



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

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada Ponente

SC2556-2024

Radicación n° 11001-31-03-037-2019-00330-01

(Aprobado en sesión de diecinueve de septiembre de dos mil veinticuatro)

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **Comline S.A.S.**, frente a la sentencia de 24 de agosto de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso declarativo iniciado por la recurrente contra **Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.**

I. EL LITIGIO

A. La pretensión

En la demanda, que fue reformada en su momento, solicitó la gestora lo que a continuación se compendia:

a) Se declarara que «*celebró y ejecutó*» con la enjuiciada un contrato de agencia mercantil desde el 23 de noviembre

de 2005 hasta el 15 de junio de 2018, al cual se adhirió la accionante. En consecuencia, se condenara a la primera al pago de \$1.344'328.365 a título de cesantía comercial, más los intereses moratorios ocasionados.

b) «Declarar» que varias de las cláusulas del «contrato de distribución» son abusivas, por lo tanto, son ineficaces, así como también las actas de transacción, conciliación y compensación suscritas durante la época de la ejecución del acuerdo por no reunir las exigencias de la Ley 640 de 2001; empero, en caso de estimarse que las susodichas cumplen los requisitos legales, se «declare» que tales transacciones se limitan a las controversias relativas al pago y liquidación de comisiones por activaciones en planes pospago y legalización de kits prepago, no obstante, de no acogerse lo anterior, proclamar que la prestación mercantil del inciso 1º del canon 1324 del Código del Comercio es renunciable solamente desde la terminación del contrato.

c) «Declarar» que la accionada incumplió el pacto cuestionado, por cuanto: i) No incrementó el «valor nominal de la comisión por legalización de kits prepago» con referencia al aumento del «Índice de Precios al Consumidor (IPC)»; ii) Eliminó unilateralmente las «comisiones por permanencia (planes pospago) y buena venta (kits prepago)»; iii) Modificó las «condiciones de liquidación y pago de las comisiones por recaudo de los Centros de Pagos y Servicios (CPS)»; y iv) Varió las «condiciones de liquidación y pago de las comisiones en Sim Cards» y redujo el «margen remuneratorio (descuento)». En subsidio, que esas conductas constituyeron un «abuso del derecho» imputable a Comcel S.A.

d) «Declarar» que la convocada ni liquidó ni desembolsó «todas las comisiones, remuneraciones y descuentos» a que tenía derecho Comline S.A.S. durante el «último periodo contractual».

e) «Declarar» que la antagonista es «civilmente responsable» de los daños sufridos por la promotora a causa de los «incumplimientos contractuales (...) y/o abusos del derecho», de ahí que, se reconozcan a su favor perjuicios materiales, así como la indemnización de que trata el inciso segundo del artículo 1324 del estatuto mercantil, más réditos moratorios por esas sumas.

f) Por último, «declarar» que tiene «derecho de retención y privilegio» sobre los bienes y valores del extremo pasivo que se hallaren en su poder, al momento de la terminación del vínculo negocial y se condenara en costas a la querellada. [Fls. 1 a 129, archivo digital: 0002CuadernoPrincipal1Parte2].

B. Los hechos

En respaldo de las reclamaciones se plantearon los hechos que admiten el siguiente compendio:

1.- Comcel S.A. es una sociedad constituida mediante escritura pública No. 588 de 14 de febrero de 1992, controlada por la compañía extranjera América Móvil S.A.B. de C.V. y cuyo objeto social es la prestación y comercialización de servicios de comunicaciones, tales como, «telefonía móvil, móvil celular, valor agregado, telemático, portadores y demás».

2.- Con ocasión de la licitación pública No. 046 de 1993 y bajo el amparo de la Ley 37 de ese mismo año, Comcel S.A., Ocel S.A. y Celcaribe S.A. celebraron con el Estado colombiano los contratos de concesión Nos. 004, 005 y 006, respectivamente, en virtud de los cuales, se les confirió a estas últimas la «*facultad*» para prestar el servicio de «*telefonía móvil celular*» en los territorios oriental, occidental y costa del país, pertenecientes a la «*red A*», así como el de «*telecomunicaciones no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional*»; compromisos prorrogados hasta el «*28 de marzo de 2024*».

3.- En escritura pública No. 3799 de 21 de diciembre de 2004, se formalizaron los acuerdos de «*fusión con absorción*» de las tres empresas, asumiendo Comcel S.A. los «*derechos y obligaciones de Ocel S.A. y Celcaribe S.A.*», desde entonces, aquella «*presta directamente los servicios de telefonía móvil celular*» en las tres áreas referidas.

4.- Para cubrir esa extensa superficie y suministrar con eficiencia el servicio, Comcel S.A. se vale de una red de «*Agentes/Distribuidores*», quienes para el 2002 representaban el «*93%*» de sus ventas, porcentaje que ha venido disminuyendo con el paso del tiempo al «*70%*», gracias a la instalación de establecimientos propios para la atención de sus clientes, la implementación de «*activación de planes corporativos*» a través de sus funcionarios, la apertura de un «*canal mayorista*» integrado por «*grandes superficies y otros establecimientos de terceros*» y el desarrollo de plataformas tecnológicas para la adquisición de equipos y pagos *on-line*.

5.- El 23 de noviembre de 2005 la gestora suscribió con la demandada un acuerdo de «*distribución*», encargándose la primera de «*promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC)*» de la segunda en la zona «*Occidente*», de manera independiente, estable y permanente, a cambio de «*comisiones periódicas*». Básicamente, Comline S.A.S., tuvo la misión de: a) proveer «*servicios de telecomunicaciones*»; b) vender «*equipos terminales (teléfonos celulares, sim cards, etcétera) (...) atados a los susodichos servicios de telecomunicaciones y sin los cuales estos no se pueden prestar*»; y c) ofertar «*los planes “postpago” y los planes “prepago”*» de telefonía de voz.

6.- Para lograr ese cometido, la convocante realizó actividades de promoción y explotación; las primeras encaminadas a la obtención de personas «*que fungieran como abonados*» e interesados en adquirir «*servicios de telecomunicaciones*»; las segundas, a través de la efectiva suscripción de «*Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular*», con lo cual se convirtieron en clientes de la convocada. Esas labores se desarrollaron según los «*programas e instrucciones*» impartidas por la enjuiciada y en establecimientos identificados con sus signos distintivos, es más, durante la ejecución del compromiso atacado las partes acordaron una modificación, en virtud de la cual, la convocante comenzó a operar como un «*Centro de Pagos y Servicios*».

7.- La interesada llevó a cabo todas aquellas gestiones en el occidente del país y en las oficinas autorizadas por la antagonista, así, pues, tuvo una «*zona prefijada*» en la que

ejecutó el negocio de ésta y que abarcaba los municipios de Barbosa, Amalfi, Jericó e Itagüí en el departamento de Antioquia.

8.- La labor desplegada por la convocante fue remunerada por la accionada a través de: a) comisiones en la venta de planes postpago, «kits prepago», «sim cards», «CPS: Comisión por cada transacción de recaudo» y «Comisión COOP: (...) por las actividades de mercadotecnia»; b) descuentos otorgados «en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (kits Prepago y Sim Cards)»; c) notas de crédito; y d) «descuentos/comisiones» por recargas comercializadas.

Aunado a ello, Comline S.A.S. se comprometió a mercadear únicamente «los equipos terminales y las Sim Cards atados al servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) de COMCEL» y con relación a los «planes prepago» también obtuvo una retribución económica, consistente en la «diferencia de precio entre el que COMCEL le facturó a LA DEMANDANTE (precio del equipo-descuento), y el precio superior (precio del equipo)» vendido al cliente final, conforme a la cláusula 7.4 del convenio cuestionado.

9.- Por si fuera poco, todos los efectos económicos asociados al negocio -positivos y negativos- repercutieron directamente en el patrimonio de la antagonista.

9.1.- Los positivos, porque: a) percibió los importes cancelados por los clientes en contraprestación a los servicios de telecomunicaciones contratados; b) estableció las «tarifas que LA DEMANDANTE debía ofrecerle al público»; y c)

quedó *«contractualmente vinculada con los abonados y suscriptores que LA DEMANDANTE gestionó bajo su encargo»*.

9.2- En cuanto a los negativos, Comcel S.A. asumió los riesgos de: a) liquidez; b) variación de las tasas de interés y de cambio; y c) crédito o cuentas por cobrar *«asociados con la promoción, comercialización y operación de los servicios de telefonía móvil celular»*. Igualmente, se arrojó las contingencias operativas relativas al buen funcionamiento de la infraestructura física y sistema de la red y los equipos entregados a los suscriptores. También se responsabilizó de los peligros atinentes al mercado por la competencia y las medidas regulatorias. Por último, contrajo los imprevistos concernientes a imposición de multas en materia de *«promoción a la competencia»*.

10.- En definitiva, la gestora *«promovió y explotó el negocio de COMCEL por cuenta de esta última»*, tanto así, que *«conquistó, amplió y recuperó una clientela y unos mercados para COMCEL»*, pues consiguió un sinnúmero de abonados y suscriptores de servicios de telefonía móvil, quienes pasaron a ser *«clientes directos»* de la enjuiciada, dando cumplimiento a lo estipulado en el acuerdo censurado. Es más, le estaba vedado a la convocante desviar o distraer a la clientela que captó para la interpelada, de hecho, con amplio tiempo de antelación a la culminación del vínculo contractual, puso a disposición de aquella *«todos los puntos en los cuales promocionaba y explotaba»* el negocio, con el objetivo de que *«preparase y desarrollase los procesos de concurso, asignación y adjudicación de estos puntos a otros miembros de la Red de Agentes/Distribuidores»*.

11.- Con todo y lo anterior, el contrato atacado contenía estipulaciones «*antinómicas*», pues aun cuando se le denominó de «*distribución*», sus elementos esenciales daban cuenta de un «*típico y nominado negocio de agencia comercial*», a esa conclusión arribaron las «*treinta (30) providencias*» emitidas en sede arbitral y ordinaria dentro de pleitos promovidos por otras empresas frente a Comcel S.A., respecto de convenios «*idénticos*» al de ahora, de ahí que, a la gestora le asista una «*legítima expectativa de que la administración de justicia declarar que el contrato sub judice es un típico y nominado agenciamiento comercial*».

