REF: RENDICION PROVOCADA DE CUENTAS 11001310302020190049500

APD & Asociados SAS <apdyasociados.sas@gmail.com>

Lun 10/10/2022 3:28 PM

Para: Juzgado 20 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto20fbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>;alucy_beltran@hotmail.com <alucy_beltran@hotmail.com>

SEÑORA
JUEZ 20 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E.S.D.

REF: RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS (EMPRESA A.S. MARKETING Y CONSULTING LTDA) **Rad: 2019-00495**
Demandante: **Claudia Patricia Alcalá Simbaqueba**
C.C. 51.826.637 de Bogotá D.C.
Demandada: **Rosángela de Quevedo Vargas (R.L.)**
C.E. 284843
Asunto: Recurso de Apelación

Cordial saludo,

En mi calidad de apoderada de la parte actora, encontrándome en término, me permito allegar en archivo adjunto PDF recurso de apelación contra la providencia de fecha 4 de octubre de 2022, notificada el día 5 de octubre hogaño.

Atentamente,

YERITH SUSANA DIAZ MELO

Apoderado demandante

Señora:
JUEZ VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.
E. S. D.

Ref.: Proceso **Rad: 2019-00495**
Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ALCALÁ SIMBAQUEBA**
Demandada: **ROSÁNGELA DE QUEVEDO VARGAS** como representante legal de **A.S MARKETING Y CONSULTING LTDA.**
Asunto: Recurso de Apelación en contra del auto de fecha 4 de Octubre de 2022, notificado por estado del 5 de octubre hogaño.

YERITH SUSANA DÍAZ MELO, mayor de edad, con domicilio y residencia en la Ciudad de Bogotá D.C., identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, abogada en ejercicio, actuando en calidad de apoderada de la demandante, me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia de fecha 4 de octubre y notificada el día 5 de octubre de 2022, lo que hago en los siguiente términos:

REPAROS QUE SUSTENTAN LA PRESENTE SOLICITUD

Los reparos esgrimidos en la decisión atacada, se basan en primer término, en que el Juzgado de primera instancia, en audiencia celebrada el día 26 de julio de la presente anualidad, ordenó la práctica de pruebas necesarias paras tomar una decisión de fondo, sin embargo, bajo el arbitrio del a quo procedió a dictar sentencia anticipada, omitiendo la práctica de pruebas decretadas, vulnerando así el derecho a la defensa y contradicción de la parte demandante de conformidad con lo preceptuado en el artículo 29 de nuestra Constitución Política, aunado a lo anterior procedió a dictar sentencia anticipada sin que se hubiera configurado las condiciones señaladas en el artículo 278 del C. G. del P., pues al decretarse y practicarse pruebas es claro que debía evacuarse las etapas consagradas en nuestro estatuto procesal hasta tomar una decisión de fondo como en efecto estaba programado para el día 5 de octubre del presente año.

La tesis esgrimida por la Juez 20 Civil del Circuito de Familia de Bogotá, D.C., se basa en el que se configura una falta de legitimación en la causa por activa, bajo los argumentos en que la demandada no está obligada a rendir cuentas mediante este proceso, sino por el contrario ante el órgano competente de la respectiva sociedad.

Sin embargo, omite el Juzgado de primera instancia que la demandada aparte de ser la representante legal de la sociedad A.S. Marketing y Consulting Ltda, también tiene la mayoría de las cuotas sociales, esto es en un 90%, razón por la cual por tener una predominancia ante la demandante, no ha rendido cuentas como representante legal, como tampoco ha realizado si quiera una asamblea ordinaria o permitido la extraordinaria, dado que no es posible adelantar una asamblea de socios con una participación representada en el 10% de las acciones, por no haber quorum, ya que si no era voluntad de la socia mayoritaria se imposibilitaba adelantar cualquier reunión de socios.

Ahora bien, el presente proceso, se inició con el fin único que todo el que, conforme a la ley o al contrato, esté obligado a rendir cuentas de su gestión o administración, lo haga si espontánea o voluntariamente no ha procedido a ello.

En razón a lo anterior, los reparos que se hacen en contra de la decisión en mención, es por cuanto el Juzgado de primera instancia, confunde la responsabilidad que tiene el representante legal o administrador con el deber de rendir cuentas a sus socios en este caso a la parte demandante que represento, quien es única socia de la demandada, fungiendo ésta última en calidad de representante y gerente general (administrador) de la Compañía.

