



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

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada Ponente

SC026-2026

Radicación n° 11001-31-03-023-2018-00542-01

(Aprobado en sesión de veintinueve de enero de dos mil veintiséis)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiséis (2026).

Se decide el recurso de casación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 17 de octubre de 2024, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Panacell Comunicaciones S.A.S., contra Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A.

I.- ANTECEDENTES

1.- En la demanda subsanada¹ y reformada², se formularon **pretensiones** clasificadas y numeradas, así:

1.1.- Las relativas a la existencia del contrato. Declarar que entre las partes se constituyó una relación jurídica

¹ Primera instancia parte 1. 001cuaderno1. Folios 284 a 405 PDF.

² Primera instancia. 02cuaderno1A parte1. Folios 197-317.

patrimonial, cuyas cláusulas fueron dictadas por Comcel, por lo que, respecto de la demandante, se trata de un contrato de adhesión.

1.2.- Las referentes a la naturaleza jurídica. Declarar que la demandante como comerciante independiente, en virtud del contrato celebrado con la accionada, asumió por cuenta de Comcel en el área oriental del territorio colombiano, a cambio de una remuneración y en establecimientos expresamente autorizados, el encargo de promover y explorar el negocio de telefonía móvil celular de Comcel y que ese contrato reúne los elementos esenciales de un contrato típico de agencia comercial, regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

Como «*aproximación constitucional*» frente a la naturaleza jurídica del contrato, se pidió declarar que los hechos relevantes son semejantes a los supuestos fácticos que enmarcaron las controversias resueltas mediante 28 sentencias judiciales y laudos arbitrales, en las cuales se resolvió que aquellos contratos fueron «*típicos y nominados contratos de agencia comercial*», y que esa «*regla jurisprudencial ha permanecido consistente y uniforme*».

1.3.- A continuación, se presentaron otras súplicas clasificadas de la siguiente manera: *i)* pretensión concluyente; *ii)* pretensiones relativas a la inoperancia de ciertas cláusulas abusivas; *iii)* pretensiones relativas a la prestación mercantil del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio; *iv)* pretensiones relativas a la

inexistencia de pagos anticipados de la prestación mercantil; *v)* pretensiones relativas a los incumplimientos y abusos imputables a Comcel; *vi)* pretensiones relativas a la terminación del contrato, *vii)* pretensiones de condenas indemnizatorias; *viii)* pretensiones relativas a las denominadas «*actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas*», y, *ix)* derecho de retención y pretensiones finales.

2.- Fundamentos fácticos.

Entre las partes se celebró un contrato que se ejecutó de manera estable y permanente desde el 2 de junio de 2005 hasta el 2 de diciembre de 2017. La vigencia de la relación se estableció por doce (12) meses, con pacto de renovación automática, por periodos mensuales y durante la misma la accionante ejecutó el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL en el área oriental del territorio nacional.

Según se deduce de los documentos aportados con la demanda, dicho contrato fue de agencia comercial, y corresponde al modelo que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores, así como de la red de agentes/distribuidores de OCCEL y CELCARIBE.

La demandante, como parte de la red de agentes/distribuidores de COMCEL y como comerciante independiente, «*asumió de manera estable en los puntos autorizados, a cambio de una remuneración y actuando por cuenta de COMCEL, el*

encargo de promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC) que constituyen el negocio de esta última». Ambas compañías ostentan la calidad de comerciantes, pero la promotora es independiente, no es filial ni subsidiaria de la demandada, no hace parte de ningún grupo empresarial y tampoco existe entre ellas relación de subordinación en los términos del artículo 261 del Código de Comercio.

Las instrucciones que COMCEL extendió en el contrato, y las que impartió a la actora durante su ejecución, no desvirtúan el elemento de independencia propio de la agencia comercial, sino que confirman su existencia.

Al momento de la terminación del convenio la accionante venía ejecutando el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL en diferentes puntos autorizados por ésta. Además, durante la ejecución la actora fue remunerada conforme al sistema implementado por COMCEL que comprendía: comisiones, descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago, las notas crédito y los descuentos - comisiones por recargas comercializadas.

Por imposibilidad jurídica, la convocante no podía prestar por su cuenta el servicio de telefonía móvil celular, mientras que COMCEL estaba autorizada para ofrecer, comercializar y prestar dicho servicio. Por ello, la primera promovió y explotó el negocio de COMCEL por cuenta de éste.

Los efectos económicos asociados a la ejecución del

contrato en mención, se reflejaron en el patrimonio de COMCEL, siendo el principal que quedó vinculada contractualmente con los abonados y suscriptores de la demandante gestionó bajo su encargo y percibió los pagos por los bienes y servicios contratados. Y como efectos negativos, COMCEL asumió directamente los riesgos de liquidez, fluctuación de tasas de interés, de cambio y de cartera; la asunción del riesgo operativo y de riesgos del mercado por la competencia y medidas regulatorias, así como la imposición de multas asociadas a normas de promoción a la competencia.

Los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del convenio son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron las controversias resueltas en 24 laudos arbitrales, en todos los cuales se decidió que los contratos extendidos por COMCEL «*cuyos textos y manera de ejecución fueron idénticos a los de la relación jurídica patrimonial sub iudice, fueron contratos típicos y nominados de agencia comercial regulados en los arts. 1317 y ss CCO.*».

Con fundamento en el derecho a la igualdad, la promotora de la litis tiene la legítima expectativa de que la administración de justicia declare que el contrato *sub iudice* es típico y nominado de agencia comercial.

3.- Oposición y réplica de la demandada

3.1.- En su contestación³, la convocada se opuso al éxito de las pretensiones y, como excepciones de mérito encaminadas a enervarlas, alegó: *«prescripción de las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia comercial»; «el contrato de distribución celebrado entre COMCEL y PANACELL terminó anticipada y unilateralmente desde el día 02 de diciembre de 2017 tal como se lo permitía lo previsto en su cláusula quinta», «inexistencia de una justa causa de terminación del contrato de distribución que pueda o deba ser imputable a COMCEL S.A.», «transacción y cosa juzgada de la totalidad de las diferencias surgidas entre PANACELL y COMCEL S.A.», «ausencia de los presupuestos para la declaratoria de ineficacia de algunas de las cláusulas del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y PANACELL», «la voluntad de COMCEL y PANACELL siempre fue la de celebrar un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial el cual fue excluido expresamente por ellos», «COMCEL celebró y ejecutó con PANACELL -de buena fe- un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial», «inexistencia de un contrato de agencia comercial de hecho por ausencia de sus elementos esenciales», «validez y fuerza vinculante del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y PANACELL», «el contrato de distribución celebrado entre COMCEL y PANACELL deberá ser interpretado de acuerdo con la aplicación práctica que de sus cláusulas hicieron los contratantes durante más de doce (12) años», «inaplicabilidad del artículo 1624 del código civil para la interpretación del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y PANACELL por ausencia de cláusulas ambiguas», «todas y cada una de las actas de conciliación, compensación y transacción que fueron suscritas entre COMCEL y PANACELL durante la ejecución contractual adquirieron fuerza de cosa juzgada», «validez, eficacia y oponibilidad de todas y cada una de las actas de conciliación, transacción y compensación celebradas por PANACELL y COMCEL durante la ejecución contractual», «renuncia voluntaria de PANACELL al cobro de las prestaciones propias de la agencia comercial», «cumplimiento*

³ Cfr. Cuaderno 001- folios 494-575 PDF

estricto y de buena fe de la totalidad de las obligaciones a cargo de COMCEL derivadas del contrato de distribución que celebró con PANACELL», «pago», «PANACELL contraviene sus propios actos (venire contra factum proprium non valet)», «compensación», «las condiciones de venta y de remuneración de PANACELL fueron previa y claramente fijadas por los contratantes en el anexo "a" del contrato de distribución», «imposibilidad del cobro de intereses moratorios desde la terminación del contrato de distribución.», «inexistencia de violación de normas de carácter imperativo por parte de COMCEL», «excepción de contrato no cumplido o exceptio rei non adimpleti contractus.», «innominada o genérica». En similar sentido se pronunció al dar respuesta a la reforma a la demanda⁴.

3.2.- Por vía de reconvención, solicitó declarar que Panacell incumplió las obligaciones asumidas con Comcel en virtud del contrato de distribución celebrado el 2 de junio de 2005, generándole perjuicios que deben ser reparados. En consecuencia, condenarla a pagar el valor de la cláusula penal equivalente a cinco mil salarios mínimos mensuales vigentes, con actualización monetaria.

4.- La sentencia de primera instancia.

El *a quo* declaró prósperas algunas de las excepciones formuladas por la convocada y negó todas las súplicas planteadas en la demanda inicial.

Sobre la reconvención, declaró que Panacell incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel y la

⁴ Primera instancia. 02cuaderno1A parte1.Folios 329-402.

condenó a pagar, a título de perjuicios, el equivalente a cinco mil salarios mínimos mensuales legales vigentes, como cláusula penal pactada.

5.- Decisión del recurso de apelación

Al resolver la impugnación formulada por la accionante inicial, el superior modificó el fallo de primera instancia en el sentido de revocar los ordinales tercero, cuarto, quinto y sexto y, en su lugar, declaró probada de oficio la defensa de «transacción» y negó el *petitum* en reconvención.

Esa determinación, fue sustentada con los argumentos que a continuación se sintetizan:

5.1.- Inició haciendo referencia a los elementos que la doctrina y la jurisprudencia predicen del contrato de agencia comercial, y aseveró que, siguiendo tales lineamientos, para que exista la relación jurídica convencional válida de esa índole deben concurrir varios requisitos, especialmente, que la actividad de promoción o explotación de un producto se encamine a la conquista, ampliación o reconquista del mercado en beneficio del empresario por cuenta ajena, siendo aspectos «tipificadores» que excluyen la posibilidad de ser considerada como tal «*la actividad encaminada a la adquisición de un producto en propiedad para posteriormente distribuirlos o revenderlos, así esté aparejada de publicidad por cuenta del empresario y que esa reventa se realice en determinado territorio en forma reiterada, continua y permanente, per se, ese tipo de actividad no constituye ni reviste la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia*»

comercial entre ellos».

5.2.- A continuación, precisó que el Tribunal acogería la tesis plasmada en CSJ SC425-2024, por cuanto fue emitida recientemente por el órgano de cierre en materia civil, y el caso que allí se estudió tenía similitud con el presente en cuanto a las pretensiones y *«se definió el recurso de casación propuesto por Promotora de Comunicaciones S.A.S. -Procom S.A.S. (...) contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., sociedad aquí demandada».*

5.3.- En esa dirección, reseñó las consideraciones de la mencionada sentencia -que más adelante retomó para la definición de la alzada-, comenzando por resaltar la similitud entre la presente controversia jurídica y aquella que estudió la Corte en esa oportunidad, así:

En el caso resuelto en ese expediente, se persiguieron similares pretensiones, atinentes a declarar que: i) entre las partes se celebró un contrato de adhesión, el que además debía catalogarse como de agencia comercial, esto, en aplicación de la interpretación preferente, el contrato realidad y la confianza legítima, “como se asintió por la justicia arbitral en 28 casos equivalentes al presente, los cuales constituyen doctrina probable”; ii). Adicionalmente, que la sociedad demandada ejerció una posición dominante contractual e incluyó cláusulas a fin de evadir ese tipo contractual; iii). Existieron condiciones inoperantes, “por ineficacia en sentido amplio y estricto, y nulidad absoluta, o, subsidiariamente, por existir antinomia entre los efectos de la cláusula 30 y del numeral 6° del anexo A, en el sentido de entender que no se pactó el pago anticipado de la prestación a que se refiere el artículo 1324 del estatuto mercantil, por fuerza de la interpretación contra preferente. También, por contradicción, se pidió que se resten efectos a las estipulaciones que pretenden rehusar la configuración de la agencia comercial”. En ese orden, se deprecó el pago de la prestación “a que se refiere el mencionado precepto 1324 (...)”, de forma paralela, iv). que no hubo pago anticipado “pues la remuneración recibida fue a título de comisión”. Es más, v). que la sociedad demandada incumplió sus obligaciones por disminuir el valor de la comisión por

residual, modificar la comisión por legalización de kits prepago, no incrementar esta última conforme al IPC, eliminar las comisiones por permanencia y buena venta, mantener sin incremento la comisión por transacción de recaudo y reducir la comisión por promoción y comercialización de sim cards prepago o, subsidiariamente, que abusó de su derecho y de la posición de dominio contractual, incluso, vi). que la relación terminó por justa causa, de modo que, resulte procedente el pago de la indemnización contemplada en el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio “y demás daños antijurídicos por el incumplimiento y/o abuso del derecho (...).”

En esa misma línea, el actor (...) pidió declarar que las actas de transacción, conciliación y compensación “no incorporan acuerdos conciliatorios, ni contratos de transacción o, subsidiariamente, señalar que la transacción se restringió a la liquidación y/o pago de comisiones por activación de planes pospago y legalización de kits prepago, sin comprometer las materias de este litigio, menos aún comprender la prestación del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio”, por no poderse renunciar antes de su nacimiento, además, que son actas de conciliación de cuentas, cuyo objeto era otorgar paz y salvo parcial, “aunque redactadas con la finalidad de eludir las consecuencias normativas del contrato de agencia comercial”. Finalmente, deprecó varias peticiones relacionadas con el derecho de retención, la cancelación de contratos de hipoteca, destrucción de títulos-valores, entre otras.

Seguidamente, anticipó que se negaría el pedimento principal encaminado a obtener la declaración de «*existencia de un contrato de agencia comercial con las implicaciones que de ello se derivan*», y procedió a citar, en extenso, los argumentos plasmados por esta corporación en SC425-2024, aduciendo que esa decisión se fundó en «*la teoría de los actos propios y del retraso desleal*» para concluir que,

i). “(...) reluce que Procom generó confianza legítima en Comcel, respecto a la no realización de reclamaciones respecto al tipo de contrato firmado, el manejo de las comisiones y demás desatenciones negociales invocadas en el libelo genitor del proceso”.

Para arribar a esa conclusión, indicó que las partes suscribieron un contrato en el que Comcel concedió a la demandante un contrato de distribución de productos y la comercialización de los servicios del primero, “con la expresa advertencia de que el negocio es de

distribución, por lo que -[n]ada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de... agencia comercial (...)

ii). Esa directriz fue reiterada en el modelo de acta de conciliación, compensación y transacción, en el sentido de que “[l]as partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución... si la relación jurídica contractual se tipificare como agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas- (...)”.

