

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

MAGISTRADA PONENTE: **ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS**
RADICACIÓN: **110013103019201800455 01**
PROCESO: **VERBAL**
DEMANDANTE: **GLOBALCOM S.A.**
DEMANDADO: **COMUNICACIONES CELULAR S.A. COMCEL S.A.**
ASUNTO: **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo, frente a la sentencia proferida el 27 de septiembre del 2021¹, por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES.

1. Globalcom S.A., por medio de apoderado judicial, formuló demanda verbal en contra de Comunicaciones Celular S.A. Comcel S.A., a efectos de que se declare, según consta en su escrito introductorio y su respectiva reforma², que entre las partes existió un contrato de adhesión que reúne los elementos esenciales de un contrato típico de agencia comercial regulado por los artículos 1317 y s.s. del Código de Comercio; que se declare la inoperancia de ciertas cláusulas que, en su sentir, son abusivas ya que Comcel S.A. buscaba eludir, minimizar y/o excluir las consecuencias económicas y normativas propias de ese negocio jurídico, así como el reconocimiento y pago de la prestación mercantil de que trata el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio e indemnizaciones por incumplimiento y

¹ Archivo "[030Sentencia.pdf](#)" de la carpeta "[Cuaderno 1B Principal](#)" del "[CuadernoPrimerInstancia](#)".

² Fls. 48 a 168 del archivo "[001CuadernoHibrido1.pdf](#)" y fls.111 a 227 del archivo "[001CuadernoHibrido1-A.pdf](#)" ídem.

abusos imputables a la demandada, las cuales se hicieron exigibles a partir de la terminación del mismo.

Refirió que los cambios de condiciones y modificaciones de las estipulaciones contractuales relativas a la comisión por residual, por legalización de kits Prepago, por permanencia y buena venta en planes pospago y prepago, remuneración por la promoción y comercialización de Sim Cards, implicaron un incumplimiento del mentado contrato, asimismo, le aparejaron una merma en sus ingresos, pero sin reducir sus obligaciones ni gastos operacionales.

Alegó que las actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas, tenían por objeto expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas, así como conciliar cuentas para establecer paz y salvos parciales.

Como consecuencia de lo anterior, pidió condenar al convocado, así:

a) Por concepto de prestación mercantil dejada de percibir, la suma de \$12.348.807.476, o aquella que resulte probada en el proceso y correspondiente a una doceava parte del promedio de utilidades recibidas durante los últimos tres años y multiplicadas por el número de años de vigencia del contrato.

b) También deprecó el pago de intereses moratorios causados sobre la anterior prestación, por la suma de \$2.158.351.811, calculados desde el 6 de diciembre del 2017 hasta el 31 de diciembre del 2018, fecha en la cual venció el plazo legalmente estipulado para que la demandada cumpliera con su obligación conforme a lo consagrado en el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio. Subsidiariamente, pretendió la liquidación de esos réditos desde la notificación de la accionada -26 de septiembre del 2018- hasta la data anteriormente referida, por un valor de \$546.276.000.

c) De igual manera, solicitó el reconocimiento de una indemnización equitativa y especial conforme al inciso 2 de la norma citada *ut supra*, tasada en \$7.356.597.542, teniendo en cuenta el capital que invirtió en actividades de promoción y que fueron aceptadas por Comcel S.A. en la ejecución del denominado Plan CO-OP del contrato.

d) Por concepto de lucro cesante la suma de \$1.343.609.169, correspondiente a las comisiones causadas y no pagadas en la última etapa contractual, por los planes pospago y prepago.

e) Por comisión residual, la suma de \$312.982.942, que corresponde a lo dejado de percibir como consecuencia de las liquidaciones que la convocada realizó en franco incumplimiento de la convención al excluir los tres primeros meses de causación de la comisión, monto que recae sobre una suma igual a la que hubiese recibido durante los últimos cinco años de ejecución del negocio por ese concepto incrementada en un 25%.

f) Por la legalización de kits Prepago y comisión por recaudo CPS, el valor de \$4.328.901.887, que refleja lo "dejado de recibir" si Comcel S.A. hubiera incrementado esa comisión en el mismo porcentaje de la inflación.

g) La suma de \$899.890.253, por cambio de condiciones impuestas por la accionada a partir del 17 de junio del 2017 y hasta el 5 de diciembre del mismo año, pues dejó de obtener ese incremento ante las ventas de kits prepago.

h) Dada la eliminación de la comisión por permanencia en planes pospagos, petitionó el pago de \$519.744.000.

i) La suma de \$1.670.557.112, por cambio de condiciones impuestas por el intimado en el esquema de comisiones por venta de sim cards.

j) la suma de 4.640.589.060, por reducción del descuento en sim cards entre la fecha de cambio de condiciones y la terminación del contrato.

k) la suma de \$500.000.000, por remuneración de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1322 del Código de Comercio, con ocasión a la tasa de crecimiento de clientes pospago en un 8.6%.

l) Por comisión residual sobre consumos futuros, la suma de \$600.000.000, por mantener la permanencia del promedio de clientes.

m) Por concepto de lucro cesante, la suma de \$5.879.619.798 ante la terminación del contrato, pues dejó de ganar comisiones y descuentos entre el 6 de diciembre de 2017 y el 23 de septiembre de 2018, fecha en la cual vencían las pólizas que Comcel exigió constituir. Subsidiariamente la suma de \$4.268.765.059, causados entre el 6 de diciembre del 2017 y el 5 de julio del 2018.

n) Por los perjuicios al asumir el transporte de valores, daño cuantificado en \$385.467.397.

ñ) Por la suma de \$77.100.908, correspondientes a las liquidaciones e indemnizaciones laborales que la actora debe asumir respecto del personal que dependían directamente del pacto objeto del litigio.

o) Por la suma de \$51.681.000, precio que pagó por penalizaciones ante la finalización de sus contratos de arrendamientos.

Refirió que por existir antinomia entre los efectos de la cláusula 30 y el numeral 6 del Anexo A, se declare que no se pactó el pago anticipado de la prestación a que se refiere el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, de manera que la misma se resuelva a su favor dada su adhesión a la convención.

Por otro lado, refirió que, en caso de no prosperar las pretensiones de incumplimiento, de manera subsidiaria se exprese que las conductas desplegadas por Comcel constituyeron un abuso del derecho y de posición de dominio contractual, declarándose inoperantes las estipulaciones pactadas.

De igual forma, de rechazarse las súplicas indemnizatorias, se condene subsidiariamente a la demandada a pagar por concepto de lucro cesante, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las comisiones y utilidades que el extremo activo hubiere percibido bajo la hipótesis que la vigencia del vínculo contractual se tuviese extendido hasta el 5 de julio del 2018; así como por compensación por enriquecimiento sin justa causa, que corresponde a los dineros que Comcel S.A. descontó por concepto de transportadoras de valores.

