lo hizo por cuenta de Comcel.

2.4. El 29 de noviembre de 2004 se suscribió contrato de distribución con Comcel, que corresponde al modelo utilizado con toda la red de agentes/distribuidores, sin que fuera posible proponer modificaciones, por cuya fuerza *«asumió de manera estable, en los puntos autorizados, a cambio de una remuneración y actuando por cuenta de Comcel, el encargo de promover y explotar los servicios de telefonía celular (STMC) que constituyen el negocio de esta última»*, reuniendo todos los requisitos del artículo 1317 del Código de Comercio para ser considerado una agencia comercial, a saber: (I) ambas partes son comerciantes; (II) la demandante no es filial ni subsidiaria de Comcel y, en consecuencia, actúa de forma independiente; (III) el contrato se ejecutó de forma estable del 29 de noviembre de

2004 al 29 de junio de 2018; (IV) asumió el encargo de promocionar y explotar el negocio de Comcel, por medio de la activación/legalización de planes, para lo cual debía seguir las instrucciones suministradas y evitar publicidad, salvo autorización en contrario; (V) el contrato se ejecutó en el área oriental, que comprende, entre otros, los municipios de Tunja, Duitama, Sogamoso, Barbosa, Vélez, Bogotá y Chía; (VI) la actividad fue remunerada a través de comisiones, descuentos sobre kits prepago, notas crédito y descuentos/comisiones por recargas; y (VII) la actuación fue por cuenta de Comcel, no sólo porque la actora está imposibilitada para prestar el servicio de telefonía celular, sino porque los efectos económicos quedaron en aquél, como se infiere de que señalara las tarifas, los abonados se vincularan contractualmente con él, percibiera los dineros por los productos, asumiera los riesgos de liquidez, tasas de interés, cambio, crédito, operativo (por funcionamiento de redes y aparatos de comunicación), de mercado y por medidas regulatorias.

2.5. Las comisiones más relevantes fueron: (I) pospago, por activación, por permanencia o buena venta (eliminada en el año 2014) y por residual; (II) kits prepago, por legalización, por buena venta (eliminada en el año 2016), y por recargas; (III) *sim cards*, por recargas; (IV) recaudo, por cada transacción; y (V) COOP, por actividades de mercadotecnia.

Clarificó, frente a los kits prepago, que la venta del celular estaba atada a la línea celular, tanto que, en el caso de bajo consumo, había como penalidad la restitución de las comisiones y del descuento otorgado.

2.6. En el contrato se incluyeron cláusulas tendientes a señalar que era una distribución y, por ende, excluir la agencia comercial, las que son antinómicas con las estipulaciones que dan cuenta de su existencia, debiendo aplicarse el principio del contrato realidad, como ha sido reconocido por la jurisprudencia arbitral en casos similares al presente.

2.7. Después de listar veintiocho (28) laudos y algunas sentencias, invocó la teoría de la doctrina probable, para reclamar una expectativa legítima en el reconocimiento de una agencia comercial entre las partes.

2.8. Aseveró que organizó una empresa a la medida de las necesidades de Comcel, siendo la ejecución del contrato la principal fuente de sus ingresos operacionales.

2.9. Comcel «*como predisponente del contrato sub iúdice: (i) Denominó la relación jurídica patrimonial como un atípico negocio de distribución. (ii) Excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio. (iii) Impuso cláusulas de renuncia a las prestaciones e indemnizaciones en perjuicio de la demandante. (iv) Impuso cláusulas de indemnidad a su favor. (v) Impuso cláusulas que simulan el*

*pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones. (vi) Impuso cláusulas que simulan un débito de la demandante que está llamado a compensarse con la prestación mercantil reclamada. (vii) Impuso cláusulas que impiden el derecho de retención», como se advierte en las estipulaciones 4, 5.1., 5.3., 15, 17.2., 17.4., 30 (incisos 2 y 3), y en los numerales 4 del anexo F, 6 del anexo A, y 5 del anexo C.*

Estas estipulaciones, remarcó, tienen por objeto y/o efecto eludir las consecuencias económicas de contrato de agencia, excluir la responsabilidad de la demandada y desconocer reglas de orden público, razón para calificarlas como abusivas, por romper el equilibrio contractual.

2.10. Comcel, a la terminación del contrato, no pagó la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, a pesar de que era su deber, por lo que se encuentra en mora, la cual debió calcularse considerando todos sus componentes: comisiones, descuentos por activación de planes, notas crédito y descuentos/comisiones por recargas.

2.11. Por consejo de Horacio Ayala, a partir del año 2007 se impuso a los distribuidores que presentaran dos (2) facturas para el cobro de su remuneración, una por el 80% y otra por el 20%, sin que esto se tradujera en un aumento real de la misma. Esto se hizo con el propósito de imputar el último valor a las erogaciones que debieran solventarse a la finalización del contrato. Empero, contablemente estos

valores fueron llevados a las cuentas PUC 233520 y 260510, en los que sólo pueden registrarse «comisiones», sin que las clarificaciones de los libros auxiliares desmientan esta conclusión, como se reconoció en diversos laudos arbitrales.

Incluso, del hecho de que se cobrara IVA sobre este 20%, descartó que tuviera la condición de anticipo, pues tal tributo sólo se origina por la prestación de un servicio, como lo conceptuó la DIAN en respuesta del 12 de febrero de 2001, no por una prestación propia de la finalización de la relación contractual. Lo que se ratifica en los estados financieros de Comcel.

2.12. La decisión de la accionada, de excluir los primeros tres (3) meses para la causación de la comisión residual, generó daños a la demandante; lo mismo sucedió por el mantenimiento del valor de la comisión por legalización de kits prepago, al no compensar la pérdida del poder adquisitivo.

Además, el 17 de junio de 2016 se informó que, a partir de la fecha, los agentes/distribuidores no recibirían un valor único por bonificación por legalización, sino que se vinculó a un porcentaje de las recargas realizadas, eliminando la bonificación por buena venta, lo que redujo sus ingresos operacionales y afectó el equilibrio económico del contrato. Reducción que se conjuntó con la eliminación

de la comisión por permanencia en planes pospago, como se informó en el escrito del 1º de julio de 2014.

2.13. A partir del año 2005, la convocante comenzó a operar «centros de pagos y servicios», para el recaudo de dineros de propiedad de Comcel, asumiendo los riesgos de hurto y pérdida, para lo cual tuvo que constituir una hipoteca abierta sin límite de cuantía, a cambio de una remuneración basada en cada transacción. Según esta convención, la demandante tenía que entregar el recaudo a la transportadora de valores y Comcel le cobraba el costo del servicio de transporte. Consideró que estas reglas son muestra del ejercicio de una posición de dominio contractual, en especial, que se obligara al pago de un contrato que no celebró, cuyas facturas nunca recibió y cuyo objeto era salvaguardar bienes que no eran suyos.

2.14. Ante la gran cantidad de agentes/distribuidores que terminaron sus contratos en los años 2017 y 2018, Comcel emitió una circular eliminando el deber de contratar el servicio de transporte de dinero. Asimismo, el 26 de diciembre de 2017 redujo la tarifa de recaudo en más de un 45%, en una ruptura financiera evidente que hizo inviable la operación.

2.15. «A lo largo del año 2017, Comcel, aduciendo fallas en sus sistemas informáticos, no le pagó a la demandante, de manera completa, las comisiones que se causaron sobre

*las recargas realizadas en las sim cards que esta última colocó entre la clientela de la primera».*

2.16. El contrato terminó por aviso de la demandante, motivada porque la convocada sobrepuso planes con el fin de eludir la comisión por residual, lo que significó una reducción de sus ingresos a pesar del mayor número de suscriptores, que debe ser indemnizada.

Incluso, *«el 7 de noviembre de 2018, la demandante le envió a Comcel una comunicación con la cual le remitió... las facturas correspondientes a las comisiones causadas en la última etapa contractual, comisiones que no fueron liquidadas ni pagadas»*, sino que, por el contrario, fueron rechazadas.

2.17. Como las partes convinieron que la mera tolerancia no constituye una modificación tácita del contrato, reclamó de Comcel el pago de las indemnizaciones provenientes de sus incumplimientos y abusos, incluyendo la reducción sistemática de su remuneración, sin perjuicio de la prescripción en los casos en que sea procedente.

2.18. Calificó como justa la terminación del contrato, razón para acceder a la prestación señalada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio.

2.19. Estimó que el no pago de la comisión por residual constituye un enriquecimiento sin justa causa, en

tanto la terminación del contrato emanó de un motivo legítimo.

2.20. Estimó que los perjuicios causados se originaron en: (I) la exclusión de los tres (3) primeros meses para el cálculo de la comisión por residual; (II) la falta de información que permita establecer la correcta liquidación de la comisión por residual; (III) el mantenimiento, sin actualización, de las comisiones por legalización de kits prepago y recaudo; (IV) el incremento de actividades como parte de la operación de recaudo; (V) la reducción de la comisión por kits prepago; (V) el no pago de comisión por residual después de terminado el contrato; (VI) la reducción de ingresos, en razón de la terminación negocial, aminoró el valor de la empresa; y (VII) fruto de la conclusión de la convención, fue necesario asumir el pago de indemnizaciones laborales y de terminación de contratos de arriendo.

2.21. Las actas de conciliación de cuentas eran mecanismos para acordar paz y salvos parciales, sin que pueda dársele el alcance de conciliación por no incorporar acuerdos de este tipo, ni de transacción por falta de concesiones recíprocas, ni mecanismos de compensación por no existir obligaciones extinguidas.

2.22. Invocó un derecho de retención en su favor, hasta tanto no se cancelen las indemnizaciones que reclama.

2.23. Por último, manifestó que debió constituir una hipoteca y extender títulos valores, en garantía del convenio de recaudo.

3. El Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto de 25 de febrero de 2019, admitió la demanda (folio 147 archivo digital 0001CuadernoPrincipal1-Parte1.pdf). La accionada fue notificada por aviso, según escrito radicado el 26 de abril del mismo año (folio 237 *ejusdem*).

4. Después de desatados los recursos formulados contra el auto admisorio (folios 279 y 280), la convocada contestó el escrito inicial (folios 384 a 464) oponiéndose a las pretensiones, desestimando la plataforma fáctica de la promotora y formulando las excepciones que intituló: «*extinción por prescripción de todas las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia comercial*», «*el contrato de distribución celebrado entre Comcel y Procom terminó anticipada y unilateralmente el día 29 de junio de 2018 tal como se pactó en su cláusula quinta*», «*inexistencia de una justa causa de terminación del contrato de distribución que pueda o deba ser imputable a Comcel S.A.*», «*transacción y cosa juzgada de la totalidad de las diferencias surgidas entre Procom y Comcel S.A.*», «*ausencia de los presupuestos para la declaratoria de ineficacia de algunas de las cláusulas del contrato de distribución celebrado entre Comcel y Procom*», «*la voluntad e intención de Comcel y de Procom siempre fue la de celebrar un contrato de distribución y no un*

*contrato de agencia comercial el cual fue excluido expresamente por ellos en el texto contractual», «Comcel celebró y ejecutó con Procom -de buena fe- un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial», «inexistencia de un presunto contrato de agencia comercial de hecho por ausencia de sus elementos esenciales», «fuerza vinculante del contrato de distribución celebrado entre Comcel y Procom», «el contrato de distribución celebrado entre Comcel y Procom deberá ser interpretado de acuerdo con la aplicación práctica que de sus cláusulas hicieron los contratantes durante más de catorce (14) años», «inaplicabilidad del artículo 1624 del Código Civil para la interpretación del contrato de distribución... por ausencia de cláusulas ambiguas», «todas y cada una de las actas de conciliación, compensación y transacción... adquirieron fuerza de cosa juzgada», «validez y oponibilidad de todas y cada una de las actas de conciliación, transacción y compensación», «renuncia voluntaria de Procom al cobro de las prestaciones propias de la agencia comercial», «cumplimiento estricto y de buena fe de la totalidad de las obligaciones a cargo de Comcel derivadas del contrato de distribución que celebró con Procom», «pago», «Procom contraviene sus propios actos (venire contra factum proprium non valet)», «compensación», «las condiciones de venta y de remuneración de Procom fuer[on] previa y claramente fijadas por los contratantes en el anexo “a” del contrato de distribución», «imposibilidad del cobro de intereses moratorios desde la terminación del contrato de distribución»,*

«inexistencia de violación de normas de carácter imperativo por parte de Comcel», y la genérica.

5. Luego de agotado el trámite de la primera instancia, el *a quo* dictó sentencia oral el 10 de noviembre de 2022, en la que declaró probadas las defensas «*el contrato de distribución celebrado entre COMCEL y PROCOM terminó anticipada y unilateralmente desde el día 29 de junio de 2018 tal como se pactó en la cláusula quinta*», «*ausencia de los presupuestos para la declaratoria de ineficacia de algunas cláusulas del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y PROCOM*», «*la voluntad de COMCEL y PROCOM siempre fue la de celebrar un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial en el cual fue excluido expresamente por ellos en el texto contractual*», «*COMCEL celebró y ejecutó con PROCOM, - de buena fe - un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial*» y «*PROCOM contraviene sus propios actos*», motivo para denegar las pretensiones (folios 14 a 16 del archivo digital 0247CuadernoPrincipal2Parte3.pdf).

6. Al desatar la alzada que contra ese proveído planteó la promotora del litigio, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, mediante sentencia del 21 de marzo de 2023, confirmó el fallo de primer grado (folios 492 a 500 y 1 a 34 de los archivos digitales 0248AsegundaInstanciaCuaderno-ApelacionSentencia1Parte1.pdf y 0249ASegundaInstancia-CuadernoApelacionSentencia1Parte2.pdf, respectivamente) por las razones que se resumen más adelante.

7. Procom S.A.S. acudió al remedio extraordinario, el cual fue admitido por auto del 18 de julio siguiente (archivo digital 0012Auto.pdf), sustentado en su oportunidad (archivo digital 0019Demanda.pdf) y la demanda respectiva admitida el 13 de septiembre (archivo digital 0021Auto.pdf), siendo replicada el 12 de octubre (archivo digital 0039Memorial.pdf).