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

iv). “Comcel en desarrollo del convenio, según lo aceptado por la demandante en su escrito inicial, tomó las siguientes determinaciones respecto de la remuneración: (a) la comisión por residual, -excluyó [de su causación] los tres primeros meses (...); (b) -[d]urante la ejecución del contrato... e independientemente de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por efecto de la inflación, mantuvo la comisión por legalización-; (c) -informó a su red de agentes/distribuidores de los cambios que a la postre se implementaron en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones por legalización de kits prepago- (...); (d) -envió a la demandante la tabla de comisiones en la que se estableció... la comisión de permanencia de planes pospago...- ; (e) [a] partir del 1º de julio de 2014... eliminó la comisión por permanencia de planes pospago- (...); (f) -mediante circular... de junio 17 de 2016, eliminó la comisión por buena venta en planes prepago- (...); (g) -mediante la circular... de junio 17 de 2016, eliminó la comisión por buena venta en planes prepago- (...); (g) -El 26 de diciembre de 2017... le envió a su red de agentes/distribuidores... las nuevas tarifas que por concepto de comisión por transacción de recaudo empezaría a regir- (...); (h) -a partir del 1º de septiembre de 2014... pagó a su red... una remuneración mensual equivalente al ocho por ciento (8%) del valor de las recargas realizadas... esta remuneración se causó durante los primeros seis meses desde la activación de la respectiva Sin Card (...)”.

v). “Procom no efectuó ninguna reclamación formal respecto a los cambios que Comcel introdujo a las comisiones, no sólo por no aparecer probado en el expediente (...). Tampoco se advierte que

Procom cuestionara el tipo contractual celebrado (...)”.

Por tanto, (...) se descubre que Procom, durante su relación negocial con Comcel, no alzó su voz para censurar el contenido del contrato, su interpretación o ejecución, promover su modificación, oponerse a la forma en que el operador celular ejerció sus facultades o advertir sobre situaciones de abusividad”. A juicio de la Corte, “[p]or el contrario, aceptó el modelo de contrato, consintió en las cláusulas que excluían la agencia comercial y que permitían cambiar de retribución del distribuidor, guardó silencio frente a supuestos comportamientos irregulares e ilegales que se extendieron por más de 13 años, y realizó actuaciones que generaron en Comcel la confianza sobre su conformidad con el negocio, por lo que deviene tardío que a la finalización del vínculo pretenda desdecir de su comportamiento previo”.

En ese orden, la alta corporación precisó que concurrían los elementos para aplicar la teoría del retraso desleal, comoquiera que: i). *Los derechos en discusión son de naturaleza renunciable, amén que los particulares “tienen la facultad de gobernar sus relaciones patrimoniales, acorde con sus intereses y necesidades, salvo excepciones emanadas del orden público, la moral social o las buenas costumbres”;* ii). *“En el escenario descrito se tiene que las normas dispuestas por el legislador, para gobernar los diferentes tipos contractuales, son eminentemente supletorias de la voluntad, en el sentido que admiten pacto en contrario, salvo aquéllas que sean imperativas”, aplicable, “con mayor razón, a las convenciones mercantiles (...);* iii). *Los interesados tienen la facultad de definir el contrato que deseen y fijar su contenido, dentro del abanico de los regulados por el legislador o, incluso, acudir a un atípico, sin restricciones mayores que las que emanan expresamente de la ley, por lo que están materias son prima facie renunciables”, además, esa libertad contractual resulta aplicable a la agencia comercial;* iv). *“Se descubre, de lo dilucidado, que la selección del contrato que regiría la relación entre Procom y Comcel era un asunto sometido a su autonomía negocial (...);* v). *“Lo mismo sucede frente a las facultades otorgadas a Comcel para regular las diversas remuneraciones pactadas, que le permitieron modificarlas, derogarlas o conservarlas inalteradas, por ser un aspecto regido por la autonomía de la voluntad. Igual consideración cabe frente a la imputación de réditos a indemnizaciones futuras y a la distribución de los gastos de transporte de dinero”;* vi). *Sobre la prestación contemplada en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, “(...) por la decisión de los contratantes de celebrar un contrato de distribución sin agencia, excluyendo las prescripciones de este último negocio jurídico in totum”, amén que es renunciable;* vii). *“Frente a ninguna de las estipulaciones negociales rememoradas se efectuó reparo alguno por Procom, ora al momento de la celebración del contrato, o durante su desarrollo, lo que únicamente vino a suceder a la terminación;* viii). *“Transcurrieron más de trece (13) años para que Procom, por primera vez,*

cuestionara las cláusulas negociales y su ejecución, lo que trasluce un interregno significativo, por comprender casi la totalidad del tiempo de vigencia de la relación negocial”; ix). La inacción de la demandante generó en Comcel la confianza de que las partes no celebraron un contrato de agencia comercial, existió un pago anticipado de las eventuales indemnizaciones por el finiquito del negocio, se tenía la facultad de modificar las comisiones en cualquier momento y “estaba a cargo del centro de pagos y servicios del valor del transporte del dinero efectivo”; y, x). No hay pruebas de que la demandada coaccionó a la accionante.

En últimas, consideró que “(...) Procom faltó a la probidad, al pretender el reconocimiento de un vínculo negocial que aceptó no haber suscrito, la declaración de incumplimientos frente al comportamiento que asintió y consintió y la devolución de gastos que asumió libremente solventar”.

5.4.- Para el Tribunal, al aplicar esos lineamientos al presente asunto, las súplicas no podían tener éxito, porque no obra prueba alguna de que, «entre el 2 de junio de 2005 y el 2 de diciembre de 2017, Panacell Comunicaciones S.A.S. se pronunció en desacuerdo con las condiciones que regían dicho vínculo comercial».

A continuación, para ratificar esa inferencia, procedió a relacionar los medios persuasivos allegados, así:

En el expediente obran tanto el contrato como los anexos A, B, C, D, E, F y G, que permiten entrever la relación reglada entre las partes. De acuerdo con su literalidad, al establecer su objeto, se plasmó: «En virtud de este contrato, COMCEL, concede a PANACELL COMUNICACIONES LIMITADA 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, las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados (...).». Seguidamente, se indicó la naturaleza y las relaciones entre las partes, así como los deberes y obligaciones del distribuidor.

Al contestar la demanda principal, la convocada afirmó que, *«durante los más de doce (12) años de ejecución contractual COMCEL jamás recibió reparo u observación alguna de PANACELL acerca de estar vinculada por un contrato de agencia comercial de hecho; ni menos acerca de la invalidez, nulidad absoluta o ineficacia de algunas de las estipulaciones contractuales contenidas en el contrato de distribución»*; que tampoco expresó que las estipulaciones del contrato de distribución *«violaban normas legales de carácter imperativo o contenían objeto o causa ilícitos o que los contratos en cuestión se hubiesen celebrado entre personas absolutamente incapaces»*; que durante la ejecución contractual COMCEL no fue requerida por PANACELL para el pago de *«comisiones, incentivos y bonificaciones que derivaran de la supuesta agencia comercial de hecho»*; además, durante la relación contractual existieron varias diferencias económicas, *«que fueron objeto de conciliación, transacción y compensación, diferencias que quedaron consignadas en las correspondientes actas y superadas por virtud de la transacción que acordaron los contratantes, que resultan totalmente oponibles entre ellas»*.

Como elementos de convicción aportados con la demanda inicial, tenemos: revistas, informes anuales operación América Móvil S.A.B. de C.V., la información accionaria de Comcel, los estatutos sociales, las hojas de vida de los directivos de esa sociedad, informes anuales del convocado -Comcel-Claro 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, informe de sostenibilidad 2014, 2015 y 2016, listados de puntos de atención directa, determinación de la situación del grupo empresarial, nota revista Semana, varias leyes y

decretos, el contrato de 2 de junio de 2005 como el otrosí adiado 1° de febrero de 2008; varios contratos suscritos por Comcel/Occel S.A. y otras empresas distintas, y comunicaciones entre Comcel S.A y Panacell. Sin embargo, no se advierte reclamo alguno de Panacell respecto a la configuración de un contrato de agencia comercial.

Obran también cartas remitidas para establecer las comisiones a Bonncel Distribuciones y Mercadeo Ltda., Celcom, Globalcom y Celutec, así como las de Comcel a la recurrente; varias resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, antecedentes arbitrales, contestaciones de otras demandas por Comcel S.A., copia de la escritura pública en virtud de la cual William Rafael Sandoval Sabogal constituyó hipoteca abierta sin límite de cuantía sobre varios bienes, póliza de cumplimiento 63-45-101003277, copia de la Escritura Pública 3799 de 21 de diciembre de 2004 relativa a la fusión de Comcel S.A. con Occel y Celcaribe, documentos relativos a las políticas de Comcel S.A., copias de varias sentencias, doctrina probable y agencia comercial, copia interrogatorio de parte al representante legal de Comcel – Tribunal de Arbitramento de Ever Green Communications S.A. vrs. Comcel, como el concepto sobre el registro de las prestaciones anticipadas, misiva con radicación 2013-01-253994 de la Superintendencia de Sociedades sobre el alcance del Plan Único de Cuentas -PUC-, conceptos de la DIAN y manual CPS, para concluir, ***«[l]uego, se asiente la tesis de que Panacell Comunicaciones S.A.S. no controversió las estipulaciones contractuales en desarrollo de la convención del 2 de febrero de***

2005» (Negrilla intencional).

Luego señaló que, incluso, se advierte remisión de facturas a Comcel S.A. el 10 de enero de 2018 relacionadas, entre otras, con un título valor por \$1.377.370.849 correspondiente a la prestación mercantil que regula el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercial, *«la cual se causó y se hizo exigible el 3 de diciembre de 2017»*. Y enfatizó en que, el representante legal de Panacell y William Sandoval, acotaron que *«la discusión en punto al tipo contractual que se desarrolló, sólo se dio con ocasión a la terminación del negocio -confesión art. 191 del Código General del Proceso-, comoquiera que en el desarrollo del mismo, en palabras del último, no se presentaron “controversias”, se trataba de relaciones “sanas”*».

5.5.- El órgano de cierre en esta materia es la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, *«razón por la que, no pueden acogerse las decisiones adoptadas por tribunales arbitrales»*.

5.6.- Se desestimarán las súplicas sin que pueda decirse que se configuró la prescripción de la acción, pues la cuestión puesta en consideración fue resuelta de fondo, cosa distinta es que el apoderado de la parte actora *«no comparta la aplicación de la teoría de los actos propios como del retraso desleal, que son instituciones totalmente diferentes, por ende, de alcances distintos»*.

5.7.- Para resolver las inconformidades de Panacell Comunicaciones S.A.S. sobre la demanda de mutua petición, en el expediente obra *«contrato de transacción y compensación de cuentas entre Comcel S.A. y Panecell Comunicaciones Ltda. de 3 de*

diciembre de 2013», en el cual se advierte que transaron las diferencias y controversias anteriores, actuales y futuras, «relativas a las sumas de dinero que por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el día a 31 de Diciembre de 2012 según los términos estipulados en los Contratos de Distribución vigentes entre las partes»⁵.

La demanda de reconvención se fundó en que, si bien el contrato de distribución se ejecutó de manera permanente hasta el 2 de diciembre de 2017, Panacell incumplió con lo dispuesto en la cláusula 7.8. «que lo obligaba a consignar los dineros recibidos por parte de los usuarios por concepto de ventas, en la forma y tiempo previstos en dicha cláusula», y retuvo, sin justa causa, \$350.591.641 pertenecientes a Comcel S.A., por lo que debía pagar la cláusula penal pactada.

⁵ Además, se hace referencia a que en el expediente obran otras pruebas de las transacciones, a saber: i). *El contrato de transacción y compensación de cuentas relativa a las cuentas causadas hasta el 31 de diciembre de 2011 (279 y ss., ib.); ii). Acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas de 11 de marzo de 2009 en el que los intervinientes se declararon a paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y residual “que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de PANACELL COMUNICACIONES LTDA. por estos conceptos hasta el 31 de mayo de 2008 (...)” (f. 283 y ss, ib.); iii). Acta de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas a propósito de la totalidad de las prestaciones causadas en favor de la actora -comisiones por activaciones y comisiones por residual- hasta el 31 de diciembre de 2007 (fls. 292 y ss., ib.); iv). Contrato de transacción y compensación de cuentas en la que se declararon a paz y salvo “por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de PANACELL COMUNICACIONES LTDA., por estos conceptos hasta el 30 de junio de 2.006 (...)” (fls. 296 y ss., ib.); v). Acta de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas “por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas (...) hasta el 31 de diciembre de 2009 (...)” (fls. 300 y ss., ib.); vi). Acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas “por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de PANACELL (...), por estos conceptos hasta el 31 de diciembre de 2009 (...)” (fls. 302 y ss., ib.); vii). Acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas “por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de PANACELL (...) hasta el 31 de diciembre de 2010 (fls. 305 y ss., ib.); y, viii). Contrato de transacción y compensación de cuentas en virtud de la cual las partes “transigen de forma definitiva todas las diferencias y controversias, anteriores, actuales y futuras, relativas a las sumas de dinero que por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el 31 de Diciembre de 2012 (...)”.*

El juez de primer grado, desatendió el artículo 281 del Código General del Proceso respecto al principio de congruencia, pues aludió al incumplimiento de la cláusula 7.33 del contrato de distribución, escenario que no se puso de presente en aquel escrito.

Al sustentar la alzada Panacell refirió que «*los montos dinerarios retenidos por la demandante y que esta última quedó adeudando a COMCEL a la finalización del contrato ascendieron en total a la suma de \$59.109.277*», que fue objeto de recaudo en un proceso ejecutivo, por lo que la pena era excesiva.

Figura en el expediente copia del contrato de transacción de 13 de febrero de 2020, suscrito por el apoderado de Comcel -Roberto Zorro Talero- y el representante de Panacell en el que se indica,

(...) todas las relaciones contractuales existentes entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A., de un lado, y PANACELL COMUNICACIONES S.A.S. y WILLIAM RAFAEL SANDOVAL SABOGAL, de otro lado, fueron relaciones contractuales que terminaron por completo y de forma definitiva el 1 de diciembre de 2017. Por lo tanto, a la fecha de la firma de la presente transacción, terminaron por completo, todos los contratos que vinculaban a las Partes y respecto de los cuales su cumplimiento se garantizó con la hipoteca abierta referida en el anterior antecedente.