Tal obligación se fundamenta en la cláusula contractual o cuerpo normativo que imponga esa obligación, en especial la Escritura Pública de constitución de la Sociedad Comercial N° 0046 del 13 de enero de 2003 art. 14 numerales 10, 12, como lo estipulado en el art. 21, entre otros, por lo que el destinatario de las cuentas es quien está legitimado para demandar a quien debe rendirlas; hay casos en el ordenamiento jurídico, como en el caso que nos ocupa, el del administrador, en los que se debe rendir cuentas de la gestión, no solo periódicamente, sino al terminar el encargo.

A lo anterior, teniendo en cuenta que la demandada durante los años de su gestión como administradora no ha rendido cuentas en ningún momento ante la única socia, es cierto que es deber de la demandante, solicitar mediante la presente acción que se rinda cuentas, sin menos cabo que exista o no una responsabilidad por la gestión realizada, lo que el a quo involucra, como quiera que lo que se está pidiendo es la gestión realizada y el estado actual de la sociedad, puesto que mi poderdante desconoce la situación actual de la misma, no habiendo ningún otro mecanismo para tener esta información por parte de la demandada, máxime si ejerce su posición dominante frente a su única socia.

Aunado a lo anterior, es de considerar que la demandada de ninguna manera probó haber constituido actas de Asamblea ordinaria o extraordinaria, prueba mediante la cual pueda evadir su responsabilidad contractual y legal.

Es de deliberar lo atinente en las consideraciones y en la sentencia sustitutiva optada por la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil en su Sentencia SC1644-2022, M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo:

En las consideraciones, la Corte Suprema de Justicia manifiesta que:

"La génesis de lo anterior radica en el mandato contenido en el artículo 1494 del Código Civil, que enseña que «las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia»."

El comúnmente llamado contrato de administración está reglado en el artículo 2142 de la obra en cita y consiste básicamente en la gestión de negocios realizada por una persona, que se llama mandatario, en nombre y representación de otra, que se denomina comitente o mandante. Ha dicho la jurisprudencia que «[s]on elementos esenciales del mandato: una parte que confiera el encargo y que se llama mandante o comitente; otra parte que acepta el encargo y que se llama en general mandatario: que el encargo verse sobre negocio o negocios que interesen de algún modo al mandante, puedan ser ejecutados legalmente por éste y por el mandatario, sean reales o futuros y se relacionen con terceros… El objeto propio del mandato son actos jurídicos que deben cumplirse por cuenta del mandante, al contrario de lo que sucede en el arrendamiento de servicios cuyo objeto son hechos de orden material. (Planiol. Tratado Elemental. T2 número 2232)». (CSJ SC de 30 sep. 1947. G.J. LXIII, pág. 39).

Por consecuencia, es legitimado para incoar la demanda de rendición provocada de cuentas quien, de acuerdo con la ley o con la convención, tenga derecho a exigirlas ante quien, debido a un encargo o gestión, deba rendirlas. En concordancia con esos preceptos, la ley 222 de 1995, que modificó el Régimen de Sociedades consagrado en el libro II del Código de Comercio, regula en su artículo 45 que «[l]os administradores deberán rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se retiren de su cargo y cuando se las exija el órgano que sea competente para ello. Para tal efecto presentarán los estados financieros que fueren pertinentes, junto con un informe de gestión. La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales»; al paso que la regla 46 ibídem consagra dicho deber una vez «[t]erminado cada ejercicio contable»
[…]

Precisamente en concordancia con ese deber el artículo 196 del Código de Comercio regula que «se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.» (Resaltado impropio). En otros términos,

es deber de todo representante velar por el buen funcionamiento de la compañía, lo cual no sólo se logra de cara a los actos que en el futuro deberá desplegar el ente moral, también observando su pasado, los convenios en ejecución o que sea indispensable acometer ulteriormente para remediar situaciones en curso o mejorar el desempeño social, lo cual, naturalmente, mostrará a la asamblea de socios."

Y en cuya sentencia sustitutiva La Corte declaró:

"La génesis de lo anterior radica en el mandato contenido en el
*"**3.** Ahora, en relación con la obligación de rendir cuentas, la ley 222 de 1995, que modificó el Régimen de Sociedades consagrado en el libro II del Código de Comercio, regula en su artículo 45 que «[l]os administradores deberán rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se retiren de su cargo y cuando se las exija el órgano que sea competente para ello. Para tal efecto presentarán los estados financieros que fueren pertinentes, junto con un informe de gestión. La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales.»*

***4.** Por último y aun cuando el convocado no propuso mecanismos de defensa perentorios, pertinente resulta precisar que está desprovista de prueba su alegación, expuesta en la contestación a la demanda, […]*
Es que siendo carga del administrador de toda entidad mercantil rendir cuentas a la asamblea de accionistas al finalizar cada ejercicio contable, así como al finiquitar su labor, la única prueba viable para acreditar tal deber corresponde al acta de la asamblea de accionistas contentiva de ese proceder.