12.- Agregó que, gran parte de las cláusulas del pacto demandado son abusivas, en la medida en que: i) Hay estipulaciones de «*renuncia a las prestaciones e indemnizaciones*» en detrimento de la promotora; ii) Se impuso condiciones de «*indemnidad*» en beneficio de la adversaria; iii) Se implantaron disposiciones que «*simulan un débito de LA DEMANDANTE que está llamado a compensarse con la Prestación Mercantil reclamada*»; iv) Se establecieron formalidades impidiendo el «*derecho de retención por parte de LA DEMANDANTE*»; v) Se colocaron «*documentos bajo el título de Actas de Conciliación, Transacción y Compensación, los cuales no incorporaron mecanismos alternativos para la resolución de controversias, ni tampoco concesiones recíprocas*» y; vi) Se extendió una estipulación de «*renovación mensual*».

Se adujo que esas disposiciones convencionales tuvieron por objeto la «*elusión, minimización y/o renuncia*» de los efectos económicos derivados del «*contrato de agencia comercial*»

en desmedro de la gestora y la «*exclusión de responsabilidad civil*» a favor de la compelida.

13.- De estas circunstancias nace que entre las partes se pactó un verdadero acuerdo de «*agencia mercantil*», por ende, la reclamante tenía derecho a percibir un importe equivalente a la doceava parte del promedio de las «*comisiones, regalías y utilidades en los últimos tres años, por cada uno de vigencia de la relación jurídica patrimonial*», la cual perduró desde el 23 de noviembre de 2005 hasta el 15 de junio de 2018. Empero, Comcel S.A. desatendió el pago de esa prestación, siendo inexistente desembolsos anticipados revelados por la contabilidad de dicha compañía, pues hizo parte de una estrategia contable denominada «*80/20*», consistente en que se incluyó en las facturas un rubro denominado «*20% equivalente al pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier motivo pueda llegar a causarse*» en beneficio de la convocante.

14.- Sin embargo, los «*abusos*» de la querellada no pararon ahí. A partir de 2014, se redujeron sustancialmente los ingresos que la actora percibía como resultado de su encargo, pues, en esa calenda se eliminó la comisión por la permanencia de los planes pospago que vendía; en noviembre de 2015 se redujo la comisión por activación de *sim card*, pasando de \$2.586 por cada activación a \$862; en el año 2016 se modificó el sistema que se utilizaba para la comisión por los «*kits prepago*», modificando la bonificación fija por legalización, que antes ascendía a \$12.500 por cada venta, para ajustarla al 30% de las recargas realizadas durante los

primeros seis meses, eliminándose también la bonificación por buena venta de «kits prepago» y a finales de 2017 se redujo en un 45%, la comisión por recaudo que se proporcionaba por los centros de pago de servicios.

15.- Lo anterior conllevó a que la libelista diera por culminado el contrato por justa causa «provocada por Comcel», procediendo esta última a partir de su enteramiento a dejar de liquidar y pagar la comisión residual que se forjaba por la activación de planes pospago, lo que trajo un «enriquecimiento» para ella y, correlativamente, un «empobrecimiento» para la gestora, viéndose obligada a culminar los contratos laborales del personal destinado a ejecutar el acuerdo demandado y a dar por terminados los arrendamientos de los locales comerciales donde funcionaban los puntos en los que se llevaba a cabo el encargo negocial.

16.- Aunado a lo antedicho, en el compromiso censurado quedó estipulado que durante la vigencia del lazo mercantil, cada 12 meses los negociantes debían suscribir unas «Actas de Conciliación, Transacción y Compensación» con el propósito de «conciliar créditos recíprocos para acordar paz y salvos parciales» respecto de comisiones «causadas y pagadas en cada anualidad», pero en verdad, esos arreglos buscaban esquivar «las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial», pues, ni siquiera contienen «acuerdos conciliatorios en los términos de la Ley 640 [de 2001]», ni mención a una «controversia litigiosa y de una concesión recíproca, contratos de transacción», tampoco «mecanismos de compensación como forma de extinción de obligaciones».

17.- Finalmente, a voces de lo dispuesto en el canon 1326 del estatuto mercantil, la peticionaria tiene el «*derecho de retención y privilegio*» de los activos de Comcel S.A. que se hallare en su poder hasta tanto esta última desembolse el monto de su indemnización.

C. El trámite de las instancias

1.- El Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda el 20 de agosto de 2019 [Fls. 236, 01 Expediente Digitalizado Cuaderno Principal] y el 12 de noviembre de 2020 se asintió su reforma [Fls. 463, ibidem].

2.- Al contestarla, Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A., se opuso a las aspiraciones, aceptó algunos hechos y negó otros, destacando que el pacto formalizado fue únicamente de distribución y nunca ostentó la naturaleza de agencia comercial. Adicionalmente, formuló los medios exceptivos de «*prescripción extintiva, transacción, compensación, pago, inexistencia del contrato de agencia comercial e improcedencia del pago de prestaciones del art. 1324 del Código de Comercio, inexistencia de la alegada posición de dominio contractual de Comcel y del supuesto abuso de la misma, inexistencia de la supuesta imposición por parte de Comcel de cláusulas abusivas, inexistencia de circunstancias que constituyan un presunto incumplimiento por parte de Comcel y de terminación del contrato por justa causa, buena fe y aplicación de la doctrina de los actos propios, inexistencia de un ejercicio abusivo de las facultades contractuales de Comcel, improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas de los contratos de distribución suscritos entre Comcel y Comline e improcedencia de declaratoria de intereses moratorios*».

A la par, aseveró que el medio de defensa de «compensación», está llamado a salir a flote, dado que la demandante es deudora de *«la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos que recibió durante la ejecución del contrato (...), más una suma equivalente al 20% de la cifra resultante, como contraprestación por el aprovechamiento del nombre comercial de Comcel»* y, la cancelación previa de una deuda futura no cuenta con prohibición legal, motivo por el cual se remitió a los registros contables de la sociedad que reflejan transacciones por conceptos como pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones [Fls. 1-79, 04Escrito Contestación Reforma Demanda].

3.- La primera instancia culminó con sentencia de 11 de febrero de 2022, en la que el juzgador de conocimiento, tuvo por probadas, parcialmente, las excepciones de *«transacción, inexistencia de la alegada posición de dominio contractual de Comcel y del supuesto abuso de la misma; inexistencia de la supuesta imposición de cláusulas abusivas, inexistencia de circunstancias que constituyan un presunto incumplimiento por parte de Comcel y, buena fe, inexistencia de un ejercicio abusivo de las facultades contractuales de Comcel»*; declaró que entre las partes existió un contrato de agencia comercial vigente entre el 23 de noviembre de 2005 y el 15 de junio de 2018, en la forma y términos señalados en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

Como consecuencia de lo anterior, sancionó al extremo pasivo a pagar a favor de Comline S.A.S. la suma de \$972.764.872 a título de cesantía comercial (artículo 1324 del Código de Comercio), más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima comercial, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago

total de la obligación y, autorizó a la pasiva a retener la suma de \$528.929.196, dinero que podrá mantener en su poder hasta la cancelación de la suma que será objeto de condena en el fallo [Fls. 1-28, 53. Fallo Primera Instancia20220211.pdf].

4.- Apelada esta determinación por ambas partes, fue revocada por el Tribunal, para en su lugar, negar las ambiciones de la reclamante y la condenó en costas [Fls. 1-27, 0006Expediente Digitalizado.0072Segunda Instancia. Cuaderno Apelación Sentencia.p.d.f.]•

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1.- El Tribunal comenzó por indagar, en primer término, si el convenio demandado fue abusivo, si Comcel S.A. obró en una posición dominante y si Comline S.A.S. se adhirió a su querer, elucidando del siguiente modo:

1.1.- Destacó cómo en nombre de la autonomía de la voluntad y de la libertad negocial, las partes pueden concertar las reglas de juego en un vínculo contractual hasta el punto de establecer uno ajeno a la normatividad, eso sí, sin aparejar su desconocimiento o la incursión de *«alguna causal de nulidad o ineficacia»*.

Teniendo esto en mente, para el *ad quem*, las pautas legales en materia de agencia comercial son enteramente de *«disposición patrimonial y no de orden público»*, por ende, no resultaba viable inferir que las cláusulas recogidas en esa tipología de compromisos fueran abusivas.

1.2.- Así pues, halló la Magistratura que la gestora no probó *«verse en una acorralada situación de presión»* al suscribir el convenio demandado, mucho menos, alguna situación de coacción en la etapa precontractual por allá en el año 2005, más bien, y de eso dio fe la accionante en su interrogatorio de parte, su interés era hacer parte del negocio, tanto así que, una vez Comcel S.A. expuso las exigencias para ello procedió a satisfacerlas a cabalidad, *«incluso a prestar una garantía real, luego, leyó el documento y procedió a suscribir libremente el negocio jurídico “para empezar la operación”, acto que cometió “libre y a consciencia”*. También aseguró que durante 13 años no puso en conocimiento de la enjuiciada su inconformidad frente a la naturaleza jurídica del contrato, porque ello solo sucedió en 2018.

Coligió, entonces, que en virtud de la *«autonomía de la voluntad privada»* los contendientes pactaron las cláusulas 4 y 15, según las cuales, el acuerdo suscrito no debía interpretarse como uno de agencia comercial y quedaba excluida toda relación jurídica atinente a esa forma negocial, por no ser la intención de los negociantes.

Y aun cuando la pleiteante aseveró que hizo una *«serie de observaciones»* con antelación a la celebración del mentado compromiso, en la vista pública omitió detallar su contenido, las razones por las que no compartió sus estipulaciones o las condiciones supuestamente desfavorables a sus intereses, o *«algún tipo de controversia o disgusto de tal entidad que pudiera desencadenar en la ineficacia o invalidez del negocio celebrado, pues a*

duras penas mencionó haberlas presentado de manera verbal –sin decir cuáles-, sin que su dicho se halle probado».

1.3.- Además, en sentir del *ad quem*, resultaba extraño que después de más de una década de suscrita la convención la activante mostrara incordio frente a lo allí pactado, sobre todo, en la afectación patrimonial que le ocasionaba y todavía más si en cuenta se tiene que su vigencia alcanzaba un año, término prorrogado en varias oportunidades *«por periodos mensuales de renovación, por voluntad de los propios contrayentes»*, sin sanción alguna si no había extensión, tal y como lo declaró el testigo Evelio Arévalo, abogado en el área de contratos de la convocada.

2.- A continuación, se aplicó al estudio de los elementos del contrato de agencia mercantil para averiguar si en la ejecución del pacto confutado se hallaban presentes, o contrariamente, éste conservaba su genuina naturaleza, de distribución.