Al término de todas las reclamaciones contractuales existentes entre las partes, Comcel consideró que Panacell le adeudaba en total \$59.109.277. Ante el incumplimiento, Comcel llenó con la mencionada cifra el pagaré en blanco con carta de instrucciones suscrito por Panacell y William Rafael Sandoval Sabogal, con fundamento en el cual promovió

proceso ejecutivo contra ellos. No obstante, por virtud de una nueva transacción, a la fecha no existe obligación exigible a Panacell Comunicaciones S.A.S. y en favor de Comcel S.A.

La intención de dicha negociación era transigir las diferencias presentes o futuras entre las partes a propósito de sus relaciones contractuales que terminaron el 1° de diciembre de 2017 y que se establecieron en el rubro de \$59'109.277, por lo que a la fecha la demandada en reconvencción no le adeuda suma alguna a Comcel S.A.

El artículo 1625 del Código Civil establece que la transacción es un modo de extinguir las obligaciones y nace a la vida jurídica como un acuerdo de voluntades, así las cosas, implica el pacto entre las partes de poner fin a un derecho de contenido dudoso o a una relación jurídica incierta, que surge de la intención de las partes de modificarla por una relación cierta y firme, con concesiones recíprocas, además, de acuerdo con el artículo 2483 del Código Civil, la transacción tiene efectos de cosa juzgada a menos que se configure un vicio que genere nulidad.

Esa temática *«hacía inane resolver las excepciones propuestas por Panacell S.A.S. denominadas: i). Compensación; ii). Contrato no cumplido; iii). Cláusula penal enorme y prohibición de usura; y, iv). “Genérica”*». Conforme a lo expuesto, la demanda de mutua petición no tenía vocación de salir avante, por lo que *«se declarará de oficio la excepción que se denominará “transacción” (Inciso 1° del artículo 282 del Código General del Proceso)»*.

6.- Ante la improsperidad de los reparos, se confirmarán los numerales primero y segundo, se revocarán los tercero, cuarto, quinto y sexto; se declarará de oficio la excepción de «*transacción*» y se negarán las pretensiones de la reconvención.

II.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra el fallo del Tribunal Panacell Comunicaciones S.AS., formuló cinco cargos. Los tres primeros edificados en la primera causal del artículo 336 del Código General del Proceso, y los otros dos, en la segunda. Sin embargo, como mediante CSJ AC4869-2025 se declararon inadmisibles los cargos primero y segundo, en esta oportunidad el estudio se concretará a los restantes.

III.- TERCER CARGO

Se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 871 y 1317 del Código de Comercio, por aplicación indebida el primero, y el segundo por interpretación errónea, así como de los preceptos 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 de mismo estatuto, por falta de aplicación.

Del principio general de la buena fe se desprenden los deberes secundarios de conducta, dentro de los cuales se encuentra el deber de coherencia, a partir del cual la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la teoría de los actos propios. El deber de coherencia impone comportarse «*de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces (...)*».

El Tribunal aplicó indebidamente la «*doctrina de los actos propios y el retraso desleal*» con fundamento en el artículo 871 del Código de Comercio, al concluir que no le era dable a Panacell invocar que la naturaleza del contrato correspondía a uno de agencia comercial, cuando no elevó ninguna disconformidad sobre la calificación de «*distribución*» del mismo. De ese modo, vulneró el artículo 871 del Código de Comercio, por indebida aplicación, así como de la teoría de los actos propios y el retraso desleal que se desprenden de aquella norma, en la medida que se aplica dicha teoría «*a una situación que no está llamada a regular*».

El juzgador no tuvo en cuenta que el hecho de no presentar ninguna «*disconformidad*» en relación con la naturaleza de un contrato, no es una conducta idónea para generar en la otra parte confianza legítima sobre determinadas consecuencias, en especial, de la calificación jurídica relativa a la naturaleza del contrato, toda vez que,

Los contratos son lo que son y no lo que las partes ni el texto del contrato dicen que son. Por lo tanto, no es dable señalar que el silencio en relación con la naturaleza jurídica de un contrato dé lugar al surgimiento de una expectativa legítima en cabeza de las partes consistente en que la calificación dada al negocio jurídico en el papel no será discutida de manera posterior, buscando correspondencia con lo sucedido durante la relación comercial, máxime cuando no ha acaecido el fenómeno de la prescripción extintiva. En este sentido, el Tribunal en la sentencia omite indebidamente la aplicación del artículo 1618 del Código Civil.

Adicionalmente, es indebida la aplicación de la teoría de los actos propios o el retraso desleal al caso concreto, habida consideración de que las prestaciones que se reclaman, propias del contrato de agencia comercial, surgen una vez terminado el contrato. Por ende, no es procedente predicar una demora en su reclamación, pues solo a la culminación del vínculo contractual nace el derecho y la

posibilidad de reclamarlo.

En este caso resulta indebida la aplicación de la teoría de los actos propios, del retraso desleal y, por ende, del artículo 871 del Código de Comercio, porque aquella es de carácter subsidiario y son otras normas las llamadas a regular el asunto.

Si el Tribunal no hubiese cometido el error jurídico al examinar el artículo 871 del Código de Comercio, otra hubiera sido la exégesis de los artículos 1317, 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 del Código de Comercio, que regulan la agencia mercantil, de haberlas aplicado, habría accedido a las pretensiones de la demanda, dando por acreditada la existencia del contrato de agencia comercial entre las partes con condena a la demandada al pago de la prestación final del artículo 1324 del Código de Comercio con sus correspondientes intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

1.- Principio de buena fe

La buena fe es un principio general del derecho con expresa consagración en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, conforme al cual, *«[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas»*, además, se erige como pilar del derecho privado, cuando el artículo 1603 del Código Civil

dispone que los contratos *«deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella»* y el canon 871 del Código de Comercio, consagra que los contratos *«deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural»*.

Observar la buena fe en las relaciones contractuales supone que cada contratante proceda con probidad, honradez, transparencia, responsabilidad, diligencia, rectitud, lealtad, y que, a su vez, pueda confiar en que el otro se comportará de igual manera, en esa medida, la buena fe sirve a la convivencia pacífica y a la vigencia de un orden justo que son fines esenciales del Estado, según lo pregona el artículo 2° de la Constitución.

En CSJ SC 2 ago. 2001, exp. 6146, se precisó que el principio de buena fe,

(...) presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que "fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará".

La doctrina distingue entre buena fe en sentido subjetivo y objetivo. La primera acepción, se refiere a la *«intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama buena fe – creencia»*; la segunda, actúa *«como regla*

de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine buena fe – lealtad»⁶, siendo la función fundamental de la buena fe subjetiva otorgar derechos y de la buena fe objetiva imponer deberes.

En cuanto a las modalidades que adquiere la buena fe en materia contractual, en CSJ SC 2 feb. 2005, Exp. 1997-9124-02⁷, se indicó que esa noción suele ser contemplada desde tres perspectivas distintas: *«en primer lugar, aquella que mira el interior de la persona y, por ende, toma en cuenta la **convicción** con la que ésta actúa en determinadas situaciones; en segundo lugar, como una **regla de conducta**, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad; y, finalmente, como un **criterio de interpretación** de los contratos».*

Como regla de conducta la buena fe tiene connotación *«objetiva»*, y exige de las personas un comportamiento ajustado a ciertos estándares de corrección y probidad o a un modelo ético coherente exigible socialmente en todas sus actuaciones, con mayor razón, en aquellas que pueden llegar a tener efectos jurídicos.

2.- Protección de la buena fe contractual

En el campo negocial, la buena fe se proyecta a lo largo de sus diferentes fases, es decir, desde las tratativas del negocio jurídico o etapa pre contractual, durante su

⁶ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. (2003). Autonomía Privada y Buena fe como Fundamento de la Fuerza Obligatoria del Contrato. En: Vniversitas. Bogotá. N° 106. Pág. 559.

⁷ Reiterada entre otras en CSJ SC 24 ene. 2011, exp. 2001 00457 01

celebración o perfeccionamiento, en la ejecución o desenvolvimiento y aún en la etapa post contractual, de ahí que en los diferentes ordenamientos hayan surgido importantes doctrinas o construcciones jurisprudenciales tendientes a proteger la buena de los contratantes durante todos los momentos de la relación.

De manera particular se ha dirigido la atención al acatamiento del «*deber de coherencia*» de los contratantes, entendido como uno de los denominados «*deberes secundarios de conducta*», que representan límites al comportamiento de las partes con fundamento en la buena fe. Esa exigencia ha dado lugar a diferentes manifestaciones doctrinarias, a partir de conceptos relacionados estrechamente con la idea de la no contradicción, tales como la regla del «*venire contra factum proprium non valet*», la «*Verwirkung*» en el derecho alemán y suizo, también conocida como «*doctrina del retardo desleal*», así como la figura del «*Estoppel*» en el derecho anglosajón, entre otros.

2.1.- La doctrina de los actos propios

Precisamente, con fundamento en la buena fe y el deber de coherencia, se desarrolló la «*doctrina de los actos propios*», acuñada en la máxima «*venire contra factum proprium non valet*», conforme a la cual, la buena fe objetiva impone a las personas el deber de comportarse en forma coherente con comportamientos asumidos en el pasado, de tal manera que no pueden «*contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho*

comportamiento se mantendrá -expectativa legítima-» (CSJ SC10326-2014).

En cuanto a los presupuestos y requisitos para la aplicación de esa regla, el tratadista Marcelo López Meza⁸, destaca:

Existe consenso en la doctrina y jurisprudencia argentina y comparada sobre que los presupuestos para la aplicación de esta doctrina son los siguientes:

- 1. Una situación jurídica preexistente.*
- 2. Una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro.*
- 3. Una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto⁹.*

Esta Sala en CSJ SC 24 ene. 2011, expediente 2001-00457-01 -reiterada en SC10326-2014- precisó que, aunque la jurisprudencia y la doctrina no han sido completamente coincidentes, convergen en señalar como requisitos para la aplicación de dicha doctrina, los siguientes: **i)** una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; **ii)** que, con

⁸ LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: ESENCIA Y REQUISITOS DE APLICACIÓN. En: Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 189-222, julio-diciembre de 2009. Págs. 190 – 222.

⁹ El autor mismo autor precisa que cuando se evidencia que están reunidas esas condiciones, debe analizarse si se cumplen completamente los requisitos para su empleo, como son: 1. Los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser inequívocos respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho. 2. La contradicción con el acto anterior debe ser palmaria. 3. La voluntad inicial no debe haber estado viciada. 4. La voluntad plasmada en el primer acto, que luego se pretende contradecir, debe haber sido libre, pues si hubiera sido coaccionada de algún modo, no se aplicaría a este caso la doctrina del venire contra factum. 5. Debe darse la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas. 6. La juridicidad de la primera conducta.

posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; **iii)** que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, **iv)** que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio.

2.2.- Del retraso desleal o «*Verwirkung*».

Corresponde a una doctrina jurisprudencial originada en Alemania, Luis Díez - Picazo¹⁰ sostiene que se trata de un caso especial de «*inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contradicción de la buena fe*», para definirla acota que «*un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse “cuando el titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no ejercitará el derecho”*¹¹».

El mismo autor refiere que esta teoría surgió en torno a la aplicación de las normas jurídicas expedidas en virtud de la «*depreciación monetaria producida después de la primera guerra mundial, y de la posterior revalorización*» permitida por la ley, por lo que la jurisprudencia entendió que no era posible admitir que el deudor cuando ya había pagado la deuda «*tuviera que estar durante mucho tiempo esperando a saber si el acreedor pediría o no la revalorización*» y que ese derecho no podía ser ejercido «*cuando el acreedor, con su inactividad, había permitido que el deudor creyera*

¹⁰ La Doctrina de los Actos Propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Boch, Barcelona, 1963, páginas 93-101.

¹¹ BOEHMER, pág. 246.

que la pretensión de revalorización no había ya de ser ejercitada»¹².

Con posterioridad, la «*Verwirkung*» ha tenido un amplio campo de aplicación en el derecho industrial en materia de marcas y competencia desleal, así como en el derecho del trabajo. Y aunque en la jurisprudencia alemana se ha discutido acerca de alcance en otros campos del derecho privado, esa discusión está superada y se admite su aplicación generalizada siempre «*que se haga con la necesaria prevención y cautela, sin perder de vista el carácter de recurso extraordinario y subsidiario que, generalmente se le atribuye*»¹³.

Desde esa perspectiva, los requisitos para aplicar la «*Verwirkung*» se concretan en los siguientes:

a) El transcurso de un lapso significativo de tiempo durante el cual el titular no ha ejercido su derecho subjetivo. Sin embargo, el simple paso del tiempo no constituye retraso desleal, dado que se requiere la convergencia de otros requisitos y en eso se diferencia de figuras como la prescripción y la caducidad.

b) Que el titular del derecho no lo haya hecho valer, estando en la posibilidad de hacerlo.

c) Que el titular del derecho haya generado confianza en el sujeto pasivo de que el derecho no será reclamado.

¹² Ibidem. Pág. 95-96

¹³ Ibidem. Pág. 97.

d) Que el ejercicio actual aparezca como desleal o intolerable para el adversario.

Acerca del último requisito Diez- Picazo, afirma que la deslealtad o intolerabilidad deben medirse objetivamente, de manera que,

(...) no es necesario que el titular haya adoptado su actitud pasiva, con objeto de sorprender posteriormente a su adversario. La “Verwirkung” se produce cualquiera que hayan sido las causas del retardo y de la inactividad, incluso aunque el titular no haya tenido conocimiento de que la pretensión le asistía. Basta que el demandado pudiera contar (...) en vista de las circunstancias y de una manera objetiva, con que el derecho no sería ya ejercitado. La valoración de las circunstancias del caso concreto toma así un papel decisivo¹⁴.

Por otra parte, la doctrina ha ubicado el «retraso desleal» como un caso especial de **abuso del derecho**¹⁵, lo que significa que con la aplicación de esta figura se busca sancionar la deslealtad del reclamante que, habiendo asumido una conducta pasiva capaz de generar objetivamente en su contradictor la convicción de que no ejercerá su derecho, lo sorprende con un tardío reclamo, en evidente afrenta del principio de buena fe.

En forma de síntesis, Alejandro Borda, citando a otros estudiosos del tema, precisa:

Se entiende que el ejercicio del derecho “paralizado”, que se funda en que los plazos de prescripción no han transcurrido íntegramente, importa un abuso del derecho. Por tanto, ese derecho ejercido resulta inadmisibles en base a que ha sido realizado con un retraso objetivamente desleal, a pesar de que dicho derecho

¹⁴ Ibídem. Pág. 95

¹⁵ Entendido como «un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal». Cfr. Diez – Picazo, op. Cit. pág. 94.