De otro lado, reclamó que, en el evento de llegarse a declarar que los documentos allegados son verdaderos acuerdos de transacción, debe tenerse en cuenta que los mismos se circunscribieron a controversias relativas al pago y a la liquidación de comisiones por activaciones en planes pospago y legalización de kits prepago, sin que en ellos se incluyan los asuntos objeto de la presente *litis*.

Finalmente, alegó un derecho de retención en los términos del artículo 1326 del Código de Comercio, mientras la demandada no pague la prestación mercantil e indemnizaciones reclamadas, y hasta tanto Comcel S.A. cancele y levante las hipotecas otorgadas, así como la destrucción de todos los títulos valores suscritos por la accionante y sus socios o administradores con los cuales se respaldaba el cumplimiento de obligaciones contractuales.

2. Como fundamentos fácticos de las anteriores aspiraciones, recordó que mediante la Escritura Pública 588 del 14 de febrero del 1992, otorgada ante la Notaria 15 del Círculo Notarial de Bogotá, se constituyó la demandada, con el objeto de prestar y comercializar servicios de

comunicación, tales como telefonía móvil, celular, valor agregado, telemático, portadores y demás; que aun cuando por la licitación pública No. 046 de 1993 otorgada por el hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con la cual se celebraron los contratos de concesión No. 004, 005 y 006 del 28 de marzo de 1994, la demandada y sociedades como Ocel S.A. y Celcaribe S.A., se repartieron la prestación del servicio de telefonía móvil celular en Colombia en red A en las áreas oriental, occidental y la costa atlántica.

Así mismo, que mediante la Escritura Pública 3799 del 21 de diciembre del 2004 se formalizó el acuerdo de fusión por absorción entre dichas compañías, acto que se inscribió en el registro mercantil el 27 de ese mismo mes y año, circunstancia por la cual la demandada asumió los derechos y obligaciones de las absorbidas, entre ellos sus clientes, pues presta directamente los servicios de telefonía móvil celular en las tres áreas en las cuales se encuentra dividido el territorio nacional bajo el régimen de la Ley 37 de 1993.

Por lo anterior, aseguró que en virtud del antiguo régimen estatuido en la Ley 37 de 1993, Comcel es la prestadora de servicios de telefonía móvil celular en el territorio nacional, pues desde 1994 y hasta el 28 de marzo del 2024, ha estado prestando y comercializando los servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia y por lo mismo viene explotando esa actividad económica.

Contó que pese a que Comcel S.A. admite que su participación en el mercado y sus consecuentes ingresos operacionales provienen de los esfuerzos realizados por la red de agentes y distribuidores, entre los cuales se encuentra la actora, es claro que entre el 2002 y el 2017 el porcentaje de ventas disminuyó del 93% al 70%, dadas las decisiones empresariales de la accionada, especialmente sus incumplimientos y abusos contractuales que llevaron a la ruptura del equilibrio económico de los contratos, en especial a la inviabilidad financiera de la demandante organizada con el único propósito de ejecutarlo, circunstancia por la cual se vio en la necesidad de terminarlo por justa causa provocada por el extremo pasivo.

Informó que el 26 de junio de 2004 se constituyó como empresa, y aunque el 14 de febrero del 2013 se transformó en sociedad por acciones simplificada, por imposibilidad jurídica no puede prestar servicios de telefonía móvil celular directamente, pues a diferencia de la demandada no ha sido autorizada por la Nación; circunstancia por la cual el 6 de julio del 2005 suscribió con la intimada el contrato *sub júdice*, al cual se adhirió y ejecutó de manera estable y permanente hasta el 5 de diciembre del 2017.

Narró que ese contrato corresponde a un modelo contractual que Comcel extendió desde 1995 para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores, así como por los de Ocel y Celcaribe, quienes empezaron a utilizarlo incluso desde antes de perfeccionarse la fusión corporativa con la demandada.

Aseveró que, como resultado de la celebración y ejecución del pacto, la actora como agente/distribuidor de la accionada y como comerciante independiente, asumió de manera estable en los puntos autorizados y a cambio de una remuneración -actuar por cuenta de Comcel S.A.- el encargo de promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC) que estaban a su cargo, por lo que en realidad se constituyó una agencia comercial, dada la naturaleza jurídica del extremo pasivo, aunado al hecho que no es una filial, subsidiaria ni hace parte del grupo empresarial al cual pertenece Comcel S.A., de igual forma tampoco se ha constituido una situación de subordinación en los términos del artículo 261 del Código de Comercio, pues es una empresa independiente, condición que no fue desvirtuada por la sociedad accionada durante la ejecución del contrato.

Señaló que, en cumplimiento de su compromiso contractual, asumió el encargo de promocionar y explotar el negocio de Comcel S.A., el cual era *"la prestación y comercialización de servicios de comunicaciones, tales como los servicios de telefonía móvil, móvil celular, valor agregado, telemático, portadores y demás"*; lo anterior, a través de actividades de promoción y explotación en la activación/legalización de planes, así como del recaudo; labores que se perfeccionaban con la vinculación de las personas a la empresa a través de la suscripción de Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular, con el cual se constituían como clientes de Comcel S.A.

Aseguró que, mediante las convenciones celebradas entre las partes, como en la suscrita el 13 de octubre del 2006, se modificaron las cláusulas 7.6., 7.7. y 7.8., de manera que empezó a operar como Centro de Pagos y Servicios (CPS), por lo que la explotación del negocio se realizó en los 44 puntos del área occidental expresamente autorizados por Comcel S.A.; condición que constituye un elemento esencial del contrato de agencia deprecado.

Expresó que, durante la ejecución del negocio jurídico, la actora remuneraba su labor a través de comisiones por activación, permanencia (buena venta) residual, legalización, sobre recargas, transacciones de recaudo, por actividades de mercadotecnia realizadas, verificadas y aceptadas por la empresa; descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (kits prepago y sim cards), notas crédito y descuentos/comisiones por recargas comercializadas, las cuales

fueron facturadas a la demandada quien las pagó como consta en los certificados de retención en la fuente.

Sostuvo que como distribuidor únicamente podía comercializar los equipos terminales y las Sim Cards atados a los servicios de telefonía móvil celular de Comcel S.A., activados en su red, pues así se define en el contrato materia del litigio como un "*producto del abonado*"; que obtuvo un margen remuneratorio, pero condicionado con el descuento otorgado por la demandada en cada factura emitida, de manera que si existía un movimiento en la red celular de la enjuiciada se le penalizaba con el denominado "*bajo consumo*" obligándosele a restituir las comisiones pagadas por la activación del plan y también la rebaja concedida en el suministro de equipos.