2.1.- Siendo pacífico en el debate la existencia del compromiso y su duración -desde el 23 de noviembre de 2005 hasta el 15 de junio de 2018- la Magistratura comenzó por referirse al presupuesto denominado *«zona específica»*, del cual halló plena coincidencia en las declaraciones de las compañías enfrentadas, en cuanto eso de que las prestaciones del acuerdo se desarrollaron en el departamento de Antioquia.

2.2.- Hablando ya de la «*labor independiente, autónoma y estable*», el *iudex* plural oteó la versión del vocero de la enjuiciada, destacando que en su narración dejó bastante claro que Comline S.A.S. efectuó la prestación del servicio de telecomunicaciones de manera «*independiente y autónoma*», trazó su propia estrategia comercial y planeó su estructura organizacional en materia de contratación de personal y en la instalación de los «*puestos de comercio*» que estaba en capacidad de abrir, de donde halló configurado este segundo ítem.

2.3.- Se ocupó enseguida del presupuesto denominado «*agente por cuenta ajena con encargo de promover el negocio*» y, trayendo a colación un pronunciamiento de esta Corte en un asunto de «*compraventa al por mayor con finalidad de reventa*», recalcó que las actividades de publicidad y la conquista de clientela también son desplegadas por un «*distribuidor*» para revender los productos obtenidos de otro empresario.

Precisamente, a juicio de la corporación, Comline S.A.S. obró en dicha condición, toda vez que, en tratándose de «*planes prepago*» adquiría los equipos de Comcel S.A. para luego «*revenderlos*», ya fuera con la «*sim card*» asociada a esta última empresa o solamente la comercialización del aparato tecnológico, premisa que apoyó en lo relatado por Olga Patricia Martínez -«*líder regional de Comcel*»- y Andrés Martínez -«*Gerente de Comisiones de la pasiva*»-.

Otra era la situación de los «*planes pospago*». Según la colegiatura la precursora ofrecía al consumidor un «*paquete de*

Comcel por un servicio de megas o minutos», a cambio se le expedía una factura mensual, sin embargo, pese a que Comcel se favorecía con ese tipo de negociación, aquella no demostró que actuara por cuenta de la pasiva, más bien, por esa actividad recibía varias «comisiones», tampoco se acreditaron «esfuerzos adicionales por promocionar el negocio del empresario demandado, más que la venta de los planes para hacerse acreedor a una remuneración por esta».

Acerca de esto último destacó el Tribunal que, a diferencia del *distribuidor*, el *agente* tiene la función de «*promover y/o explotar los negocios del empresario*», labor que requiere un gran despliegue de «*mercadeo y publicidad*», no solamente la «*venta*», deducción que hizo a partir de un pronunciamiento de esta Corte. Tras lo cual, afirmó categóricamente lo que sigue:

revisado el material probatorio recopilado en el litigio, la actividad que aquí se evidenció fue la venta de productos o servicios, en la que la demandante le interesaba para bien propio, mantener las comisiones por la permanencia de los usuarios con las líneas de Comcel contratada, sin que nada se dijera acerca de la labor de mercado, porque si bien, en el interrogatorio de parte, el representante legal de la demandante manifestó que generaba “unas estrategias” para llegar a los clientes, las cuales, al parecer contaban con el visto bueno del Comcel, lo cierto es que durante el trámite del proceso, estas no fueron ilustradas al Despacho, ni demostradas.

El sentenciador tampoco halló en la documental alguna labor independiente desarrollada por la promotora, en aras de ampliar el mercado y la conquista de clientes. Lo que sí encontró fue las «*Circulares*» emitidas por la contradictora dirigidas a sus «*Distribuidores*» enseñando las «*directrices de la compañía y campañas publicitarias, en su papel de empresario*», es

más, en una de esas directivas Comcel S.A. puso a entera disposición de la gestora dos «agencias» para *«realizar actividades diferenciales con mayor impacto y lo más importante los costos que ustedes como distribuidores manejan»*.

2.4.- El testigo Andrés Martínez -Gerente de Comisiones de Comcel S.A.- explicó que ésta vendía los artefactos a la pleiteante por un coste menor al del mercado, para que tuviera un margen de ganancia con su reventa. En lo relativo a las *«comisiones recibidas por la transferencia de plan pospago»* el deponente mencionó que la encausada *«revisaba la permanencia en el tiempo de la línea activa y comentó que pagaba porcentualmente hasta el sexto mes de activación»* y que *«existía una comisión residual, la cual se generaba en una liquidación aparte, a partir del tercer mes de activación de la línea, si permanecía en ese estado, continuaba generando tal acreencia»*.

2.5.- A juicio del Tribunal, aun cuando Comline S.A.S. ejecutara tareas de fidelización de clientes y *«tramitación de reclamaciones por pagos de facturas»*, no la convertía en un *«agente comercial»* del extremo pasivo, en la medida en que esas actividades podían ser realizadas por un comerciante sin derivar de allí una relación de agenciamiento, premisa que soportó en un precedente de esta Corte.

De allí tomó pie para señalar que,

no quedó acreditada la gestión por cuenta ajena, con el encargo de promover y explotar el negocio de la pasiva, dado que la sociedad demandante evidenció que el haber realizado un trabajo de venta, al que le destinó su esfuerzo para lograr las comisiones y las diferencias entre la mercadería y la venta final, sin que haya demostrado haber desplegado, como ya se dijo, los esfuerzos de

mercadeo tendientes a promocionar la marca, posicionar el producto ante el consumidor final y atraer más clientes fieles, pues aunque en el escrito primigenio ilustró algunos diagramas en los que se vislumbra un crecimiento en la comercialización, lo cierto es que tales cifras y datos fueron genéricos en el acápite en donde se refirió a la labor de toda “la red de agentes/distribuidores”, sin que presentaran diagramas y otra representación de su actividad de promoción y explotación, razón por la cual resulta innecesario hacer más elucubraciones al respecto.

2.6.- En cuanto a eso de que la demandante sufrió un menoscabo económico que la llevó a dar por culminada de forma unilateral el vínculo comercial por las modificaciones del acuerdo cuestionado y el cobro de «penalidades» efectuado por la accionada, dijo el sentenciador que de ello no había prueba, por el contrario, *«en el expediente obran actas de transacción según las cuales se conciliaban todas las diferencias que existieren durante la ejecución del acuerdo, documentos que no fueron tachados de falsos y tampoco se desvirtuó su validez pese a que también pretendió nulificarlos por esta vía».*

Y retomando la versión de Andrés Martínez, destacó, de un lado, que en su narración trajo a colación que efectuaba las *«liquidaciones de manera semanal, que su método de operación consistía en recibir las facturas de los distribuidores y con ello pasaba a rendir un informe contentivo de “qué se le está pagando, por qué se le está pagando o cuándo no se le paga, por qué no se le paga”, a lo que agregó, que también contaba con “unos canales abiertos” para que los distribuidores, enviaran sus reclamaciones»*, precisamente, dijo sobre esto último que reexaminados los *«estados de estas cuentas del último periodo comprendido desde el año 2016 y hasta el cierre de la relación contractual (...) no encontró reclamaciones por parte de Comline, ni siquiera al finalizar el contrato».*

Otro tanto recordó Edwin Vargas -empleado de la compañía contratada por la pasiva para prestarle el servicio de auditoría y revisoría fiscal-, quien indicó que *«nunca ha hallado alguna situación anormal en los estados financieros y contables de la [pasiva]»*.

3.- En suma, concluyó el *ad quem* *«el contrato de distribución no logró desvirtuarse con las reglas propias de la agencia comercial»*, por ende, no había lugar a acceder a lo pretendido por la gestora.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

El casacionista planteó cuatro (4) cargos contra la sentencia, de los cuales sólo el tercero fue recibido a trámite (AC3013-2023), que habrá de despacharse a continuación.

TERCER CARGO

Formulado al amparo de la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, se denunció la violación indirecta de los artículos 1317 del Código de Comercio y 2469 del Código Civil por interpretación errónea; las pautas 830, 870, 871, 880, 1324, 1325, 1327 y 1330 del estatuto mercantil y 15, 16, 1546, 1603, 1618, 1621, 1622 y 1624 de la codificación civil, por falta de aplicación; como consecuencia de errores de hecho en la contemplación de los interrogatorios de parte, los testimonios, el dictamen pericial y la contestación de la demanda reformada.

De esta manera, como **yerros fácticos**, se denunciaron

los siguientes:

1.- Empezó criticando la valoración que hizo el Tribunal del interrogatorio de parte rendido por Felipe Alejandro García -representante legal de la enjuiciada- del cual, dijo el opugnante, se aprecia con claridad la existencia de un lazo de «*agencia mercantil*», pues en su versión afirmó que: a) La actora «*estaba facultada para realizar actividades de publicidad y mercadeo*»; b) La promotora tenía «*una licencia para usar las marcas Comcel y/o Claro, circunstancia que no es propia de un mero contrato de distribución*»; c) Comline S.A.S. hacía uso de dichas marcas y ese encargo era ejecutado por cuenta de Comcel S.A.; d) Los puntos de atención instalados por la demandante estaban distinguidos con el logo de «*Claro, mostrando que el encargo era por cuenta de Comcel*»; e) Las personas que adquirirían servicios «*pospago*» suscribían un «*contrato de prestación de servicios*» directamente con la encausada, es decir, la clientela pertenecía a esta última, por ende, «*la operación no se trataba de una mera compra para la reventa*» y; f) En tratándose de «*planes prepago*» la compra del equipo tecnológico iba atada a la adquisición de una «*sim card*», en cuyo caso, los «*abonados*» firmaban un compromiso de «*prestación de servicios*» con la conminada, de ahí que, no se trataba de una simple operación de «*venta para la reventa*».

En opinión del censor tampoco «*resultaba extraño*», como lo dijo el *ad quem*, que por 13 años la convocante jamás elevara reclamo alguno por la «*naturaleza o términos de la negociación*», si es que las «*discusiones relativas a las prestaciones de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, únicamente surgen al*

momento de la finalización del contrato». Y el hecho de que uno de los contratantes no suscriba el acuerdo y no muestre «enérgicamente» su inconformidad durante su ejecución, para nada es «indicativo de que aquellas estipulaciones contractuales que expresamente excluyen el contrato de agencia mercantil no sean abusivas».