*todavía existe según las normas legales. Echar mano a esa norma legal importa atentar contra la buena fe y lesionar la confianza en el tráfico jurídico*¹⁶. (Negrilla intencional).

3.- De la necesidad de reconsiderar el precedente creado en la CSJ SC425-2024

Dada la similitud de la situación fáctica y jurídica dilucidada en el presente asunto con aquella que fue objeto de análisis en la CSJ SC425-2024, la solución a esta última encajaría en la categoría de precedente, entendido como «*la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo*»¹⁷. En esa oportunidad, por decisión mayoritaria, se consideró que concurrían los elementos para aplicar la «*teoría del retraso desleal*», con las consecuencias que de ello se derivaban, dado que,

(...) Procom, durante su relación comercial con Comcel, no alzó su voz para censurar el contenido del contrato, su interpretación o ejecución, promover su modificación, oponerse a la forma en que el operador celular ejerció sus facultades o advertir sobre situaciones de abusividad.

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

¹⁶ La Teoría de los Actos Propios. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1987. Pág. 47.

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia SU-053 de 2015.

No obstante, revisado nuevamente el tema, la Sala estima necesario replantear la posición jurisprudencial allí contenida, comoquiera que, según lo precisó la Corte Constitucional en C461-2020, el deber de aplicación del precedente no es absoluto, por lo que el funcionario judicial puede apartarse válidamente de él, amparado por los principios de independencia y autonomía judicial. Sin embargo, para hacerlo, es menester: *«(i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que exponga las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa»*.

En cumplimiento de esta última exigencia, en el siguiente acápite se expondrán las razones que justifican la modificación anunciada.

4.- La cuestionable aplicación de la doctrina del retraso desleal en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como se explicó en precedencia, la doctrina del retraso desleal es una creación jurisprudencial de origen alemán que ha tenido eco en otros países, sin embargo, del estudio de sus características bien puede afirmarse que en nuestro ordenamiento jurídico no resulta adecuada, por desconocer normas de orden de público como son aquellas que regulan los términos de prescripción y caducidad, además, porque los efectos jurídicos de su aplicación comprometen la garantía de la tutela judicial efectiva y el derecho constitucional a la igualdad de trato de las personas ante las autoridades.

4.1.- Por virtud de la reforma introducida por la Ley 791 de 2002, en Colombia se redujo a diez (10) años «*el término de todas las prescripciones veintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, **la extintiva**, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas*» (artículo 1°) y se modificó el artículo 2536 del Código Civil, en el sentido que «*[l]a acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años y la ordinaria por diez (10)*» y que «*[l]a acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5)*» (artículo 8°).

En la exposición de motivos sobre la necesidad de reducir los términos de la prescripción extintiva previstos en el Código Civil, se indicó que,

(...) resulta anacrónico y fuera de contexto con la contemporánea realidad, que infinidad de relaciones existentes en materia civil sigan aferradas a plazos de prescripción de tres o más años y en especial a los veinte años que el artículo 2536 del C. C. señala en todos los eventos, que son numerosos, donde no existe norma expresa.

Esta situación es, igualmente, predicable de las acciones derivadas de la responsabilidad civil extracontractual, que también tienen un plazo de prescripción de veinte años, todo lo cual a más de ser un factor auspiciante de la litigiosidad genera incertidumbre en el campo de las relaciones jurídicas nacionales e internacionales, máxime si la legislación foránea ha reducido drásticamente los exagerados plazos de operancia de la prescripción proveniente de la responsabilidad civil extracontractual (...).

7. No se trata de reducir términos por el simple capricho sino de adecuarlos a las actuales circunstancias. Tampoco obedece esta ley al simple antojo de imitar legislaciones extranjeras, sino a colocar la legislación colombiana a tono con un mundo donde la internacionalización o globalización, impone el proceder de manera concordante¹⁸.

¹⁸ Gaceta del Congreso 366. 12/09/2000. Proyecto de Ley 63 de 2000 Cámara. Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción extintiva.

De ese marco normativo emerge que, actualmente en Colombia, de acuerdo con las normas generales, operan términos moderados de prescripción extintiva o liberatoria, siendo el máximo de diez años para las acciones ordinarias, existiendo también en el Código de Comercio disposiciones especiales que prevén lapsos aún más reducidos para las de esa naturaleza, entre ellos, el de cinco años para aquellas que emanan del contrato de agencia comercial¹⁹.

En esas condiciones, resulta inviable, o por lo menos bastante cuestionable, aplicar en nuestro país la «*doctrina del retraso desleal*» en controversias de carácter contractual, cuya reclamación comúnmente se rige por las normas generales o especiales de la acción ordinaria, no solo porque carece de regulación legal, sino también porque su aplicación iría en contra de precisas disposiciones de orden público que regulan la prescripción extintiva en ese tipo de controversias y la caducidad, en los casos que opere, cuya regulación está reservada al legislador.

Obsérvese que la doctrina especializada coincide en que la aplicación del «*retraso desleal*», supone que no se haya configurado la prescripción de la correspondiente acción²⁰, al

¹⁹ Artículo 1329 del Código de Comercio.

²⁰ Al respecto, José Luis de Los Mozos, señala que, en relación con el cumplimiento de las obligaciones, la “*Verwinkung*” atañe a la «*paralización del ejercicio de un derecho “con el fin de ampliar y rectificar los formalistas y esquemáticos plazos de prescripción por medio de un idóneo instituto jurídico de propia creación que pueda adaptarse a la situación concreta de cada caso*». El Principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Boch. Barcelona. 1965. Pág. 207.

tiempo que refiere las diferencias entre la prescripción extintiva y el retraso desleal. En ese sentido, para Díez – Picazo, tal diferencia se concreta a que,

*En ambas es necesaria la omisión del ejercicio de un derecho unida al transcurso de un lapso de tiempo. **En la prescripción basta con esto para que el efecto extintivo se produzca. En la “Verwirkung” es necesario algo más: que, según las circunstancias, la conducta omisiva haga inadmisibile y abusivo el ejercicio del derecho.** De aquí se sigue otra diferencia igualmente importante. El transcurso del tiempo está en la prescripción absolutamente determinado (plazo de prescripción), mientras que en la “Verwirkung” el lapso de tiempo es indeterminado y debe ser medido por el juez, según las circunstancias del caso concreto²¹. (Negrilla intencional).*

En sentido similar, en CSJ SC 28 abr. 2011 exp. 2005-00054-01, esta Sala, luego de analizar la caducidad a la luz del derecho comparado, acotó:

La Verwirkung, dice autorizada doctrina, se diferencia de la caducidad o prescripción en las cuales el simple paso del tiempo legal entraña la extinción del derecho.

En cambio, aquélla, además requiere una conducta contraria a la buena fe y a la confianza legítima. Asimismo, pese a exigir una conducta actual contradictoria con la anterior, tampoco se confunde con el venire contra factum proprium, porque éste, de suyo no presupone, ni se basa en la ausencia de ejercicio del derecho durante un período relevante, sino un acto dicotómico opuesto a la buena fe y a la confianza legítima. (Subraya intencional).

En esa medida, si mediante la definición de los términos de prescripción, el legislador, en ejercicio de su amplio poder de configuración en esta materia, fija determinados límites temporales dentro de los cuales debe hacerse uso de las acciones judiciales, so pena de su fenecimiento, ello significa

²¹ Op. Cit. pág. 98

que al ejercer esa potestad define tales lapsos a partir de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que las normas dictadas en ese sentido quedan dotadas de objetividad, al tiempo que garantizan seguridad jurídica en un plano de igualdad frente a todos sus destinatarios.

Aplicar la doctrina del retraso desleal en el ordenamiento jurídico colombiano, en el que imperan términos de prescripción cortos o moderados, sería tanto como reemplazar la **objetividad** de esos términos previstos por el legislador, por la **subjetividad** que comporta la determinación, en cada caso sometido al discernimiento judicial, de qué se entiende por un «*lapso prolongado de tiempo*», el cual, necesariamente, tendría que ser inferior al de prescripción -pues de otra manera recurrir a esa figura no tendría sentido-, en franca vulneración del principio de igualdad de trato de los ciudadanos ante las autoridades y de la seguridad jurídica.

4.2.- El derecho a la tutela judicial efectiva tiene fundamento tanto en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, como en instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Colombiano, en especial, el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos²², y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, último conforme al cual, «*[t]oda persona*

²² «*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*»

tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil». (Negrilla intencional).

Entre las disposiciones generales del Código General del Proceso, se incluye que «[t]oda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses» (artículo 2°), la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe un derecho fundamental autónomo de acceso a la administración de justicia²³, que, a su vez, se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva²⁴, pues la existencia de los derechos subjetivos reclama mecanismos judiciales que permitan hacerlos exigibles, lo que resulta «esencial para concluir su misma existencia jurídica, en tanto solo podrán predicarse como materialmente exigibles cuando se cuente con un mecanismo coactivo para obtener su eficacia»²⁵.

²³ La Corte Constitucional en C-1177/05 define este derecho como, «la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de acudir, en condiciones de igualdad, ante los órganos de investigación, los jueces y los tribunales de justicia, ya sea para demandar la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, o para propugnar por la integridad del orden jurídico con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y adjetivas previstas en la ley. Incorpora así mismo, una garantía real y efectiva para los individuos, previa al proceso, que se orienta a asegurar que éste cumpla con sus cometidos de justicia, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de vacío del orden jurídico o indefensión frente a la inminente necesidad de resolver de manera pacífica los conflictos que se presentan entre los individuos, en sus relaciones interpersonales, y entre ellos y la organización estatal».

²⁴ Cfr. CC C-1195/01 “El derecho a acceder a la justicia guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”.

²⁵ Corte Constitucional C-159/16.

Por otra parte, la garantía de acceder a la administración de justicia, no está restringida a la facultad de acudir físicamente ante la Rama Judicial, «*sino que es necesario comprenderla desde un punto de vista material, entendida como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial y de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, respetando el debido proceso y de manera oportuna*»²⁶.

Este derecho también se vería seriamente comprometido con la aplicación del retraso desleal, pues si su efecto no es otro que «*denegar la existencia de un derecho al impedir que se realice a pesar de que todavía subsiste según las normas legales*»²⁷, esa consecuencia de «*paralización*» o «*inadmisibilidad*» del ejercicio de un derecho, se traduciría en una talanquera al acceso a la justicia que comprende la definición jurídica del caso, cuyos límites, por lo que a oportunidad de reclamación atañe, son los previstos en las normas que regulan la caducidad o la prescripción.

No se garantiza este derecho cuando el juez, en vez de pronunciarse de fondo sobre el *thema decidendum* - pretensiones y excepciones-, y pese a que no ha operado la prescripción, simple y llanamente se limita a declarar que el ejercicio del derecho fue demorado y decide declarar estructurado un «*retraso desleal*». En otras palabras, si la reclamación de un derecho se califica como «*intolerable*» y no

²⁶ Sentencias de la Corte Constitucional C-985 de 2005 y T-292 de 1999, reiteradas en C279 de 2013.

²⁷ De los Mozos, José Luis. El Principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Boch. Barcelona. 1965. Pág. 207.

se estudia a profundidad, por el solo hecho de que su titular tardó en hacerlo valer, ello comporta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En últimas, como la teoría del retraso desleal solo operaría cuando queda al descubierto una forma de «*abuso del derecho a litigar*» o de mala fe en la formulación de la demanda, su procedencia debe analizarse con extremo rigor dadas sus implicaciones frente a estas garantías constitucionales.

4.3.- De llegar a admitirse la aplicación de esa doctrina para la resolución de conflictos en el ámbito del derecho privado colombiano, sería necesario analizar en cada caso concreto con estrictez, prudencia y medida, no solo cuál sería ese «*prolongado*» período de tiempo requerido para generar la confianza legítima en el sujeto pasivo de que el derecho no será ejercido, sino también la gravedad de las circunstancias contrarias al principio de la buena fe, que, necesariamente, tendrían que ser alegadas y demostradas por quien quiera imponer su expectativa en ese sentido, por cuanto ninguna presunción puede aplicarse en estos eventos, pues, se insiste, el simple transcurso del tiempo no basta.

Al respecto, Díez - Picazo señala que el principal efecto de que el ejercicio de un derecho resulte «*inadmisible*» cuando se realiza con un retraso objetivamente desleal, atañe a que, «*proporciona al adversario una excepción, u objeción en sentido amplio (...), a través de la cual se paraliza la pretensión*²⁸». Naturalmente,

²⁸ Op. Cit. pág. 100.

dados sus fundamentos, la procedencia de ese medio de defensa no puede obedecer a un estudio oficioso del juez, ni su configuración puede presumirse, mucho menos cuando, en esencia, su efecto trasciende al aniquilamiento del derecho a la tutela judicial efectiva o de extinción del derecho de acción del reclamante.

En tal virtud, quien pretenda beneficiarse de esa consecuencia, tiene que alegar, tanto las circunstancias de la demora del demandante para ejercer su derecho al punto que pueda calificarse como «*desleal*», como también, de qué manera se generó en él esa razonable, inequívoca y objetiva confianza de que su contendiente ya no ejercería su prerrogativa, pese a que no había transcurrido el término legal de prescripción.

Lo anterior, exige una argumentación basada en aspectos de íntima convicción, relacionados con el grado de fiabilidad derivada de la omisión del adversario, pues, aunque el retraso no haya sido premeditado y no importen sus causas, la afrenta a la buena fe que se le endilga al accionante debe ser alegada y demostrada en el juicio, dado que, si la buena fe se presume, recae en quien alegue lo contrario, acreditar la mala fe procesal de quien lo citó «*tardíamente*» al juicio.

En esas condiciones, de ninguna manera podría operar una presunción de «*retraso desleal*», ni el juez estaría facultado para reconocer oficiosamente la existencia de una situación que, por su alto contenido subjetivo y consecuencias

procesales, necesariamente, debe ser alegada y acreditada por quien pretenda frustrar las pretensiones de su contrincante, en el sentido que la demanda constituye una actuación contraria a la buena fe, por un supuesto ejercicio demorado -más no prescrito o caduco-, que pueda calificarse razonadamente como desleal.

4.4.- En suma, si la consagración de términos objetivos de extinción de las acciones genera seguridad jurídica e igualdad de trato ante la ley, cambiar esas reglas por la subjetividad que supone calificar cuál es el término «razonable» para ejercer el derecho de acción, o cuál es ese tiempo excesivo de inactividad del acreedor que tiene como efecto la «paralización» del ejercicio de su derecho en beneficio de su contradictor, atenta contra esos derechos, y vulnera, además, las garantías del acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva.