En efecto, el artículo 189 del estatuto mercantil consagra que «[l]as decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso. La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas.» (Resaltó la Corte).

En otros términos, por expreso mandato legal toda rendición de cuentas o informe de gestión realizado por el administrador, representante legal o gerente de una compañía mercantil, debe constar en las actas correspondientes de la asamblea de accionistas o junta de socios, sin que sea admisible otro medio de prueba.
[…]
Por consecuencia y ante la omisión del accionado de aportar las actas de asamblea de accionistas en las cuales conste la presentación de sus informes de gestión, colige la Corte que la supuesta rendición de cuentas alegada por el demandado, durante los años 2012 a 2014, no fue acreditada."

Por lo anteriormente expuesto, hago la siguiente,

SOLICITUD

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia anticipada de fecha 4 de octubre de 2022, notificada el día 5 de octubre de la misma anualidad.

SEGUNDO: En consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda, estas son

> *"**Primero:** La rendición de cuentas a mi representada por parte de la Señora Rosángela de Quevedo Vargas, en su condición de Gerente de la Empresa A.S. MARKETING Y CONSULTING LTDA, identificada con Nit. 830114730-1, correspondiente a todo el tiempo de su servicio.*
>
> ***Segundo:** Señalar un término prudencial para que la demandada presente tales cuentas, adjuntando los documentos, comprobantes y demás anexos que la sustenten.*
>
> ***Tercero:** Una vez rendidas, tramitar dichas cuentas con arreglo a lo ordenado por el Código General del Proceso.*
>
> ***Cuarto:** Advertir a la Señora Rosángela de Quevedo Vargas que de no rendir las cuentas solicitadas podrá mi poderdante estimar el saldo de la deuda que pueda resultar, bajo juramento.*
>
> ***Quinto:** Condenar a la demandada en las costas del proceso."*

Subsidiariamente se solicita

TERCERO: Se declare nulidad de la providencia de fecha 4 de octubre de 2022, notificada por estado del 5 de octubre de 2022, y en su lugar se celebre la audiencia de que trata el artículo 373 del, C. G. del P..

De la Señora Juez y Honorable Magistrado(a),

Cordialmente;

YERITH SUSANA DIAZ MELO
C.C. 53.081.235 de Bogotá D.C.
T.P. 197.984 del C.S. de la J.

MEMORIAL DRA AYAZO RV: RADDICACION DE SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION 2022-078

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 2/04/2024 4:09 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (106 KB)

SUSTENTACION DE RECURSO ANTE TRIBUNAL 02- 04- 2024.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: luz divia vargas <luzde73@hotmail.com>
Enviado el: martes, 2 de abril de 2024 3:52 p. m.
Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; secsctsupbta@notificacionesrj.gov.c; rprocesosctsbta@cendoj.ramajudicial.co
Asunto: RADDICACION DE SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION 2022-078

> Algunos contactos que recibieron este mensaje no suelen recibir correos electrónicos de luzde73@hotmail.com. Por qué esto es importante

ACUSAR RECIDIDO

Cordial saludo.

PROCESO DE SIMULACION 11001310300120220007801

DTE: RAQUEL RODRIGUEZ DE RAMOS Y OTROS
DDO: PABLO RAMOS RODRIGUEZ Y OTRO

De ante mano pido disculpas por envíalo a todos estos correos pero no tenia certeza a cual debía enviarlo por tal razón, pido encarecidamente ser enviado al despacho que corresponda.

Por medio de la presente me permito radicar dentro de los 5 días concedidos por su despacho la sustentación del recurso de apelación de sentencia.

Agradezco al Despacho su colaboración

Cordialmente:

Luz Divia Vargas Sánchez.

Abogada Consultora y Asesora Jurídica.

Dirección: Calle 71 No. 10 - 40. Oficina 201.

Celular: 3148335940.

El estado somos todos, caminemos hacia una nueva cultura política.