Por si fuera poco, resaltó el recurrente, la corporación dio una alcance que no tenía al relato de Carlos Eduardo Álzate -manager de Comline S.A.S.-, quien aseguró lo siguiente: i) Que se llevaron a cabo «*estrategias comerciales*» para conseguir clientela a favor de Comcel S.A.; ii) Que mediante «*barridos con vendedores, perifoneos, publicidad radial en emisoras y en páginas amarillas de directorios telefónicos*», promocionó y comercializó los servicios de telefonía «*prepago como pospago*» por cuenta de la accionada; iii) Que el compromiso demandado fue «*enteramente predispuesto por Comcel y que Comline no tuvo oportunidad de negociar ninguna de sus estipulaciones*», tanto así que, cualquier inconformidad frente a estas hubiesen conllevado a su no celebración o a su no renovación; iv) Que las condiciones impuestas por la encausada generaron un «*detrimento económico para Comline, hasta el punto de significar la inviabilidad del negocio*» y; v) Que la adversaria pretendió la suscripción de un «*acta de terminación*» para que la gestora renunciara a «*todas las prestaciones y derechos derivados del Contrato*», en vez de ello, propuso la firma de uno de «*agencia para promover y explotar los servicios de Comcel y Telmex*».

2.- Enseguida acusó al sentenciador de cometer error de hecho en la apreciación de varios testimonios.

2.1.- Cercenó la declaración de Evelio Arévalo -abogado del área de contratos de Comcel S.A.-, quien aseveró que el acuerdo demandado *«fue enteramente predispuesto por Comcel y que, si bien no se generaban multas por la decisión de no prorrogarlo, la no aceptación de los términos en él contenidos comportaba la no suscripción o continuidad de este»*.

2.2.- Omitió valorar en su real dimensión el dicho de Olga Patricia Martínez -*«líder regional de Comcel»*-, según el cual: i) La promotora efectuó *«actividades de publicidad, tales como perifoneos, instalar carpas frente al local comercial donde colocaban música, volanteo, vendedores fuera con vitrinas y camionetas»*, cuyo propósito era la búsqueda de clientes para la opositora; ii) En la modalidad *«pospago»* los usuarios pertenecían a la demandada tan pronto suscribían el *«contrato de prestación de servicios»* y en materia de *«kits prepago»* la obtención del equipo estaba atada a la adquisición de una *«sim card de Comcel»*, por tanto los compradores eran de esta última; iii) Tratándose de *«planes prepago»*, la auspiciante no tenía libertad para determinar el coste de los equipos que la compañía contradictora le suministraba; y iv) El convenio demandado fue de adhesión *«por haber sido enteramente predispuesto por Comcel»*.

2.3.- En sentir del censor, la magistratura derivó *«consecuencias»* que no se infieren de lo relatado por Andrés Francisco Martínez -Gerente de Comisiones de Comcel S.A.-, puesto que de su dicho se desprende que: i) La activante ejerció tareas de *«promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil»* por cuenta de la interpelada, hasta el punto que

la clientela le pertenecía a ésta; ii) La precursora no contaba con libertad para fijar el precio de venta de los equipos y los servicios ofrecidos a los usuarios, como ocurre en los acuerdos de «*distribución*»; iii) En materia de «*telefonía móvil en la modalidad prepago*», Comline S.A.S. percibía una remuneración por cada «*activación de una línea*», pero esa retribución «*era más que una simple utilidad en la reventa*».

2.4.- Otro yerro fáctico, en opinión del recurrente, cometió el fallador en el examen del testimonio de Edwin René Vargas Salgado -trabajador de Ernst & Young-, pues se refirió a una certificación sobre «*pagos anticipados e indemnizaciones con corte de 31 de diciembre de 2018*», circunstancia ajena con la «*modificación unilateral de las condiciones del Contrato invocadas por Comline para la terminación con justa causa de la relación comercial*».

2.5.- Finalmente, el juzgador dejó de lado lo atestiguado por Juan Carlos Villescas Cuervo -Gerente de Trade Marketing de Comcel S.A.- quien, según el casacionista, aseveró que la accionante «*ejecutó actividades de publicidad y mercadeo para la consecución y fidelización de clientes de Comcel*».

3.- A continuación, el impugnante endilgó al Tribunal «*error de hecho*» en las pruebas trasladadas de los procesos arbitrales iniciados por MDC S.A.S. y K-Celular S.A.S.- contra Comcel S.A.

3.1.- Inició su embestida trayendo a colación lo declarado por Óscar Rodríguez en la causa arbitral de MDC

S.A.S. contra Comcel S.A., del cual dijo que se colegía cómo la reclamante llevó a cabo *«el encargo por cuenta de Comcel, pues fue esta última quien asumió la totalidad de los riesgos propios de la operación»*.

3.2.- En cuanto al juicio arbitral promovido por K-Celular S.A.S. vs. Comcel S.A., el opugnante hizo referencia a los testimonios de Sonia Viviana Jiménez, Sonia de la Roche y José Orlando Peralta y, tras reproducir textualmente algunas líneas, dijo que de estos se desprendía que las *«Actas de conciliación, transacción y conciliación de cuentas» correspondió a un simple finiquito de cuentas y no a un verdadero contrato de transacción»* como lo dedujo el *ad quem*.

4.- En lo tocante con la evidencia documental, el censor lanzó las siguientes críticas:

4.1.- Con respecto al *«Contrato de voz suscrito el 23 de noviembre de 2005 entre Comline y Comcel»*, señaló que el sentenciador no comprendió *«su real extensión, limitando indebidamente su verdadero alcance»*. Por decir algo, en varias estipulaciones la enjuiciada muestra su intención de descartar la naturaleza de la convención como de *«la agencia comercial»*, de donde pudo colegir el Tribunal -y no lo hizo- que tanto afán y esfuerzo por prescindir de esa tipología de negocio, es porque *«no obedece a uno de distribución, sino que se corresponde con aquel que insistentemente busca excluir»*.

Adicionalmente, gran parte del clausulado del convenio aludido dejan ver, sin duda, que su naturaleza fue uno de

«*agencia comercial*», toda vez que: i) La clientela pertenecía a la enjuiciada; ii) Comline S.A.S. fue encargada para ejecutar labores de «*mercadeo, promoción y venta de los servicios de Comcel*»; iii) La accionante percibía una «*remuneración por la promoción del negocio de Comcel*»; iv) La interpelada asumió el «*riesgo operativo relacionado con el correcto funcionamiento de las redes celulares y de los equipos terminales (teléfonos celulares y sim cards)*»; v) Comcel S.A. suscribía directamente con los usuarios los contratos de prestación de servicio de telefonía móvil, los cuales eran redactados por aquella bajo sus condiciones; vi) La gestora tenía la tarea de promover el negocio de la conminada «*siendo esta última la facultada para determinar los estándares de mercadeo y ventas del servicio*», además fijar «*unilateralmente*» las tarifas y los costos de los «*servicios y productos*»; vii) Los «*dineros recaudados por Comline durante la ejecución del Contrato pertenecían a Comcel, por lo que este debía consignarlos oportunamente a órdenes de esta última*»; viii) La reclamante le estaba vedado «*ofrecer servicios de otros operadores diferentes a Comcel*»; ix) La demandante solamente podía promocionar el negocio bajo «*la marca de Comcel, sin que pudiera taparse tal signo con avisos ubicados encima o al lado de este*»; x) La entrega del aparato al adquirente iba atada a la «*activación del servicio de telefonía móvil celular, por lo que constituía un incumplimiento dejar de entregar el equipo propiciando que el cliente no pudiera utilizar el servicio de inmediato*»; xi) En la modalidad «*prepago*», la interesada se comprometió a cancelar el coste de los artefactos tecnológicos cuando, una vez entregados a los clientes, estos no hicieran la activación con la accionada, de modo que, «*lo que remuneraba Comcel era realmente la consecución de clientes para el servicio de telefonía móvil, debido a que si quien adquiría el aparato no registraba actividad Comline perdía su beneficio*»; xii) Los negociantes pactaron que la «*mera tolerancia*» respecto del

incumplimiento de alguna de las prestaciones del convenio, no tenía la *«connotación de modificación tácita de la voluntad contractual o de renuncia a las consecuencias del incumplimiento»*; y xiii) La *«real naturaleza de las denominadas actas de conciliación corresponde a un finiquito o cruce de cuentas entre las partes, a partir del cual se definen los saldos pendientes entre ellas»*.

4.2.- En lo atinente al *«otrosí al contrato de voz suscrito entre Comline y Comcel»* en el año 2008, el recurrente dijo que se omitió por completo su apreciación, el cual evidenciaba que los negocios comercializados y promocionados por la accionante eran exclusivamente de la demandada, pues, i) Comline a través de Centros de Pagos y Servicios (CPS) recaudaba los dineros de los usuarios por la prestación del servicio de telefonía móvil a cambio de una remuneración; ii) Ese caudal era propiedad de la opositora; y iii) El quehacer de la convocante *«no se limitó a una mera compra para la reventa»*.

4.3.- En opinión del censor, tampoco se ponderó materialmente los *«Treinta y Dos (32) contratos celebrados por Comcel con miembros de su red de agentes/ distribuidores entre los años 1994 y 2011»*, en los que de forma abusiva la compañía antagonista excluyó la existencia de una *«agencia comercial»*.

4.4.- Aunado a lo anterior, la corporación dejó de lado los *«Informes anuales de Comcel, correspondientes a los años 2005 a 2016»*, de donde se podía constatar que los ingresos de la contrincante provenían de la prestación del *«servicio de telefonía móvil»* y la venta de dispositivos (teléfonos celulares y *sim cards*), mismos que anualmente fueron creciendo gracias al

trabajo realizado por la «*red de agentes/distribuidores independientes*».

Encima, el «*negocio*» de Comcel siempre fue la «*prestación del servicio de telefonía móvil celular*», de ahí que, «*la venta de los equipos e[ra] una labor accesoria y necesaria*» para ese objetivo. De hecho, según estas probanzas los riesgos de cartera, operativo y de mercado fueron asumidos por la enjuiciada.

4.5.- Ni qué decir del «*Informe de sostenibilidad de Comcel de los años 2014, 2015 y 2016*», según los cuales, la clientela conquistada por la gestora era de la querellada, es más, en el «*informe del año 2016*» se deduce que «*la red de agentes/distribuidores de Comcel, entre ellos Comline, realizaron 25.962 eventos promocionales de activación de la marca “Comcel/Claro” en el año 2015 y 22.477 durante tal año*».