5.- Análisis del cargo

5.1.- En esencia, la queja de la recurrente se centra en que el Tribunal no aplicó adecuadamente la «doctrina de los actos propios y el retraso desleal», al concluir que no le era dable a Panacell invocar que la naturaleza del contrato correspondía a uno de agencia comercial, cuando no elevó ninguna disconformidad sobre la calificación de «distribución» del mismo durante su ejecución, lo que, desde su punto de vista, comporta vulneración directa del artículo 871 del Código de Comercio, por aplicar dicha teoría «a una situación que no está llamada a regular» y, de contera, de los artículos 1317

1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 de mismo estatuto²⁹.

Aunque en la sustentación del cargo se alude de forma indistinta a la «*doctrina de los actos propios y el retraso desleal*», como el Tribunal fue cuidadoso al exponer que la tesis jurídica orientadora de su decisión era la del «*retraso desleal*» y no la «*doctrina de los actos propios*», es desde la primera perspectiva en mención que se surtirá el estudio de este reproche.

Al respecto, debe precisarse que estas dos figuras no son iguales, sino que tienen notas características que las diferencian entre sí, en ese sentido, Díez - Picazo, señala que mientras la «*Verwirkung presupone siempre el transcurso de un cierto periodo de tiempo*», la conducta anterior, con la cual el titular no puede ahora ponerse en contradicción, «*no es preciso que se halle distanciada temporalmente*», y agrega que «*en la Verwirkung este tiempo denota retraso e inactividad, idea que, en cambio, no es necesaria para aplicar la regla de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria*»³⁰.

5.2.- En la sentencia impugnada el juzgador abordó el estudio del recurso de apelación a partir de las premisas jurídicas y fácticas analizadas por esta Sala en CSJ SC425-2024, aduciendo que ello era posible por cuanto: «*i) Es esa corporación el órgano de cierre en material civil; ii) Se trata de una providencia dictada en la anualidad de que avanza [2024]; y, iii) El caso que allí se analiza tiene similitud con el que aquí se analiza. Y sobre este*

²⁹El carácter de norma sustancial del artículo 1317 del Código de Comercio fue admitido en CSJ AC317-2003 y del artículo 1324 *ibidem*, en CSJ AC3013-2023.

³⁰Op. Cit. pág. 100.

último tópico es de puntualizar, que en ese proveído se definió el recurso de casación propuesto por Promotora de Comunicaciones S.A.S. -Procom S.A.S. dentro del proceso que promovió contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., sociedad aquí demandada», y adelantó que, «**bajo ese precedente**», se denegarían las pretensiones.

Desde ese derrotero, el Tribunal dedicó gran parte de la providencia a la transcripción de las consideraciones contenidas en el citado fallo de casación, destacando que allí la Corte concluyó que «**concurrían los elementos para aplicar la teoría del retraso desleal**» y, a continuación, señaló «no han de llegar a buen puerto las pretensiones invocadas por la sociedad accionante en la demanda principal, máxime si no obra en el expediente prueba alguna que dé cuenta que entre el 2 de junio de 2005 y el 2 de diciembre de 2017, Panacell Comunicaciones S.A.S. se pronunció en desacuerdo con las condiciones que regían dicho vínculo comercial».

Después, procedió a revisar el contrato que vinculó a las partes y sus correspondientes anexos, así como la contestación de la demanda en la cual la convocada aseguró que durante los 12 años de ejecución del contrato Comcel no recibió observaciones o reparos de Panacell acerca de estar vinculados mediante un contrato de agencia comercial, ni fue requerida para el pago de comisiones, incentivos o bonificaciones derivados de una supuesta «*agencia comercial de hecho*». Igualmente, efectuó una relación de las pruebas allegadas con la demanda que le sirvió para corroborar la tesis referente a que «*Panacell Comunicaciones S.A.S. no controversió las estipulaciones contractuales en desarrollo de la convención de 2 de febrero de 2005*», además, acotó:

Finalmente, es de anotar que el representante legal de la actora - demanda principal- como William Sandoval (Socio fundador de Panacell) acotaron que la discusión en punto al tipo contractual que se desarrolló, sólo se dio con ocasión a la terminación del negocio - confesión art. 191 del Código General del Proceso-, comoquiera que en el desarrollo del mismo, en palabras del último, no se presentaron “controversias”, se trataba de relaciones “sanas”.

A manera de conclusión, expuso:

Si así son las cosas, como se anticipó se negará el petitum principal, sin que pueda decirse que lo que aquí aconteció fue la configuración de la prescripción de la acción, habida cuenta que la cuestión puesta en consideración de la Sala fue resuelta de fondo, cuestión distinta es que el apoderado de la parte actora no comparta la aplicación de la teoría de los actos propios como del retraso desleal, que son instituciones totalmente diferentes, por ende, de alcances distintos. (Subraya intencional).

Ahora bien, al margen de lo cuestionable que resulta la aplicación de la «teoría del retraso desleal» en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que al resolver el recurso de apelación, el Tribunal aunque anunció que se apegaba al «precedente» de esta sala en ese sentido, lo cierto es que procedió a decidir como si se tratara de un simple ejercicio de subsunción de una teoría a un caso que consideró similar al analizado en SC425-2024, prescindiendo de realizar un estudio concreto del asunto al tamiz de aquella.

Obsérvese que el juzgador se limitó a asegurar que «Panacell Comunicaciones S.A.S. no controvirtió las estipulaciones contractuales en desarrollo de la convención de 2 de febrero de 2005», es decir, que no alegó la existencia de la agencia comercial, y dedicó su estudio a corroborar tal omisión, sin detenerse a analizar las circunstancias particulares del caso, en aras de verificar la convergencia de todos los demás requisitos necesarios para aplicar en su solución esa doctrina

jurisprudencial foránea.

En especial, al resolver sobre los reparos concretos de los apelantes, no explicó: **i)** por qué estimó que Panacell dejó transcurrir un «*lapso significativo de tiempo*» sin ejercer su derecho a demandar a Comcel lo relacionado con la naturaleza del contrato que los vinculó, estando en posibilidad de hacerlo; **ii)** de dónde dedujo que esa omisión de Panacell generó la confianza en Comcel acerca de que el derecho no sería reclamado judicialmente; **iii)** cuáles fueron los criterios objetivos que tuvo en cuenta para establecer que la presentación de la demanda por parte de Panacell, resultaba «*desleal*» o «*intolerable*» para Comcel, si la demandada en su contestación ni siquiera promovió como medio de defensa la doctrina del «*retardo desleal*», ni alegó que la pasividad de la demandante le permitió confiar, objetivamente, en que el derecho no sería ejercido, ni, **iv)** en qué consistió exactamente la afrenta del principio de buena fe de la demandada que resultó protegido oficiosamente.

Al respecto, debe recordarse que la «*deslealtad*» o «*intolerabilidad*» no pueden ser presumidas por el juez, por lo que su estudio solo procede a partir de las defensas del demandado soportadas en la alegación de aquellas conductas de su contradictor que le generaron el convencimiento de que no iba a ejercer su derecho, pues no puede desconocerse que, «*La “Verwirkung” se produce cualquiera que hayan sido las causas del retardo y de la inactividad, incluso aunque el titular no haya tenido conocimiento de que la pretensión le asistía. Basta que el demandado pudiera contar (...) en vista de las*

circunstancias y de una manera objetiva, con que el derecho no sería ya ejercitado. La valoración de las circunstancias del caso concreto toma así un papel decisivo³¹. (Negrilla fuera del texto).

En las descritas circunstancias, resulta evidente que el Tribunal, aduciendo que se apegaba al precedente de la CSJ SC425-2024, sin ningún rigor conceptual ni probatorio, resultó aplicando en la solución del recurso de alzada la «*teoría del retraso desleal*» por la mera inactividad de la demandante durante la fase de ejecución contractual, lo que, como se analizó en precedencia, por sí solo, no puede calificarse como un acto que, objetivamente, podía generar una confianza razonable en la convocada de que la accionante no iba a promover alguna demanda en su contra al momento de terminación del contrato.

El juzgador omitió analizar las circunstancias especiales del asunto sometido a su escrutinio, que jugaban un papel decisivo para poder llegar a la conclusión que ahora se controvierte por esta senda extraordinaria. Además, pasó por alto que, en la contestación de la demanda, Comcel no invocó a modo de defensa la teoría del «*retraso desleal*», por lo que resultaba sorpresivo para el demandante enrostrarle una demora que truncó su reclamación, cuando su contradictor ni siquiera la alegó, todo lo cual iba en desmedro de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

Así, debe concederse razón al casacionista cuando

³¹ Diez Picazo, Luis. Op. Cit. pág. 95

afirma que el juzgador desconoció que el hecho de no presentar ninguna «*disconformidad*» en relación con la naturaleza de un contrato, no es una conducta suficiente para generar en la otra parte confianza legítima acerca de que no habría discusión sobre ese aspecto, por lo que no era dable concluir *«que el silencio en relación con la naturaleza jurídica de un contrato de lugar al surgimiento de una expectativa legítima en cabeza de las partes consistente en que la calificación dada al negocio jurídico en el papel no será discutida de manera posterior, buscando correspondencia con lo sucedido durante la relación negocial, máxime cuando no ha acaecido el fenómeno de la prescripción extintiva»*.

Emerge de lo expuesto, la afrenta al artículo 871 del Código de Comercio que consagra el principio de buena fe como faro de la celebración y ejecución de los contratos y, de contera, de los artículos 1317 y 1324 del Código de Comercio, que sirvieron como fuente para reclamar el reconocimiento de la consecuencia jurídica perseguida por el promotor de la Litis, toda vez que, al haberse declarado truncada su acción por el solo hecho de no haberla ejercido con mayor premura, el Tribunal ni siquiera se ocupó de analizar el fundamento de las pretensiones orientadas a que se declarara la existencia de un contrato de agencia comercial con sus respectivas condenas pecuniarias.

5.3.- Análisis de la trascendencia del yerro advertido

La acusación carece de trascendencia, toda vez que, de ubicarse la Corte en sede de instancia, aunque por razones diferentes, arribaría a la misma conclusión del Tribunal en

cuanto a la confirmación de la sentencia de primer grado, puesto que, por lo menos una de las excepciones formuladas por Comcel que fue acogida por el Juez de primera instancia, sí tenía vocación de prosperidad.

Por consiguiente, el error advertido no es suficiente para el quiebre en casación de la sentencia impugnada, por cuanto, como se explicará a continuación, el mismo no tuvo incidencia definitiva en lo que sería de todas maneras la suerte del recurso de alzada.

Sobre el particular, recientemente en CSJ SC2407-2024, se reiteró la CSJ SC5159-2021, en la cual la Sala puntualizó:

*(...) la vulneración de la ley sustancial puede denunciarse en casación por las vías directa o indirecta, contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 336 del Código General del Proceso. Sin embargo, en ambos eventos el cuestionamiento debe ser trascendente, vale decir, conducir a la invalidación de la sentencia reprochada por quedar demostrado que el desatino del juzgador llevó a una decisión distinta de la que debió haberse emitido frente a la contienda, de tal forma que de no haber incurrido en el traspié, otra debió haber sido la solución para el caso. De lo contrario, es irrelevante para el censor mostrar la infracción de la ley por falta de aplicación, o en cualquiera de sus modalidades, si a la postre la resolución será igual. En tal sentido, el precepto 349 del citado estatuto manda que la Corte «**no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria**». [13: Sobre la trascendencia en las vías directa e indirecta, pueden verse, entre otras sentencias: SC-30-05-2006 (Exp. 23001-31-03-002-1996-00076-01) y SC-28-05-2008 (Exp. 25151-3103-001-2003-00100-01).] (Negrilla intencional).*

5.3.1.- Ciertamente, entre las excepciones de mérito propuestas por Comcel, están las que denominó:

- **Validez, eficacia y oponibilidad de todas y cada una de las actas de conciliación, transacción y compensación celebradas por PANACELL y COMCEL durante la ejecución contractual.** Para sustentarla alegó que ante los efectos de cosa juzgada que produce la transacción, todas las actas de conciliación, transacción y compensación suscritas por las partes, «*resultan válidas, eficaces y producen plenos efectos entre ellas*», por lo que no puede Panacell volver a plantear diferencias que ya se transigieron entre los contratantes.

- **Renuncia voluntaria de Panacell al cobro de las prestaciones propias de la agencia comercial.** En sustento se indicó que, de acuerdo con el artículo 15 del Código Civil, «*pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes siempre que miren al interés individual del renunciante y que dicha renuncia no esté prohibida por la ley*» y que, en el presente asunto, tanto en los contratos de distribución como en las actas de transacción, conciliación y compensación, «*Panacell renunció válidamente a reclamar a Comcel S.A. las prestaciones propias de la agencia comercial*», prestaciones que por ser de interés particular también son renunciables antes de la terminación del vínculo.

- **Panacell contraviene sus propios actos (venire contra factum proprium non valet).** Esta excepción se fundamentó en que la buena fe impone a las partes la obligación de desplegar un comportamiento probo y leal entre ellas para satisfacer sus recíprocos intereses en la

celebración del contrato, lo que significa que deben *«revestirse de actitudes que generen confianza en su contraparte o, en su defecto, que no atenten contra la que ya ha generado en ella»*. Un reflejo de ese deber es la *«prohibición de irse en contra de los actos o comportamientos que, con anterioridad, ha ejercido una de las partes de un contrato en tanto que, de hacerlo, rompería con la coherencia que debe mantenerse a lo largo de la relación contractual»*.

Añadió que Panacell ejerció de forma inequívoca actos que generaron confianza suficiente en Comcel S.A. en el sentido de *«creer que había desembolsado anticipadamente dineros que debían imputarse, eventualmente, a las sumas que ahora pretende cobrarse; así como también había tomado acciones tendientes a la renuncia de la supuesta cesantía comercial»*. Con la presente demanda, la accionante va en contra de sus propios actos, lo que no puede ser tolerado por el juzgador *«so pena de poner en peligro la buena fe y la probidad que debe observar todo comerciante»*.

5.3.2.- En los referidos medios de defensa converge un clamor a que se tenga en cuenta el efecto de las conductas asumidas por la parte actora durante la etapa de ejecución del contrato que celebró con la convocada, en aras de la coherencia de sus actos y la salvaguarda del principio de buena fe contractual de su contradictora.

Según se indicó en CSJ SC10326-2014, la contravención del principio *«venire contra factum proprium non valet»*, puede generar consecuencias de diversa naturaleza, como *«la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio»*, dado que la afrenta

de ese postulado fue invocada como excepción de mérito, es menester examinar si la misma tiene el alcance de enervar las pretensiones.