### **LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL**

Después de encontrar satisfechos los presupuestos procesales y descartar la existencia de vicios que invaliden el trámite, propuso examinar, conforme a los motivos esgrimidos al apelar: (I) la naturaleza del contrato, (II) las razones de la terminación, (III) la procedencia de la prestación a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio, (IV) la existencia de cláusulas abusivas y (V) el incumplimiento endilgado a la demandada.

1. Para determinar la naturaleza del acuerdo celebrado entre las partes, se adentró en el contenido de las cláusulas 4 y 15, por mostrar que los interesados de forma expresa excluyeron que su convención pudiera considerarse como agencia mercantil.

Manifestación que se ratifica por el tipo de relación jurídica, la cual no encaja dentro de la agencia, pues, según Felipe García, la demandante se encargaba de vender los servicios pospago y prepago, para lo cual adquiría los

equipos y los revendía al consumidor final. De acuerdo con Lida Pedraza, durante los 13 años del contrato: nunca se reclamó sobre su naturaleza, los equipos de planes postpago los recibía en consignación y los facturaba a los clientes, y los celulares para el servicio prepago eran comprados para su posterior reventa al consumidor final, como lo corroboró Olga Martínez, quien relató que los móviles celulares se pagaban a los 30 días, con independencia de que se enajenaran o no.

Además, en el contrato se previó que Procom actuaría por su propia cuenta y con la asunción de todos los costos y riesgos, incluso con la expresa advertencia de que, en casos de fraude o rechazo de los contratos de suscripción, Comcel podría deducir las comisiones.

Desestimó que del contrato emanaran los elementos de la agencia mercantil, en tanto Procom actuaba en riesgo y beneficio propio, adquiriendo la propiedad de los kits prepago para revenderlos, respondiendo por fraudes y sin afectar el patrimonio de la enjuiciada, punto en el que encontró ajustada a derecho la decisión del juzgado civil de circuito.

2. Estimó que, a pesar de que Comcel utilizó el mismo contrato modelo, que la actora prestó servicios posventa, que percibió comisiones, utilidades, descuentos y notas crédito, que empleó la marca Claro-Comcel, y que suscribió contratos de prestación de servicios de telefonía móvil y

activó líneas celulares, lo cierto es que no están demostrados los elementos de la agencia comercial, en concreto, la actuación exclusiva a nombre y por cuenta de la agenciada, lo que cierra la posibilidad de reconocer la prestación consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio, los intereses, la indemnización equitativa por terminación del contrato, el derecho de retención, los pagos anticipados y la prescripción extintivas de estas reclamaciones.

3. Descartó la aplicación del artículo 1618 del Código Civil o demás normas de este estatuto, pues en el contrato no se advierten estipulaciones que deban interpretarse a partir de la intención común, ya que son claras y reiterativas en excluir la aplicación de las reglas sobre agencia comercial, lo que es factible en una relación de derecho privado, como la que se analiza.

Por ende, aunque se acogiera la alegación de la demandante, en el sentido de que están estructurados todos los elementos de la agencia comercial, lo cierto es que ningún provecho tendría, por no ser aplicables las normas de este tipo negocial por el pacto entre los negociantes, lo que es posible en aplicación de la libertad contractual y no contrariar imperativos de orden público.

4. Encontró que el comportamiento negocial de las partes, en los 13 años de ejecución, no difirió del contrato que celebraron, como se colige de los interrogatorios de

parte, al punto que sólo se proclamó la existencia de una agencia comercial a la terminación del contrato en marzo de 2018.

*Y es que, «no es admisible que después de un lapso superior a 13 años de ejecución contractual de un negocio de distribución, la impulsora reclame la existencia de una agencia comercial, [pues] ello implica ir contra sus propios actos, lo cual riñe con la regla 871 del Estatuto Mercantil... vale advertir que desconocer el contenido del contrato cuando se tuvo una actitud silente al momento de suscribirlo y durante su ejecución, resulta lesivo de la buena fe contractual».*

5. No advirtió una posición dominante pues los contratantes, desde el inicio y durante la ejecución, conocían de las estipulaciones y de la renuncia a las prestaciones propias de este negocio.

La existencia de un contrato de adhesión nada dice sobre la condición de marras, por la posibilidad de conocer su contenido y alcance, más aún porque no se advierte que la demandante haya estado coaccionada a suscribir el negocio, por el contrario, negó este suceso.

Explicó que, verse compelida a firmar y ejecutar el contrato, no desestima que hubo consentimiento, en aras de alcanzar un lucro económico. Con todo, no puede calificarse como abusivo o leonino que se convenga que el

contrato era de distribución y no de agencia, máxime cuando las normas que disciplinan esta convención no son de orden público sino de libre disposición, sin que se advierta una afectación a la libre voluntad.

Y es que, encontró que era inexplicable que la demandante permaneciera subyugada a condiciones que no le favorecían por más de 10 años, «*cuando lo razonable en esa situación era que lo finalizara mucho antes de la fecha en que lo hizo*».

6. Desestimó que existiera un incumplimiento de Comcel, un abuso del derecho o una posición dominante, en razón de las modificaciones unilaterales acaecidas después de 2014, so pena de socavar el principio *venire contra factum proprium non valet*.

7. Precisó que la conjunción de fuentes para reclamar las pretensiones -incumplimiento, abuso y posición dominante-, son incompatibles entre sí, lo que cierra el paso a las pretensiones. Aunado a que, como ya lo explicó, en materia contractual las estipulaciones que gobiernan el contrato y sus modificaciones prevalecen.

Máxime porque no se criticó el impago de la remuneración, sino lo tocante a su modificación, lo que no es atendible con soporte en abuso del derecho o posición dominante, por ser una invocación tardía e incompatible con la teoría del acto propio, como se manifestó en la

sentencia del 28 de febrero de 2022 de ese Tribunal, ya que a pesar de poderse finiquitar el vínculo mensualmente, una vez se presentó el primero de los desacatos -año 2014-, no se hizo sino hasta julio de 2018.

8. Encontró, en la aceptación de la demandante de que retuvo activos de Comcel a la terminación del vínculo, bajo la errónea creencia de que era una agente comercial, un comportamiento contradictorio, pues su incumplimiento le impide la prosperidad de las pretensiones.

9. Evaluó los documentos de transacción y compensación de deudas, con el fin de relieves que allí se pactó la forma en que se resolverían todas las diferencias sobre prestaciones, comisiones y bonificaciones, en virtud de una suma recibida por el distribuidor, renunciando a cualquier acción judicial. De esta forma hubo concesiones recíprocas, para precaver litigios futuros, lo que se acompaña con el concepto de transacción.

Descartó que estas convenciones fueran ineficaces, pues no se advierte una incapacidad, ni ilicitud, no se comprometió la autonomía de la voluntad, ni vicio del consentimiento.

10. Rechazó la tesis acogida por los tribunales arbitrales en asuntos similares, pues no son vinculantes para la jurisdicción, y desconocen el precedente horizontal de la Corporación.

11. Por sustracción de materia no hizo ninguna evaluación del dictamen pericial, encaminado a probar las pretensiones consecuenciales de condena.

### **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Contiene cinco cargos, los tres (3) iniciales por la causal primera de casación, y los dos (2) restantes por la segunda. La Sala conjuntará su estudio, por compartir el mismo defecto técnico en su formulación, así como por su intrascendencia para modificar el sentido de la decisión.

### **CARGO PRIMERO**

Invocó la violación directa de los artículos 1317, 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 del Código de Comercio, y 15 y 16 del Código Civil, por desconocer que el elemento esencial de la agencia comercial es la promoción o explotación de negocios del empresario agenciado, por medio de actos materiales de contenido diverso, laborío que puede realizarse a título de representante, distribuidor o fabricante. Por tanto, el encargo de explotar, no resulta incompatible con la actuación como distribuidor, lo cual podrá hacerse dentro del marco del contrato de agencia mismo.

Censuró la interpretación errónea del citado precepto 1317, en concordancia con los cánones 1324 y 1330, por desconocer que el agente también puede actuar como

distribuidor, lo que ciertamente es usual, pues la agencia implica la adquisición a cualquier título para su ulterior colocación, para lo cual citó a un autor nacional y un laudo arbitral. *«Es más, desconoce la sentencia acusada que la agencia es uno más de los diferentes tipos contractuales, de los cuales se sirve el fenómeno mercantil de la distribución para cumplir sus finalidades y de que el mismo artículo 1317, en lugar de excluirlos, advierte de una modalidad de la agencia, cuando el agente actúa como distribuidor».*

A partir de las formas de remuneración señaladas para el agente en la codificación comercial, dentro de las cuales se encuentran las utilidades, el legislador permitió que pudiera conjuntarse con la reventa o recolocación de productos.

Estimó que este yerro es relevante pues el Tribunal coligió que no existía agencia comercial en el caso, por cuanto Procom ejercía una labor de distribución de kits prepago; como consecuencia, se incurrió en la imprecisión de calificar como irregular la retención efectuada y denegar la indemnización por terminación del contrato.

Por otra parte, censuró que se estimara que las normas sobre agencia mercantil son dispositivas, pues la prestación del artículo 1324 del Código de Comercio es irrenunciable, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, máxime frente a un contrato de adhesión.

## **CARGO SEGUNDO**

Acusó la violación directa de los artículos 1501, 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil, así como 1317, 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 del mismo estatuto, por no establecer adecuadamente la finalidad común y convergente de las partes con la celebración del negocio jurídico cuestionado.

Lo anterior por cuanto, so pretexto de que las partes fueron claras y enfáticas en excluir la agencia comercial, concluyó equívocamente que este contrato no se configuró, a partir de la literalidad de las cláusulas y en desmedro de la intención común, la cual debió auscultarse de su contenido sustancial, la utilidad práctica, la función económica y la interpretación contra proferente.

Manifestó que la *«sentencia desconoce que la naturaleza de un contrato no es una cuestión que pueda ser negociada por las partes en ejercicio de su autonomía privada. Los contratos son lo que son por reunir los elementos esenciales de que trata el artículo 1501 y no lo que las partes dicen que son»*.

## **CARGO TERCERO**

Achacó la transgresión de los artículos 871, 1317, 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 del Código de Comercio, por aplicar de forma indebida la teoría de los actos propios, en

tanto, no expresar una disconformidad sobre la naturaleza del contrato, dista de corresponder a una conducta idónea para generar confianza legítima sobre determinadas consecuencias.

*Sostuvo que «[l]os contratos son lo que son y no lo que las partes ni el texto del contrato dicen que son. Por lo tanto, no es dable señalar que el silencio en relación con la naturaleza jurídica de un contrato dé lugar al surgimiento de una expectativa legítima en cabeza de las partes consistente en que la calificación dada al negocio jurídico en el papel no será discutida de manera posterior, buscando correspondencia con lo sucedido durante la relación negociab».*

Además, esta teoría es de carácter subsidiario, siendo otras las normas llamadas a regular la controversia.

#### **CARGO CUARTO**

Recriminó la inobservancia indirecta de los cánones 870, 871, 880, 1317, 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 del Código de Comercio, y 15, 16, 1546, 1603, 1618, 1621, 1622, 1624 y 2469 del Código Civil, por errores de hecho en la apreciación de los interrogatorios de parte, declaraciones de terceros, dictamen pericial y contestación de la demanda.

En sustento se refirió a las pruebas en el siguiente sentido:

1. Interrogatorio de Felipe Alejandro García Ávila, representante legal de Comcel, por no valorarse en su real extensión, pues de su dicho se desprende que la operación no era una compra para la reventa, ya que los clientes pertenecían a Comcel y no a Procom, en tanto los contratos de telefonía prepago y pospago se celebraban con aquél.

2. Interrogatorio de Lida Yamile Pedraza Machuca, representante legal de Procom, por dejar de lado las manifestaciones que dan cuenta del contrato de agencia, por cuanto *«el encargo hecho a Procom consistía en la promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil celular de Comcel, tanto en la modalidad prepago como pospago, por lo cual, Procom obraba por cuenta de Comcel, la clientela pertenecía a Comcel y la operación no se trataba de una mera compra para la reventa»*; *«Comcel suministraba los equipos a Procom, quien no tenía libertad para fijar los precios de venta a los clientes»*; *«la venta de los equipos a los clientes debía estar acompañada de la activación de una línea de voz prepago o pospago y la suscripción de un contrato de prestación de servicios con Comcel»*; *«Procom recibía una remuneración a título de comisiones por la labor desplegada por cuenta de Comcel, más allá de una utilidad en la reventa»*; *«los dineros correspondientes al plan COOP obedecían a una comisión»*; *«Procom ejecutó actividades de publicidad y mercadeo utilizando la marca Comcel»*; *«el*

*Contrato fue enteramente predispuesto por Comcel y que Procom no tuvo oportunidad de negociar ninguna de sus estipulaciones»; «cualquier oposición de Procom a las estipulaciones del Contrato hubiera derivado en la no celebración del mismo»; y «las modificaciones contractuales impuestas por Comcel materializaron un detrimento económico para Procom, hasta el punto de significar la inviabilidad del negocio».*

3. Testimonio de Olga Patricia Martínez, por dejar de lado que reconoció que los distribuidores efectuaban la activación de productos pospago y prepago de Comcel, y que para estos fines se usaba un contrato proforma, lo que es demostrativo de que los clientes conseguidos por Procom pertenecían a Comcel.

4. Testimonio de Evelio Hernán Arévalo, quien declaró que el contrato de Comcel era predispuesto y no susceptible de negociación, que el riesgo de fraude era en verdad una penalidad o sanción, y que Procom obraba por cuenta de Comcel al promocionar los servicios de éste.