Manifestó que los efectos económicos tanto positivos como negativos se reflejan en el patrimonio de la demandada, pues además de fijar las tarifas a ofrecer y quedarse contractualmente vinculada con los abonados y suscriptores, percibió los dineros pagados por la prestación de productos y servicios, de manera que la demandante sólo obtuvo remuneraciones (comisiones) bajo los márgenes establecidos por su contraparte; no obstante que esta asumió directamente la contingencia de la liquidez, la fluctuación de tasas de interés y de cambio, créditos de cartera, riesgos operativos de buen funcionamiento de la red física y otros, como multas de la SIC.

Empero, alegó que durante la ejecución del acto jurídico conquistó, amplió y recuperó una clientela junto con los mercados para la accionada; asimismo abonó y suscribió mediante contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular a clientes directos para la demandada, lo que confirma que el negocio suscrito es típico de un agenciamiento comercial, regulado por el artículo 1317 y s.s. del Código de Comercio.

Indicó que organizó su empresa con el único propósito de ejecutar el contrato bajo estudio, pues no tuvo la oportunidad de modificar el clausulado impuesto por Comcel S.A., en el cual se pactó una exclusividad absoluta en su favor y donde la totalidad de los ingresos operacionales de la demandante provenían de la realización del mismo, al punto que con la terminación de este se clausuró su compañía y cesó el incremento de su patrimonio, pues se generó una dependencia económica particularmente aguda en donde su objeto social se centró únicamente en el cumplimiento del negocio jurídico suscrito.

Afirmó que la demandada denominó la convención como una relación jurídica patrimonial atípica de distribución, excluyendo expresamente la agencia comercial como negocio; impuso cláusulas de renuncia de prestaciones e indemnizaciones de perjuicios en favor de la demandante; estableció estipulaciones que simulan un pago anticipado por dichos

estipendios, así como un debido llamado a compensarse con la prestación mercantil; fijó restricciones al derecho de retención, al igual que la suscripción de documentos a títulos de actas de conciliación, transacción y compensación, sin incorporar mecanismos de resolución de conflictos ni cesiones recíprocas.

Por lo anterior, consideró que a la terminación de la relación tenía derecho al pago por parte de Comcel S.A. de una doceava parte del promedio de comisiones, regalías y utilidades causadas en las tres últimas anualidades por cada año de vigencia que en total fueron 12.42 años; sin embargo, la accionada incumplió su obligación de reconocer la prestación mercantil estatuida en el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, por lo que actualmente se encuentra en mora de pagar.

Informó que la demandada registró una provisión por cada uno de los conceptos que generó una comisión y con base en ese registro envió a cada uno de los distribuidores de su red una liquidación, la cual sirvió de soporte para la remisión de las facturas por los montos allí estipulados, que fueron provisionados, causados y pagados a título de comisión únicamente, empero la pasiva los denominó como pagos anticipados de prestaciones, indemnizaciones y bonificaciones, lo cual resulta ser una conducta engañosa, contraria a la buena fe y lealtad contractual y comercial.

Relató que las facturas expedidas por el extremo pasivo contienen una retención en la fuente por valor del 11% y aplicó inicialmente una tarifa del 16% y posteriormente del 19% por concepto de impuesto al valor agregado, que corresponde a descuentos típicos de pagos por comisiones, pues ni la prestación mercantil ni los pagos anticipados generan IVA, y la retención tributaria solo asciende al 2.5%.

Ilustró que el 29 de septiembre del 2006, la demandada comunicó respecto a la comisión por residual que *"solamente se tendrían en cuenta los consumos realizados a partir del tercer mes de activado el respectivo plan pospago"*, regla que se repitió en las demás cartas de comisiones, de manera que durante los últimos cinco años de ejecución de la relación jurídica Comcel S.A. excluyó los tres primeros meses de causación, lo que ocasionó un daño a la actora, más aun cuando mantuvo la comisión por legalización de kits prepago en el mismo valor nominal de \$ 12.500, lo que creó un desequilibrio económico en el contrato en favor de Comcel y en su perjuicio.

Aseveró que el 1 de julio de 2014, en forma inapropiada Comcel S.A. eliminó la comisión por permanencia en planes pospago, la cual tuvo efecto a partir del sexto mes de excluida; el 7 de julio del 2016 comunicó el cambio de condiciones implementadas a partir del 17 de junio del mismo año,

suprimiendo la comisión por buena venta en planes prepago; modificaciones que redujeron sus ingresos operacionales y afectaron el equilibrio del contrato.

Aseguró que al tener que operar los CPS, dadas las convenciones suscritas, la remuneración por esa gestión se hacía a través de comisión por transacción de recaudo CPS, en donde la demandante tenía la obligación de entregar los dineros recaudados a las transportadoras de valores contratadas por Comcel S.A. Sin embargo, esta le cobró el costo de esos servicios, de manera que tuvo que asumir, amén de la custodia de los dineros recaudados, su traslado y además constituir una garantía real en favor de la demandada, sin límite de cuantía. Asimismo, impuso que de las comisiones facturadas se podía descontar cualquier suma de dinero que no fuere entregada a Comcel por alguna causa.

Que el 26 de diciembre del 2017, Comcel S.A. remitió circular 2027-GSDI01-S345350, comunicando las nuevas tarifas por concepto de comisión por transacción de recaudo, las cuales constituyeron una reducción sustancial, pues en ocasiones superó entre el 45 y el 60%, lo que significó una merma en los ingresos percibidos por la demandante y la inviabilidad de la operación, así como la ruptura absoluta del equilibrio económico anteriormente referido, al punto que remitió un preaviso motivado de terminación del contrato por justa causa provocada por Comcel, el 20 de noviembre del 2017, en el cual se le puso de presente la forma en que pretendía eludir la comisión por residual, además la gran cantidad de agentes/distribuidores que entre noviembre de 2017 y enero de 2018 también habían dado por terminado contratos por la misma causa imputable a la demandada.

De igual forma, informó que el 19 de enero del 2018, envió a Comcel una factura de prestación mercantil, pero fue rechazada el 13 de febrero siguiente, bajo el argumento que, *"no corresponden a valores adeudados de acuerdo a la naturaleza del contrato de distribución suscrito entre las partes"*, negando la existencia de un contrato de agencia comercial, pues la contabilidad de la sociedad no registra cuenta alguna en los términos del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio.

Declaró que con fundamento en el artículo 1322 *Idem*, tiene derecho a recibir remuneración proveniente de los planes pospago celebrados directamente entre Comcel y los clientes que vinculó a los servicios de telefonía móvil celular, circunstancia por la cual el 19 de diciembre de 2017, envió a esta, factura correspondiente a las comisiones causadas en la última etapa contractual, las cuales no fueron liquidadas ni pagadas por la demandada, la que además tampoco rechazó la cuenta.