Teniendo en cuenta el desenvolvimiento contractual por un lapso de aproximadamente 12 años, le asiste razón a la demandada cuando alega que al presentar esta acción, Panacell está actuado en contra de sus propios actos, pues emerge indiscutible que con su conducta durante ese período generó una legítima expectativa en Comcel, acerca de que no tenía ningún reparo respecto a que la naturaleza del contrato celebrado y ejecutado era exclusivamente de distribución, conforme a lo que se estipuló en su clausulado y que fuera ratificado varias veces en posteriores manifestaciones escritas de los contratantes.

Así se desprende de los diferentes medios de convicción analizados tanto de forma individual como en su conjunto.

a) contrato celebrado el 2 de junio de 2005³², entre Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. y Panacell Comunicaciones Limitada, cuyo objeto fue convenido de la siguiente manera *«En virtud de este contrato, Comcel, concede a Panacell Comunicaciones Limitada como DISTRIBUIDOR CV COMCEL, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que Comcel señale conforme a las denominaciones que esta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados»*. Más adelante, en el numeral 4, se plasmó: *«Naturaleza y relaciones entre las partes. **El presente contrato es de distribución. Nada en***

³² Cuaderno Nro. 1. Folios 229 - 258

este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación (...) **ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen**», y añade que el distribuido no podrá «*ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a Comcel en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de esas calidades*».

En la extensa literalidad de ese pacto, en cuanto a los deberes y obligaciones de las partes, siempre se hace referencia a la calidad de distribuidor asumida por Panacell. Asimismo, en su último numeral, se indicó que «*el distribuidor ha recibido explicación e información suficiente e idónea de todas y cada una de las estipulaciones de este contrato, de sus derechos y obligaciones y, por ello, previo entendimiento, las acepta y aprueba específicamente*».

En cuanto a la duración, se afirmó en la demanda³³ que en la cláusula quinta se pactó la renovación automática, por lo que el contrato se ejecutó «*de manera estable y permanente desde el 02 de junio de 2005 hasta el 02 de diciembre de 2017*».

b) Obran también en el expediente varios documentos denominados «*acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas*»³⁴. En todas ellas se refiere que el 2 de junio de 2005, las partes suscribieron el contrato de distribución, además, se indica que entre ellas se han presentado «*discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de Comcel y a favor del Distribuidor*», por lo que acuerdan declararse a paz y salvo por los conceptos de «*comisiones por*

³³ Cuaderno Nro. 1 Folios 284 - 399

³⁴ Cuaderno Nro. 1. Folios 465 - 493

activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de Panacell Comunicaciones Ltda.» por diferentes períodos³⁵.

En dichos documentos, se dejó consignado, además:

El Distribuidor Panacell Comunicaciones Ltda. expresamente acepta que dentro de los valores recibidos durante la ejecución del contrato de Distribución de voz se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y canceló anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar Comcel S.A., como consecuencia del contrato de distribución mencionado o, si llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, del que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil. (Subraya intencional).

Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones o comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por activaciones y comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia (...). Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre

³⁵ Hasta el 31 de diciembre de 2007 (Cuaderno 1. folios 474-476); hasta el 30 de junio de 2006 (Cuaderno 1. folios 478- 479) hasta el 31 de mayo de 2008 (Cuaderno 1. folios 465 – 467); hasta el 31 de diciembre de 2009 (Cuaderno 1. Folios 482 – 483); hasta el 31 de diciembre de 2010 (Cuaderno 1. Folios 488-490). Hasta el 31 de mayo de 2007 (Cuaderno 1. Folios 491 – 493).

las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.

c) Se allegaron también copias del «*contrato de transacción y compensación de cuentas*» suscrito el 3 de diciembre de 2012 por los representantes legales de Comcel S.A. y Panacell Comunicaciones Ltda. como distribuidor³⁶, en el cual se acordó transigir, respecto de varios contratos de distribución incluyendo el celebrado entre las partes el 2 de junio de 2005, «*en forma definitiva todas las diferencias y controversias anteriores, actuales y futuras, relativas a las sumas de dinero que por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de Comcel se han causado hasta el día 31 de diciembre de 2012*» y se precisó que ese contrato se celebró en los términos del artículo 2469 y siguientes del Código Civil y hacía tránsito a cosa juzgada «*e implica una renuncia a cualquier acción y reclamación judicial y extrajudicial sobre el objeto comprendido en el mismo*».

d) En el interrogatorio de parte absuelto por William Rafael Sandoval³⁷, representante legal de Panacell, a la pregunta si Comcel ejerció algún tipo de presión sobre él para la firma del contrato, respondió «*nunca me forzaron a firmar nada*»; al interrogante, si él o alguien de Panacell elevó alguna reclamación a Comcel durante la vigencia del contrato con ocasión del texto de esos actos o la forma como se ejecutaban esos contratos, respondió: «*nunca discutimos, reclamamos, interpusimos alguna circunstancia o razón con respecto al clausulado de los contratos. (...) no tuvimos reclamaciones, controversias, el desarrollo*

³⁶ Cuaderno Nro. 1. Folios 458-460

³⁷ Cuaderno primera instancia. 02cuaderno1Aparte4. 14audiencia. Minuto 15 en adelante.

del contrato fue muy amigable»; y al ser indagado acerca de si durante el desarrollo de la relación contractual entre Panacell y Comcel, ésta le incumplió a su empresa alguno de los estipulados contractuales, respondió, «en el desarrollo de la actividad comercial desde el 2005 a la fecha de cierre de las operaciones de Panacell, las relaciones contractuales fueron muy sanas, solo hubo incumplimiento en el momento en que nosotros enviamos esa carta de preaviso de cierre, una vez enviamos esa carta, Comcel unilateralmente decidió no pagarnos el trabajo ya realizado, comisiones que ya habíamos ganado por ventas que ya se habían hecho en los temas de la comercialización del portafolio de Comcel, todas esas ventas especialmente del mes de noviembre de 2017 no fueron canceladas por Comcel. Hasta ese momento sentimos incumplimiento».

De estos medios de convencimiento se deduce que desde la celebración del contrato y durante la etapa de ejecución, la accionante de manera reiterada y consistente, expresó actos inequívocos de voluntad acerca de que celebró con Comcel un contrato de distribución y que su relación con esa compañía era de distribuidor y no de agente comercial, los cuales quedaron plasmados por escrito.

5.3.3.- A partir de la situación puesta de presente, se impone revisar si están dados los requisitos para la aplicación concreta de la teoría de los actos propios que, a manera de defensa, alegó la convocada.

Al respecto, se tendrán en cuenta los presupuestos referidos en CSJ SC 24 ene. 2011, expediente 2001-00457-01 -reiterada en SC10326-2014-, a saber:

i) La constatación de una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular. En el caso examinado, resulta palmario que las múltiples manifestaciones escritas en las que las partes convinieron que el contrato que las vinculaba era de distribución y no de agencia comercial, así como la expresa y reiterada renuncia del distribuidor a reclamar prestaciones relacionadas con el artículo 1324 del Código de Comercio, consignada en las denominadas «*actas de transacción, conciliación y compensación*», generó en la demandada la confianza de que existía consenso entre los contratantes acerca de que la naturaleza jurídica del contrato era exclusivamente de distribución, sin dar cabida, por expresa exclusión, al de agencia comercial y que ese carácter inicial del negocio no se modificaría con el paso del tiempo.

ii) Que, con posterioridad, emerja otra conducta o pretensión que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados. Este presupuesto se estructuró con la presentación de la demanda de Panacell, que, contrariando la conducta contractual asumida desde el inicio y durante la fase de ejecución, decide remitirle a Comcel un aviso de terminación de la relación, y, posteriormente, convocarlo a juicio con pretensiones encaminadas a desconocer la tipología contractual que nunca había discutido, y que, por el contrario, ratificó en diferentes actos jurídicos.

iii) Que la nueva situación presentada tenga

trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente. La configuración de este requisito es irrefutable, toda vez que la finalidad de la demanda promovida por Panacell era, precisamente, imponer una sustancial modificación en la interpretación del instrumento negocial, para desconocer el contrato de distribución y obtener réditos de un supuesto contrato de agencia mercantil, y con ese propósito, fue en contra de los actos propios que generaron confianza en el otro contratante acerca de que la naturaleza del acuerdo de voluntades era aceptada sin reservas por él.

iv) Que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio. Este requisito está acreditado, por cuanto en el litigio judicial se enfrentan las mismas partes vinculadas por la relación contractual cuya naturaleza jurídica se discute, y precisamente, uno de los medios defensivos de la demanda concierne a la aplicación de la teoría del respeto por el acto propio.

5.4.- En consecuencia, es claro que, si tanto en algunas y precisas cláusulas contractuales, las partes convinieron que el contrato que las vinculaba era de distribución, y expresamente excluyeron que se tratara de una agencia comercial y, posteriormente, de manera reiterada en las *«actas de transacción, conciliación y compensación»*, reiteraron el acuerdo en el mismo sentido, la demanda de Panacell encaminada a que se declare la existencia de la agencia comercial, va en contra de sus conductas anteriores, por lo que se impone dar prevalencia a esas conductas en aras de la observancia del deber de coherencia.

En esas condiciones, si la Corte llegara a asumir el rol de juez de segunda instancia, no tendría otra alternativa que confirmar el fallo de primer grado que, entre otras excepciones, declaró probada la de «*Panacell contraviene sus propios actos (venire contra factum proprium non valet)*», planteada por la sociedad demanda; a lo que se agregaría la declaratoria de los medios de defensa denominados «*Transacción y cosa juzgada de la totalidad de las diferencias surgidas entre Panacell y Comcel S.A.*» y «*Validez, eficacia y oponibilidad de todas y cada una de las actas de conciliación, transacción y compensación celebradas por PANACELL y COMCEL durante la ejecución contractual*», también propuestos por Comcel contra las reclamaciones formuladas por Panacell Comunicaciones S.A.S; excepciones cuya prosperidad conllevaría indefectiblemente a la negativa de las pretensiones, por estar fundadas en la cosa juzgada derivada de la firmeza de los acuerdos transaccionales suscritos por las partes y en el evidenciado comportamiento contradictorio de la demandante, con conductas asumidas en el pasado, que generaron legítima confianza en su opositora.

Cabe destacar que, si bien las defensas de la demandada, en su mayoría, apuntan a advertir el obrar de su contraparte durante la ejecución contractual, para exigir de ésta un mínimo de coherencia con su previo proceder, la Corte no pierde de vista que en otra oportunidad puso de presente «*la supletoriedad o subsidiariedad es una característica de la regla [de los actos propios], pues no opera de manera automática ni en todos los eventos, luego no es ilimitada; por ello, en las situaciones en que, hipotéticamente, hay incursión en los predios del acto propio, debe*

sobrevenir la confrontación del suceso en sí con la regulación normativa vigente para determinar la pertinente procedencia». (CSJ SC 24 ene. 2011, rad. 2001-00457-01).

Y, en el presente asunto, la aplicación de la teoría de los actos propios no tiene lugar de manera aislada, puesto que va acompañada del correspondiente fundamento normativo que sustenta las excepciones de la demandada, consagrado en los artículos 769,³⁸1603,³⁹ 2469⁴⁰ y 2483⁴¹ del Código Civil; 871⁴² del Código de Comercio y 83⁴³ de la Carta Política.

En esas condiciones, ante la intrascendencia del error advertido, el cargo no prospera.

IV.- CUARTO CARGO

Con fundamento en la causal segunda de casación, se acusa la sentencia de afrenta indirecta, por interpretación errónea de los artículos 871 y 1317 del Código de Comercio; falta de aplicación de los preceptos 830, 870, 880, 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 del Código de Comercio y de los artículos 15, 16, 1546, 1603, 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil; así como del artículo 2469 del Código Civil por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria.

38 «La buena fe se presume (...)».

39 «Los contratos deben ejecutarse de buena fe (...)».

40 «La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual (...)».

41 «La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia».

42 «Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe (...)».

43 «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas».

El recurrente afirma que el Tribunal incurrió en manifiestos errores en cuanto a la valoración de los interrogatorios de parte, las declaraciones de terceros, los documentos, el dictamen pericial y la contestación de la demanda reformada, vulnerando el sistema jurídico colombiano que regula el contrato de agencia mercantil, las reglas de interpretación de los contratos, el objeto del contrato de transacción, el abuso del derecho y la buena fe.

A continuación, relaciona las pruebas que considera indebidamente apreciadas o cuya valoración fue omitida, así:

- Interrogatorio de William Sandoval, representante legal de Panacell. El Tribunal alteró el contenido de este medio porque del mismo lo que se desprende es que el contrato fue enteramente predispuesto por Comcel; que se trata de un contrato de adhesión; que Panacell lo terminó debido a una justa causa imputable a Comcel y que la naturaleza del contrato fue discutida por Panacell.

- Interrogatorio de Juan Guillermo Zea, representante legal de Panacell. El error se deriva de *«omitir, en términos absolutos, la valoración de esta prueba»*, de la cual se desprendía que el contrato fue predispuesto por Comcel, por lo que era de adhesión; que Panacell ejecutó el encargo por cuenta de Comcel, que la clientela pertenecía a Comcel y que la operación no era una mera compra para la reventa; que Panacell recibió una remuneración por la ejecución del encargo, más allá de un margen de utilidad; que Panacell terminó el contrato debido a una justa causa imputable a

Comcel; que la naturaleza del mismo fue discutida por la demandante y que jamás renunció a la cesantía mercantil consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio.

El Tribunal al omitir la valoración de esta prueba en su real extensión, entendió equivocadamente que la gestión adelantada por Panacell fue desplegada por cuenta propia y no por cuenta de Comcel. Si hubiera apreciado en debida forma el interrogatorio del señor Zea Osorio, hubiera deducido que se acreditó la actuación exclusiva a nombre y por cuenta de Comcel y constatado que entre las partes existió un contrato de agencia comercial.

- Los testimonios de Juan Carlos Villescas, Mauricio Acevedo Arias, Andrés Francisco Martínez, Ayda Soto Gallo, María del Pilar Suárez García, Patricia Martínez, Oscar Rodríguez. El error se concreta en que, de haber valorado correctamente estos testimonios, se habría concluido que se acreditaron todos los elementos del contrato de agencia mercantil.