5. Testimonio de Andrés Francisco Martínez, por falta de valoración, por cuanto afirmó *«(i) que el encargo hecho a Procom consistía en la promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil celular de Comcel, tanto en la modalidad prepago como pospago, por lo cual, Procom obraba por cuenta de Comcel y la operación no se trataba de una mera compra para la reventa; (ii) que los clientes que*

*conseguía Procom eran clientes de Comcel, en la medida que adquirirían los servicios que únicamente podían ser prestados por esta última al tratarse de una actividad regulada; (iii) que Comcel suministraba los equipos a Procom, quien no tenía libertad para fijar los precios de adquisición ni los precios de venta a los clientes, circunstancia ajena al contrato de distribución, en el cual el empresario tiene plena libertad de determinar el valor de la mercancía adquirida para maximizar su utilidad; (iv) que la venta de los kits prepago a los clientes comprendía la activación de una línea de voz y la suscripción de un contrato de prestación de servicios con Comcel, por lo cual Procom obraba por cuenta de Comcel y la clientela pertenecía a Comcel y; (v) que Procom recibía una remuneración a título de comisiones por la labor desplegada por cuenta de Comcel consistente en la activación de una línea de telefonía móvil en la modalidad prepago, por lo que el beneficio percibido era más que una simple utilidad en la reventa».*

Remarcó que la venta de celulares era algo accesorio o secundario, siendo esencial los planes prepago y pospago, y que las actas de transacción y compensación eran en verdad un finiquito o cruce de cuentas.

6. Testimonio de Mauricio Acevedo Arias, por pretermisión absoluta, a pesar de precisar que no hubo pago anticipado de indemnizaciones, sino que se efectuaron a título de comisión.

7. Testimonio de Óscar Arturo Rodríguez, por pretermisión, quien relató que el encargo fue por cuenta de Comcel, quien asumió todos los riesgos propios de la operación -de mercado, regulatorios, sancionatorios, operativos, de cartera, etc.-.

8. Testimonio de Alejandro Enrique Beltrán González, pretermitido, que aceptó que el encargo fue ejecutado por cuenta de Comcel, como refulge de que el precio recaudado debía entregarse a ésta, por ser fruto de servicios de telefonía celular.

9. Testimonio de Juan Carlos Villescas Cuervo, omitido absolutamente, quien relató que las actividades de publicidad, mercadeo, consecución y fidelización de clientes se hizo para Comcel.

10. Contrato de voz del 29 de noviembre de 2004, por limitar su alcance, ya que el interés de excluir el contrato de agencia, es realmente un indicio en contrario. Además, resulta ilógico que se prevea que un 20% de la comisión servirá para pagar una indemnización o prestación, cuya existencia depende de la calificación del contrato como de agencia, o que se renunciara a la cesantía señalada en el artículo 1324 del Código de Comercio. Cuestionó que no se reconociera la abusividad de las estipulaciones sobre agencia, las cuales generan un desequilibrio injustificado para Procom. También se ignoró que el fondo CO-OP se

integró con recursos de Comcel, destinados a mercadeo y publicidad.

En punto a las cláusulas negociales se omitió su análisis, porque en verdad dan cuenta de una típica agencia mercantil, como reluce de los numerales 1.11, 1.13, 1.14 y 1.16, que desvelan que el abonado era de Comcel. Cláusula 3, que muestra que Procom era una intermediaria. Cláusula 6, que muestra que Comcel asumió el riesgo operativo y que los documentos de vinculación fueron predefinidos por ésta. Cláusula 7, tocante a que las tarifas y condiciones de servicio eran definidas por Comcel, incluyendo que la entrega de equipos estaba atada a la activación de algún servicio. Cláusula 10, sobre el deber de Comcel de tramitar quejas y reclamos. Cláusula 15, que revela que la labor de Procom comportaba la consecución de clientes para Comcel, a cambio de lo cual recibía una comisión. Cláusula 17, que prueba que Procom realizaba labores de mercadeo, promoción y venta de servicios, siendo los clientes de Comcel. Cláusula 25, sobre la titularidad de la clientela para Comcel. Cláusula 28, sobre la exclusión de modificaciones por mera tolerancia. Cláusula 30, que da cuenta de que las actas de conciliación, transacción y compensación son un finiquito o cruce de cuentas. Anexo A, tocante a la posibilidad de Comcel de rechazar activaciones. Anexo C, relativo al plan CO-OP, en el cual se impuso a Procom la realización de publicidad para Comcel.

Insistió que el «[c]ontrato permite constatar que la función que tenía Procom era la de obtener clientes para Comcel, quien se convertía en prestador del servicio, y en este aspecto, Procom actuaba por cuenta de Comcel. Por su parte, lo que remuneraba Comcel era realmente esta labor, pues si quien adquiría el equipo no registraba actividad Procom perdía su beneficio», demostrativo de los elementos de la agencia mercantil.

11. Otrosí al contrato de voz del año 2005, que establece que Procom fungía como centro de servicios, captando recursos de Comcel, a cambio de una remuneración, por lo que no era una compra con reventa.

12. Contratos celebrados por Comcel con la red de agentes/distribuidores, que prueban que usaba el mismo modelo, siendo abusivas las cláusulas que excluyen la agencia mercantil.

13. Cuarenta contratos celebrados por Comcel con sus agentes o distribuidores, que contienen las mismas cláusulas que pretenden excluir la agencia mercantil.

14. Informes anuales de Comcel, de los años 2005 a 2016, que permiten advertir que su crecimiento es atribuible a su red de agentes/distribuidores, y que la venta de equipos es accesoria y necesaria para la prestación del servicio de telefonía móvil. Asimismo, dan cuenta de que el riesgo de cartera, operativo y mercado eran asumidos por

Comcel, como consta de la nota 13 de los estados financieros.

15. Informe de sostenibilidad de 2012, que señala que los clientes son de Comcel y que los distribuidores se encargan de llevar sus productos y servicios. Lo que se reitera en los años posteriores.

16. Contrato de concesión n.º 000004 del 28 de marzo de 1994, que desvela que para prestar el servicio de telefonía móvil se requiere una autorización especial, lo que ratifica que Procom actuaba en nombre de Comcel.

17. Resolución n.º 598 del 27 de marzo de 2014, por pretermisión, relativa a la renovación del permiso para uso de espectro electromagnético, lo que descarta que Procom pudiera prestar directamente los servicios.

18. Resolución n.º 4444 del 26 de marzo de 2014, por omisión, la cual prohibió las cláusulas de permanencia, lo que obligó a Comcel a comercializar de forma independiente los equipos terminales y la telefonía celular, razón para que los clientes suscribieran contratos independientes.

19. Circulares exhibidas por Comcel, las cuales dan cuenta de que: (I) los clientes podían allegar su equipo de comunicación y Procom únicamente activaba la línea celular; (II) la venta de terminales efectuada por Procom era por cuenta de Comcel, pues ésta era la que se vinculaba por

los contratos respectivos; (III) Comcel remitía los contratos que debían suscribir los clientes y los pagarés, y señalaba la forma de diligenciamiento, incluyendo lo tocante a la venta de terminales de contado o a plazo; (IV) Comcel definía las condiciones para cumplir el encargo de promover sus productos; (V) la información de los clientes debía ser remitida a Comcel; (VI) las condiciones de venta de los equipos era definida por Comcel; (VII) la venta de terminales era accesoria o complementaria al servicio de telefonía móvil; (IX) el encargo se promocionaba bajo la marca de Comcel; (X) Comcel reconoció a su red de distribuidores una comisión por ventas de kits prepago, la que se mantuvo por más de 10 años, generándose una expectativa legítima sobre su causación; (XI) la remuneración de Procom estaba atada al servicio de telefonía móvil; (XII) Comcel recibía los ingresos derivados del servicio de telefonía y de venta de equipos; (XIII) la remuneración de Procom estaba atada a la efectiva legalización de la línea celular; y (XIV) Comcel establecía las tarifas de forma unilateral, disminuyendo la comisión por transacción desde el 1º de enero de 2018.

20. Cartas de comisiones de 2005 a 2018, por pretermisión, *«en las cuales Comcel determinó la remuneración que Procom recibiría por cada plan pospago, cada plan prepago, cada equipo terminal vendido, cada transacción de recaudo realizada y cada recarga comercializada»*, mostrando que (I) ésta estaba condicionada a la efectiva activación de la línea, so pena de que tuviera que restituir lo recibido de manera anticipada; (II) la

comisión residual se cambió para causarse desde el tercer mes de activación, adicionando de facto el contrato; y (II) desde el 1º de julio de 2014 se eliminó la comisión por permanencia en planes pospago.

21. Actas de transacción, conciliación y compensación, por pretermisión, al no considerarse que no fueron suscritos ante un tercero imparcial, que no se transigió ninguna diferencia más allá de una mención genérica y que no existen prestaciones recíprocas, puesto que Procom se limitó a declarar a Paz y Salvo a Comcel, y, en todo caso, la última acta tuvo como fecha de corte el 31 de diciembre de 2014, por lo que no comprende las pretensiones de esta demanda, sin que pueda entenderse que se incluyó la renuncia a la prestación del artículo 1324 del Código de Comercio.

22. Comunicación del 7 de mayo de 2018 que da cuenta de los motivos que llevaron a Procom a terminar el contrato, consistente en el cambio de la comisión por residual, eliminación de la comisión por permanencia, la contratación directa de clientes empresariales o estatales impidiendo la comisión por residual, cambio de la comisión por legalización de los kits prepago, eliminación de la comisión por buena venta, entre otras circunstancias, que demuestran la abusividad de Comcel y el rompimiento del equilibrio económico.

23. El dictamen pericial, por pretermisión, el cual da cuenta de que Procom (I) conquistó clientela para Comcel, al punto que legalizó 760.162 kits prepago del 2008 al 2018, 391.216 planes pospago del 2007 al 2018, y 768.061 sim cards para el mismo período; (II) realizó 4.720.760 transacciones para Comcel; (III) invirtió \$5.841.714.722 en publicidad; (IV) la actividad de telefonía celular estaba condicionada a la adquisición de un equipo; (V) recibió, en promedio, durante los últimos tres (3) años, \$11.285.419.107; (VI) no recibió lo correspondiente a la última etapa del contrato, tasado en \$558.308.316.

24. La contestación de la demanda, por ignorar varios de los hechos confesados: (I) la estabilidad del encargo, que comenzó el 29 de noviembre de 2004 y terminó el 29 de junio de 2018; (II) la remuneración percibida por Procom, incluyendo lo tocante al fondo CO-OP; (III) Procom comercializaba el servicio de telefonía celular, por lo que no era una simple compra para la reventa; y (IV) las actas de conciliación, transacción y compensación eran realmente finiquitos de cuenta.

### **CARGO QUINTO**

También se alegó violación indirecta de las normas antes mencionadas, por error de derecho, por no valorar las pruebas en su conjunto, en particular las que dan cuenta de que *«los negocios que Procom comercializó y promovió no son los suyos propios, sino los servicios de telefonía celular*

*de Comcel y los productos que esta proveía»,* por las siguientes razones, haciendo las transcripciones que consideró pertinentes y reiterando lo correspondiente del embiste anterior frente a cada una de las pruebas:

1. El contrato celebrado entre Procom y Comcel el 29 de noviembre de 2004 era de adhesión, según el interrogatorio de Lida Pedraza, el testimonio de Evelio Arévalo, los contratos celebrados por Comcel con la red de distribuidores, y el propio negocio jurídico.

2. Procom ejecutó actividades de publicidad, mercadeo, consecución y fidelización de clientes utilizando la marca de Comcel, según el interrogatorio de Lida Pedraza, los testimonios de Olga Martínez y Juan Villescas, el contrato del 29 de noviembre de 2004, informes de sostenibilidad y el dictamen pericial.

3. Procom ejecutó el encargo por cuenta de Comcel y la operación no era compra para la reventa, según los interrogatorios de Felipe García y Lida Pedraza, los testimonios de Olga Martínez, Evelio Arévalo, Andrés Martínez, Mauricio Acevedo, Oscar Rodríguez, Alejandro Beltrán y Juan Villescas, contrato del 29 de noviembre de 2004, otrosí al contrato de 2005, informes anuales de Comcel, contrato de concesión, resolución n.º 598 del 27 de marzo de 2014, resolución n.º 4444 del 26 de marzo de 2014, las circulares exhibidas por Comcel, cartas de

comisiones, dictamen pericial y contestación de la demanda.

4. La verdadera naturaleza de las actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas era finiquitar cuentas, según el testimonio de Andrés Martínez, el contrato del 29 de noviembre de 2004, las actas mismas y la contestación de la demanda.

5. Procom terminó el contrato por justa causa, según el interrogatorio de Lida Pedraza, el contrato de voz del 29 de noviembre de 2004, las circulares exhibidas por Comcel, las cartas de comisiones, el preaviso de terminación y el dictamen pericial.

Coligió, con base en lo anterior, que *«si el Tribunal hubiera valorado la prueba en su conjunto, esto es, la prueba documental, los interrogatorios de parte, los testimonios y el dictamen pericial, hubiera llegado a una conclusión contraria a la que llegó en la sentencia y es que en efecto se acreditó la actuación exclusiva a nombre y por cuenta de un tercero, esto es, Comcel»*, lo que encaja dentro de un contrato de agencia comercial, por lo que era procedente reconocerle a Procom las prestaciones derivadas de la terminación por justa causa.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Análisis técnico de las acusaciones.**

### **1.1. Carácter excepcional de la casación.**

1.1.1. La casación es un remedio extraordinario del procedimiento civil, como expresamente lo establece el artículo 333 del Código General del Proceso, en tanto no propende, exclusivamente, por la corrección de la decisión judicial criticada, sino que además busca «*defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida*».

Linaje del cual se derivan consecuencias relevantes, entre otras: (I) sólo procede contra sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores de distrito judicial, emitidas en los procesos señalados en el artículo 334 *ibidem*, lo que se conoce como «*procedencia limitada*»; (II) la prosperidad del remedio está condicionada a la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en el canon 336 *ejusdem*; y (III) el trámite del recurso supone variadas etapas -concesión, admisión, sustentación, traslado y fallo-, cuyo agotamiento sucesivo es una condición necesaria para habilitar decisión de fondo.