4.6.- A voces del casacionista, el *ad quem* omitió tener en cuenta el «*Contrato público de concesión No. 000004, de fecha 28 de marzo de 1994, exhibido por Comcel*», con arreglo al cual, la perseguida era la única autorizada para la «*prestación del servicio de telefonía móvil celular*» en el área oriental del país, por ende, las gestiones de promoción adelantadas por la reclamante se ejecutaron por cuenta de aquella y «*que una vez vinculados contractualmente los usuarios, estos pasaban a ser clientes de Comcel*».

4.7.- Mucho menos, paró mientes en las Resoluciones Nos. 598 de 27 de marzo de 2014 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y 4444

de 26 de marzo de 2014 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, según las cuales, Comcel S.A. estaba autorizada para *«prestar el servicio de telefonía móvil celular en Colombia»* y se prohibió el *«establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles»*, respectivamente, por consiguiente, la actividad de la petente estuvo orientada a *«promover y explotar el servicio de telefonía móvil celular de Comcel y no en una operación de compra para la reventa»* y que la *«venta de equipos, tanto en modalidades prepago como pospago, siempre ha sido accesoria o complementaria a la prestación del servicio de telefonía móvil prestado por Comcel»*.

4.8.- Incluso, dijo el censor, la Magistratura eludió las *«circulares»* remitidas por la convocada a su *«red de agentes/distribuidores»*, en las que se evidencia que Comline S.A. actuaba por cuenta de aquella: i) Bien comercializando los *«servicios de telefonía móvil»*, ora, ofertando el equipo electrónico; ii) Remitiendo a sus *«agentes/distribuidores»* la *«papelería que incorporaba los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, junto con los pagarés que los clientes debían completar»*; iii) Otorgando instrucciones precisas de la manera en que *«debía ejecutar el encargo de explotación del servicios de telefonía móvil celular»*; iv) Asimismo, determinaba el contenido de las *«solicitudes de servicio»* de los clientes y las estipulaciones del *«contrato de voz y datos»*, así como la forma en que sus *«agentes/distribuidores»* los diligenciarían, vinculando jurídicamente a la querellada con los usuarios; y v) En 2016 reconoció a favor de sus *«agentes»* una *«bonificación por buena venta de Kits Prepago»*, pero luego de 10 años fue eliminada *«unilateral e intempestivamente»* por la accionada, lo que *«constituye*

un ejercicio abusivo de la facultad unilateral que tenía Comcel de delimitar el contenido de la remuneración a favor de su red de agentes/distribuidores».

4.9.- A continuación, el recurrente le achacó al sentenciador haber ignorado las *«Cartas de Comisiones enviadas por Comcel a Comline»* entre 2005 y 2018, de acuerdo con las que, en tratándose de *«planes prepago»*, la gestora estaba en la obligación de *«pagar a Comcel la totalidad de los teléfonos celulares, equipos y productos, cuando habiéndolos entregado al cliente, este último no realizaba la activación del servicio de telefonía móvil»*, de donde surque que, *«lo que remuneraba Comcel era realmente la consecución de clientes para el servicio de telefonía móvil, debido a que si quien adquiría el aparato no registraba actividad, Comline perdía su beneficio (margen de utilidad)».*

Aunado a ello, de esa probanza documental también se desprende que la contradictora alteró por iniciativa propia *«las bases para la causación de la comisión por residual»* y eliminó la *«comisión por permanencia en planes pospago»*, lo cual conllevó a que la precursora diera por culminado el compromiso demandado por justa causa, pues, Comcel S.A. *«no estaba habilitada para imponer nuevas condiciones»*, además, ese obrar da cuenta del *«ejercicio abusivo de [sus] derechos».*

4.10.- En otro segmento, aseveró que el fallador concluyó erradamente *«que no existe prueba de que el Contrato fue terminado por Comline con justa causa imputable a Comcel»*, pues, obran en el plenario unas *«actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas»*, según las cuales, *«se conciliaban todas las diferencias que existieren durante la ejecución del acuerdo».*

No obstante, a voces del casacionista, esos folios tienen un alcance diferente al dispensado por el Tribunal, a saber: i) No son «*actas de conciliación*», dado que, «*los acuerdos no fueron realizados ante un tercero imparcial y calificado para ello*»; ii) Tampoco tienen la naturaleza de «*contratos de transacción*», ya que, de un lado, no se menciona la «*controversia o diferencia existente entre las Partes que motiva su celebración*», y de otra parte, «*no hay concesiones recíprocas*» entre las partes, simplemente hay una manifestación de «*paz y salvo*» de Comline S.A.S a favor de Comcel S.A.; iii) En la última «*Acta de Conciliación, Transacción y Compensación de Cuentas*» suscrita con fecha de corte 31 de diciembre de 2014, aunque se pactó un «*paz y salvo parcial*» de cuentas, estas no abarcaron las «*comisiones y demás derechos económicos que Comline reclama en este proceso y que se hicieron exigibles con posterioridad [a dicha data]*».

4.11.- Y en lo tocante con el «*preaviso de terminación del contrato*», aseguró el censor que el *iudex* plural lo desatendió por completo, siendo que, esa pieza acreditaba los motivos por los cuales la pleiteante decidió finiquitar *motu proprio* el vínculo contractual con la compelida, que no fue otra cosa que, la eliminación y desembolsos incompletos de comisiones, «*incumplimientos*» y «*conductas abusivas por parte de Comcel*» que «*afectaron el equilibrio económico del Contrato y provocaron la inviabilidad del negocio de Comline*».

5.- Finalmente, el suplicante imputó error de hecho al colegiado en la apreciación del dictamen pericial rendido por Jega Accounting House Ltda., del cual, bien pudo tener por

acreditado que: i) La promotora *«conquistó clientela para Comcel a través de la legalización de kits prepago y sim cards y la activación de planes pospago»*; ii) Adelantó labores de *«mercadeo y publicidad con su propio patrimonio»*; iii) Promovió y explotó *«el negocio de Comcel y recibió a cambio una remuneración»* y; iv) La comercialización de *«kits prepago se encontraba atada a la activación de una línea de telefonía móvil»*.

6.- Como colofón de la acusación, el opugnador alegó que ni los interrogatorios de parte, ni los testimonios, ni la prueba trasladada, ni la documental y menos aún la experticia practicada, dan cuenta de la celebración de un convenio de distribución. Más bien, de esos medios de convicción se deduce que: i) El acuerdo censurado es uno de *«agencia comercial»*; ii) Comline S.A.S. sí llevó a cabo *«labores de mercadeo y publicidad de los productos y servicios de Comcel bajo la marca Comcel/Claro»*; iii) En consecuencia, la actora tenía derecho a percibir la prestación mercantil contemplada en el artículo 1324 del Código de Comercio, así como la indemnización allí prevista.

En esa medida, dijo el recurrente, si el *ad quem* *«hubiera apreciado en debida forma los hechos y las pruebas, hubiera llegado a la convicción de que, en efecto, se acreditó la actuación a nombre y por cuenta de un tercero y, consiguientemente, hubiera constatado que entre las partes existió un contrato de agencia comercial»*.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Los elementos esenciales del contrato de agencia comercial.

1.1.- El artículo 1317 del estatuto mercantil define esta tipología de compromiso como aquella por medio de la cual *«un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. (...) La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente»*.

En palabras de la Corte, *«[m]ediante su concurso, un comerciante asume en forma independiente y estable, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios de sus productos»* (SC3645-2019).

Puestas en esa dimensión las cosas, para que pueda tener lugar el reconocimiento de la existencia de un convenio de *«agencia comercial»*, deben concurrir los siguientes elementos esenciales: i) Un encargo de promover y explotar negocios; ii) La independencia y estabilidad del agente; iii) Una remuneración a favor de éste y; iv) La actuación por cuenta ajena del agente.

La Sala se ha pronunciado sobre cada uno de dichos presupuestos, destacando sus principales características de cara a identificar la presencia de esta modalidad de interacción empresarial en otros tipos de compromisos, cuya celebración buscan encubrirla. Así, frente al primer

requisito, esto es, el «**encargo de promover y explotar negocios**» ha decantado que:

Del contrato de agencia surge para el agente una típica prestación de hacer, caracterizada como promoción y explotación de negocios ajenos, procurando por esa vía la progresión del mercado del empresario. Ello explica el especial tratamiento que dio el legislador al contrato en estudio, en tanto que la labor del agente debe redundar -al menos idealmente- en un beneficio directo al empresario, que extiende sus efectos aún después de finalizado el vínculo entre aquél y este.

La tarea del agente está orientada a acreditar una marca, conquistar una clientela y ampliar las oportunidades de venta de los bienes o servicios que provea el agenciado, a través de un conjunto de actividades -v.gr. elaboración de bases de datos de clientes, estudio de las condiciones del mercado, confección de piezas publicitarias, programación de jornadas de demostración, atención en la posventa, etc.- que pueden ubicarse en la fase de preparación del negocio (promoción), o en la de su perfeccionamiento (explotación), pero que siempre persiguen ganar un mercado para el empresario.

Ello es trascendente porque en otros negocios de intermediación -diferentes a la agencia- se promocionan bienes o servicios del productor primario, pero con finalidades distintas a la reseñada; así, el franquiciante, exclusivamente para su beneficio, publicita la marca y productos del franquiciado, tal y como lo hace el concesionario de vehículos con la marca de los que vende, por citar tan solo dos ejemplos (Subrayas en el texto, CSJ SC2407-2020, criterio reiterado en SC049-2023).

En lo atinente a la «**independencia y estabilidad del agente**», se ha adoctrinado que todo agente es dueño de una organización o empresa independiente a la del agenciado, la cual pone a su disposición para realizar las actividades de promoción y explotación de su negocio, pero, «no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra y, por ende, a coordinar con éste las actividades de promoción que desarrolle, como quiera que se trata de una labor de respaldo o apoyo a una actividad que a los dos beneficia» (CSJ. Casación Civil. Sentencia 199 de 15 de diciembre de

2006, expediente 09211, criterio reiterado en CSJ SC3645-2019).