Así mismo y debido a que la terminación obedeció a una justa causa comprobada imputable a la accionada, tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización especial que prevé el inciso 2 del artículo 1324 *Ibídem*; así como al desembolso de la comisión residual, puesto que Comcel continuó percibiendo los cargos fijos mensuales y demás consumos provenientes de los abonados activos de los planes pospago y su no aceptación implica un enriquecimiento sin causa por parte del extremo pasivo que apareja un correlativo empobrecimiento de la actora, máxime si tuvo que terminar contratos laborales del personal destinado a la ejecución del pacto al que se ha hecho referencia, así como los de arrendamiento de los locales en donde funcionaban los puntos CPS.

Informó que aun cuando la terminación del contrato se perfeccionó el 5 de diciembre del 2017, el 29 de noviembre del mismo año había recibido de Comcel comunicación mediante la cual se confirmaba esta terminación, así como los contratos de Blackberry y datos suscritos por las partes, de igual forma Telmex S.A. también dio por concluido el negocio de agencia comercial.

Ratificó que siempre tuvo la confianza legítima en el negocio, por lo que mantuvo las pólizas de cumplimiento vigentes y la hipoteca con la cual se respaldaban sus obligaciones, al punto que la última concertada fue estipulada hasta el 23 de septiembre del 2018.

Finalmente, alegó que como hechos relevantes constitutivos de la relación deprecada, existen 25 providencias judiciales en las cuales se define la naturaleza jurídica y la relación contractual que se plantea en la demanda, los cuales fueron identificados como típicos y nominados como contratos de agencia comercial, por lo que aseveró que a la fecha existe una regla jurisprudencial que ha permanecido consistente y uniforme, de manera que el asunto debe ser resuelto conforme los precedentes existentes, dado los principios de igualdad y confianza legítima que le asisten al demandante.

Que se encuentra legitimada para reclamar las indemnizaciones que la ley prevé por los incumplimientos y los abusos imputables a la demandada, siendo la única limitante jurídica la prescripción especial quinquenal estatuida en la ley para la agencia comercial.

3. El asunto fue asignado al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad, autoridad que mediante proveído del 13 de agosto del 2018³ admitió la acción.

³ Fl.172 *ídem*.

La sociedad demandada se tuvo por notificada el 28 de septiembre del mismo año⁴, la que durante el término de traslado se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas, y como medios exceptivos formuló: "*inexistencia de supuesto abuso de posición contractual, por parte de Comcel, y de la imposición de condiciones abusivas*", "*inexistencia del contrato de agencia comercial e improcedencia del pago de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio*", "*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*", "*pago*", "*compensación*", "*inexistencia de un ejercicio abusivo de las facultades contractuales de Comcel*", "*improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas del contrato de distribución*", "*transacción*" y "*prescripción de las acciones orientadas a que se declare un supuesto desequilibrio económico contractual y a que se declaren nulas las cláusulas del contrato por supuesta posición dominante contractual de Comcel*"⁵.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante el fallo objeto de inconformidad y su correspondiente auto de corrección⁶, la jueza de primer grado declaró probada la excepción de transacción, respecto a los períodos comprendidos en las actas de "*transacción, conciliación y compensación*", resolvió no probados los demás medios defensivos formulados. Por consiguiente, expresó que entre las partes se configuró una relación jurídica negocial propia de una agencia comercial, la existencia del contrato del mismo nombre para promover una prestación de servicio de telefonía móvil celular de la red Comcel S.A. y la comercialización de otros productos y servicios, regulados por el artículo 1317 y s.s. del Código de Comercio, que la demandada ejerció una posición de dominio contractual e incurrió en un incumplimiento de sus compromisos, dispuso el efecto de determinadas cláusulas contractuales y la nulidad absoluta de otras, así mismo declaró la terminación del contrato y que Globalcom S.A.S. no recibió pagos anticipados ni pago de la prestación mercantil, que sus comisiones no fueron reconocidas, pagadas ni incorporadas en la contabilidad de la pasiva.

Finalmente, condenó al extremo pasivo a reconocer y pagar las sumas de \$8.148.867.161 por concepto de la prestación mercantil de que trata el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, \$5.647.746.466.00 por concepto de intereses moratorios causados sobre dicha prestación, \$7.356.597.542 a título de indemnización equitativa conforme el inciso 2 *Idem*, \$1.343.609.169 a título de comisiones facturadas y no pagadas en la

⁴ Fl.179 *ib.*

⁵ Fls. 264 a 297 del archivo "[001CuadernoHibrido1-A.pdf](#)" *idem*.

⁶ Archivos denominados "[030Sentencia.pdf](#)" y "[035AutoAclaracionSentencia.pdf](#)" del "[Cuaderno 1B Principal](#)" *ib.*

última etapa de la relación contractual y \$312.982.942 como comisión residual, así como los intereses moratorios causados respecto de los tres últimos reconocimientos desde el 28 de septiembre del 2018 y hasta cuando se pague la obligación, calculados a una tasa equivalente a 1.5 veces el interés bancario corriente.

Tuvo en cuenta la cesión realizada en favor de Inversiones 10.578 S.A.S., por el 20% de los derechos litigiosos, declaró que las transacciones se restringieron a las controversias relativas al pago y liquidación de comisiones durante los periodos definidos en las actas, declaró próspera la pretensión 28 del literal a), las consecuenciales b), 29 y 30; ya que el derecho de retención no resulta cuestionable ni acarrea intereses moratorios sobre bienes retenidos, negó las demás pretensiones y condenó en costas a Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., incluyendo agencias en derecho por la suma de \$1.500.000.000.

Para arribar a las anteriores conclusiones, esencialmente, la *a quo* consideró que en la actuación la parte demandante acreditó la existencia de los requisitos axiológicos del contrato de agencia comercial, desestimando la mayoría de excepciones de mérito que formuló el extremo pasivo. Asimismo, estimó que Comcel si ejercía una *"innegable posición de dominio o de privilegio contractual (...) lo que le permitió imponer los términos y condiciones (...). Se trató en consecuencia de típicos contratos de adhesión, en los que la parte débil no tiene más opción que aceptarlo o rechazarlo, sin ninguna capacidad real de obtener de su contraparte una modificación de los términos preestablecidos por ésta (...)"*.