Señor
MAGISTRADOS DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, SALA CIVIL
E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL DE SIMULACION INTERPUESTO POR RAQUEL RODRIGUEZ DE RAMOS Y OTROS EN CONTRA DE PABLO VICENTE RAMOS RODRIGUEZ Y OTRA, Proceso No. 2022- 078.

ASUNTO: **SUSTENTACION DE APELACION INTERPUESTA CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL DIA 27 DE NOVIEMBRE DEL 2023.**

LUZ DIVIA VARGAS SÁNCHEZ, mayor de edad, Abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en condición de Apoderada de la parte Demandante los señores RAQUEL RODRÍGUEZ DE RAMOS Y SUS HIJOS JOSÉ VICENTE RAMOS RODRÍGUEZ, BLANCA HELENA RAMOS RODRÍGUEZ, ANA AGUSTINA RAMOS RODRÍGUEZ, MARTHA ADELA RAMOS RODRÍGUEZ, ROSA EMMA RAMOS RODRÍGUEZ, FLOR TERESA RAMOS RODRÍGUEZ Y ROSA ELENA RAMOS PULIDO, dentro del proceso citado en la referencia; comedidamente por medio de este escrito y oportunamente me permito sustentar el recurso de APELACION interpuesto en audiencia el día 27 de noviembre del 2023, en el que se dejó los puntos de reparo de la decisión tomada por el señor Juez.

Conforme lo establecido en el Código General del Proceso en su artículo 322, me permito presentar las inconformidades que le asisten a mis poderdantes respecto la decisión tomada por el Juez de primera instancia en la sentencia en la que pese a las pruebas niega todas las pretensiones de la demanda.

RAZONES DE LA INCONFORMIDAD CON LA SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN.

Honorables magistrados, la sentencia desconoce la certeza probatoria a favor de las pretensiones de la demanda interpuesta por la parte actora, situación que constituye uno de los motivos de inconformidad con el fallo objeto de apelación, en la forma como se desglosa al momento de presentar los análisis de los interrogatorios, los testimonios, las pruebas documentales y los demás medios probatorios que deberán ser tenidos en cuenta por la segunda instancia.

En la sentencia objeto de este recurso, el Juez en su parte considerativa de la decisión hizo un breve resumen del conflicto jurídico que dio origen a la acción que nos ocupa, en la que dio una aplicación errónea a lo manifestado en los hechos de la demanda adoptando un desintegrado análisis a las pruebas aportadas y decretadas en el transcurso del proceso, evidenciándose una INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS, LA AUSENCIA DE VALORACION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y EL DESCONOCIMIENTO DE LO CONFESADO POR LOS DEMANDADOS EN EL INTERROGATORIO DE PARTE, las cuales es deber de los jueces la valoración de manera integral, teniendo en cuenta que son la base para poder dictar una sentencia en derecho, en equidad impartiendo justicia, situación que el juzgador omitió y por tanto tomo una decisión ausente de análisis sustancial y de fondo, solo con el propósito de negar las pretensiones y condenar en costas de manera exagerada a mis poderdantes. El fallo contiene una indebida y errónea aplicación de la norma sustancial al no integrar su aplicación entre otros errores que deben ser corregidos por la segunda instancia.

Esos aspectos entre otros que se desglosan en este escrito de sustentación son los que se solicita que sean corregidos por los honorables magistrados, y por consiguiente se revoque la sentencia objeto de apelación.

Los 3 aspectos de inconformidad tienen fundamento en que en la sentencia de primera instancia no tuvieron en cuenta las pruebas aportadas y decretadas para dictar el fallo y lo más grave, es el hecho de que el fallador ni siquiera se tomó el tiempo para leer los hechos de la demanda y sus pretensiones y menos se tomó el tiempo para revisar las pruebas aportadas con la demanda, pues así quedó evidenciado con lo manifestado en el resumen que hace para motivar la decisión, no tiene en cuenta que en los hechos y pretensiones lo que busca los accionantes es que se declare la simulación del contrato de venta realizada entre los demandados, en la que se explica y se aportan las pruebas suficientes que demuestran que pese al poder otorgado, esa venta no fue de conocimiento ni aprobada por los propietarios del inmueble, que el demandado señor Pablo aprovecho un poder otorgado por sus padres para la venta con el Distrito de Bogotá conforme lo expuesto en todo el transcurso del proceso y aprovecho este hecho para ponerlo a nombre de su hija Diana Alejandra ramos Uribe, tanto es que se evidencia que no hizo un buen estudio del proceso que en el resumen indica que se me corrió traslado de las excepciones y que se guardo silencio, sin darse cuenta que los demandantes SI descorrieron y/o contesto dichas excepciones.