La independencia y autonomía del agente tiene que ver, en primer lugar, con que *«el referido comerciante ejerce su actividad valiéndose de una organización distinta a la del agenciado, de modo que cuente con una estructura organizativa propia (oficinas, establecimientos de comercio, empleados, etc.), y desarrolle y ejecute el contrato autónomamente. Sin embargo, la emancipación del agente en el ejercicio de su misión contractual puede no ser absoluta, pues la misma naturaleza del encargo exige que aquel se plegue a ciertas pautas o directrices fijadas por el empresario (así lo señala el artículo 1321 del Código de Comercio), como es frecuente en materia de identidad corporativa, requerimientos de transporte y almacenamiento de productos, políticas de atención al cliente, entre otros supuestos»*. Y, en segundo término, que *«está ligada a la propia función económica de la agencia comercial, que exige la extensión en el tiempo del lazo contractual, tanto para que el agente pueda cumplir adecuadamente su misión, como para que pueda recuperar la inversión que supone diseñar una organización independiente (en los términos recién explicados)»* (CSJ SC2407-2020, criterio reiterado en SC049-2023).

Por su naturaleza onerosa, la ejecución de la *«agencia comercial»* implica una **remuneración a favor del agente** (art. 1322 C.Co), la cual consiste en un emolumento que *«puede adoptar diversas formas, algunas de ellas comunes a otros negocios jurídicos de intermediación; por consiguiente, no existe un modo de remuneración específico (comisión, prima de éxito, descuento, etc.) que pueda entenderse como un rasgo distintivo del contrato de agencia, con respecto a las restantes convenciones»* (ibidem), eso sí, más allá de la especie de estipendio, lo fundamental es que *«tenga el alcance de remunerar las actividades que el agente realiza por cuenta y a nombre*

de un empresario, bien mediante el pago de una cantidad fija o variable, ora representada en un porcentaje de las utilidades o regalías del negocio, ya combinando una y otra forma» (CSJ SC3645-2019).

Finalmente, esta clase de pactos conlleva el despliegue de una serie actividades en cabeza del agente por cuenta de otro: el agenciado, quiere decir ello que *«el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado, mientras que por sus labores de conexión aquel recibe una remuneración preestablecida (...).La actuación ‘por cuenta ajena’ (...) consiste fundamentalmente en que las principales utilidades, riesgos y costos de la operación radican en cabeza del empresario, lo cual explica que la clientela le pertenezca, una vez finalizado el agenciamiento» (CSJ SC, 10 sep. 2003, rad. 2005-00333-01, reiterada en CSJ SC2407-2020 y en SC049-2023).*

1.2.- Aunque la *«agencia mercantil»* ostenta unas características específicas, suele compartir rasgos comunes con otro tipo de convenciones, incluso, al punto que puedan generar confusión respecto de la tipología de vínculo, verbigracia, la *distribución*. En efecto, una lectura atenta del artículo 1317 del estatuto mercantil daría pie para inferir que en materia de *«agencia comercial»* los agentes también actúan como *«distribuidores»* de *«uno o varios productos»* del empresario.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que si bien eventualmente el *«agente»*, por la misma naturaleza de esa clase de acuerdos, tiene la posibilidad de llevar a cabo la labor de *«distribuir»* los bienes o servicios del agenciado, siempre actuará por cuenta y en beneficio de éste. He aquí la principal diferencia de la *«agencia comercial»* con los pactos de

«distribución», en estos últimos, los comerciantes obran independientemente en la búsqueda de un provecho propio, es así que,

algunos distribuidores pueden ser agentes; sin embargo, no todos pueden considerarse agentes, independientemente de que se identifiquen con algunos de los rasgos característicos de la agencia comercial; por ejemplo, los comerciantes que adquieren bienes o servicios para revenderlos.

En palabras de la Sala, “(...) cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final (...)” [CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297)].

Un simple distribuidor, al actuar en causa propia, es distinto del agente, porque debe asumir todas las contingencias de la operación, por ejemplo, la pérdida o el deterioro de las mercancías, el no pago de ellas, la insolvencia o iliquidez de los clientes, o la inestabilidad de los precios en el mercado (subrayado fuera del texto, CSJ SC3645-2019).

Y aunque, el *distribuidor* ejerce quehaceres de promoción, mercadeo y publicidad de los productos, lo hace a nombre y en interés propio, no por cuenta ajena como ocurre con el agente. De esta manera,

si el distribuidor compra al proveedor los productos para luego revenderlos y, en aras de lograr ese objetivo, adelanta labores de mercadeo, en tanto que una y otra actividad redundan solamente en su exclusivo beneficio o radican únicamente en él las consecuencias perjudiciales que de ellas se desprendan, es obvio que dicho gestionar no puede tomarse en cuenta para tener por cumplido el objeto de un contrato de agencia mercantil.

En tal virtud, cuando el beneficio económico del intermediario es la diferencia del precio por el que adquiere las mercancías del empresario y aquel al que luego las enajena, ese margen no puede considerarse remuneración para los efectos de la agencia

mercantil, en tanto que no proviene del agenciado, ni guarda relación con sus negocios, sino que es producto de la gestión de aquél, desarrollada en la ejecución de una actividad personal y propia.

*Agréguese que **la compra para revender típica de la distribución propiamente dicha, en tanto constituye la realización de un negocio propio del distribuidor, con todo lo que ello comporta, impide reconocer la ocurrencia de una agencia mercantil**, toda vez que es requisito sine qua non que el agente actúe por cuenta ajena (resaltado intencional, CSJ SC049-2023).*

Lo anterior, ha dicho la Sala, tiene fundamento en que,

cuando un comerciante difunde un producto comprado para [é]l mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final (...)’.

Un simple distribuidor, al actuar en causa propia, es distinto del agente, porque debe asumir todas las contingencias de la operación, por ejemplo, la pérdida o el deterioro de las mercancías, el no pago de ellas, la insolvencia o iliquidez de los clientes, o la inestabilidad de los precios en el mercado.

La contraprestación de la actividad es otro de los elementos que distancian al revendedor en una agencia, pues los distribuidores no la derivan del empresario, sino que, por sí, la amasan y construyen, sacando provecho de la diferencia de precios entre las operaciones de compra y de reventa.

Igual que en la agencia, la simple distribución tampoco excluye la intervención de los empresarios en actividades de cooperación, como publicidad (avisos en locales, camisetas, regalos, etc.), y mercadeo (incentivos, garantías, en fin), entre otras; o en materia de restricciones, imponiéndolas, verbi gratia, para salvaguardar la notoriedad de la marca o del producto y los demás derechos materiales e intangibles comprometidos en la distribución (subrayado dentro del texto, CSJ, SC3645-2019, citada textualmente en CSJ SC049-2023).

1.3.- En definitiva, en cuanto a estas dos modalidades de acuerdos *-agencia comercial y distribución-* la Corte ha fijado las siguientes diferencias:

(i) la venta de la mercadería ajena, hecha por el agente, se hace por cuenta del principal, apoyada en el mandato, mientras el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, facturándole al cliente y lucrándose con la diferencia; (ii) en punto a sus finalidades, el de agencia busca procurar al proponente un resultado derivado de la actuación del agente, en tanto la distribución halla por objeto que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela; (iii) la forma de actuación de los auxiliares independientes difiere por cuanto el agente no adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene, cosa que sí acontece en la distribución' (CSJ SC1121-2018).

Y más recientemente, consideró que:

La diferencia entre la simple distribución y la agencia comercial, por lo tanto, en línea de principio, no está dada por la intromisión de los empresarios en el desarrollo de una u otra actividad; tampoco en la penetración de los mercados; ni en la conquista de los clientes; menos, en la comercialización de bienes o servicios dentro de una zona prefijada. En estricto sentido, porque esas características son predicables de ambas modalidades de intermediación (CSJ, SC3645-2019).

2.- Causal segunda: los errores de hecho y de derecho en materia del recurso extraordinario de casación civil.

Como bien se sabe, el recurso de casación como medio de impugnación extraordinario no constituye una instancia adicional, ni atañe al aspecto fáctico de la controversia judicial (*thema decidendum*), por tanto, no es una nueva oportunidad para reabrir el debate sobre lo que se probó o no en el curso de las instancias, amen que su finalidad primordial y directa lo constituye la sentencia recurrida como

thema decissum, es decir el contenido del fallo proferido por el *ad-quem*, con el fin de dilucidar si éste incurrió en desaciertos reprochables, tanto en su labor de juzgamiento, como en los aspectos rituales (vicios de procedimiento), ambos transgresores de la ley, cuya ocurrencia y trascendencia pueda imponer el quiebre de la providencia, la cual arriba a la Corte amparada de la doble presunción de legalidad y acierto.

Dentro de los diversos motivos que el legislador ha previsto como causales de casación está la violación indirecta de normas sustanciales «*como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba*» (art. 336 C.G.P.).

2.1.- Cuando se alega *error de hecho* en la estimación de los medios probatorios, se requiere -como lo ha sostenido la Corte- que el enjuiciador acusado desacierte en la contemplación objetiva de los elementos suasorios por incurrir en un desatino paladino u ostensible, que haga vislumbrar una evidente contradicción entre lo inferido y la entidad ontológica de los componentes del acervo demostrativo.

El origen de la anotada falencia puede encontrarse en estimar erróneamente la existencia o inexistencia de una prueba, o en la interpretación contrapuesta a su contenido material. En ese sentido, la doctrina jurisprudencial de la Corporación ha advertido que este tipo de anomalía se

estructura en los eventos relacionados a continuación:

a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente¹;

b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad si existe en los autos²; y,

c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento». (CSJ SC4063-2020, criterio reiterado en SC2906-2021)

La comisión de los yerros referidos ha de llevar al juzgador a conclusiones contraevidentes, esto es, inversas a la realidad substancial que manifiestan los elementos persuasivos, dando por probados o no los hechos sobre los cuales versen.

Aunado a lo expuesto, el desatino debe gozar de relevancia indiscutible en la resolución del litigio, pues no es suficiente para quebrar la sentencia impugnada, que se advierta una incorrección en la apreciación de las probanzas -aun si esta es notoria-, si ella no alcanza incidencia en la definición de la relación jurídico substancial debatida en el juicio, al punto de variar el sentido de la determinación que reprocha el casacionista.