Esta calidad, como lo sostiene la doctrina especializada, es connatural a este mecanismo de contradicción:

*[L]a casación no es solamente un simple recurso; sino que se califica como un recurso extraordinario. En efecto, como afirma Guasp, mientras que la apelación es el recurso ordinario por antonomasia, la casación es el recurso extraordinario, por antonomasia también. Y el mismo autor describe así los rasgos que caracterizan a la casación como recurso extraordinario:*

*a) no es admisible el recurso de casación si no se han agitado los recursos ordinarios que procedan contra el fallo...*

*b) las partes no pueden ejercer este recurso a base de un simple interés, sino que tiene que fundarlo en un motivo legalmente determinado, es decir, en un motivo de casación precisamente;*

*c) el órgano jurisdiccional no puede conocer los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud que corresponde a los Tribunales de instancia, sino que se encuentran limitados sus poderes a temas determinados y taxativos, coincidentes, precisamente, con las circunstancias que funcionan como motivos de casación<sup>1</sup>.*

La Sala ha reconocido esta característica en los siguientes términos:

*[L]a casación es un recurso extraordinario, cuyo propósito es el quiebre de una sentencia amparada por la presunción de legalidad y acierto, [por lo que se] exige que el escrito presentado para sustentarlo se sujete a determinados requisitos formales, pues, por cuanto se trata de una cuestión esencialmente dispositiva, la labor de la Corte queda reducida al marco que el acusador establezca, de donde se sigue que es a éste a quien con exclusividad le toca delimitar el contexto y ámbito conceptual acerca de cómo el Tribunal incurrió en el desatino.*

*De este modo, sea cual fuere la causal que se aduzca, esto es, independientemente que la crítica cuestione vicios de juzgamiento o in procedendo, ese libelo constituye la moldura dentro de la cual la Corporación debe discurrir su actividad; de ahí que*

---

<sup>1</sup> José Gabriel Sarmiento, *Casación Civil*, Serie Estudios, Caracas, 1998, pp. 37-38.

*competa al censor atender un mínimo de exigencias en procura de tornar idónea la respectiva sustentación; pues es a él a quien corresponde delinear los perfiles dentro de los que ha de discurrir la Corte como Tribunal de Casación (AC219, 25 en. 2017, rad. n.º 2009-00048-01).*

1.1.2. En desarrollo, el artículo 344 del estatuto adjetivo civil establece unos requisitos específicos para la admisión de la demanda de casación, los que pueden clasificarse en formales y técnicos.

Dentro de los primeros encontramos que el escrito de sustentación contenga *«la designación de las partes, una síntesis del proceso, de las pretensiones y de los hechos materia del litigio»* (numeral 1º), de suerte que con su presentación sea posible establecer los antecedentes y fundamentos del litigio, así como ilustrar sobre los puntos nodales de la controversia y de las acusaciones.

Los técnicos se refieren al contenido concreto de las acusaciones, en el sentido de que deben ser formuladas *«por separado..., en forma clara, precisa y completa»* (numeral 2º), sin plantear *«cuestiones de hecho o de derecho que no fueron invocadas en las instancias»* (numeral 2º del artículo 346). Para claridad, en lo sucesivo se apuntalan brevemente cada uno de estos:

(I) La **separación**, también conocida como autonomía, reconoce que a cada causal *«la acompañan motivos propios, distintos por su naturaleza»* (SC12024, 9 sep. 2015, rad. n.º 2009-00387-01), lo que implica *«que los argumentos*

*esgrimidos para cuestionar el fallo deban formularse al amparo exclusivo de la causal respectiva» (ídem).*

En consecuencia, *«le está vedado [al casacionista] elaborar planteamientos mixtos o híbridos con el propósito de cobijar en un mismo cargo varios motivos» (SC778, 15 mar. 2021, rad. n.º 2010-00613-01).*

(II) La **claridad** se expresa en que *«la persona que acude a este mecanismo debe formular sus embates... con la indicación de las razones por las cuales considera que el juzgador de instancia se equivocó y cómo tal dislate tiene la virtualidad de afectar la totalidad de la decisión. **No es posible soportar la acusación en formulas abstractas, o elucubraciones sobre cuál debió ser la decisión definitiva»** (negrilla fuera de texto, AC3919, 20 jun. 2017, rad. n.º 2017-00650-01).*

Dicho en otras palabras, *«conciérne a que la demanda debe ser **perceptible** por la inteligencia **sin duda ni confusión, o sea, fácil de entender no sólo en su presentación sintáctica, sino también en su construcción lógica»** (negrilla fuera de texto, AC, 23 ag. 2006, rad. n.º 1998-00512-01).*

(III) La **precisión** obliga a *«que los embistes [estén] orientados hacia los fundamentos reales de la decisión atacada, sin separarse de ellos, so pena que la recriminación no pueda ser admitida. En otras palabras, los reproches*

**deben dirigirse con acierto hacia el centro de la argumentación de la providencia cuya anulación se pretende**» (negrilla fuera de texto, AC028, 16 en. 2018, rad. n.º 2014-00380-01).

Atenta contra la precisión el **desenfoque** o desacierto, que sucede «*cuando la argumentación del recurrente se enfoca hacia aspectos que no fueron desarrollados por el fallador, es decir cuando van por caminos disímiles*» (negrilla fuera de texto, SC2506, 26 jul. 2022, rad. n.º 2015-00829-01; reiterado SC3951, 16 dic. 2022, rad. n.º 2016-00862-01).

(IV) Por fuerza de la **completitud**, sobre el que se volverá más adelante, «*cada uno de los cargos propuestos debe ser... concebido con sentido panorámico, vale decir **ha de estar completo en su planteamiento** de tal suerte que en su concepción dialéctica comprenda con suficiente eficacia infirmatoria ‘los distintos componentes, aspectos y reflexiones indispensables para que... pueda ser quebrantada la sentencia’ (cfr... Cas. Civil de 20 de noviembre de 1989), y si esta se apoya en varios pilares, ‘menester es que -se ataquen y destruyan todos para poder en esta forma infirmarla, porque **si la acusación no es panorámica o sea que no comprende la totalidad de los soportes que le sirven de fundamento, o si aun combatiéndolos queda por lo menos uno que sirve para respaldar -la sentencia, esta, en esas circunstancias,***

**en manera alguna puede ser quebrada’**» (negrilla fuera de texto, SC, 27 jun. 1991).

(V) Finalmente, la prohibición de traer alegaciones novedosas o **medios nuevos**, se entiende como la proscripción para alegar «*situaciones fácticas o probatorias que no han sido planteadas en las instancias y que a última hora son traídas como argumentos de quiebre de la sentencia en el recurso de casación, sin que la parte contra la cual se oponen tenga oportunidad de rebatir y oponer su defensa o, si es el caso, enmendar a tiempo la omisión o error*» (SC, 10 mar. 2000, exp. n.º 6188).

También constituye una alegación novedosa la invocación de motivos no izados al acudir a la apelación, pues sobre ellas no puede emitirse un pronunciamiento, de casarse la sentencia de instancia, por fuerza del artículo 328 del Código General del Proceso. En fundamento, la Sala expuso:

*[E]l reconviniente no puede valerse ahora de las razones que no adujo en sede de apelación, dado que se muestra contradictorio reprochar al tribunal por no haber estimado planteamientos objetivamente ajenos a la alzada que le correspondió decidir. Ello explica que no resulten admisibles en casación los llamados “medios nuevos”, «(...) toda vez que ‘la sentencia del ad quem no puede enjuiciarse ‘sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta*

*entonces ignoradas' (Sent. 006 de 1999 Exp: 5111), al fin y al cabo, a manera de máxima, debe tenerse en cuenta que 'lo que no se alega en instancia, no existe en casación' (LXXXIII pág. 57)» (CSJ, SC del 21 de agosto de 2001, Rad. N.º 6108)» (AC5438, 13 dic. 2022, rad. n.º 2015-00046-01).*

## **1.2. Completitud de las acusaciones.**

1.2.1. Centrado en el requisito de la completitud, por su relevancia para el presente, como ya se anticipó, impone que los cargos en casación, en sí mismo considerados, permitan desvirtuar la totalidad de las premisas decisionales de la sentencia confutada, tanto jurídicas como fácticas, pues de quedar alguna en pie, siempre que tenga la fortaleza suficiente para mantener la decisión, impedirá su anulación.

La Sala tiene decantado que, por esta exigencia, «*la respectiva censura [debe contener] un reproche de **todos los fundamentos esenciales** que sirvieron al Tribunal para adoptar la determinación impugnada, porque como es natural, con uno ellos que se mantenga en pie, ningún sentido tendría la tramitación y decisión de un recurso que, al final, no sería útil para quebrar la decisión confutada, porque desprovistos de censura ciertos o algunos argumentos basales, la presunción de legalidad que les asiste se mantiene y dejan a flote la resolución dictada por el Tribunal (AC2229-2020... CSJ AC1585-2022)» (AC2535, 29 sep. 2023, rad. n.º 2021-00089-01).*

Total, las acusaciones deben combatir la decisión censurada, impidiendo que de cualquier manera pueda mantenerse inhiesta, pues, por fuerza de las presunciones de acierto y legalidad, basta tan sólo que alguno de sus fundamentos se mantenga, para que el veredicto conserve su integridad y por futilidad resulte superfluo adentrarse en el estudio de los ataques.

1.2.2. Ahora bien, advertida que una censura resulta incompleta, corresponde analizar si, conjuntada con las demás que se hayan planteado, es posible superar la deficiencia, con el fin de disponer su estudio conjunto.

Así lo establece el parágrafo 2º del artículo 344, a saber: *«si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto, según corresponda»*.

Son requisitos de la acumulación, de acuerdo con la norma transcrita y demás disposiciones sobre la materia, los siguientes:

(I) La proposición de varios cargos que, individualmente y analizados de forma autoreferencial, sean insuficientes para cuestionar de forma integral el fallo de segunda instancia, por dejar sin censura materias centrales de la argumentación judicial.

(II) La formulación de múltiples ataques que sean compatibles, de suerte que puedan conjuntarse para su análisis en la sentencia que resuelva el remedio extraordinario.

Y es que, tratándose de «*cargos incompatibles*», corresponde a la Corte resolver únicamente los que considere sean conformes entre sí, para lo cual tendrá en cuenta «*los fines propios de la casación..., [la] adecuada relación con la sentencia impugnada, los fundamentos que le sirven de base, la índole de la controversia específica resuelta mediante dicha providencia, la posición procesal adoptada por el recurrente en las instancias y, en general, con cualquiera otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante*» (parágrafo 3º del artículo 344).

(III) Sólo pueden conjuntarse cargos soportados en la violación de normas de derecho sustancial, bien sea por vía directa o indirecta. Se excluye, entonces, la conjunción de cuestiones sustanciales y procesales, so pena de atentar contra el principio de separación.

Es cierto que la norma antes referida menciona únicamente los «*cargos formulados por la causal primera de casación*», lo que parece limitar la procedencia de la acumulación a las acusaciones por el sendero recto.

Sin embargo, esta restricción se originó en un descuido, pues el mandado legal se limitó a reproducir el numeral 4º del artículo 51 del decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998, sin advertir que, con ocasión de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, operó un cambio en materia de causales de casación, en comparación con lo prescrito en el derogado Código de Procedimiento Civil.

Y es que, mientras la violación de normas de derecho sustancial, en el anterior estatuto, estaba contenida sólo en la causal primera, en el nuevo se desagregó en dos (2), la primera por vía recta y la segunda por la indirecta.

Luego, acudiendo al espíritu del legislador, que no fue otro que el de morigerar el rigor de la casación, debe interpretarse el precepto bajo análisis en el sentido de que acumulación procede en todos los casos en que se arguya la inobservancia de prescripciones materiales, con independencia de la vía o del error.

Así lo sostuvo esta Corporación en auto del 30 de octubre de 2019, que ahora se reitera:

*Olvidó el legislador del Código General del Proceso que la hipótesis de la que partía la legislación anterior y que aquel copió, abarcaba ambas vías –la directa y la indirecta– que, se recuerda, estaban contempladas en una misma causal, la primera.*

*De modo que al quedar ahora separadas esas vías y referirse el CGP únicamente a la causal primera, pareciera dar a entender – porque literalmente así lo dice- que la aglutinación o escisión de acusaciones únicamente procede en la primera de las causales, la violación directa. Por lo que si en un cargo se incurre en mixtura de causales –primera y segunda con entremezclamiento de vías directa e indirecta-, estaría llamado a ser descartado por confuso.*

*Considera la Corte que tal modo de ver las cosas no consulta la historia fidedigna del establecimiento de esta atenuación en punto de la técnica de casación (AC4671, rad. n.º 2013-00015-01).*

### **1.3. Caso concreto.**

Observa la Corte que, revisados los cargos, tanto de forma individual, como conjuntamente, desatienden el requisito de completitud, por no cuestionar todos los argumentos que sirvieron al sentenciador de alzada para rehusar la prosperidad de las pretensiones, como se dilucidará en lo sucesivo.