El señor Pablo al verse descubierto del engaño realizado a sus padres y hermanos les indico que él les podía hacer el adelanto de lo que diera metro de cien millones de pesos y que cuando metro pagara el restante, entregaría el saldo, es decir, que al verse descubierto por su familia, reconoció que sí había puesto el inmueble a nombre de su hija Diana, ocultándoles este hecho a los verdaderos propietarios, así quedó demostrado, en las confesiones hechas en el interrogatorio de parte del señor Pablo, como también lo manifestado por mis poderdantes en los hechos de la demanda y en el interrogatorio absuelto, del mismo modo quedo demostrado con las pruebas documentales que se aportaron con la demanda, las cuales no fueron valoradas en debida forma por el señor Juez, puesto que en su motivación de la sentencia, indica que por el hecho de haber un poder para la venta del inmueble no hubo la simulación entre los demandados, pese que se demostró que el poder había sido otorgado para la venta con el Distrito, además, se demostró que la señora Diana no pago el inmueble, puesto que no presentaron una sola prueba que demostrara al menos un indicio de dicho pago, por lo contrario, en el preguntado realizado a los demandados se evidencio las diferentes respuestas incoherentes que respondieron al valor de pago por la venta, como también hubo incoherencia en la forma de pago del inmueble, es decir, que hubo muchas contradicciones en lo contestado, como también lo manifestado en la contestación de los hechos de la demanda y no se puede dejar de lado que lo dicho por ellos tampoco coincidieron con lo declarado en el cuerpo de la escritura, evidenciándose que el Juzgador en su afán de no escuchar y atender debidamente el análisis de manera integrada, desconoce en la sentencia derechos legales y constitucionales de mis poderdantes.

Por otro lado el señor Juez en su sentencia, desconoció la prueba documental allegada por los demandantes y que los mismos demandados aportaron con la contestación de la demanda y que además reconocieron en el interrogatorio, el cual es el acuerdo firmado en el año 2019 cuando el señor Pablo se vio descubierto de la supuesta venta, del que en sus respuestas a los preguntados le confeso al señor Juez que si habían llegado

a ese acuerdo, además le respondió que él no le había informado a sus padres ni hermanos porque según él no tenía por qué hacerlo, además el fallador desconoció las pruebas documentales que aporto la empresa metro con las que se demuestran las fechas en que el Distrito empezó a realizar los procesos de por donde pasaría la línea de metro, como también desconoció o no les dio la debida valoración al testimonio de la Dra Priscila, en la que es clara al indicar que en el 2016 fue creada la Empresa de Metro de Bogotá para realizar todos los procesos relacionados con la ejecución de la construcción de la línea de metro, además tenemos los otros testimonios presentados por la parte demandada en los que en ningún momento indican que les haya constado el pago o la negociación realizada entre los demandados, quedando demostrado con esta prueba y las demás que reposan en el expediente que mis poderdantes dicen la verdad al indicar que dicho poder fue otorgado para la negociación con metro, por tal razón, se hace necesario analizar detenidamente las pruebas, puesto que los demandantes están diciendo que el poder fue otorgado para la negociación con metro y conforme lo indicado por la doctora Priscila efectivamente empiezan las reuniones de socialización 7 meses después de la firma del poder, pues la representante de Metro indica que en el primer trimestre del año 2017 empezaron la socialización y si analizamos la escritura de venta entre los demandados esta fue firmada en octubre del año 2017 y además a la fecha de interponer esta acción ya el inmueble esta demolido indicio que demuestra una vez más que efectivamente si se efectuó la simulación entre los demandados, causando perjuicios a los derechos económicos de mis poderdantes, por tanto, los aquí demandados no pueden decir que no tenían conocimiento de que la línea de metro pasaría por allí como lo han manifestado, y el señor Juez debió de tener en cuenta todas estas pruebas que reposan en el expediente al momento de dictar la sentencia, por tal razón, deben ser valoradas en segunda instancia,

Ahora bien, con este breve resumen de los hechos y pretensiones que fueron presentados con la demanda, se pretende dar claridad y demostrar a los honorables Magistrados la razón de inconformidad con la decisión tomada en primera instancia:

Primero: En la motivación de la sentencia el señor juez inicia indicado de plano que niega las pretensiones de la demanda, por considerar entre otras cosas, que no hubo simulación de venta del inmueble entre los demandados la señora Diana y el señor Pablo, asegurando: a) que los propietarios habían otorgado poder a su hijo pablo para que actuara en representación de ellos, desconociendo de plano todas las pruebas con las que se demuestra que dicho poder fue otorgado para la venta con el Distrito de Bogotá, desconoció que esta fue la razón por la que mis poderdantes iniciaron el proceso, por cuanto el señor el demandado se aprovecho de dicho poder y simulo la venta del inmueble con su hija Diana y no informo este hecho a sus apoderados, que tomo decisiones basadas en ese poder causando perjuicios económicos a los propietarios del inmueble y esto fue lo que se probo en el proceso, que mis poderdantes se enteraron dos años después de los actos realizados entre ls demandantes y no fue precisamente por que los demandados se los comunicaran, por lo contrario fue porque empezaron a sospechar y solicitaron el certificado de tradición y libertad del inmueble, entonces señores Magistrados si no hubo simulación entre padre e hija por que ocultaron este hecho, Porque no entrego el dinero producto de la venta, porque se contradijeron tanto en forma de la pago, en el valor de la venta y porque no demostraron la capacidad económica del adquiriente, como tampoco presento prueba de la forma en que realizo el pago. B) el señor Juez asegura en su resumen y sustentación del aquo que mis poderdantes sí habían recibido el pago del

inmueble, afirmación que no se entiende de dónde la dedujo el señor Juez, desconociendo que los mismos demandados en la contestación de los hechos de la demanda reconocen que por petición de su padre había entregado diez millones de pesos, a cada uno de sus hermanos, (pero recuerden que esto lo hizo 2 años después de la simulación cuando se vio descubierto con su hija Diana), además, en el interrogatorio es el mismo demandado que confiesa que no ha entregado más dinero como se evidencia en las grabaciones de las audiencias, por tanto, en esta afirmación del juzgador es evidente la indebida valoración de la prueba. C) del mismo modo la inconformidad con la decisión del señor Juez consiste en que el Juzgador baso su decisión en pruebas que no se aportaron al proceso ni se habló de ellas en la demanda ni en su contestación, como tampoco fue tema de discusión en el trascurso del mismo, pues afirma que el señor Pablo SI pago el inmueble y que les había firmado unas letras de cambio por valor de 5 millones de pesos a favor de mis poderdantes toda vez, que mis poderdantes con la demanda anexaron una prueba documental llamada acuerdo con la que se demuestra que el señor Pablo dos años después al verse descubierto de la simulación por petición de su padre les hace un único abono de cien millones de pesos distribuidos entre sus hermanos, prueba que reposa en el expediente en dos folios y que los demandados también presentaron con la contestación de la demanda, pero con una demostración de su mala fe, pues en ella los demandados anexan los dos folios que anexaron mis poderdantes pero con cuatro folios los cuales están foliados y los que anexo mis poderdantes no están foliados, situación que el señor Juez paso por alto pese a que la suscrita en audiencia le solicito que se hacia necesario una audiencia presencial por cuanto los documentos firmados por mis poderdantes solo eran dos.

por lo anterior, es inadmisible por qué en la motivación de la sentencia hubiera hecho referencia a este asunto usándolo como base para afirmar que el demandado si habían pagado, pues la única que hablo en el testimonio de letras de cabio fue una de las testigo de la parte demandada en la que manifestó entre todas sus incoherencias que le había firmado una letra de cambio a favor del señor Pablo, pero esta manifestación fue suficiente prueba para el señor Juez para afirmar que el demandado si había pagado el inmuble.

Segundo: aunado a todo lo anterior no se valoró las pruebas testimoniales en las que pese a que habían sido solicitadas por los demandados, estas no dijeron nada que demostrara que la señora Diana hubiera comprado y pagado el inmueble, pero lo que si dijeron algunos de ellos fue que sí tenían conocimiento de que ya se escuchaba desde el 2016 que la línea de metro pasaría por allí, entre ellos el testimonio del hijo y hermano de los demandados señor Luis Enrique en el que manifestó que si había escuchado que por ahí pasaría el metro, quedando demostrado que el señor Pablo si sabía que el poder otorgado efectivamente era para los tramites de venta con el Distrito y no que para recuperar, arreglar y vender como dijo en audiencia, pruebas que no se tuvieron en cuenta de manera integral en el fallo, por lo contrario, el juez indico que no había quedado demostrada la simulación, que si bien era cierto que Diana no había demostrado la capacidad económica para comprar el inmueble, no era cierto que se hubiera dado la simulación toda vez que el señor Pablo había hecho la venta en representación de sus padres, dejando de lado que esto es lo que precisamente pretenden demostrar mis poderdantes con esta acción, pues si el señor demandado hubiera orientado a sus padres al elaborado el poder de manera clara en la que indicara que el poder era otorgado para la venta con el Distrito pues no hubiera habido necesidad de ocupar el

aparato judicial, pues lo se pretende demostrar que fueron asaltados en su buena fe.