2.2.- De otro lado, el *error de derecho* supone la conformidad con el contenido material de la prueba, pero se reclama su indebida estimación, por mediar la violación de

¹ *Halla un medio inexistente, o falsea o distorsiona la objetividad de una prueba, agregándole algo que le es extraño (suposición).*

² *Ignora la presencia del medio demostrativo, o cercena parte de su real contenido para asignarle una significación divergente (preterición).*

normas de disciplina probatoria que atañen con la aportación, admisión, producción o estimación de la misma. Esto es, el desacierto surge porque en la apreciación jurídica del medio demostrativo el enjuiciador no observa *«los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere»*. (CXLVII, pág. 61, citada en CSJ SC 13 abr. 2005, rad. 1998-0056-02, reiterada en CSJ SC1929-2021, 26 may., rad. 2007-00128-01, CSJ AC3327-2021, 26 ag., rad. 2017-00405-01, ac 4145-2022 de 4 de oct, Rad. 2010-00090-01).

Se incluye, además, en esta tipología de pifia la no apreciación conjunta de los medios probatorios allegados al trámite, conforme lo impone el artículo 176 del Código General del Proceso, o la omisión en el decreto de pruebas de oficio en los precisos supuestos demarcados por la jurisprudencia.

2.3.- Aunado a lo anterior, tratándose del *error de hecho*, el literal a) del numeral 2º del artículo 344 del Código General del Proceso, le impone al casacionista la tarea de singularizar con *«precisión y claridad»* las pruebas indebidamente ponderadas, lo cual quiere decir que debe señalar el aspecto concreto del medio demostrativo en que

radica la equivocación del Tribunal.

Pero ello no para ahí. No basta con indicar la prueba y su ubicación espacial en el plenario, también se torna necesario exponer su contenido objetivo y contrastarlo con lo que de ella extrajo el sentenciador, alteró o dejó de ver, porque sólo de esa manera saldrá a flote el desliz imputado a éste, con trascendencia en la determinación combatida.

Puntualmente la Corte ha expresado que «-cuando [el casacionista] *endilgue al sentenciador violación de la ley sustancial, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas-, más que disentir, se ocupe de acreditar los yerros que le atribuye al sentenciador, laborío que reclama la singularización de los medios probatorios supuestos o preteridos; su puntual confrontación con las conclusiones que de ellos extrajo -o debió extraer- el Tribunal y la exposición de la evidencia de la equivocación, así como su trascendencia en la determinación adoptada*» (CSJ SC3142-2021 citada).

Así las cosas, si el objetivo de la censura es comprobar un yerro fáctico,

es insuficiente limitarse a esbozar o delinear el supuesto yerro en que habría incurrido el juzgador, siendo necesario que se acredite cabalmente, esto es, que se le presente a la Corte no como una mera opinión divergente de la del sentenciador, por atinada o versada que resulte, sino como corolario de una evidencia que, por sí sola, retumbe en el proceso. “El impugnante -ha puntualizado la Sala-, al atacar la sentencia por error evidente de hecho, se compromete a denunciar y demostrar el yerro en que incurrió el Tribunal, como consecuencia directa del cual se adoptó una decisión que no debía adoptarse” (CCXL, pág. 82), agregando que “si impugnar es refutar, contradecir, controvertir, lo cual exige, como mínimo, explicar qué es aquello que se enfrenta, fundar una acusación es entonces asunto mucho más elaborado, comoquiera que no se logra con un simple alegar que el juzgador de instancia carece de razón, sino que impone, para el caso de violación de la

ley por la vía indirecta, concretar los errores que se habrían cometido al valorar unas específicas pruebas, y mostrar de qué manera esas equivocaciones incidieron en la decisión que se repudia” (auto de 29 de agosto de 2000, exp. 1994-0088).

En suma, la exigencia de la demostración de un cargo en casación, no se satisface con afirmaciones o negaciones panorámicas -o generales- sobre el tema decidido, así éstas resulten pertinentes respecto de las conclusiones del Tribunal, siendo menester superar el umbral de la enunciación o descripción del yerro, para acometer, en concreto, el enjuiciamiento insoslayable de los argumentos del fallador, lo que se cumple mediante la exposición de la evidencia del error y de su incidencia en la decisión adoptada (CSJ SC, 2 feb. 2001, rad. 5670, criterio reiterado en CSJ SC963-2022).

Del mismo modo, es labor ineludible del impugnante atacar la totalidad de las conclusiones jurídicas o fácticas del juzgador, pues de omitir ese cometido y dejar a salvo argumentos esenciales que soportan la decisión combatida, esta no podría quebrarse en virtud del carácter restringido y extraordinario del recurso de casación.

A ese respecto, esta Corporación ha estimado que las censuras en esta sede excepcional deben 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 basilaes, la presunción de legalidad que les asiste se mantiene y dejan a flote la resolución dictada por el Tribunal (AC2229-2020... CSJ AC1585-2022)*» (CSJ AC2535-2023, reiterada en SC425-2024).

3.- El análisis de la acusación.

3.1.- Se sabe bien que el Tribunal desestimó las pretensiones de la compañía demandante, en esencia porque:

a) Tratándose de «*agencia comercial*», la normatividad mercantil es de «*disposición patrimonial y no de orden público*», de ahí que, las cláusulas vertidas en esa clase de convenios no sean abusivas;

b) Ni en la etapa contractual, ni en la ejecución del compromiso demandado, Comline S.A.S. manifestó su desacuerdo frente a su naturaleza, es más, fue la intención de los negociantes pactar que no podía interpretarse como de «*agencia comercial*»;

c) No había prueba del contenido de las «*observaciones*» realizadas por la reclamante al concierto o molestia a lo estipulado;

d) A partir de la valoración de los testimonios, estimó que la encausada le vendía los equipos tecnológicos a la demandante a un precio inferior al del mercado, para que ésta obtuviera un margen de ganancia con su reventa, actividad característica de un acuerdo de «*distribución*».

e) Echó de menos el requisito de la «*gestión por cuenta ajena*» con el «*encargo de promover y explotar el negocio de la pasiva*», por ende, no halló configurada la «*agencia comercial*» pretendida por la gestora;

f) En todo caso, de haber ejecutado Comline S.A.S. tareas de fidelización de clientes y «*tramitación de reclamaciones por pagos de facturas*», así como labores de promoción y publicidad, estas pueden ser llevadas a cabo por un comerciante, sin que ello signifique un «*agenciamiento comercial*»;

g) No se acreditó el detrimento económico supuestamente padecido por la convocante que la llevó a finiquitar unilateralmente el vínculo comercial con la enjuiciada, contrariamente, se encontraron sendas «*actas de transacción*» suscritas por las partes, cuyo propósito fue conciliar «*todas las diferencias que existieren durante la ejecución del acuerdo*», documentos que no fueron tachados de falsos, ni se desvirtuó su validez.

h) Y, de todas formas, tampoco estaba demostrada reclamación alguna de la promotora dirigida a polemizar los pagos efectuados como consecuencia de su labor.

3.2.- En la otra orilla, el censor pretende poner en duda dichas conclusiones, imputando al *ad quem* sendos yerros fácticos en la apreciación de los interrogatorios de las partes, los testimonios, las pruebas trasladada, documental y pericial, de donde, en su sentir, se colige la existencia de una relación de «*agencia comercial*», en particular, el presupuesto extrañado en la decisión combatida atinente a la «*gestión por cuenta ajena*».

a) Puso en duda la ponderación de lo atestiguado por

Evelio Arévalo, Olga Patricia Martínez, Andrés Francisco Martínez y Edwin René Vargas Salgado, quienes, en opinión del censor, aseveraron que: i) Comline S.A.S. cumplió actividades de promoción y comercialización por cuenta de Comcel S.A.; ii) Los precios de los equipos tecnológicos y demás servicios eran fijados por esta última; iii) La clientela pertenecía a la demandada y; iv) Ésta prefijó las estipulaciones del convenio fustigado. De otro lado, no tuvo en cuenta lo narrado por Juan Carlos Villescás Cuervo, en lo tocante con las tareas de publicidad y mercadeo desplegadas por la convocante para la consecución de usuarios.

b) Hizo referencia a varias declaraciones rendidas en los juicios arbitrales promovidos por MDC S.A.S. y K-Celular S.A.S.- contra Comcel S.A., en las que se ratificó, de un lado, que la interesada obró en nombre de la encausada y que fue esta quien asumió los riesgos de la operación mercantil y, de otra parte, las «*Actas de conciliación, transacción y conciliación de cuentas*» se suscribieron para finiquitar «*cuentas*» y no para transar obligaciones.

c) Trajo a este escenario el contrato cuestionado de 23 de noviembre de 2005, el otro sí a este de 2008, los «*Treinta y Dos (32) contratos celebrados por Comcel con miembros de su red de agentes/distribuidores entre los años 1994 y 2011*», los «*Informes anuales de Comcel, correspondientes a los años 2005 a 2016*», el «*Informe de sostenibilidad de Comcel de los años 2014, 2015 y 2016*», el «*Contrato público de concesión No. 000004, de fecha 28 de marzo de 1994, exhibido por Comcel*», las Resoluciones Nos. 598 de 27 de marzo de 2014 del Ministerio de Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones y 4444 de 26 de marzo de 2014 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, las sendas circulares enviadas por la convocada a la reclamante, las «*Cartas de Comisiones enviadas por Comcel a Comline*» entre 2005 y 2018, unas «*actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*» y un «*preaviso de terminación del contrato*».

Todas esas piezas, a voces del opugnador, acreditaban la gestión por cuenta ajena ejecutada por la demandante -«*mercadeo, promoción y venta de los servicios de Comcel*»- la remuneración que percibió por esas tareas, la asunción del riesgo de la accionada en el desarrollo del negocio, la permanencia de la clientela en cabeza de aquella, la determinación de los costes y las tarifas por la prestación del servicio de telefonía por parte de la convocada, la inclusión de una cláusula rechazando la verdadera naturaleza de la convención, las instrucciones impartidas por Comcel S.A. a su red de «*agentes/distribuidores*» para el éxito de la operación comercial, además, que las «*actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*» carecían de la condición de «*acuerdos de conciliación*», mucho menos de «*transacción*», y, que Comline S.A.S. dio por finiquitado el vínculo comercial con la enjuiciada debido a los incumplimientos y las conductas «*abusivas*» de ésta.

d) Y, de la experticia practicada por Jega Accounting House Ltda., el *ad quem* podía colegir que la gestora emprendió misión de conquista de clientela, adelantó labores de «*mercadeo y publicidad con su propio patrimonio*» y promocionó el negocio de Comcel S.A. por lo cual percibió una «*remuneración*».

3.3.- Sin embargo, si en la mira del casacionista estaba arrasar con los razonamientos del Tribunal, su faena debió encaminarse a encarar la totalidad de estos, cosa que no acaeció, pues, como se observa, dejó varios temas en el tintero a la espera de un ataque que nunca perpetró.