1.3.1. El Tribunal, como se compendió en los antecedentes de este proveído, fundó su determinación en las siguientes premisas:

(I) no se cumplen los requisitos del contrato de agencia comercial, pues la demandante actuó en riesgo y beneficio propio, en tanto se encargaba de adquirir los equipos celulares para su reventa, y asumió los riesgos de comercialización y de fraude en el proceso de activación;

(II) las partes convinieron, al suscribir el contrato, que no podría interpretarse como una agencia comercial, pacto que resulta vinculante por tratarse de una relación de derecho privado económico, que no está sometida a reglas de orden público;

(III) el comportamiento negocial de las partes es armónico con lo estipulado, pues durante 13 años no se alegó la existencia de una agencia comercial; sólo a la finalización del vínculo se invocó la configuración de tal contrato, en contravención de los propios actos y del principio de buena fe (artículo 871 del Código de Comercio);

(IV) no existe una posición dominante pues, esta calidad no emana de la mera existencia de un contrato de adhesión, y, en todo caso, los negociantes conocían las estipulaciones que excluían la agencia comercial. Con todo, el señalamiento de que el contrato debe interpretarse como distribución no comporta lesividad, máxime cuando las normas de la agencia no son de orden público y no se demostró una afectación a la voluntad libre;

(V) la abusividad se desmiente de considerarse que, si la permanencia de la convocante en el vínculo contractual no le era favorable, pudo haberlo terminado oportunamente, sin que lo hiciera, a pesar de que podía hacerlo pues el contrato se renovaba mensualmente;

(VI) las modificaciones unilaterales a la remuneración no constituyen abuso del derecho o de posición dominante, so pena de afectar el principio *venire contra factum proprio no valet* o deber de coherencia; y, en todo caso, lo que se critica es la modificación en sí misma y no la desatención de las normas que gobiernan la retribución;

(VII) las fuentes en que se apoya la reclamación son incompatibles -incumplimiento, abuso del derecho y abuso de la posición contractual-, razón para tenerla por frustrada;

(VIII) la demandante no está legitimada para demandar el incumplimiento, pues desatendió sus deberes, fruto de la retención ilegal de recursos de su contraparte;

(IX) en las transacciones suscritas hubo renuncia recíproca a acudir a cualquier acción judicial, con lo cual se evitó un litigio eventual, sin que se advierta motivo para invalidar estas convenciones; y

(X) no es dable seguir los precedentes arbitrales, pues existen horizontales de la corporación en sentido contrario.

1.3.2. Estas ideas pretendieron socavarse con las cinco (5) acusaciones planteadas, las que admiten este resumen:

(I) desconocimiento de que el encargo de promover y explotar, propio de la agencia, es compatible con la distribución y la fabricación (cargo primero);

(II) la prestación del artículo 1324 del Código de Comercio es irrenunciable y, por tanto, no puede ser derogada por las partes (cargo primero);

(III) la interpretación del contrato es eminentemente subjetiva, en el sentido que debe buscarse la finalidad común querida por los contratantes, la cual prevalece sobre las cláusulas, que en el caso se traduce en la celebración de una agencia comercial (cargo segundo);

(IV) se desconoció que la naturaleza de un contrato no puede ser negociada, sino que depende de la satisfacción de los elementos esenciales (cargo segundo);

(V) si bien el principio de coherencia impone no desconocer injustificadamente los actos previos, lo cierto es que resulta inaplicable al *sub lite*, pues la falta de reclamaciones u observaciones no constituye una conducta idónea para generar confianza legítima en terceros sobre determinadas consecuencias (cargo tercero);

(VI) están demostrados los elementos de la agencia comercial, en especial, el encargo se ejecutó por cuenta de Comcel, pues los clientes se vinculaban con ésta, la publicidad contenía sus datos, los modelos de contrato con

los clientes y demás anexos eran determinados por ella, y las comisiones estaban condicionadas a la activación real en la red, por lo que la operación no fue una simple reventa (cargos cuarto y quinto);

(VI) las modificaciones a la remuneración, por hacer inviable el negocio, traslucen un incumplimiento, al atentar contra la buena fe o suponer abuso de los derechos de Comcel (cargo cuarto);

(VII) por ser el contrato de adhesión, e incluir cláusulas que rehúyen la agencia, existe abuso (cargos cuarto y quinto);

(VIII) las actas de conciliación, en verdad, son finiquitos de cuenta, que servían para definir los saldos entre las partes. Desechó que fueran transacciones, pues no precisan la controversia que estaban extinguiendo, no hay concesiones recíprocas y su fecha de corte es el 31 de diciembre de 2014, esto es, no cobijan lo que ahora se reclama (cargos cuarto y quinto);

(IX) Comcel no trasladó los riesgos a Procom, pues asumió los operativos, de funcionamiento de equipos y redes, de mercado, regulatorios, derivados de sanciones administrativas, y de cartera (cargo cuarto);

(X) el contrato perfeccionado entre las partes, ante su insistencia en rechazar la agencia comercial, es

demostrativo de que en verdad se deseaba este negocio jurídico (cargos cuarto y quinto);

(XI) es abusivo: suprimir, de forma unilateral e intempestiva, una remuneración que se pagó desde el inicio del contrato, después de 10 años de ejecución; y reducir significativamente la comisión de recaudo (cargo cuarto); y

(XII) Procom terminó el contrato por el incumplimiento y las acciones abusivas de Comcel: eliminar la comisión residual, eliminar la comisión por permanencia, eludir la comisión por residual, modificar la comisión por legalización de kits prepago, eliminar la comisión por buena venta, pago incompleto de la comisión por recarga, no incremento de las remuneraciones por operaciones de recaudo, traslado abusivo de riesgos propios, intento de eludir obligaciones de la agencia con la suscripción del contrato, y rompimiento del equilibrio económico del negocio (cargos cuarto y quinto).

1.3.3. La comparación entre las primeras y las segundas pone de presente que:

(I) Ninguno de los cargos, vistos de forma individual, cuestionan en su integridad los fundamentos del veredicto de alzada, en tanto la casacionista dirigió cada uno de ellos a aspectos específicos de la argumentación, sin abarcarlos en su totalidad.

Así, en el inicial, únicamente se cuestionó la configuración «*teórica*» de los elementos del contrato de agencia, sin reprobar las aseveraciones del *ad quem* tocantes a la gestión de la actividad por cuenta y riesgo de la demandante en exclusión de la agencia comercial, la aplicación de la teoría de los actos propios para desvirtuar la invocación tardía de la agencia, la prevalencia de la autonomía de la voluntad en la interpretación del negocio jurídico, o el incumplimiento delantero de la convocante que impide reclamar la desatención negocial de su contraparte.

En el segundo, la censura se acotó al contenido del acto jurídico, para delimitar el alcance de la autonomía de la voluntad, sin adentrarse en la configuración de los presupuestos de la agencia mercantil, la aplicación del principio de la buena fe o la falta de legitimación en la causa por activa.

En el tercero, limitado a la doctrina de los actos propios, nada dijo sobre la concurrencia de los elementos de la agencia, la autonomía negocial en la definición del tipo contractual o el incumplimiento de la demandante de sus obligaciones.

En los cuarto y quinto, tendientes a probar los supuestos de la agencia y los «*incumplimiento de la demandada*», nada dijeron sobre el *venire contra factum proprio non valet*, la prevalencia de la selección del tipo negocial en negocios de derecho privado o las demás

razones expuestas por el sentenciador para rehusar las pretensiones de la demanda.

(II) La anterior deficiencia tampoco se solventa de conjuntarse los cargos, lo que sólo resulta posible frente a los cuatro iniciales, no así frente al último, por su incompatibilidad con el antepuesto.

Y es que, las últimas acusaciones relucen contradictorias, pues en la cuarta se cuestionó un aspecto tocante a la ontología de las pruebas, mientras que en el final la aplicación de las normas que regulan su valoración, lo que supone aceptar que las probanzas sí se consideraron.

Dicho de otra forma, mientras el cuarto se centró en la materialidad de varios instrumentos persuasivos, para achacar su pretermisión o tergiversación, en el quinto se aceptó que el sentenciador sí los observó, pero olvidó acudir a las reglas de la sana crítica para su valoración. De esta forma se configura una contrariedad irresoluble, por fuerza del principio lógico de identidad, pues el sentenciador, o bien pasó por alto las pruebas, o las consideró, pero no las dos circunstancias al mismo tiempo.

La Corporación tiene dicho: *«cuando... se acusa al Tribunal de pretermittir algún medio persuasivo, cuando se le recrimina de pasar por alto los elementos adosados al expediente, no gesta, con tal proceder, una equivocación de derecho sino de hecho, consistente, precisamente, en*

*desconocer la existencia física de algún medio probatorio» y «cuando de la falta de valoración conjunta de las pruebas se trata... [se] ha habilitado su denuncia como un error de derecho... [el cual] tiene un condicionamiento inconfundible, consistente en que las pruebas adosadas al expediente, ciertamente, debieron ser apreciadas o valoradas por el juzgador, aunque de manera aislada, sin conexidad alguna» (ACC4491, 15 nov. 2022, rad. n.º 2017-00473-01).*

Frente a lo anterior, esta Corte tomará en consideración únicamente el cargo cuarto, dejando de lado el postrero, por ser el que mejor refleja la postura argumentativa de la impugnante, al punto que el último es una mera reiteración de aquél, aunque organizado de forma diferente.

Con todo, aún después de conjuntar los cargos primero a cuarto, éstos devienen exiguos para derruir el fallo de segundo grado, por olvidar razonamientos centrales del veredicto, a saber:

a) De un lado, no desmintieron la aseveración del Tribunal, en el sentido de que Procom, en desarrollo de la convención que firmó con Comcel, asumió las contingencias del proceso de comercialización y de fraude, haciendo que el encargo, por ende, fuera por su cuenta y riesgo, en descrédito de una agencia comercial.

De forma literal, en el fallo se alzada, se aseguró:

*[E]l Anexo A del aludido pacto [se refiere al contrato], señala que el distribuidor realiza la comercialización del servicio de telefonía celular “...por su propia cuenta, en su propio nombre, con su propia organización, personal e infraestructura ... y a su propio riesgo y costo, con la autorización y sujeto a la aceptación de COMCEL...”*

*Dicha asunción del riesgo se acentúa aún más en el inciso final de la cláusula primera del memorado anexo... [en el cual se establece que] a la sociedad accionante le corresponde asumir las consecuencias del fraude que se cometa en los procesos de activación y posterior a ello, no solo cuando estuviera involucrada en tales acciones, sino también cuando las mismas fueran cometidas por terceros.*

*Además, en la cláusula 7.31 del referido convenio se estipuló que, “el distribuidor asumirá y pagará incondicionalmente a COMCEL el valor total de los teléfonos celulares, equipos, productos y todos los demás costos y cargos, cuando habiéndolos entregado al usuario o abonado potencial, las actividades no se produzcan efectivamente o se rechacen los contratos de suscripción por ausencia de los requisitos legales, de moralidad o de las demás condiciones consagradas...”*

*Evidencian entonces las disposiciones transcritas que en gran proporción el riesgo en cuanto al fraude en venta de equipos lo asume directamente la sociedad demandante.*

*En esta línea, efectuada la hermenéutica del contrato celebrado entre las partes, a la luz de las declaraciones recaudadas, se colige que, de acuerdo con la intención negocial en él plasmada, lo estipulado no fue una agencia mercantil, en tanto... los riesgos por la afectación patrimonial a causa de fraudes en el contrato de distribución y suscripción la asumía la firma demandante. En términos generales de las precedentes elucubraciones no despunta que lo concertado por las partes haya sido una agencia comercial, pues memórese que lo que caracteriza esta clase de vínculo, según la jurisprudencia nacional, es: [que] los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje...*

Es cierto que en los embistes se insistió en que Comcel asumió múltiples riesgos, como los de redes, equipos celulares, crédito, regulatorios y por sanciones administrativas. No obstante, esta idea no controvierte la planteada en la decisión confutada, pues no reniega del hecho de que Procom comprometió su patrimonio, por asumir múltiples riesgos de la operación, lo que es extraño a un contrato de agencia comercial.

b) Por otra parte, la casacionista no rebatió la idea de que, fruto de la libertad de configuración y por estarse frente a un asunto de derecho privado, era dable que las partes regularan lo tocante al tipo contractual que celebraron, así como excluir su transformación en otro.

Rememórese lo dicho por el *ad quem*:

*Tampoco es procedente la aplicación de la regla hermenéutica prevista en el artículo 1618 del Código Civil o las demás consagradas por tal Estatuto, dado que en la alianza que consumaron los negociantes no se vislumbra clausulado que requiera una interpretación de la voluntad o intención común, porque las disposiciones son claras, enfáticas y hasta repetitivas en excluir la aplicación de normas relativas a la agencia comercial; facultad posible en una relación de puro derecho privado económico, como es la aquí analizada...*

*De consiguiente, aun cuando se acogieran los argumentos del apelante en cuanto a la concurrencia de los referidos elementos estructuradores del negocio jurídico de agencia comercial, ningún provecho tendría, al haber convenido los extremos negociales que los cánones legales regulatorios del vínculo no serían aplicables, voluntad declarada que, por no contrariar los imperativos del orden público, resulta válida en virtud de la libertad contractual.*

Frente a lo anterior, la impugnante insistió en que la tipificación del contrato depende de la concurrencia de sus elementos esenciales y en que la prestación contenida en el artículo 1324 del Código de Comercio es irrenunciable. Afirmaciones que, en verdad, no desmienten la idea de que la libertad de configuración prevalece en materia de relaciones privadas, cuando hay una decisión clara y consciente de las partes de definir el negocio a celebrar y, de esta forma, condicionar su interpretación y limitar su eventual transformación en otro, con las consecuencias propias de este proceder.

Máxime frente al reconocimiento realizado por la Corte, en el sentido de que la prestación contenida en el inciso primero del artículo 1324 del estatuto de los comerciantes está gobernada por la voluntad individual, amén de su carácter, a saber:

*Incluso, pueden los contratantes acordar la renuncia al respectivo instituto, **precisamente porque su regulación no constituye norma de orden público, en razón a la misma volubilidad de este concepto; siempre y cuando revista voluntad expresa, y observe como límites infranqueables:** las prohibiciones del uso abusivo del derecho, de la simulación, del fraude de regímenes legales protegidos, como el derecho laboral; o, de la imposición de cláusulas abusivas (negrillas fuera de texto, SC18392, 9 nov. 2017 rad. n.º 2011-00081-01).*

Postura reiterada:

*[D]esde 2011, aun cuando dicho al paso (obiter dicta), tomó partido la Corte por la renunciabilidad de esa prestación, en doctrina y con palabras que ahora refrenda o ratifica[:]*

*“[E]n lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y **por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas”*** (CSJ SC de 19 oct 2011, rad. n.º 11001-31-03-032-2001-00847-01)... (negrilla fuera de texto, SC5230, 25 nov. 2021, rad. n.º 2014-00578-01).