Ahora bien, el Juzgador en su sustentación de la sentencia queda evidenciado que no realizo un análisis al proceso, toda vez que en la demanda, sus pretensiones y en todo el transcurso proceso los demandantes han solicitado es que se declare la simulación efectuada entre los aquí demandados para que el inmueble o el dinero pagado por el Distrito (por cuanto el inmueble ya fue destruido) quede en cabeza de los propietarios del inmueble para que entren a la sucesión, puesto que obviamente demostrando la simulación los demandados tendrán que devolver el dinero pagado por metro seguramente haciendo el descuento de los cien millones de pesos que los mismos demandantes reconocieron desde la presentación de la demanda que el señor Pablo había abonado cuando se vio descubierto, mas no es como lo indico en la audiencia el fallador, donde manifestar que mis poderdantes al darse cuenta que metro había dado 362 millones de peso fue que quisieron reclamar el restante, pues esto también el Juez dejo en evidencia que no hizo un estudio minucioso del expediente, puesto que desde que se presentó la demanda y en todo el transcurso del proceso, lo que siempre se ha manifestado es que el poder fue otorgado para la negociación con el Distrito y que el señor Pablo aprovechándose de la facultad que se le daba en dicho poder simulo la venta con su Hija Diana y así quedo demostrado con las pruebas decretadas en el transcurso del proceso, pero en ningún momento en la demanda se ha dicho que es porque el Distrito hubiera pagado un superior, tanto es así, que en el escrito de demanda y en audiencia la suscrita solicitó que de oficio el señor Juez hiciera que Diana o metro informara cuanto había pagado metro por el inmueble y de esta manera poder tener un valor cierto para incluir a la sucesión, pues los demandantes no tenían una cifra concreta por cuanto como ya se dijo antes y en todo el transcurso del proceso el señor Pablo siempre se negó a tenerlos informados del proceso de venta con el Distrito y en octubre del año 2019 cuando lo descubrieron manifestó que todavía no sabia cuanto iba a pagar el Distrito por el inmueble que apenas estaba cumpliendo con algunos requisitos y después de eso nunca más quiso darles información, por lo contrario ya se empezó a negar a reuniese hasta que por ultimo les dijo que no les iba a entregar un solo peso más, y que hicieran lo que quisieran, razón por la cual no les quedo de otra que iniciar la acción que nos ocupa.

Al no haber hecho una debida valoración integral de la prueba, es clara la vulneración a lo consagrado en el artículo 2 del C.G.P que indica en lo pertinente que el acceso a la justicia debe tenerse con la "…tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses…" es de tener en cuenta que aunque en el poder otorgado al señor Pablo dijera que para la venta con un tercero, se demostró que en realidad era para la venta con el Distrito de Bogotá, como también quedo demostrado que la venta realizada entre Pablo y Diana fue una simulación pues como ya se dijo, ellos no presentaron una sola prueba que demostrara el pago del inmueble, por lo contrario entraron en una serie de contradicciones que el mismo Juez ordeno el compuso de copias ante la fiscalía y conforme los preceptos legales para que se pueda hablar de compra venta debe de existir el precio y la cosa y de no ser así lo que se configura es la simulación de venta y en el caso que nos ocupa los demandados no demostraron el pago de la supuesta venta y el hecho de que el señor pablo le haya adelantado un monto de dinero al verse descubierto, esto no significa que se debe de obviar la simulación efectuada como lo vio el señor Juez al tomar la decisión en la sentencia.