III. LA IMPUGNACIÓN

1. Inconforme con la anterior determinación, la parte demandada formuló recurso de apelación, con el propósito que la sentencia sea revocada por resultar contraria a la ley; alegando como reparos concretos los siguientes: 1) ausencia de valoración probatoria integral y exclusión injustificada de material probatorio; 2) desconoce ilegalmente los efectos de la transacción; 3) en el fallo se excluye el pago anticipado; 4) ausencia de la prueba de la alegada posición de dominio contractual de Comcel, del supuesto abuso de la misma e improcedencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia de las disposiciones pactadas en el negocio jurídico de distribución, así como en otros documentos; 5) la providencia omite la conducta contractual de Globalcom, la buena fe y la doctrina de los actos propios, finalmente, 6) incongruencia del fallo.

Expuso que el material probatorio fue ignorado y desconocido por la juez de instancia, pues la confesión del representante legal de la demandante en la diligencia de interrogatorio no tuvo eco en la decisión, no obstante, admitir que desde la celebración del contrato hasta el 2017, previo

a enviar cartas de terminación, Globalcom nunca manifestó inconformidad alguna frente a la naturaleza del acto jurídico de distribución y la exclusión expresa que se hiciera respecto a la existencia de una agencia comercial, aunado al hecho que contó con la autorización de la junta de socios a efecto de suscribir el pacto, lo que descarta la imposición del contrato.

Agrega afirmando que nada se dijo frente al dictamen presentado por la entidad, pues se terminó decidiendo conforme la experticia de la actora quien no dio explicación de sus conclusiones, máxime cuando las mismas, conforme se registra en la diligencia de contradicción del mismo, el perito basó su pericia en la interpretación jurídica, las preguntas y la contabilidad remitida por la demandante, sin considerar a Comcel.

Alegó que solo se citan los nombres de los testigos para soportar las conclusiones de la naturaleza y otros aspectos de la controversia contractual, pero no se realiza un análisis integral de sus declaraciones, con lo que se hubiese demostrado la relación de colaboración y sin abuso que existió.

Destacó un abierto desconocimiento de las posturas tanto de otros despachos judiciales como del propio Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, autoridades que han dado plena validez a la calificación de contrato de distribución al negocio suscrito entre las partes y se ha avalado la exclusión de la naturaleza de agencia comercial, pues se resolvió conforme los precedentes de laudos arbitrales, pero alega que el contrato es una preforma, lo que resulta incongruente con lo resuelto.

Negó la configuración de los elementos de la agencia comercial deprecada, en especial el relativo a la independencia requerida por el agente, así como la promoción del negocio, pues ello no consiste en la mera comercialización de bienes del empresario, con lo que se evidencia que la sentencia contraría la estipulación consagrada para esta figura, que en todo caso se renovó mensualmente, hasta el año 2017, es decir, por más de 11 años.

Arguyó que, si bien el juez ordinario goza de amplias facultades de valoración, las mismas no pueden ser irracionales ni arbitrarias, y deben estar en consonancia con las pruebas obrantes en el plenario, lo cual no fue realizado en este asunto, donde los acuerdos transaccionales producen efecto de cosa juzgada; aspecto que pasó por alto el *a quo*, al punto de restarle eficacia.

Insistió en que el pago anticipado no se encuentra prohibido jurídicamente, por lo que el mismo debe ser válido, especialmente cuando la parte beneficiada no solo lo aceptó en el contrato, sino que lo estableció en la transacción suscrita de manera libre e informada, con un consentimiento libre

de vicios, pues allí se dispuso que el 20% de todos los desembolsos efectuados corresponden a anticipos de cualquier prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa pudiese surgir a la terminación del contrato de distribución.

Expresó que, aunque la celebración del contrato objeto de controversia fue suscrito entre empresarios, en la sentencia se dio aplicación a los preceptos de la Ley 1480 del 2011, Estatuto de Protección al Consumidor, en lo relativo a las estipulaciones oscuras o ambiguas, lo cual resulta impertinente para la situación fáctica bajo estudio, dada la actividad profesional empresarial que se desarrolla.

Ninguna prueba existe de que Comcel hubiera impuesto a Globalcom el contenido de las cláusulas contractuales o que hubiese viciado el consentimiento de este; sin embargo, se declaró la nulidad de varias estipulaciones acordadas libremente por los extremos contractuales, quienes además las ejecutaron ininterrumpidamente, sin reclamo alguno durante 11 años.

Afirmó que la sentencia vulnera el claro ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes para disponer de sus intereses, crear derecho y obligaciones, lo cual es el pilar fundamental de las relaciones negociales particulares, cuya conformidad es de imperativo cumplimiento, y dado que las cláusulas son claras no admiten interpretación distinta a la expresamente prevista en el contrato, sin que le sea dable al juez disponer más allá de su tenor literal.

Fue la demandante quien aceptó y ejecutó las condiciones estipuladas en el contrato, por lo que conforme a la teoría de los actos propios, recibió los pagos realizados por Comcel, facturó de conformidad con los planes señalados por la compañía, consintiendo y aceptando repetidamente las políticas de la empresa, además, en manera alguna incumplió lo contractualmente estatuido.

Finalmente, alegó que la incongruencia de la sentencia radica en que se incluyó en el cálculo de la cesantía aspectos como CPS, kits y tarjetas prepago, plan coop, bonificaciones, 80/20; no existió valoración del otro sí residual; se realizó un fallo *extrapetita* pues se condena a ambos contratos, cuando se demandó fue el de voz celebrado entre las partes; los intereses se calculan desde la terminación del negocio jurídico, cuando se solicitó desde la admisión de la demanda; así mismo, ordena su reconocimiento y pago frente a obligaciones no líquidas, se ordena el pago doble de la indemnización por plan coop, cuando la misma ya se había pagado en un 50%; reconoce un derecho de retención inexistente y renunciado; de igual forma, niega la validez

de las múltiples renunciaciones a las agencias y cesantías; aplica compensación sobre sumas retenidas confesadas, y tasa las costas en forma desproporcionada.

2. En la etapa de sustentación adelantada ante este colegiado, la recurrente desarrolló los reparos concretos inicialmente elevados, bajo los mismos supuestos argumentativos expuestos ante la juez de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes los presupuestos procesales necesarios para adoptar una decisión de fondo, y no habiendo vicio alguno que invalide el trámite procesal surtido, de manera liminar, se hace necesario anotar que esta Sala desatará la alzada atendiendo, exclusivamente, los reparos concretos formulados y sustentados por la parte recurrente y demandada en el presente asunto, acatando los lineamientos de los incisos 1º de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso, argumentos que conducen a examinar la decisión proferida en primera instancia, en el sentido que existe: 1) una incongruencia en la sentencia; 2) ausencia de valoración probatoria; 3) desconocimiento de la buena fe y doctrina de los actos propios, que hacen improcedente la declaratoria de nulidad e ineficacia de estipulaciones pactadas, 4) desconocimiento de los efectos de la transacción, así como del pago anticipado; finalmente, 5) una ausencia de abuso de posición de dominio.