Se trata de una doctrina probable, que guarda coherencia con lo señalado por el Tribunal, sin que la casacionista la cuestionara, lo que descubre la poquedad del escrito de sustentación.

c) Súmese a lo dicho que los cargos no hicieron ninguna referencia al momento en que se terminó el vínculo negocial, que, según el *ad quem*, era demostrativo de la ausencia de incumplimiento o abusividad.

De forma literal adverbó:

*[L]as evidencias revelan, pese a que a las deshonras negociales denunciadas y a que Procom S.A.S., contaba con la posibilidad de finiquitar el contrato de forma mensual, según lo pactado, este vínculo continuó vigente después que se consumó el primero de los desacatos alegados en 2014 y hasta julio de 2018, cuando en el transcurrir de este interregno se materializaron las otras tantas inobservancias aducidas.*

Para el sentenciador, entonces, por existir la facultad de terminar el contrato en cualquier momento, la continuidad en el vínculo de la demandante demuestra su asentimiento sobre sobre la forma de ejecución. Y es que, de haber existido un abuso o una desatención negocial, no hay explicación para que Procom lo soportara por tantos años, considerando el interregno existente entre la supuesta violación y la terminación del contrato.

Nada dijo la opugnante sobre esta materia, a pesar de reflejar un entendimiento razonable sobre la forma en que se ejecutó el vínculo negocial entre las partes.

d) Por último, la recurrente en su sustentación olvidó censurar el razonamiento del sentenciador sobre la incompatibilidad de las fuentes esgrimidas como fundamento de la reclamación judicial, motivo agregado para denegar las pretensiones.

Señaló la sentencia confutada:

*Otra razón que frustra las peticiones fundadas en un incumplimiento contractual, la constituye la incompatibilidad de las fuentes en que se apoya, pues, a la par, la parte actora*

*invoca la deshonra de los compromisos negociales, así como el abuso del derecho y de la posición dominante... [E]n el asunto sub examine, la parte activante no estribó el desacato de las prestaciones de su contradictora en la inobservancia de las disposiciones que disciplinan la manera en que debía remunerársele, sino en el hecho mismo del surgimiento de las modificaciones de sus retribuciones; circunstancia en la que no eran atendibles las pretensiones incoadas con soporte en un eventual abuso del derecho, o de la posición dominante, de parte de Comcel S.A.*

Nótese que, para el juzgador de instancia, como el incumplimiento se soportó, tanto en la desatención de los deberes negociales, como en el comportamiento abusivo, a pesar de las diferencias entre una y otra, su fusión en el escrito inaugural desvela una incorrección, que cierra la puerta a las súplicas de Procom.

1.3.4. De esta forma reluce la incompletitud de las acusaciones, tanto al analizarlas individualmente, como en conjunto, por no controvertir la totalidad de las razones que sirvieron al *ad quem* para denegar la apelación.

Al devenir pacíficos, por fuerza de las presunciones de acierto y legalidad, los argumentos tocantes a que (I) Procom ejecutó el encargo por su cuenta y riesgo, (II) las partes definieron el tipo contractual, antes de su perfeccionamiento, en ejercicio de su libertad negocial, lo que resulta posible por tratarse de asuntos de derecho privado y renunciables, (III) la no terminación del contrato en el año 2014, momento en que Comcel ejerció su facultad de modificar la remuneración, desvela su aceptación, siendo

inoportuna la censura efectuada al momento de extinción del contrato, y (IV) son incompatibles las reclamaciones que, al mismo tiempo, se soportan en incumplimiento, abuso del derecho y de posición dominante, los que son suficientes para mantener en pie la decisión judicial, debe rehusarse el estudio de fondo de las acusaciones, de allí el naufragio de la casación.

1.3.5. Agréguese a lo expuesto que algunos de los embistes incurrieron en otras desatenciones técnicas, que se añanan a la incompletitud.

1.3.5.1. En efecto, en el primero se incurrió en desenfoque, pues la promotora cuestionó que el Tribunal confundiera las actividades de promoción y distribución, sin considerar que las mismas pueden coexistir en desarrollo de la agencia comercial.

Empero, una revisión cuidadosa del veredicto desvela que no existió tal asimilación, sino que el juzgador, al encontrar que el encargo de Procom se ejecutó por su cuenta y riesgo, concluyó que entre las partes se configuró una distribución, en tanto compró para revender, asumió las contingencias de la comercialización y permitió que de su remuneración se descontaran las pérdidas por fraude en el proceso de activación.

Luego, el embiste se dirigió hacia un razonamiento que es extraño a la motivación del *ad quem*, en una afrenta a la precisión que se exige en casación.

1.3.5.2. En el cargo tercero se incurrió en vaguedad, pues de forma genérica se censuró que «*la sentencia del Tribunal*» está «**atestad[a] de errores sobre el alcance jurídico, no sólo del artículo 871, sino de todas las normas que en el estatuto comercial colombiano regulan el contrato de agencia comercial**» (negrilla fuera de texto).

Descuella que se imputaron múltiples equivocaciones, merecedoras de reprimenda, sin señalar su contenido, alcance y trascendencia, haciendo imposible su resolución ante la indeterminación.

1.3.5.3. En el cargo quinto, además de la incompatibilidad denunciada con el cuarto, se tiene que la opugnante hizo una amalgama entre errores de hecho y de derecho, pues frente a cada uno de los medios probatorios enlistados, después de achacar su omisión o tergiversación, se indicó que faltó su valoración conjunta, con el fin de arribar a conclusiones diferentes.

Se incurrió de esta forma en una mixtura, contraria a la regla técnica de la separación, la que resulta indisoluble por recaer sobre los mismos medios demostrativos.

Recuérdese el pensamiento de esta Corporación, en palabras que son aplicables *mutatis mutandi*:

*La demanda de casación no cumple las exigencias formales para ser admitida, porque... Incorre en entremezclamiento de errores porque invoca al mismo tiempo el de hecho y el de derecho frente a las pruebas acopladas al informativo, pues, en unos apartes dice que se desatendió la necesidad de valorar la evidencia en conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y que ello afectó el sentido de la decisión, pero en otros pasajes del ataque acusa la omisión de algunos insumos demostrativos...*

*Tal mixtura contradice las reglas técnicas de la casación y, por sobre todo, olvida que la causal segunda está circunscrita a dos modalidades de errores probatorios claramente diferenciables y que no pueden ser mezclados, sino que deben ser identificados por el censor al fundar la pugna, toda vez que responden a diversos dislates, pues mientras el de hecho tiene que ver con la valoración objetiva de la prueba cuandoquiera que el sentenciador la pretermite, suponga o altere; el de derecho, en cambio, se refiere a fallas en su contemplación jurídica al desconocer las reglas sobre aducción e incorporación, también cuando le resta mérito demostrativo al medio que lo tiene o, por el contrario, se le otorga al que carece de él, así como cuando erra en la contradicción de la evidencia o en su valoración conjunta, siempre que, en cualquiera de esos casos, la pifia haya influido en la decisión (AC300, 3 mar. 2023, rad. n.º 2018-00200-01).*

#### **1.4. Conclusión**

Ante la inobservancia del artículo 344 del Código General del Proceso, debe rechazarse la prosperidad de los cargos contenidos en el escrito de sustentación.

#### **2. Análisis de la trascendencia de las acusaciones.**

Con todo, una revisión del expediente muestra que los embates son intrascendentes, pues, si la Corte se ubicara en sede instancia, arribaría a igual conclusión que la del Tribunal, en el sentido de que la aplicación de la teoría de los actos propios impide acceder a las súplicas.

## **2.1. Trascendencia casacional.**

2.1.1. Tratándose de la violación de normas de derecho sustancial, como causal de casación, el legislador le impuso al recurrente el deber de «*demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia*» (literal a del artículo 344 del Código General del Proceso).

En concordancia, se permitió que la Corte se abstenga de resolver los cargos, aunque cumplan los requisitos formales, «*cuando no es evidente la transgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente*» (numeral 3 del artículo 347 *ibidem*).

De esta forma se normativizó el requisito de la trascendencia o gravedad, en el sentido de «*que, para la prosperidad del remedio extraordinario por violación de normas de derecho sustancial, no es suficiente que el interesado desvele que el fallo de segunda instancia contiene errores de juzgamiento, sino que los mismos deben ser trascendentes, en cuanto de prosperar conducirían inexorablemente al proferimiento de una decisión diferente a*

*la emitida por el fallador de alzada»* (SC4455, 26 oct. 2021, rad. n.º 2010-00299-01).

Regla con profundas raíces en la jurisprudencia, por cuanto: *«para que la violación de la ley adquiera real incidencia en casación, de suerte que conduzca al quiebre de la sentencia acusada, es menester que tenga consecuencia directa en la parte resolutive del fallo, por lo que aquellos errores que apenas aparezcan en las motivaciones o razonamientos de la providencia, sin esa forzosa trascendencia en la conclusión final, no alcanzan a obtener la prosperidad del recurso»* (SC10881, 18 ag. 2015, rad. n.º 2001-01514-01, reproduce SC, 12 dic. 2014, exp. n.º 00166<sup>2</sup>).

2.1.2. Esta exigencia encuentra asidero en el carácter extraordinario de la casación, pues su procedencia está limitada a equivocaciones mayúsculos, no así para *«errores inocuos o que no influyen de manera determinante en lo dispositivo de la sentencia»* (S158, 13 ag. 2001, exp. n.º 5993).

La Sala ha dicho que:

*[E]n sede casacional, los errores no sólo deben ser evidentes, sino también trascendentes, lo que significa que el recurrente debe acreditar que el yerro 'fue determinante en relación con la decisión judicial que se combate' (cas. civ. de 27 de octubre de 2000; exp: 5395), 'hasta el punto de que su verificación en el recurso conduzca por necesidad a la infirmación del fallo con el*

---

<sup>2</sup> Reiterada en la sentencia SC7173, 23 oct. 2017, rad. n.º 2009-00260-01.

*fin de restablecer por este medio la legalidad sustancial quebrantada' (CCLII, pág. 631), de donde se colige que, si la equivocación es irrelevante, 'la Corte no debe ocuparse del examen de los errores delatados, dada su inocuidad' (CCXLIX. pág., 1605)... CSJ SC17154-2015» (AC1569, 22 ab. 2022, rad. n.º 2018-00045-01).*

Es pacífico que *«la casación no es una tercera instancia que permita reabrir el debate, sino un mecanismo de impugnación que evalúa la legalidad de la sentencia, motivo por el cual es perentorio al impugnante demostrar con contundencia el desacierto acaecido con connotación de evidente y trascendente, amen que no cualquier falencia en el ejercicio valorativo del enjuiciador tiene la virtualidad habilitar el quiebre de los fallos»* (SC3614, 20 sep. 2021, rad. n.º 2011-00107-01).

2.1.3. El efecto de la intrascendencia es que los reproches casacionales sean repelidos, sin más consideraciones, en aplicación de los principios de economía y celeridad, por cuanto, con independencia de su prosperidad, el fallo de segundo grado será el mismo que el emitido por el cognoscente.

Y es que, resolver unas acusaciones que, al final de cuentas no conducirán a variar la resolución de instancia, deviene infructífero, pues supone un desgaste de recursos y tiempo que no tendrá un resultado concreto.

Bien ha dicho este órgano de cierre: *«las acusaciones están llamadas al fracaso [cuando] falta... idoneidad para*

*conciar una determinación de instancia diferente a la proferida... De esta forma se cierra de forma definitiva la prosperidad a la casación promovida, sin que sea procedente hacer análisis adicionales por sustracción de materia» (SC4455, 26 oct. 2021, rad. n.º 2010-00299-01).*

## **2.2. Teoría de los actos propios: fundamentos y casos de aplicación.**

2.2.1. La buena fe «*es un principio del ordenamiento que indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás, esa misma lealtad» (CSJ, SC, 23 jun. 1958, GJ LXXXVIII, n.º 2198).*

Máxima que constituye uno de los pilares de las relaciones sociales, que debe ser observada por todas las personas cuando interactúan con sus semejantes,

*...bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación, así como que dicho postulado presupone “que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces” y que, desde otro ángulo, se*

*identifica “con la confianza, legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará” (Cas. Civ., sent. de 2 de agosto de 2001) (SC2218, 9 jun. 2021, rad. n.º 2017-00213-01).*

Principio recogido en los cánones 1603 del Código Civil, al establecer que «*los contratos deben ejecutarse de buena fe*», y 871 del Código de Comercio, al prescribir que «*los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe*». La Constitución Política lo reconoció en el mandato 83, en estos términos: «*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe...*».

2.2.2. Una de las aplicaciones concretas de la buena fe es la conocida «*teoría de los actos propios*», según la cual, las partes de una relación jurídica deben actuar con lealtad y coherencia, evitando afectar la confianza que ha depositado en ella la otra parte.

La jurisprudencia civil, desde hace muchos años, doctrinó que «*todo hombre tiene el deber de ajustar su conducta de tal modo que los terceros no se encuentren engañados en la confianza que necesitan tener en él*» (SC, 21 feb. 1938).

Se trata de «*principio universal*», «*contenido en el aforismo venire contra factum proprium, el de que nadie*

*puede ir válidamente contra sus propios actos, siempre que éstos sean jurídicamente eficaces, 'A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe'» (SC, 3 mar. 1938).*

Esta teoría, en suma, señala que la conducta previa, lícita e inequívoca de una persona, que genera confianza en los demás de que actuará de la misma forma en lo sucesivo, le impone actuar conforme a aquélla, so pena de faltar a la buena fe; esto mismo sucederá si se ejerce un derecho, sin considerar que no se hizo por un tiempo prolongado, siempre que se haya generado certidumbre en su contraparte sobre su dejadez.

### 2.2.3. Son aplicaciones concretas de esta teoría:

(I) Deber de coherencia, consistente en la obligación que tienen las partes, vinculadas por un contrato o negocio jurídico, de obrar en armonía con sus actos previos.