- El contrato de voz suscrito el 02 de junio de 2005 entre Panacell y Comcel. La trascendencia del yerro de apreciación de este documento, consiste en que el Tribunal cercenó su contenido y entendió equivocadamente *«que la gestión adelantada por Panacell fue desplegada por cuenta propia y no por cuenta de Comcel, esto es, que no se trató de un encargo para promover y explotar el negocio de esta última»*. De haberlo apreciado en debida forma, habría concluido que se acreditaron todos los elementos de la agencia comercial y particularmente, la

actuación a nombre y por cuenta de un tercero.

- Se omitió valorar el «*Otrosí al Contrato de voz suscritos entre Panacell y Comcel el día 1 de febrero de 2007*», del cual se desprende: *i)* que Panacell, como Centro de Pagos y Servicio recaudaba los dineros provenientes de los clientes que contrataban el servicio de telefonía móvil celular; *ii)* que dichos dineros eran propiedad de Comcel; *iii)* que Panacell recibió una remuneración por esta labor y; *iv)* que la labor desplegada por Panacell no se limitó a una mera compra para la reventa.

- Se omitieron o valoraron indebidamente, los siguientes documentos: veintidós (22) contratos celebrados por Comcel con miembros de su red de agentes/distribuidores entre los años 1994 y 2003; los documentos exhibidos por Comcel correspondiente a «*contratos*», informes anuales de Comcel, correspondientes a los años 2005 a 2016; informe de sostenibilidad de Comcel de los años 2014, 2015 y 2016; contrato público de concesión No. 000004, de fecha 28 de marzo de 1994, exhibido por Comcel; Resolución 598 de 27 de marzo de 2014, proferida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; circulares exhibidas por Comcel y Panacell; 62 cartas de comisiones enviadas por Comcel a Panacell y preaviso de terminación del Contrato.

- El Tribunal, incurrió en un error de hecho manifiesto al valorar indebidamente las «*Actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*», por desconocer su real naturaleza, pues de ellas se desprende: *i)* que no se trata de actas de

conciliación, toda vez que los acuerdos no fueron realizados ante un tercero imparcial y calificado para ello, y; *ii*) que no se trata de contratos de transacción toda vez que: (a) no se expresa en ellos cuál es la controversia o diferencia existente entre las partes que motiva su celebración, más allá de una referencia genérica y difusa a la existencia de discrepancias sobre el pago de las prestaciones a favor de Panacell y; (b) no hay concesiones recíprocas, toda vez que las actas no dan cuenta de una renuncia mutua de las prestaciones o de los derechos propios con el fin de lograr una solución conjunta.

Panacell solo manifestó su voluntad respecto de las comisiones y prestaciones causadas a su favor y, por lo tanto, únicamente estaría declarando a paz y salvo a Comcel, sin que conste derecho alguno al que haya renunciado o en el que haya cedido Comcel. Esas actas tampoco comprendieron la renuncia a la prestación final del artículo 1324 del Código de Comercio, como lo quiso hacer ver Comcel en el proceso.

El Tribunal desconoció que la verdadera naturaleza de los documentos suscritos no era hacer las veces de una transacción, *«sino simplemente de realizar un finiquito o corte de cuentas a partir del cual las Partes definían los saldos pendientes entre ellas»*, por lo tanto, Panacell se encuentra plenamente facultada para elevar las reclamaciones contenidas en la demanda.

- El Tribunal también incurrió en error de hecho al omitir de forma absoluta la valoración del dictamen pericial aportado por Panacell y rendido por Jega Accounting House

Ltda.

- En relación con la contestación a la demanda, el error consiste en que el juzgador ignoró algunos hechos que fueron confesados por Comcel. Si los hubiera considerado, habría concluido que los negocios que Panacell promovió no fueron los suyos propios, sino los servicios y productos de Comcel, ejecutando el encargo por cuenta de aquella y que, durante la ejecución del Contrato, Panacell no renunció a ninguno a los derechos que le asistían.

En síntesis, *«ni de los interrogatorios de parte, ni de los testimonios, ni de la prueba documental, ni del dictamen pericial se desprende que el negocio jurídico celebrado y ejecutado por las Partes corresponde a un contrato de distribución»*. Por el contrario, los diferentes medios de prueba, individualmente considerados, permiten concluir:

(i) que el Contrato en efecto es un típico negocio de agencia comercial, en el cual los riesgos relevantes relacionados con la comercialización y operación de los productos y servicios fueron asumidos integralmente por Comcel; (ii) que por lo tanto, al momento de la terminación del Contrato, Panacell tenía derecho al pago de la prestación final, más los intereses moratorios calculados desde la terminación del Contrato o a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda a Comcel y; (iii) que el Contrato fue finalizado por Panacell atendiendo a una justa causa imputable a Comcel, por lo que Panacell tiene derecho a la indemnización equitativa que contempla la ley mercantil.

De esta manera, si el Tribunal, en la sentencia que se acusa no hubiera incurrido en los errores de hecho en la valoración de cada una de las pruebas señaladas, no hubiera llegado a la equivocada conclusión de que la operación de Panacell no fue desplegada “a nombre y por cuenta de la empresa intimada”.

V.- QUINTO CARGO

Con soporte en la causal segunda de casación, se acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 871 y 1317 del Código de Comercio, por interpretación errónea; 830, 870, 880, 1324, 1325, 1326, 1327 y 1330 del Código de Comercio y 15, 16, 1546, 1603, 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil, por falta de aplicación, y el canon 2469 del Código Civil por aplicación indebida, como consecuencia de un error de derecho derivado del desconocimiento del artículo 176 del Código General del Proceso.

Si el Tribunal hubiera valorado la prueba en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, habría concluido que el contrato no se limitó a una distribución sino que fue de agencia comercial, al constatar que los riesgos asociados a la comercialización de los servicios y productos eran asumidos por Comcel y no por Panacell; que los negocios que Panacell explotó no eran suyos, sino los servicios de telefonía celular de Comcel y los productos que esta proveía; que Panacell recibía una remuneración a título de comisiones por la labor desplegada por cuenta de Comcel; que la ejecución práctica que las partes le dieron a las estipulaciones contractuales da cuenta de que se trataba de una agencia comercial, pues *«consistió en el encargo de comercializar y promover los servicios de telefonía móvil celular de Comcel, por cuenta de esta última, con el fin de conquistar un mercado y una clientela para el empresario, a cambio de una remuneración»*.

El Tribunal incurrió en un error de derecho al omitir la

valoración en conjunto del interrogatorio de Juan Guillermo Zea, en calidad de representante legal de Panacell, el testimonio de Ayda Soto Gallo, los 22 contratos elaborados por Comcel para regular la labor de su red de agentes - distribuidores entre los años 1994 y 2003, los 35 contratos exhibidos por Comcel que fueron suscritos con su red de agentes - distribuidores mediante el mismo modelo contractual y el *«contrato de voz suscrito el 02 de junio de 2005 entre Panacell y Comcel»*, de los cuales se concluye que el mismo *«fue enteramente predispuesto por Comcel y que Panacell no tuvo la posibilidad de discutir su clausulado»*, por lo tanto, era un contrato de adhesión.

A continuación, procedió a individualizar las pruebas que, según lo afirma, no fueron estimadas de manera global, refiriendo los apartes concretos no considerados.

Igualmente, la sentencia acusada desconoce que el esfuerzo evidente de Comcel por excluir la agencia comercial, y de manera concreta en las cláusulas citadas por el Tribunal (cláusulas 4 y 15), *«es precisamente un indicio de que el Contrato no obedece a uno de distribución, sino que se corresponde con aquel que insistentemente busca excluir. Si el objeto del contrato realmente no se corresponde con uno de agencia, su clausulado no debería reflejar tan insistente esfuerzo por excluirla y desconocer sus efectos»*.

La falta de valoración conjunta de los medios de convicción, le impidió al Tribunal establecer que Panacell ejecutó actividades de publicidad, mercadeo, consecución y fidelización de clientes utilizando las marcas de Comcel.

Especialmente, por no contrastar el interrogatorio de Juan Guillermo Zea, los testimonios de Juan Carlos Villescas, María del Pilar Suárez y Olga Patricia Martínez, el Informe de Sostenibilidad de Comcel del año 2016 y la Circular 2016-GSDI01-S141120 de mayo 18 de 2016.

Tampoco pudo deducir que Panacell ejecutó el encargo por cuenta de Comcel y que la operación no era una mera compra para la reventa. Ello, porque omitió realizar una labor de contraste de algunos medios de prueba, como el interrogatorio del Representante legal de Panacell, los testimonios de Olga Patricia Martínez, Andrés Martínez, Oscar Artur Rodríguez, María del Pilar Suárez, Juan Carlos Villescas Cuervo, Ayda Soto Gallo; así como el Contrato de voz suscrito el 02 de junio de 2005 entre Panacell y Comcel; del Otrosí al Contrato de voz suscrito entre Panacell y Comcel el día 1 de febrero de 2007; los Informes anuales de Comcel, correspondientes a los años 2005 a 2016: del Informe de sostenibilidad de Comcel de los años 2014, 2015, 2016 y 2017; del Contrato público de concesión No. 000004, de fecha 28 de marzo de 1994, exhibido por Comcel; de la Resolución 598 de 27 de marzo de 2014, proferida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; de las Circulares exhibidas por Comcel y Panacell; del Dictamen pericial aportado por Panacell; de la contestación a la demanda. Esa circunstancia lo llevó a concluir que el contrato era de distribución y no de agencia.

Al omitir la labor de contraste entre la declaración de Óscar Arturo Rodríguez, el contrato y los informes anuales

de Comcel de los años 2005 a 2016, ignoró que fue Comcel y no Panacell, quien asumió los riesgos inherentes a la comercialización de los servicios y productos.

Tampoco advirtió el Tribunal que la verdadera naturaleza del «*contrato de transacción y compensación de cuentas*» era de un «*finiquito de cuentas*», lo que comporta error de derecho por falta de cotejo entre las actas de transacción y compensación de cuentas, el testimonio de Evelio Arévalo y la contestación de la demanda reformada. De lo contrario, habría concluido que los documentos suscritos corresponden a un «*cruce de cuentas entre las partes, a partir del cual se definen los saldos pendientes entre ellas en atención a lo dispuesto en el inciso 2 de la cláusula 30 del Contrato, más no a un verdadero contrato de transacción*».

De otro lado, por falta de valoración conjunta de los medios de convicción de carácter documental y pericial, el juzgador pasó por alto que Panacell terminó el contrato debido a una justa causa imputable a Comcel.

Si el Tribunal no hubiera incurrido en el error de derecho, habría encontrado acreditados los elementos de la agencia comercial y condenado a la demandada al pago de la prestación final de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, con sus intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que estos cargos se erigen sobre las

dos vertientes de la segunda causal de casación, esto es, alegación de afrenta indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, y que ambos presentan serias falencias de orden técnico que impiden su buen suceso, se revisarán en forma conjunta.

1.- Los cargos lucen **desenfocados**, toda vez que en ninguno de ellos se atacan los verdaderos fundamentos del fallo de segunda instancia recurrido.

En esencia, el casacionista recrimina que el juzgador de segunda instancia, por yerros de valoración de los medios de convicción, pasó por alto que en este caso se demostró que el contrato que vinculó a las partes no fue de distribución sino de agencia comercial y que la verdadera naturaleza de las «*Actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*», no era hacer las veces de una transacción, «*sino simplemente de realizar un finiquito o corte de cuentas a partir del cual las partes definían los saldos pendientes entre ellas*». En esa dirección, resaltó que miradas las pruebas tanto en forma individual –cargo cuarto– como en su conjunto –cargo quinto–, daban cuenta de la convergencia de todos los elementos característicos de la agencia comercial.

Puestas así las cosas, pronto se advierte que no es cierto que, para arribar a la conclusión de confirmar el fallo de primer grado, el Tribunal haya dejado de aplicar o interpretado de manera equivocada las normas citadas en la sustentación de los cargos, y mucho menos, que los argumentos esgrimidos para resolver el recurso de apelación

hayan gravitado sobre la demostración de la existencia de un contrato de agencia comercial aun en contra del tenor literal del de distribución que suscribieron las partes.

Nótese que el juzgador de segunda instancia, al resolver el recurso de alzada, tomó como punto de partida, la aplicación de la tesis plasmada por esta Sala en CSJ SC425-2024, aduciendo que el caso que allí se estudió tenía similitud con el presente en cuanto a las pretensiones y que *«se definió el recurso de casación propuesto por Promotora de Comunicaciones S.A.S. -Procom S.A.S. (...) contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., sociedad aquí demandada»*. Además, precisó que la decisión proferida en ese asunto, se fundó en *«la teoría de los actos propios y del retraso desleal»*.

Luego de hacer una extensa reseña sobre la sentencia en mención, puntualizó que, aplicando esos lineamientos al caso en estudio, las pretensiones de la accionante no podían tener éxito, porque no obra prueba alguna de que, *«entre el 2 de junio de 2005 y el 2 de diciembre de 2017, Panacell Comunicaciones S.A.S. se pronunció en desacuerdo con las condiciones que regían dicho vínculo comercial»*, y seguidamente, se ocupó de corroborar esa inferencia a partir de la valoración de algunos medios de convicción, concluyendo que del examen de aquellos no se advertía ningún reclamo de Panacell, respecto de la configuración de un contrato de agencia comercial, es decir, que no controversió las estipulaciones contractuales en desarrollo del contrato, además, el juzgador puso especial énfasis en que el representante legal de la accionante y William Sandoval refirieron que la discusión acerca del tipo

contractual, solo se presentó con ocasión de la terminación del negocio.

De acuerdo con el marco fáctico y jurídico que respalda la decisión de segundo grado, resulta palmario que el Tribunal al valerse de la misma tesis empleada en CSJ SC425-2024, solo se ocupó de verificar si estaban dados los supuestos para aplicar la teoría del retraso desleal, y precisamente, por haber considerado que los mismos se cumplían en su integridad, no se ocupó de analizar de fondo los argumentos que soportaron el reclamo de tutela judicial, relacionados con que la verdadera naturaleza del contrato celebrado entre las partes era de agencia comercial y no de distribución, ni cuál era el verdadero origen o alcance de las actas de conciliación, transacción y compensación allegadas al juicio.

En esas condiciones, no resulta factible sostener que la confirmación de la sentencia de primera instancia, se afianzó en una errada interpretación de la normatividad que regula el contrato de agencia comercial, pues, se insiste, tal decisión fue adoptada con base en la aplicación de la *«teoría del retraso desleal»*, y al haberse resuelto desde esa óptica, el Tribunal ni siquiera se ocupó de verificar si en realidad, por la manera en que se desarrolló, el vínculo negocial pudo haber tenido características de una agencia comercial.