2. Dentro de ese contexto y partiendo del marco controversial suficientemente expuesto en los antecedentes de esta providencia, se anticipa la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto los argumentos explanados por el apelante logran derruir los pilares cardinales de esa decisión, como pasa a explicarse.

Para empezar, huelga recordar que, como alternativa de solución a la necesidad que le asiste a los comerciantes de conquistar mercados con los bienes y servicios por ellos producidos y prestados, surge la relación agencial como contrato de colaboración e intermediación, en cuya virtud, a voces del artículo 1317 del estatuto mercantil, *"(...) 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"*.

En esa línea de pensamiento, el Alto Tribunal de Justicia en lo Civil, en sentencia SC155-2023, expuso que para la *"acreditación de esta tipología*

negocial (...) deben confluír todos los elementos que emergen del artículo 1317 y siguientes del estatuto mercantil, a saber: i) encargo de promover o explotar negocios, ii) independencia y estabilidad del agente, iii) remuneración del agente y iv actuación por cuenta ajena⁷".

Adicionalmente, cumple destacar que "la falta de prueba de uno o algunos de dichos supuestos, conduce a que la situación jurídica que eventualmente vincule a las partes escape a la previsión normativa - y a los efectos propios- de la agencia mercantil; en otras palabras, basta con que se eche de menos un elemento de ese contrato típico para que, sin más, se frustre el proceso de subsunción normativa, pues en un ejercicio de lógica formal no se estará ante la previsión fáctica hecha por el legislador, aunque quepa la posibilidad de que la relación corresponda a otra institución jurídica nominada o en fin, que haya que darle el tratamiento propio de las figuras atípicas"⁸.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia recordó que la "jurisprudencia también se ha ocupado de delinear las semejanzas y diferencias entre el contrato típico de agencia con otros negocios mercantiles, particularmente y para lo que interesa al presente asunto, vale la pena destacar el cotejo para distinguirlo del de distribución, conforme lo reseñado en CJS SC1121-2018:

(...) Frente a la distribución, se distinguen en que (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 diferencia⁹; (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 clientela¹⁰; (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 distribución¹¹".

3. Descendiendo al caso bajo escrutinio, rememora este Tribunal que la inconformidad principal de la parte demandada consistió en la ausencia de valoración probatoria, desconocimiento de la buena fe y doctrina de los actos propios que hacen improcedente no solo la declaratoria de un contrato de agencia comercial sino la nulidad e ineficacia de las estipulaciones pactadas, así como de los efectos de la transacción y el pago anticipado, abuso del derecho y de la posición de dominio.

⁷ Cfr., entre otras, CSJ SC3712-2021, SC2407-2020 y SC4858-2020, reiteradas en SC5683-2021.

⁸ Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil, sentencia del 30 de noviembre de 2020, rad. 11001310301120090064701.

⁹ MARZORATI, Osvaldo J. Sistemas de Distribución Comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franchising. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2011. Págs. 81-83. En similar sentido: GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II. Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

¹⁰ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II. Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

¹¹ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II. Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

Para abordar los anteriores reparos, observa esta Sala de Decisión que, contrario a lo afirmado por la funcionaria de primer grado, no es cierto que se encuentren debidamente acreditados los elementos constitutivos de un contrato de agencia comercial, pues téngase en cuenta que tal obra en el plenario¹², entre los aquí involucrados el 6 de julio de 2005 suscribieron una convención para la distribución y comercialización de productos de propiedad del extremo pasivo, conforme a las denominaciones, existencias, términos y condiciones pactados. Así se infiere de su clausulado, que para mayor comprensión se describe así:

3. Objeto del Contrato:

En virtud de este contrato, COMCEL, concede a GLOBALCOM LTDA como DISTRIBUIDOR CV - COMCEL, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos.

EL DISTRIBUIDOR, según decisión e instrucciones de COMCEL, podrá tener la función y obligación adicional de proveer el servicio técnico, instalación y servicio de post-venta a los productos, para cuyo efecto, tendrá un departamento de servicio técnico para diagnóstico, programación y servicio de garantía de los equipos que comercialice, y deberá suscribir un contrato de prestación de servicio técnico.

4. Naturaleza y Relaciones entre las Partes

El presente contrato es de distribución.

Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por COMCEL en el desarrollo de las actividades a que se obliga EL DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad, ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por COMCEL según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a COMCEL en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de dichas calidades o dando a entender que su empresa e instalaciones son de propiedad de COMCEL, que es asociado o tiene una relación con ésta distinta o adicional a la de DISTRIBUIDOR autorizado para distribuir los productos y comercializar el Servicio bajo los términos y las condiciones establecidos en este contrato, en sus términos de referencia y en las instrucciones escritas que se le sean impartidas.

De igual forma, téngase presente que conforme se pactó claramente en el numeral 15 del clausulado contractual, las partes de manera expresa, excluyeron toda relación jurídica encaminada a constituir un contrato de agencia comercial, sobre el particular, establecieron:

¹² Ver carpeta denominada "07, CONTRATO SUB IUDICE", "Pruebas Documentales Globalcom SAS vs Comcel SA", "002PruebaUSBFolio86" del "Cuaderno 1 Principal" del "CuadernoPrimerInstancia".

Las partes han excluido expresamente toda relación jurídica de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, en cuanto, el DISTRIBUIDOR respecto de los productos adquirirá su dominio o propiedad y los revenderá en el mercado, a su propio costo, riesgo y con su propia organización e infraestructura y a los precios establecidos por COMCEL. Respecto de los servicios, EL DISTRIBUIDOR, quien es un profesional independiente, experto y conocedor del mercado, será un comisionista y, por consiguiente, lo pondrá en contacto con COMCEL para la celebración del respectivo contrato de prestación de servicios de telefonía en los términos y condiciones pactados en este contrato. Por cada contrato que celebre COMCEL, el distribuidor tendrá derecho a la comisión que periódicamente fije COMCEL.

Así las cosas y como quiera que conforme lo dispone el artículo 1602 del Código Civil *"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*, acto seguido el artículo 1603 de la misma normativa, consagra que *"los contratos deben ejecutarse de buena fe"*, entendido este como *"un principio del ordenamiento que indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás, esa misma lealtad"*¹³.

De ahí que no pueda afirmarse que lo pactado en el fondo fue un contrato de agencia comercial, pues conforme a la *"teoría de los actos propios"*, soporte no solo de uno de los reparos sino de una de las excepciones de mérito formuladas en la actuación, le corresponde a los involucrados en un negocio jurídico actuar con lealtad y coherencia, evitando afectar la confianza que ha depositado en ella su contraparte, pues en palabras de la Corte Suprema de Justicia a *"nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe"*¹⁴.