Total, «[l]os antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos» (SC, 9 ag. 2007).

Dicho en otras palabras, «[l]a teoría de los actos propios es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás» (SC, 24 en. 2011).

(II) Confianza legítima, consistente en el deber de respetar las situaciones jurídicas que se han generado por el paso del tiempo, siempre que el beneficiario tenga razones objetivas para confiar en su continuidad.

La doctrina jurisprudencial indica:

*El principio de confianza legítima reconocido como un parámetro constitucional relevante, protege de comportamientos ulteriores asimétricos, contradictorios o incompatibles con los anteriores y de cambios sobrevenidos, inesperados, súbitos e intempestivos...*

*La confianza legítima presupone: a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto (SC, 25 jun. 2009).*

(III) Retraso desleal, consistente en la improcedencia de ejercer un derecho por no haberse hecho dentro de un

tiempo prudencial, siempre que se genere la confianza en terceros de su abandono.

Así lo reconoció la Sala: *«A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe»* (SC, 3 mar. 1938).

(IV) Impedimento legal u obstáculo, consistente en la prohibición de realizar alegaciones o actos, dentro de un trámite jurisdiccional, en contravención de las efectuadas con anterioridad, o de la conducta precedente.

La jurisprudencia tiene dicho: *«Por lo regular el juez deberá repudiar aquellos planteamientos advenedizos en etapas ulteriores del proceso, vale decir, que evidencien una incontrastable actitud acomodaticia y en franca contradicción con la posición asumida ab initio por alguno de los extremos del litigio»* (SC, 15 dic. 2006).

Con posterioridad reiteró: *«sin mediar una justificación legalmente atendible y, mucho menos, de manera intempestiva e inconsulta, actuar en contravía de la posición que con anterioridad asumieron, así la nueva postura sea lícita, si con ello vulneran las expectativas legítimamente*

*generadas en su contraparte o en los terceros, o los derechos de una y otros» (SC, 8 sep. 2013).*

Y en época cercana remarcó: *«El mandato del non venire contra factum proprio, también conocido como estoppel... prohíbe que un sujeto pueda realizar actos contrarios a sus comportamientos anteriores, so pena de inobservar la buena fe» (SC4654, 30 oct. 2019, rad. n.º 1997-09465-01).*

### **2.3. La teoría del retraso desleal**

2.3.1. Como se anticipó, el «retraso desleal» se asienta en la idea de que el no ejercicio de un derecho, por tiempo prolongado, produce el efecto de que no es posible reclamar su cumplimiento u obtener otro tipo de consecuencias favorables, siempre que se haya generado confianza en su contraparte sobre su no invocación posterior.

Y es que, el actuar omisivo del titular de una prerrogativa legal o contractual, de naturaleza renunciable, que revela abulia, negligencia o desinterés, puede generar la convicción en los demás sobre su abdicación, siempre que así se infiera de acudir a la buena fe.

La Corte, al referirse al contexto internacional, explicó: *«España, reconoce el “retraso desleal” (“denominado por la doctrina germánica «Verwirkung»”, Tribunal Supremo, Sala 1ª, sentencia de 24.6.1996) como conducta contraria a la*

*buena fe objetiva, por el transcurso de un término significativo del cual la parte contraria legítimamente confía en que su titular no va a ejercer un derecho (S. 21 de octubre de 2005)» (SC, 28 ab. 2011, rad. n.º 2005-00054-01). Sin duda, «conciernen con la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho abandonado por un período significativo, desprendimiento que crea en la parte contraria la creencia objetiva de que ya no hará valer tal derecho. Situación semejante, se dice, contraviene la buena fe. No obstante, debe aparecer de manera clara la actitud desleal e intolerable para el adversario» (SC, 24 en. 2011, rad. n.º 2001-00457-01).*

La doctrina especializada sostiene: «el ‘retraso desleal’, sancionado por la buena fe, consiste en la inadmisibilidad del ejercicio del derecho cuando el titular no se ha preocupado durante un período de tiempo más o menos largo de hacerlo valer y ha dado lugar con su inactividad a que la otra parte de la relación jurídica confíe en que el derecho ya no será ejercitado»<sup>3</sup>.

2.3.2. Son requisitos, entonces, para que se configure un «retraso desleal»:

(I) Existencia de una relación jurídica concreta, que permita correlacionar, el no ejercicio del derecho, con las

---

<sup>3</sup> Antonio Moreno García, *Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, n.º 8, mayo-agosto, 1993.

expectativas legítimas de terceros frente al abandono o dejadez del mismo.

(II) Existencia de un derecho renunciabile, en tanto sea susceptible de abandonarse por un acto individual, al no comprometer elementos orden público o el interés general.

(III) Aptitud legal y fáctica del titular para ejercer el derecho, por conocer de su existencia y no existir circunstancias que impidan su goce efectivo.

(IV) Inacción en el ejercicio del derecho imputable a su titular o su representante, expresado en su abandono, así como de las prerrogativas que están establecidas para garantizar su disfrute o cumplimiento.

(V) Tiempo significativo sin que se ejerza el derecho, que provoque en los espectadores la convicción de que no se hará uso del mismo, de suerte que su invocación equivalga a un *«acto no esperado, deslealmente sorpresivo, por tanto abusivo y contrario a la buena fe»*<sup>4</sup>.

No se trata de que se alcance la prescripción o caducidad, pues en estos eventos el derecho se extingue por el paso del tiempo; se trata de una inacción por un tiempo suficiente para generar la convicción sobre la renuncia a la prerrogativa legal o contractual.

---

<sup>4</sup> Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, 2010, p. 454.

(VI) Generación de confianza, basada en criterios de lealtad y probidad, sobre la no utilización o invocación del derecho en favor del titular y en contra del obligado. La inacción debe engendrar *«en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán... [por ende] no habrá ejercicio desleal si no se vulnera la confianza del sujeto pasivo en que el derecho ya no va a ser actuado»*<sup>5</sup>.

(VII) El beneficiado no pudo haber dado lugar, de forma dolosa o culposa, a la inacción del titular, por ejemplo, por haberle ocultado información o hacerle incurrir en error.

De concurrir los presupuestos antes enunciados, el ejercicio del derecho por el titular se torna inadmisibile, en el sentido de que los afectados pueden oponerse a su disfrute o restarle prosperidad a la reclamación que se promueva para tal fin. Se trata de un límite para no afectar a quienes tienen confianza legítima sobre su no disfrute.

Especifica la doctrina: *«[l]a confianza legítima se predica de la no actuación futura del derecho, no de su extinción, ya que el sujeto pasivo no tiene por qué dudar de la subsistencia del derecho. Si, por lo tanto, se protege una confianza razonable en el no ejercicio, lo que debe impedirse, convirtiéndolo en inadmisibile, es dicho ejercicio, sin que se*

---

<sup>5</sup> Antoni Vaquer Aloy, *La armonización del derecho de obligaciones y contratos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 144 y 154.

*observe razón alguna que justifique la necesidad de la extinción del derecho»<sup>6</sup>.*

#### **2.4. Caso concreto.**

Aplicadas estas consideraciones a la situación negocial *sub judice*, reluce que Procom generó confianza legítima en Comcel, respecto a la no realización de reclamaciones respecto al tipo de contrato firmado, el manejo de las comisiones y demás desatenciones negociales invocadas en el libelo genitor del proceso, como pasa a desarrollarse.

2.4.1. Para explicar conviene remarcar que las pruebas que yacen en la foliatura dejan al descubierto que:

(I) El 29 de noviembre de 2004 las partes suscribieron contrato por medio del cual «*Comcel concede a Procom... la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que Comcel señale*», con la expresa advertencia de que el negocio «*es de distribución*», por lo que «*[n]ada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de... agencia comercial*» (folios 59 y 60 del archivo digital 0001CuadernoPrincipal1Parte1.pdf).

Directriz reiterada en el modelo de acta de conciliación, compensación y transacción, anexa al contrato, en el sentido de que «*[l]as partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de*

---

<sup>6</sup> *Ídem*, p. 183.

*distribución... si la relación jurídica contractual se tipificare como agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas» (folios 100 y 101 *ibidem*).*

Contrato que tuvo una vigencia inicial de un (1) año, momento a partir del cual se renovó automáticamente por periodos mensuales (*ejusdem*).

Comcel se reservó «*el derecho de hacer, en cualquier tiempo, ajustes o variaciones a las escalas de comisiones, las cuales serán de obligatorio cumplimiento para el distribuidor. Efectuada una variación a las comisiones, Comcel deberá proceder a comunicarla al distribuidor, por cualquier medio idóneo, con el objeto de entre los ocho días hábiles siguientes este manifieste su aceptación o no a las mismas. En el evento que el distribuidor guarde silencio, se entenderá su aceptación a las condiciones determinadas... Si el distribuidor no acepta las nuevas condiciones, el contrato terminará sin que se generen indemnizaciones para ninguna de las partes» (folio 87 *ídem*).*

Además, se previó que «*[d]entro de los valores que reciba el distribuidor durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse... cualquiera sea su naturaleza».*

(II) El 20 de octubre de 2006 se firmó otrosí, para permitir al «*distribuidor... actuar como Centros de Centro de Pago y Servicios*», a cambio de una remuneración tasada sobre «*cada una de las transacciones de recaudo realizadas*» según «*la suma que de tiempo en tiempo determine Comcel, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo*» (folios 298 y siguientes del archivo digital 0246CuadernoPrincipal2Parte2.pdf).

Además, se previó que Comcel descontaría «*el valor que la transportadora de valores facture a COMCEL por concepto del transporte de valores y consolidación de los dineros recaudados diariamente por el distribuidor*».

(III) Comcel en desarrollo del convenio, según lo aceptado por la demandante en su escrito inicial, tomó las siguientes determinaciones respecto de la remuneración: (a) la comisión por residual, «*excluyó [de su causación] los tres primeros meses*» (folio 190); (b) «*[d]urante la ejecución del contrato... e independientemente de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por efectos de la inflación, mantuvo la comisión por legalización*»; (c) «*informó a su red de agentes/distribuidores de los cambios que a la postre se implementaron en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones por legalización de kits prepago*» (folio 191); (d) «*envió a la demandante la tabla de comisiones en la que se estableció... la comisión de permanencia en planes pospago...*»; (e) «*[a] partir del 1º de julio de 2014... eliminó la comisión por permanencia en planes pospago*» (folio 192); (f)

«mediante la circular... de junio 17 de 2016, eliminó la comisión por buena venta en planes prepago» (folio 193); (g) «El 26 de diciembre de 2017... le envió a su red de agentes/distribuidores... las nuevas tarifas que por concepto de comisión por transacción de recaudo empezaría a regir» (folio 196); y (h) «a partir del 1º de septiembre de 2014... pagó a su red...una remuneración mensual equivalente al ocho por ciento (8%) del valor de las recargas realizadas... esta remuneración se causó durante los primeros seis meses desde la activación de la respectiva Sim Card» (demanda inicial, folio 198).

Aseveraciones ratificadas por Comcel, como reluce de su escrito de contestación de demanda (folios 409 y siguientes), y por los testigos Andrés Francisco Martínez Florido (folios 12 y siguientes del archivo digital 0246CuadernoPrincipal2Parte2.pdf) y José Orlando Peralta Tocarruncho (folio 174 *ibidem*).

Además, como resultado de la exhibición de documentos, se recabaron comunicaciones, del 19 de enero de 2005 (archivo digital 20050119\_0004.pdf), al 2 de abril de 2018 (archivo digital 20180302.pdf), en total de 66, que dan cuenta de las variaciones que operaron a las comisiones por decisión unilateral de Comcel.

(IV) El 1º de octubre de 2007, las partes suscribieron «acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas», en el que expresamente acordaron que «dentro de

*los valores recibidos durante la ejecución del contrato de distribución, se incluye un valor, equivalente al 20% con el cual cubrió y canceló anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación... como consecuencia del contrato de distribución mencionado o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica... en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio» (folio 298). Lo mismo se aseguró el 1º de abril de 2008 (folio 369), 26 de mayo de 2009 (folio 335), 6 de marzo de 2010 (folio 323) y 21 de julio de 2011 (folio 285).*

(V) El 15 de julio de 2013, las partes suscribieron «*contrato de transacción y compensación de cuentas*» en el que se acordó que, «*dentro de todos los valores recibidos... durante la ejecución de estos contratos..., Comcel le ha hecho entrega anticipada de una suma equivalente al 20% de los mismos, la cual debe imputarse a toda deuda que por concepto de cualquier prestación, obligación o indemnización se llegare a encontrar a cargo de Comcel y a favor del distribuidor, inclusive, con ocasión de la terminación del contrato*» (folio 294). La misma manifestación hicieron las partes el 18 de noviembre del mismo año (folio 290).

(VI) Procom no efectuó ninguna reclamación formal respecto a los cambios que Comcel introdujo a las comisiones, no sólo por no aparecer probado en el expediente, sino porque así lo aseveraron los declarantes Carlos Alberto Torres Rivera (folio 41 del archivo digital 0246Cuaderno-Principal2Parte2.pdf) y Andrés Francisco

Martínez (minutos -2h:45m y -2h:26m de la audiencia del 21 de octubre de 2022).

Tampoco se advierte que Procom cuestionara el tipo contractual celebrado, según lo relató este último deponente (minuto -2h:44m) y por Evelio Hernán Arévalo Duque (minuto -0h:52m).

(VI) La demandante, por comunicación del 7 de mayo de 2018, manifestó terminar la relación jurídica con Comcel, a partir del 29 de junio de este año, arguyendo el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de ésta, así como actos abusivos, previa invocación de las normas sobre agencia comercial (archivo digital 20180511, Procom, Previazo de Terminación P.pdf).

Afirmación reiterada en escritos de días siguientes (archivos digitales 20180528, Procom, Ampliación Plazo Preaviso.pdf y 20180626, Procom, Ampliación Plazo Preaviso Terminación Procom.pdf).