3.3.1.-A decir verdad, casi nada se refirió a uno de los ítems torales de la providencia acusada, relativo a la compra de mercancía para la reventa que ejerció la convocante, así como la ganancia obtenida, resultante de la adquisición de aquella a un costo menor del mercado y la venta a un precio mayor al consumidor final, que de plano descartaba la existencia de un lazo de «*agencia comercial*».

Aunado a lo anterior, el censor guardó silencio en cuanto a eso de que, si bien la convocante ejecutó labores de fidelización de clientes y «*tramitación de reclamaciones por pagos de facturas*», por si sola, no la convertía en un «*agente*» de Comcel S.A., ya que esas actividades podían ser llevadas a cabo por un comerciante sin derivar de allí una relación de agenciamiento.

En efecto, el *iudex* plural ultimó que:

aunque el a quo estimó que la ejecución del contrato se encaminaba a beneficiar y consolidar el nombre de la compañía, al punto que sus labores se enfocaban en conseguir la fidelidad de los clientes junto con la tramitación de reclamaciones por pagos de facturas, entre otras cosas, para la Sala tal conclusión es errónea, porque el hecho de que la labor de la demandante no culminara con una simple venta, sino que además existían unas tareas de publicidad y posventa, esto no significa que la relación contractual

se hubiere transformado en agencia comercial automáticamente por eventos como los que mencionó el juzgador de primer grado. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado: “Un comerciante puede recibir el encargo de promocionar y comercializar productos de un fabricante, e incluso asumir la prestación de servicios postventa, pero eso no lo convierte en agente comercial”

Y es que, la molestia del impugnante se enfocó en denunciar la supuesta indebida apreciación del haz demostrativo en otros aspectos muy distintos a las premisas torales del sentenciador y que sirvieron para descartar la existencia de la «*agencia comercial*», esto es, la compra para revender, lo cual, reportaba un beneficio propio para Comline S.A.S. y que las gestiones de mercadeo y fidelización de clientes podían también ser desarrolladas por un comerciante.

3.3.2.- Por si fuera poco, la magistratura lanzó otra reflexión que quedó inhiesta en la decisión confutada: la demandante no discriminó las estrategias concretas, ni especificó cómo llevó a cabo la «*promoción y explotación*» por cuenta ajena del negocio de la enjuiciada. A ese respecto, obsérvese que la arremetida del opugnante estuvo dirigida a reafirmar que de los medios de prueba se infería que sí se practicaron acciones tendientes a «*promocionar y explotar*» la actividad mercantil de Comcel S.A., no más; pero, en esencia, para el Tribunal no eran palpables esas labores, puesto que, no bastaba su mera mención, sino, que, además, debían estar patentes en el expediente.

Si el cometido de la censura extraordinaria era achacarle un error de facto al juzgador en ese preciso

aspecto, su quehacer era demostrar que esas actividades echadas de menos por el fallador brotaban de los medios de prueba aportados a la causa, es decir, cómo Comline S.A.S. llevó a cabo la comercialización de los bienes y servicios de la demandada y las estrategias utilizadas con el propósito de conquistar a los usuarios, empero, no lo hizo.

3.3.3.- De otra parte, la corporación consideró que la normatividad mercantil, en tratándose de *«agencia comercial»*, es de *«disposición patrimonial y no de orden público»*, de ahí que, las partes contaban con plena libertad para concertar las estipulaciones que regirían el vínculo negocial.

Bajo esa perspectiva, el *ad quem* encontró ayuno de evidencia sobre circunstancia de coacción en la etapa precontractual entre Comline S.A.S. y Comcel S.A., más bien, apoyado en el interrogatorio de parte de la convocante halló que ésta satisfizo, sin oposición, las exigencias de su contraparte con el fin de participar en el negocio venidero *«incluso a prestar una garantía real, luego, leyó el documento y procedió a suscribir libremente el negocio jurídico “para empezar la operación”, acto que cometió “libre y a consciencia”»*.

Asimismo, el sentenciador estimó que si bien la interesada elevó *«una serie de observaciones»*, debe decirse que estas se tornan en insuficientes, comoquiera que en su declaración, el representante legal no fue enérgico en detallar cuál clausulado no compartió en la etapa precontractual, ni las condiciones que le eran desfavorables y, a su vez, tampoco demostró que se presentara algún tipo de controversia o disgusto de tal entidad que pudiera desencadenar en la ineficacia o invalidez del negocio celebrado, pues a duras penas

mencionó haberlas presentado de manera verbal –sin decir cuáles-, sin que su dicho se halle probado».

Además, para el Tribunal,

resulta extraño que, durante cerca de 13 años de relación contractual, la aquí reclamante nunca hubiese expresado alguna inconformidad en cuanto a la naturaleza o términos de la negociación y que la presunta afectada dejara correr tanto tiempo sometida a un detrimento contractual, sin ventilar forzosos motivos que le impidieran terminar aquel vínculo obligacional desde que la misma se tornó adversa a sus intereses o perjudicial en su patrimonio, más aún cuando se trataba de un contrato con fecha de terminación cierta –un año de vigencia-, que claramente se prorrogó en múltiples oportunidades por periodos mensuales de renovación, por voluntad de los propios contrayentes.

En esencia, estos razonamientos fueron traídos por el juzgador para descartar que las cláusulas del compromiso censurado fueron abusivas, así como para desechar el reclamo respecto de supuesta postura dominante de la encausada en la relación negocial. Sin embargo, a lo largo de la crítica el opugnante no puso en duda esas conclusiones, ni la relativa a la libertad de las partes para acordar los términos del pacto, ni el silencio de la accionante en la etapa previa a la suscripción de este, mucho menos, en el desarrollo del mismo, el cual, se extendió por 13 años aproximadamente.

3.3.4.- Recapitulando, el alegato del censor no alcanza a derribar el pronunciamiento de segundo grado, si quiera a ponerlo en duda, conforme al cual: i) No existió «*agencia comercial*», porque Comline S.A.S. compró a Comcel S.A., equipos tecnológicos a un precio menor del mercado, los

cuales, posteriormente revendió a los clientes a un mayor coste, obteniendo un provecho propio; ii) Aunque la gestora alegó tareas de promoción, mercadeo y explotación del negocio de la compelida, de un lado, no se acreditó en qué consistieron esas labores y, de otra parte, si se hubieran demostrado, también las podía llevar a cabo un comerciante sin necesidad de derivar de ahí un «*agenciamiento comercial*» y; iii) Las estipulaciones del pacto atacado no son «*abusivas*», en primer lugar, porque las partes las acordaron libremente y, en segundo término, no hubo en la fase precontractual, ni en el desenvolvimiento del compromiso, desaprobación por parte de la interesada.

Y como estas reflexiones quedaron incólumes, la providencia combatida no puede ser quebrada, aun cuando se demostrase que el Tribunal incurrió en los errores denunciados, precisamente, por la doble presunción de legalidad y acierto con que llegan investidos los fallos objeto del recurso extraordinario de casación.

3.4.- Restaría sólo añadir, que la censura frente a la valoración de unas unas «*actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*» y de un «*preaviso de terminación del contrato*», tampoco cumple a cabalidad la técnica para acometer de fondo el estudio de la pifia imputada al Tribunal.

En efecto, el impugnante atribuyó al sentenciador la comisión de un yerro de facto en la contemplación de dichas piezas probatorias. En cuanto a las «*actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*», porque no tenían la

naturaleza de «*actas de conciliación*» ni de «*contratos de transacción*». Y en lo atinente al «*preaviso de terminación del contrato*», porque con este se evidenciaban las razones por las que Comline S.A.S. decidió unilateralmente dar por culminado el vínculo con Comcel S.A.

Empero, toda esa encomiable labor del casacionista emprendida para poner de manifiesto los desaciertos del juzgador en la valoración de aquellos documentos quedaron en un mero alegato, propio de una instancia. Al respecto, omitió traer al debate extraordinario el contenido objetivo de esas probanzas y el debido contraste con lo que dejó de ver el sentenciador, así como lo infundado de sus conclusiones. Mas bien, lo que sí se otea es un simple disentir del casacionista en torno a la ponderación que hizo el *ad quem* de esos medios de prueba, sin demostrar lo desatinado de su evaluación.

Recuérdese que al respecto la Sala ha señalado que:

De conformidad con el último inciso del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, [actual inciso 3º, lit. a) núm. 2 del art. 344 C.G.P.] cuando se alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que impone, como ha afirmado con reiteración la Corte, que "...más que disentir, se ocupe de acreditar los yerros que le atribuye al sentenciador, laborío que reclama la singularización de los medios probatorios supuestos o preteridos; su puntual confrontación con las conclusiones que de ellos extrajo -o debió extraer- el Tribunal y la exposición de la evidencia de la equivocación, así como de su trascendencia en la determinación adoptada" (Cas. Cív., sentencia de 23 de marzo de 2004, expediente No. 7533;), actividades todas que conducen a la acertada confección de la censura en ese preciso aspecto. En el mismo sentido ha dicho la Corte, también con insistencia, que la demostración del yerro "...se cumple mediante

la exposición de la evidencia del error y de su incidencia en la decisión adoptada."(sent. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670), por manera que se precisa una tarea de confrontación o de parangón entre lo que la sentencia dijo acerca del medio o de la demanda o contestación y lo que en verdad ella debió decir. [CSJ AC, 30 mar 2009, rad. 1996-08781-01]. (CSJ SC422-2024).

4.- Como colofón, los empeños del impugnante dirigidos a lograr el quiebre de la providencia atacada, resultan vanos, pues desde donde se mire la acusación adviene su fracaso.

5.- Finalmente, ante la improsperidad de la súplica extraordinaria, en aplicación del inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, se impondrá condena en costas en contra del recurrente, y en favor de la parte demandada.

Las agencias en derecho se tasarán por la magistrada ponente en auto separado, según el numeral 3º *ídem* y para su cuantificación se tendrán en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia de 24 de agosto de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del asunto referenciado.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de la casación al recurrente. En su oportunidad, la magistrada ponente señalará las agencias en derecho que deberán incluirse en la liquidación.

TERCERO. ORDENAR que, en oportunidad, se remita el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase

FERNANDO AUGUSTO JIMENEZ VALDERRAMA

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

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

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: C0E2D05F2CDC18BCA80950856B3F208D4D7ED7A972F83D2BAD6939F73A4DB347

Documento generado en 2024-10-31