De igual forma, cumple destacar que en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, en sentencia SC425-2024, puntualizó:

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

(...)

¹³ CSJ, SC, 23 jun. 1958, GJ LXXXVIII, n.º 2198,

¹⁴ SC, 3 de marzo de 1938.

[l]a teoría de los actos propios es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás¹⁵.

(...)

La confianza legítima presupone: a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto¹⁶.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que Globalcom Ltda. suscribió numerosos "otrosí" a efectos de ejecutar el negocio inicialmente pactado, al punto que fue renovado automáticamente hasta su finalización, conforme se consagró en el numeral 5 del citado contrato, por cerca de 11 años, pues así se afirmó tanto en la demanda presentada inicialmente como en su reforma; en consecuencia, resulta evidente que la empresa actora generó confianza legítima en Comcel S.A., respecto a la no realización de reclamaciones frente al negocio jurídico convenido, el manejo de sus comisiones y demás desafueros convencionales.

En segundo lugar, no desconoce este Colegiado que fueron numerosas las oportunidades en las cuales la demandada efectivamente realizó cambios a la forma de pago de las comisiones, tal es el caso de la aplicación de las condiciones de claw back (comunicaciones del 15 de septiembre y 27 de diciembre de 2005), ventas en sinergia (comunicación del 27 de febrero de 2006) y otras comisiones (20 de abril de 2006), plan comisión anticipos, bonificaciones y descuentos a partir de determinadas fechas, pago comisiones servicios DTH Y WTH, actualización pago de instalación y mantenimiento servicio DTH, entre otras¹⁷; pero lo cierto es que Globalcom Ltda. nunca se opuso al contenido de esas estipulaciones ni a sus distintas modificaciones, en aras de advertir un eventual abuso de posición de dominio, como en esta oportunidad lo hace.

Y es que ciertamente, contrario a lo aducido en el libelo genitor consintió la exclusión de la tipología contractual que hoy reclama (agencia comercial), permitiendo no solo la ejecución de un contrato bajo la naturaleza de uno de distribución, sino que aceptó, en últimas, el cambio de condiciones

¹⁵ SC, 24 de enero de 2011.

¹⁶ SC, 25 de junio de 2009.

¹⁷ Ver carpeta "[11, Cartas Comisiones Globalcom](#)" *idem*.

en el pago de sus comisiones, incluso, asintió las modificaciones de tarifas CVS/CPS, y, de otro lado, asumió la guarda y custodia de los dineros que recaudaba en sus distintos establecimientos de comercio¹⁸, conductas todas estas que fueron debidamente reconocidas por el representante legal de Globalcom¹⁹ y que generaron en la compañía demandada la confianza suficiente para considerar la conformidad del negocio pactado; por consiguiente resulta tardío que solo con ocasión de la terminación este, aspire la actora a echar por tierra el clausulado convenido y el comportamiento que asumió por más de diez años, en su posición de distribuidor de la marca comercial de Comcel S.A.

Lo anterior cobra mayor relevancia, si en mente se tiene que el representante legal de la actora informó en su interrogatorio de parte que presentaron inconformidades frente a los cambios de condiciones realizados por Comcel S.A.; no obstante, en el minuto 47:17 de la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P., refirió que anualmente se reunían con agentes de la demandada para conciliar las diferencias en los cruces de cuentas, al punto que si las partes estaban de acuerdo suscribían un acta, siendo la última firmada con corte a 30 de diciembre de 2008, misma que obra en la carpeta "[28, Actas Conciliación Cuentas](#)"; medio suasorio allegado por la demandante.

Y aun cuando informó que a partir del año 2009 no rubricaron otras actas de conciliación, pues, en su opinión, Comcel S.A. desatendió sus reclamaciones y no le canceló los estipendios pactados en el contrato objeto de controversia; más cierto es que cuando se le increpó respecto a la fecha en la cual le reclamó por primera vez la existencia de un negocio de agencia, refirió que fue al momento de la terminación, concretamente, en el preaviso enviado en noviembre de 2017 y posteriormente -enero de 2018- le remitió la factura constitutiva de la prestación mercantil, la cual fue rechazada en febrero siguiente, momento en el cual para él surgió la controversia que hoy se debate y agregó diciendo que *"las consecuencias de que el contrato sea o no de agencia se desatan al momento de la terminación del contrato, fue solamente cuando Globalcom, solamente cuando terminó el contrato y empezó como un comerciante diligente a mirar qué posibilidades tenía frente a Comcel, es que hace esa reclamación aquí en esta terminación tengo los derechos de un agente, durante la firma del contrato digamos que el contrato se denominara o no agencia no cambiaba el contenido obligacional de Globalcom ni el contenido obligacional de Comcel, ni los derechos de Comcel o de Globalcom, ni mucho menos la naturaleza de actos que Globalcom estaba ejecutando"*²⁰, reconocimiento que ulteriormente reiteró al responder una pregunta formulada por el apoderado judicial de la demanda al indicar que *"en efecto, antes de esa carta (noviembre del 2017) Globalcom no le había elevado a Comcel reclamación alguna relacionada con la agencia comercial,*

¹⁸ Ver archivo "[23, 2018 02 08, Circular eliminación Transportadora de Valores CC.pdf](#)" *idem*.

¹⁹ Minuto "45:45" de la audiencia celebrada el 20 de marzo del 2024.

²⁰ record. 52:00 a 53:25 de la audiencia celebrada el 20 de marzo del 2024.

*entre otras razones porque no era necesario, la importancia de que fuera agencia comercial para Globalcom se desató al momento de su terminación y fue ahí precisamente cuando Globalcom le advirtió a Comcel el asunto*²¹.

Adicional a lo expuesto, comporta destacar que las partes en litigio ostentan la calidad de comerciantes, pues de ello da cuenta sus certificados de existencia y representación legal²², que en términos del artículo 10 del Código de Comercio, son "*personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles*" y están en libertad de acudir a las diferentes formas o modalidades contractuales a efectos de lograr el propósito mercantil convenido, pues deben seleccionar el instrumento idóneo para concretar su objetivo, definiendo el contrato que deseen y fijando su contenido, salvo las restricciones establecidas por la ley.

De ahí que no deba predicarse un abuso de la posición de dominio o abuso del derecho como lo sostuvo la actora y erróneamente lo reconoció la jueza de primera instancia, pues ciertamente en tratándose de la agencia mercantil, también es aplicable el principio de la libertad contractual, de manera que corresponde a los extremos contractuales erigir los límites y condiciones sobre los cuales se va a reglar su relación convencional, dada la limitada regulación estatuida en la ley para el efecto, por lo que resulta evidente que ninguna arbitrariedad puede deprecarse de la facultad otorgada a la demandada para regular la remuneración a que tiene derecho la actora, las indemnizaciones y distribución de gastos, pues así se pactó cuando expresamente se dispuso "*el distribuidor tendrá derecho a la comisión que periódicamente fije COMCEL*".