De allí, que ambos cargos resultan desenfocados, pues no atacan de manera frontal los verdaderos argumentos aducidos por el fallador para sustentar la decisión que puso fin a la segunda instancia, esto es, la estructuración de los

elementos de la doctrina del «*retrato desleal*».

2.- La falta de simetría entre los argumentos aducidos por el Tribunal para decidir la apelación y los del casacionista, se ven reflejados puntualmente en algunos de los reproches planteados en el cuarto cargo, relacionados con la «**omisión**» de valorar algunas pruebas, de las cuales, desde el punto de vista del recurrente, se deducía la existencia de la agencia comercial.

No obstante, si como se explicó en precedencia, el juzgador centró su análisis del caso en la configuración de los supuestos del «*retrato desleal*», ello significa que la desestimación de la apelación en ese sentido obedeció a ese raciocinio que se impuso como obstáculo para asumir el estudio de fondo en lo referente a la existencia del contrato de agencia comercial, por ende, ningún yerro fáctico puede atribuírsele por dejar de apreciar los medios de convicción relacionados en la demanda de casación, pues desde la óptica en que abordó su escrutinio, no resultaban necesarios para ratificar sus inferencias.

3.- Al inicio de la formulación del quinto cargo el casacionista aseveró que, aunque en el anterior «*se señaló como error de hecho el análisis probatorio efectuado por el Tribunal*», atendiendo al principio de autonomía de los cargos, proponía este, también por la vía indirecta, «*pero con fundamento en el error de derecho, al haber despreciado el Tribunal la norma de carácter probatorio que regula la forma de realizar el raciocinio de la prueba*».

No obstante, al reparar en su fundamentación, queda en evidencia la incompatibilidad de dichos cargos por alegar errores de hecho y de derecho sobre idénticas pruebas.

En efecto, mientras en el cuarto, en gran medida, se acusa la sentencia por omisión en la apreciación de medios demostrativos como, por ejemplo, de algunos testimonios, en el quinto, se cuestiona la falta de valoración en conjunto de esas mismas probanzas con las demás practicadas en el juicio. Ello comporta, que se está acusando simultáneamente al juzgador de pretermitir algunas pruebas y de haberlas tenido en cuenta de manera aislada y no en conjunto, lo que constituye una contradicción insalvable.

A tono con el párrafo tercero del artículo 344 del Código General del Proceso, si se presentan cargos incompatibles, *«la Corte tomará en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso de casación, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, los fundamentos que le sirven de base, la índole de la controversia específica resuelta mediante dicha providencia, la posición procesal adoptada por el recurrente en las instancias y, en general, con cualquiera otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante»* (subraya intencional).

Sin embargo, en este asunto la advertida incompatibilidad no puede superarse en la forma allí prevista, toda vez que, según quedó analizado, ninguno de los cargos guarda correspondencia con los motivos expuestos por el Tribunal para resolver la alzada, de manera que no se

configura el supuesto relacionado con que, ante la ambivalencia, se privilegie el que, a juicio de la Corte, guarde una adecuada relación con la sentencia impugnada, sus fundamentos o la índole de la controversia específica allí resuelta.

Acerca de este defecto, recientemente, en un caso similar, en CSJ SC1942-2025 la Sala, reiteró,

Así lo señaló esta Corporación, en un caso similar al presente:

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

Dicho de otra forma, mientras el cuarto se centró en la materialidad de varios instrumentos persuasivos, para achacar su pretermisión o tergiversación, en el quinto se aceptó que el sentenciador sí los observó, pero olvidó acudir a las reglas de la sana crítica para su valoración. De esta forma se configura una contrariedad irresoluble, por fuerza del principio lógico de identidad, pues el sentenciador, o bien pasó por alto las pruebas, o las consideró, pero no las dos circunstancias al mismo tiempo (SC425-2024).

Los defectos en mención, truncan el estudio de fondo de las acusaciones cuarta y quinta.

4.- Conclusión

En suma, como ninguno de los cargos sale avante, no se casará la sentencia recurrida y, conforme al inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, no se impondrá condena en costas dada la rectificación doctrinaria efectuada

respecto a la aplicación de la teoría del retraso desleal.

VI.- 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 del 17 de octubre de 2024, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso instaurado por Panacell Comunicaciones S.A.S., contra Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A.

Segundo: Sin condena en costas dada la rectificación doctrinaria efectuada en esta providencia.

Notifíquese,

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

(Aclaración de voto)

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

ADRIANA CONSUELO LÓPEZ MARTÍNEZ

(impedimento)

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Radicación n.° 11001-31-03-023-2018-00542-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto debido a las determinaciones de la mayoría y aunque comparto la decisión adoptada en este asunto en cuanto negó la prosperidad del remedio extraordinario, debo aclarar mi voto por las razones que, de manera sucinta, expongo a continuación:

1.- El sentenciador *ad quem*, como fundamento de su determinación de confirmar la denegación de las pretensiones de la demanda, acogió lo expuesto por la Sala en el pronunciamiento CSJ, SC425-2024, donde se aludió a la teoría del «retraso desleal» (*Verwirkung*), al considerar que la inacción prolongada de la parte demandante, quien durante trece años no cuestionó la naturaleza del contrato celebrado con la empresa Comunicación Celular S. A. - Comcel S. A., generó en ésta una confianza legítima sobre que no se formularían reclamaciones fundadas en la existencia de un contrato de agencia comercial. En consecuencia, el Tribunal consideró que el ejercicio tardío del derecho de acción resultaba contrario a la buena fe y, por tanto, inadmisibile.

2.- Sin embargo, esa no fue la razón cardinal para no casar la providencia impugnada, pues el fundamento toral de la decisión radicó en el incumplimiento de las exigencias

consagradas en el artículo 344 del Código General del Proceso, explicándose al respecto que *«los cargos, tanto de forma individual, como conjuntamente, desatienden el requisito de completitud, por no cuestionar todos los argumentos que sirvieron al sentenciador de alzada para rehusar la prosperidad de las pretensiones».*

Además, algunos de estos individualmente considerados entrañaban falencias adicionales como: **a)** el embate primero en su argumentación *«se dirigió hacia un razonamiento que es extraño a la motivación del ad quem, en una afrenta a la precisión que se exige en casación»;* **b)** en el tercero *«se incurrió en vaguedad»,* porque *«se imputaron múltiples equivocaciones, merecedoras de reprimenda, sin señalar su contenido, alcance y trascendencia, haciendo imposible su resolución ante la indeterminación»* y, **c)** el embate quinto era incompatible con el cuarto, pues allí *«se cuestionó un aspecto tocante a la ontología de las pruebas, mientras que en el final la aplicación de las normas que regulan su valoración, lo que supone aceptar que las probanzas sí se consideraron»;* de contera, la contrariedad era *«irresoluble»* por fuerza *«del principio lógico de identidad, pues el sentenciador, o bien pasó por alto las pruebas, o las consideró, pero no las dos circunstancias al mismo tiempo»* y, por si fuera poco, en este reproche y respecto de los mismos medios demostrativos, la recurrente mixturó errores de hecho y de derecho, dado que *«frente a cada uno de los medios probatorios enlistados, después de achacar su omisión o tergiversación, se indicó que faltó su valoración conjunta, con el fin de arribar a conclusiones diferentes».*

3.- Precisamente, esa argumentación que se consignó en la providencia de la Sala, en relación con el desconocimiento por la opugnadora de las reglas técnicas del

recurso extraordinario de casación, motivaron que la suscrita acompañara la determinación allí adoptada, en que se arribó al siguiente predicado: «**Conclusión:** *Ante la inobservancia del artículo 344 del Código General del Proceso, debe rechazarse la prosperidad de los cargos contenidos en el escrito de sustentación*».

3.1.- A lo anterior se adiciona la falta de trascendencia de las críticas formuladas por la demandante, que se dejaron anotadas en el numeral 2° de las consideraciones, señalándose que «*si la Corte se ubicara en sede instancia, arribaría a igual conclusión que la del Tribunal, en el sentido de que la aplicación de la **teoría de los actos propios** impide acceder a las súplicas*» (se destaca).

Como se indicó en la providencia, de acuerdo con la teoría de los actos propios, «*las partes de una relación jurídica deben actuar con lealtad y coherencia, evitando afectar la confianza que ha depositado en ella la otra parte*», y se adujo que la promotora de la acción «*generó confianza legítima en Comcel, respecto a la no realización de reclamaciones respecto al tipo de contrato firmado, el manejo de las comisiones y demás desatenciones negociales invocadas en el libelo genitor del proceso (...)*».

Lo anterior, porque la ejecución del convenio dejó en evidencia que la reclamante aceptó las condiciones pactadas durante más de una década y no las refutó, a tal punto que se realizaron modificaciones sobre lo devengado por ella, las cuales aceptó sin objeción; lo propio ocurrió con las múltiples actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas que suscribió. Esta conducta, que persistió durante un considerable lapso, condujo al operador celular a albergar

el convencimiento de que su contratante no estimaba que la relación existente entre ellos fuese un contrato de agencia comercial.

4.- La precedente reseña permite advertir que las fallas técnicas en la arquitectura de la demanda de casación fueron el fundamento central de la decisión de no casar la sentencia confutada y así se explicitó en el numeral 1.4. de las consideraciones del pronunciamiento de la Corte, deficiencias que, por demás, eran suficientes para arribar a esa determinación y, debido a esa razón, acompañé la ponencia, más allá de coincidir en argumentos ulteriores como los relacionados con el *«retraso desleal»* como si se tratase de una aplicación de la *«teoría de los actos propios»*.

5.- En esta ocasión, a la Sala le correspondió analizar un caso de contornos fácticos similares, en el cual arribó también a la conclusión de no casar la sentencia impugnada, debido a la falta de trascendencia de la acusación contenida en el embate tercero de la demanda con que se sustentó el recurso extraordinario y a las falencias técnicas que se advirtieron en los cargos cuarto y quinto.

5.1.- Se indicó, para soportar la primera aseveración, que *«de ubicarse Corte en sede de instancia, aunque por razones diferentes, arribaría a la misma conclusión del Tribunal en cuanto a la confirmación de la sentencia de primer grado, puesto que, por lo menos una de las excepciones formuladas por Comcel que fue acogida por el Juez de primera instancia, sí tenía vocación de prosperidad»*.

La defensa a que la Sala hace alusión es aquella que Comcel S. A. denominó «*Panacell contraviene sus propios actos (venire contra factum proprium non valet)*», cuya prosperidad conllevaba inexorablemente la negativa de las pretensiones planteadas en el libelo incoativo.

En sustento, señaló que de acuerdo con los medios de convicción reseñados en la providencia, analizados tanto de manera individual como en su conjunto, esto es: **a)** el contrato celebrado el 2 de junio de 2005 entre Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. y Panacell Comunicaciones Limitada; **b)** las actas de «*transacción, conciliación y compensación de cuentas*» suscritas por las partes; **c)** el «*contrato de transacción y compensación de cuentas*» concertado el 3 de diciembre de 2012 por los extremos negociales y, **d)** el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Panacell, se colegía que el desenvolvimiento contractual de esta última «*generó una legítima expectativa en Comcel, acerca de que no tenía ningún reparo respecto a que la naturaleza del contrato celebrado y ejecutado era exclusivamente de distribución, conforme a lo que se estipuló en su clausulado y que fuera ratificado varias veces en posteriores manifestaciones escritas de los contratantes*».

Concluyó, entonces, que le asistía razón a la convocada cuando alegó que su contraparte, al presentar la acción, había actuado en contra de sus propios actos, pues desde la celebración del convenio inicial y durante todo el tiempo que perduró su ejecución, ella «*de manera reiterada y consistente, expresó actos inequívocos de voluntad acerca de que celebró con Comcel un contrato de distribución y que su relación con esa compañía era de*

distribuidor y no de agente comercial, los cuales quedaron plasmados por escrito», tanto en algunas de las cláusulas contractuales, en que los extremos acordaron que «el contrato que las vinculaba era de distribución, y expresamente excluyeron que se tratara de una agencia comercial», como posteriormente en «las Actas de transacción, conciliación y compensación», en que ratificaron el acuerdo en ese sentido. Por consiguiente, la acción incoada por Panacell «encaminada a que se declare la existencia de la agencia comercial, va en contra de sus conductas anteriores, por lo que se impone dar prevalencia a esas conductas en aras de la observancia del deber de coherencia».

5.2.- Así las cosas, la falta de trascendencia y, no otra, fue la razón fundamental que condujo al fracaso del cargo tercero, en tanto que los otros ataques que se admitieron en el asunto, se estructuraron sin observancia de la técnica casacional, circunstancia que derivó en su naufragio, pues ambos son: **i)** desenfocados, comoquiera que «en ninguno de ellos se atacan los verdaderos fundamentos del fallo de segunda instancia recurrido» y, **ii)** incompatibles, por cuanto alegaron «errores de hecho y de derecho sobre idénticas pruebas», pues mientras en el cuarto se reprochó la preterición de algunas probanzas, en la última imputación se criticó la falta de valoración en conjunto de esos medios suasorios con los restantes que se practicaron en el juicio.

Ergo, los anteriores defectos impidieron el estudio de fondo de las censuras mencionadas.

6.- De lo consignado previamente se infiere que también

en esta oportunidad, como así ocurrió en el fallo CSJ, SC425-2024, la Corporación fundó su negativa a casarlo, en la presencia de las graves falencias técnicas que detectó en la demanda de casación, de ahí que, al margen de que comparta o no la argumentación consignada ahora en torno a la teoría del «*retraso desleal*» y la corrección doctrinaria efectuada al respecto, es la presencia de los insalvables defectos en la construcción del libelo casacional con desconocimiento de las exigencias consagradas en el artículo 344 del estatuto procesal, lo que motiva que acompañe la decisión, precisando que, ante las falencias halladas habría procedido no admitir los embates tercero a quinto y, en su lugar, declarar inadmisibles, en su momento, la totalidad de la demanda y no únicamente los cargos primero y segundo, determinación que se adoptó en el proveído CSJ, AC4869-2025.

En los términos precedentes, dejo plasmado el alcance de mi aclaración de voto.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

Firmado electrónicamente por:

Juan Carlos Sosa Londoño
Presidente de la Sala

Hilda González Neira
Magistrada
Aclaración de voto

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Magistrada

Adriana Consuelo López Martínez
Magistrada
No firma impedimento

Fernando Augusto Jiménez Valderrama
Magistrado

Francisco Terner 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: 9E6A9EFC97C436BCE61592AE832899CCF439C0F8C04F4487F45596460B5AE354

Documento generado en 2026-03-17