(VII) Comcel tomó nota de la terminación y rechazó la calificación jurídica que Procom hizo del contrato, así como de las imputaciones realizadas en su contra, por documento del 28 de junio de 2018 (archivo digital 20180628, Procom, Comcel Terminación Contrato Voz.pdf).

2.4.2. De lo anterior se descubre que Procom, durante su relación comercial con Comcel, no alzó su voz para

censurar el contenido del contrato, su interpretación o ejecución, promover su modificación, oponerse a la forma en que el operador celular ejercicio sus facultades o advertir sobre situaciones de abusividad.

Por el contrario, aceptó el modelo de contrato, consintió en las cláusulas que excluían la agencia comercial y que permitían cambiar la retribución del distribuidor, guardó silencio frente a supuestos comportamientos irregulares e ilegales que se extendieron por más de 13 años, y realizó actuaciones que generaron en Comcel la confianza sobre su conformidad con el negocio, por lo que deviene tardío que a la finalización del vínculo pretenda desdecir de su comportamiento previo.

Total, como se mostrará en lo subsiguiente, en el presente caso concurren los elementos para aplicar la teoría del retraso desleal, con las consecuencias que le son consustanciales:

(I) Los derechos en discusión son de naturaleza renunciable, por referirse al tipo, contenido y alcance de un contrato celebrado entre comerciantes, y cuyo objeto era la realización de actividades vinculadas a su actividad empresarial.

Y es que, como regla de principio, esta materia está gobernada por la libertad contractual, pilar nuclear de nuestro sistema negocial, en el sentido de que los

particulares tienen la facultad de gobernar sus relaciones patrimoniales, acorde con sus intereses y necesidades, salvo excepciones emanadas del orden público, la moral social o las buenas costumbres.

Ha dicho la Sala que se trata de una «*autorización para incluir, por vía de cláusulas esenciales y accidentales, las condiciones, modalidades, estipulaciones o pactos que resulten necesarios para el buen suceso del vínculo obligacional, siempre que no contraríen la Constitución, la ley, el orden público, entre otros*» (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

En el escenario descrito se tiene que las normas dispuestas por el legislador, para gobernar los diferentes tipos contractuales, son eminentemente supletorias de la voluntad, en el sentido de que admiten pacto en contrario, salvo aquéllas que sean imperativas.

Esta Corporación tiene establecido:

*[E]l negocio jurídico, concebido como un acto de connotación jurídica, y el contrato, una de sus especies, son fruto de la libertad negocial, amén de categorías reconocidas, en tanto instrumentos diseñados para disponer de intereses en el propósito de lograr la satisfacción de necesidades; en esta dirección, ha de verse cómo, conforme a las normas, en el sistema positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que los regulan son supletorias de la voluntad de los negociantes, cuando éstos, al ajustarlos, se pliegan al ordenamiento, al orden público y a las buenas costumbres, lo que acompaña con el postulado de la normatividad de los acuerdos, contemplado en los artículos 1602 del Código Civil y 871 del*

*Código de Comercio, según los cuales “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, “deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y...obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.*

*Lo expuesto significa que aquellas manifestaciones de la libertad negocial no son absolutas ni pueden ejercerse por fuera de los límites que vienen de enunciarse, pues lejos están de comportar un poder arbitrario o en blanco; por el contrario, en algunas ocasiones encuentran restricciones o simplemente están cercenadas; por supuesto que en materia de convenios, como la Sala lo ha reiterado con insistencia, dentro de la libertad que tienen para concertarlos, a los sujetos de derecho se les otorga la muy importante facultad para crearlos y estructurarlos mediante reglas de alcance particular, a las cuales, en principio, quedan sujetos de manera forzosa, cual si se tratara, mutatis mutandis, de ordenamientos legales generales, siempre y cuando la respectiva convención no esté gobernada por leyes imperativas o de orden público, que son inderogables por los particulares (sentencias de 24 de febrero de 1974, G. J. CXLVIII y 8 mayo, pags. 51,101; 29 de agosto de 1980, CLXVI, pag. 123)... (SC, 6 ag. 2010, rad. n.º 2002-00189-01).*

Directriz aplicable, con mayor razón, a las convenciones mercantiles, por cuanto ellas deben responder la flexibilidad y agilidad del comercio, sin que resulte necesaria una amplia intervención legislativa, pues los comerciantes son considerados «*personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles*» (artículo 10 *ídem*).

De allí que este órgano de cierre, al referirse a la facultad que tienen los comerciantes para celebrar negocios de distribución, asintiera:

*[Q]uien pretenda satisfacer determinadas necesidades o proveerse de ciertos bienes, ante la presencia de unas y la ausencia de otros, tiene la prerrogativa legal de acudir a diferentes formas o modalidades de negociar para lograr esos propósitos; es decir, puede, respondiendo a sus particulares condiciones, seleccionar el instrumento idóneo para concretar dichos requerimientos.*

*El fundamento de una decisión de tal jerarquía estriba en un pilar esencial como es la autonomía de la voluntad privada que, aunque hoy en día se le atribuye un estado de crisis, sigue conservando el sitio que siempre le ha correspondido. Las partes pueden autogobernarse y, en esa perspectiva, les es dable escoger una modalidad de contrato plasmado previamente en la normatividad, *vr, gr*, el de arrendamiento, el mutuo, el depósito, la compraventa, etc.; o, según la situación particular, esa prerrogativa se extiende, inclusive, hasta estructurar su propia forma, clase o naturaleza vincular y, a partir de ello, fijar una específica regulación legal, respetando, eso sí, postulados anejos a las buenas costumbres y al orden público (SC5851, 13 may. 2014, rad. n.º 2007-00299-01).*

Luego, resulta pacífico que los interesados tienen la facultad de definir el contrato que desean y fijar su contenido, dentro del abanico de los regulados por el legislador o, incluso, acudir a un atípico, sin restricciones mayores que las que emanan expresamente de la ley, por lo que estas materias son *prima facie* renunciables.

Tratándose del contrato de agencia mercantil, una de las formas contractuales reguladas por el legislador en el Título XIII del Libro IV del estatuto de los comerciantes, también se aplica el principio de libertad contractual, en el sentido de que son los negociantes quienes determinan si quieren acudir a este tipo convencional y definir sus

contornos, sin mayores límites que los emanan de las pocas normas imperativas que yacen dentro de los cánones 1317 a 1331.

Se descubre, de lo dilucidado, que la selección del contrato que regiría la relación entre Procom y Comcel era un asunto sometido a su autonomía negocial, por lo que en esta materia específica resulta aplicable la teoría del retraso desleal, con los efectos que se generan de esta determinación, como es la inaplicación de las normas sobre agencia mercantil.

Lo mismo sucede frente a las facultades otorgadas a Comcel para regular las diversas remuneraciones pactadas, que le permitieron modificarlas, derogarlas o conservarlas inalteradas, por ser un aspecto regido por la autonomía de la voluntad. Igual consideración cabe frente a la imputación de réditos a indemnizaciones futuras y a la distribución de los gastos de transporte de dinero.

El único tópico que podría generar discusión sobre su carácter renunciable, en el *sub examine*, es el concerniente a la remuneración consagrada en el inciso inicial del artículo 1324 del Código de Comercio, también conocida como cesantía mercantil. Sin embargo, este aspecto resulta determinado por la decisión de los contratantes de celebrar un contrato de distribución sin agencia, excluyendo las prescripciones de este último negocio jurídico *in totum*.

Con todo, y en gracia de discusión, se tiene que la jurisprudencia vigente de la Corte se decantó por reconocerle un carácter renunciabile.

Y es que, si bien en algún momento se aseguró que su reconocimiento devenía imperativo, inspirada *«en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio»* (SC, 19 oct. 2011, rad. n.º 2001-00847-01).

Lo cierto es que la Sala modificó su postura, para dar cabida a *«la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio»* (*ídem*).

(II) Entre Comcel y Procom se celebró el contrato de distribución el 29 de noviembre de 2004, modificado el 20

de octubre de 2006, rigiendo la relación jurídica hasta su terminación el 29 de junio de 2018.

En el contrato se previó expresamente que era una distribución, se excluyó su consideración como agencia comercial, se facultó a Comcel para modificar las remuneraciones del distribuidor, se imputó el 20% de la retribución a eventuales indemnizaciones futuras y se impuso al distribuidor el deber de pagar los costos del transporte de dinero.

(III) Frente a ninguna de las estipulaciones negociales rememoradas se efectuó reparo alguno por Procom, ora al momento de la celebración del contrato, o durante su desarrollo, lo que únicamente vino a suceder a la terminación.

En verdad, Comcel ajustó la remuneración de los distribuidores en múltiples ocasiones, comenzando en el año 2005 y hasta el 2018, con efectos concretos sobre las retribuciones por residual, legalización de planes, permanencia y buena venta, sin que la distribuidora objetara este proceder o sus consecuencias, lo que sólo vino a acontecer el 7 de mayo de 2018. Incluso, en las facturas que Procom presentó a Comcel para obtener su retribución, diferenció el 20% a título de pago anticipado de prestaciones futuras, como lo estableció el contrato, en una aceptación reiterada de su contenido y aplicación.

(IV) La demandante era conocedora, tanto de las cláusulas negociales, como de la forma en que se ejecutaron, por ser suscriptora del documento contentivo de las mismas y advertir de sus efectos concretos, amén de sus consecuencias sobre su remuneración.

(V) Procom siempre pudo oponerse a las estipulaciones contractuales propuestas por Comcel, promoviendo su modificación -en ejercicio de su libertad de configuración- o, incluso, absteniéndose de contratar -en ejercicio de la libertad contractual-.

Facultad que perduró durante la ejecución, pues a su buen recaudo estuvo la posibilidad de promover reformas al clausulado o eventuales negocios compositivos para evitar conflictos futuros, o, de estimarlo, ponerle fin a la convención.

(VI) Transcurrieron más de trece (13) años para que Procom, por primera vez, cuestionara las cláusulas negociales y su ejecución, lo que trasluce un interregno significativo, por comprender casi la totalidad del tiempo de vigencia de la relación negocial.

(VII) La inacción de la promotora generó en Comcel la confianza de que (a) aceptaba que las partes no celebraron una agencia comercial, (b) existió un pago anticipado de las eventuales indemnizaciones por la terminación del contrato, (c) podía modificar las comisiones en cualquier momento, y

(d) estaba a cargo del centro de pagos y servicios el valor del transporte del dinero efectivo.

Así se infiere de los siguientes comportamientos de Procom: (a) firmó un otrosí al contrato el 20 de octubre de 2006, sin solicitar la supresión de las cláusulas que excluían la agencia comercial o que proscribían su transformación en este negocio jurídico; (b) a pesar de que Comcel emitió, por lo menos, 66 circulares alterando la remuneración de los distribuidores, ninguna oposición hizo, ni buscó su modificación en algún sentido; (c) firmó los documentos denominados «*acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas*» y «*contrato de transacción y compensación de cuentas*», en los años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2013, en los que aceptó ejecutar un contrato de distribución y recibir de forma anticipada las eventuales indemnizaciones a que tuviera derecho; (d) no hizo uso de la facultad para terminar el contrato, una vez advirtió sobre los cambios de remuneración, imputación de anticipaciones o el cobro de gastos de transporte; y (e) no emitió ninguna comunicación o manifestación en la que pusiera de presente sus desavenencias sobre la forma de ejecución del contrato, hasta su punto final el 7 de mayo de 2018.

(VII) La convocada, conforme a las pruebas del proceso, no impidió a la demandante que ejerciera su libertad negocial, pues no hay constancia de injerencia o coacción alguna.

2.4.3. Deviene irrefutable, de lo expuesto, que se configuraron los requisitos para la aplicación de la teoría del retraso desleal, en el sentido de que Procom faltó a la probidad, al pretender el reconocimiento de un vínculo negocial que aceptó no haber suscrito, la declaración de incumplimientos frente a comportamiento que asintió y consintió y la devolución de gastos que asumió libremente solventar.

En verdad, existe un conjunto de actos positivos y negativos que permitían concluir, conforme a dictados de probidad, que Procom estuvo conforme con la tipología contractual celebrada y la forma en que Comcel cumplió sus obligaciones, siendo tardío que pretenda desmentir esta conclusión años más tarde.

Por esta razón debe cerrarse la puerta a la prosperidad de las pretensiones, como fue admitido por el Tribunal en el fallo confutado, deviniendo inane el estudio de los cargos en casación, ante su insustancialidad para cambiar el sentido de la determinación judicial.

3. Corolario de todo lo expuesto, es el fracaso de los reproches propuestos en el remedio extraordinario.

En aplicación del numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte recurrente. Las agencias en derecho se tasarán por el magistrado ponente, con sujeción al numeral 3 del artículo

366 *ibidem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, para lo cual se tendrá en cuenta que el escrito de sustentación del remedio fue replicado.

### **DECISIÓN**

Por mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 21 de marzo de 2023 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso que Promotora de Comunicaciones S.A.S. promovió contra Comunicación Celular S.A.

Costas en casación a cargo de la recurrente. Se fija la suma de diez (10) s.m.l.m.v. a la fecha de este veredicto, por concepto de agencias en derecho, que fija el magistrado ponente.

Oportunamente devuélvase el expediente a la corporación de origen.

### **Notifíquese**

**FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA**

Presidente de Sala  
Aclaración de voto

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

**MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ**

Aclaración de voto

**FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA**

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

**Firmado electrónicamente por:**

**Fernando Augusto Jiménez Valderrama**  
**Presidente de la Sala**

**Hilda González Neira**  
**Magistrada**

**Martha Patricia Guzmán Álvarez**  
**Magistrada**  
Aclaración de voto

**Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo**  
**Magistrado**

**Luis Alonso Rico Puerta**  
**Magistrado**

**Octavio Augusto Tejeiro Duque**  
**Magistrado**

**Francisco Ternera Barrios**  
**Magistrado**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: DF58DC1BA65242103C8A7603F5A726DFCE949119EA99B85C3E4EF117DDBD22C6

Documento generado en 2024-04-09