De igual forma, la renuncia al reconocimiento y pago de la cesantía mercantil, tampoco puede considerarse como arbitraria y/o ilegítima, pues bien sabido es que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC del 19 de octubre del 2011, cambió su postura sobre el particular y puntualizó que,

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

Finalmente, se advierte que ningún medio probatorio obra en el plenario encaminado a demostrar la coacción o fuerza, de manera que viciara el consentimiento de la demandante, al momento no solo de suscribir el

²¹ Record. 1:17:55 a 1:18:30 idem.

²² Ver archivo "[01, 2018 04 01, Comcel, Certificado Existencia y Representación.pdf](#)"ib.

contrato celebrado en el año 2005 sino también sus consecuentes otrosí, los cuales según reconoció el representante legal de la actora, fue de manera libre y voluntariamente firmados, además, tuvo autorización de la junta de socios de Globalcom²³; así mismo, el acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas firmada en el 2008, la cual conforme expuso el citado interrogado, contenía únicamente un cruce de cuentas; en manera alguna refiere circunstancias concretas respecto a la constitución, ejecución y/o interpretación del contenido contractual del negocio jurídico suscrito, por lo que mal podría declararse la ineficacia, inexistencia o nulidad de las cláusulas estatuidas, cuestiones respecto de las cuales, según manifestación de los representantes legales de los extremos procesales, no se hizo reclamación alguna.

A igual conclusión debe llegarse luego de escuchar las declaraciones rendidas por las señoras Paula Andrea Rentería Escobar y Sandra Milena García Buitrago, quienes si bien en sus testimonios (record. 2:35:41 y 3:15:23) informaron que Globalcom solo podía distribuir, promocionar y trabajar con los lineamientos y autorizaciones de Comcel S.A., la primera negó tener conocimiento frente a la forma en la cual se suscribió y terminó el contrato vigente desde julio de 2005. Y aun cuando la señora García Buitrago, en su calidad de Coordinadora de Venta de Claro, informó que coordinaba con la actora la forma como debían promocionarse los productos de Comcel, en manera alguna refirió presiones, coacciones o constreñimiento a los distribuidores, en especial al demandante, y a pesar que reconoció que eventualmente existieron tensiones cuando Claro decidió cambiar las condiciones de la contratación, lo cierto es que negó el hecho que se le hubiese instruido para realizar presiones indebidas, pues solo se informó que si un distribuidor no aceptaba el nuevo modelo, no podía continuar con la compañía.

4. En conclusión, considera esta Sala de Decisión que en efecto erró *a quo* al considerar que se había constituido un eventual contrato de agencia mercantil, pues evidentemente no evaluó en legal forma el material probatorio obrante en el plenario, menos aún atendió la teoría de los actos propios y en todo caso desconoció providencias que sobre la misma materia ha proferido este Tribunal Superior de Distrito Judicial, fechadas 28 de febrero del 2022 exp.024 2019 00350 01, 23 de julio del 2021 exp.011 2013 00036 02, 31 de agosto del 2021 exp. 034 2019 00158 01, 21 de marzo del 2023 exp. 035 2019 00063 01 y la más recientemente, la SC425-2024 del pasado 9 de abril, dictada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, dispuso que en asuntos como el aquí analizado, se debía negar la prosperidad de las pretensiones. Además, si bien en distintos laudos los árbitros han resuelto en

²³ Record.1:15:58.

forma diferente, sabido es que esas determinaciones, en manera alguna, tiene carácter de precedente para esta jurisdicción.

5. En consecuencia, se revocará el fallo objeto de inconformidad, en la medida que ninguno de las pretensiones esgrimidas por la actora tiene vocación de prosperidad. Por el contrario, salen avante las censuras formuladas por la demandada, que se encaminaron a desvirtuar la existencia de un contrato de agencia mercantil y el eventual reconocimiento de prestaciones e indemnizaciones por cuenta de aquel negocio jurídico. Corolario de lo expuesto, se declararán probadas las excepciones de mérito tituladas: "*inexistencia de supuesto abuso de posición contractual, por parte de Comcel, y de la imposición de condiciones abusivas*", "*inexistencia del contrato de agencia comercial e improcedencia del pago de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio*", "*buena fe y aplicación de la doctrina de los actos propios*" e "*improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas del contrato de distribución*". Por este motivo, este Tribunal se releva del estudio de los demás reparos manifestados por la parte pasiva.

Por último, y comoquiera que en varias oportunidades Globalcom S.A.S. informó que Comcel S.A., en cumplimiento de los mandatos contenidos en la sentencia de primera instancia, entregó a su favor \$34.485.222.304, se dispondrá que en un término no mayor a quince (15) días, proceda a devolverle a la sociedad demandada el citado monto de dinero, teniendo en cuenta que el fallo de primer grado fue revocado en su totalidad.

6. De igual forma, se condenará en costas conforme lo dispone expresamente el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, a la parte demandante en ambas instancias, por haber resultado vencida en esta contienda judicial.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en Sala Quinta de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de septiembre del 2021, por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad, para en su lugar **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de "*inexistencia de supuesto abuso de posición contractual, por parte de Comcel, y de la imposición de condiciones abusivas*", "*inexistencia del contrato de agencia comercial e improcedencia del pago*"

de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio”, “buena fe y aplicación de la doctrina de los actos propios” e “improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas del contrato de distribución”, propuestas por la demanda, **Comunicaciones Celular S.A. - Comcel S.A.**

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** la totalidad de las pretensiones formuladas por la sociedad **Globalcom Ltda.**

TERCERO: ORDENAR a Globalcom S.A.S. que, en un término no superior a quince (15) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, proceda a devolver la suma de \$34.485.222.304 a favor del extremo pasivo.

CUARTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante. La Magistrada sustanciadora fija como agencias en derecho en esta instancia, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000). Líquidense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

QUINTO: En oportunidad, por Secretaría, ofíciase al Despacho Judicial de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia para que haga parte del respectivo expediente.

NOTIFÍQUESE,

ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS

Magistrada

(19 2018 00455 01)

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

(19 2018 00455 01)

CLARA INES MÁRQUEZ BULLA

Magistrada

Con salvamento de voto

(19 2018 00455 01)

Firmado Por:

Angela Maria Pelaez Arenas
Magistrada
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,
Firma Con Aclaración De Voto

Sandra Cecilia Rodriguez Eslava
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **813a1e77d0fbc2306f7d38d1a41a1a8b13eee0d28116e2a836f11b85708d830c**

Documento generado en 24/06/2024 03:49:22 p. m.

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