Con todo lo anterior queda demostrado que existen todos los presupuestos legales como probatorios, para declarar la simulación de venta entre los demandados y que el señor Juez en su decisión, no tuvo en cuenta e hizo una valoración errónea de manera fraccionadas y no de manera integral como debe de analizarse las pruebas y de esta manera poder dictar una sentencia basa en fundamentos jurídicos y no de la forma en que el señor Juez motivo la sentencia objeto de apelación, puesto que la decisión fue tomada de manera personal, de manera subjetiva, sin ningún fundamento jurídico, notándose la ausencia de la debida valoración de la prueba, haciendo afirmación que no tiene fundamento jurídico ni factico, basado en puras conjeturas de manera personal, omitiendo lo ordenado en el artículo 11 del C.G.P en el que indica que al interpretar la ley procesal, el objeto de los procedimientos es reconocer la efectividad de los derechos que están amparados en la ley sustancial, y dicha norma hace armonía con las diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en las que han sido reiterativas al indicar que en los procesos de simulación la prueba fundamental son los indicios y que los pilares para poder demostrar la simulación es: **el parentesco**, (en el caso que nos ocupa la simulación la realizo padre e hija); **la falta de capacidad económica del adquiriente**, (la adquiriente del inmueble señora Diana no demostró de donde obtuvo el dinero para pagar el inmueble, lo único que dijo fue que tenía una empresa familia de cortinas, pero no presento prueba alguna); **el comportamiento de las partes en el proceso**, (los demandados se contradijeron varias veces en los relatos de los hechos, como también en la forma de pago y en el valor pactado, también el señor Pablo confeso que no le había dicho a sus padres y hermanos de la negociación con su hija) **el precio exiguo**, (el inmueble para la fecha en que realizaron la simulación tenía un valor aproximado de 300 millones de pesos y en la escritura reza que el valor de la venta fue 187 millones de pesos conforme reposa en el expediente, y los demandados en el interrogatorio indicaron que 200 millones de pesos, es decir, que el precio no es real); **la carencia de necesidad del vendedor para disponer de sus bienes**, (los propietarios del inmueble señores Pablo Vicente Ramos Peñuela (QEPD) y Raquel Rodríguez de Ramos padres del demandado, no tenían ninguna necesidad ni intensión de vender el inmueble pues prueba de ello es que lo habían adquirido desde 1962 y no habían manifestado interes de venderlo hasta que les dijeron que ese inmueble lo tenían que vender al distrito por que por allí pasaría la línea de metro y por eso decidieron darle el poder a su hijo Pablo Ramos Rodríguez para que se encargara de los tramites y negociación con el Distrito); **de la forma de pago**, (los demandados no pudieron demostrar la forma de pago que realizo la señora Diana, por lo contrario en todo el transcurso del proceso se contradijeron mucho en la forma en que habían realizado el pago, dicen que lo pago en efectivo y en su totalidad en el momento de formar la escritura, luego dicen que dieron una parte y que después dio el resto, pero no presentaron ninguna prueba que demuestre el pago); **el móvil para simularlo**,(desde un principio el Señor Pablo aquí demandado sabía que el inmueble iba ser comprado y demolido por cuanto por allí pasaría la línea de metro, razón por la cual le dieron el poder para los tramites, motivo suficiente para simular la venta con su hija Diana y así poderse quedar con el dinero pagado por Metro, pero no contaba que lo iban a descubrir dos años después de firmar la escritura y antes de concretar dicha venta con metro, pero para evitar la denuncia penal por abuso de confianza les adelanto los 100 millones de pesos los cuales por petición de su padre fueron distribuidos a cada uno de sus hermanos conforme las pruebas aportadas); **el movimiento de cuentas bancarias**,(los demandados no demostraron de ninguna forma el pago del del inmueble que indicara algún movimiento Bancario en relación al monto pactado, es más, no demostraron ningún soporte magnético ni declaración de renta

que dieran siquiera un indicio del pago); **el precio no entregado de presente**, (los demandados en el interrogatorio y en la contestación de la demanda indicaron diferentes formas en las que supuestamente la señora Diana habían realizado el pago del precio de la venta, pero no presentaron ninguna prueba que así lo indicara, es más, los mismos testigos que ellos habían solicitado como prueba indicaron que no sabían de la negociación y que no tenían conocimiento de como habían realizado el pago); **documentación sospechosa,** (los demandados presentaron una documentación que mis poderdantes habían anexado como prueba documental denominada acuerdo de pago el cual se anexo en dos folios con la demanda y los demandados presentaron el mismo acuerdo en 4 folios numerados los cuales mis poderdantes indicaron que solo eran 2 folios y no estaban foliados o numerados, pero aun así el Juez hizo caso omiso a tal situación, además el Juez no tomo en cuenta un memorial que la suscrita abogada lo ponía en conocimiento del fraude procesal en el que estaba incurriendo los demandados y su apoderado en el que le informaba que ellos se estaban acercando a dos de mis poderdantes hablándole de manera grotesca solicitándoles que no se presentaran a las audiencias, que renunciara al poder otorgado a la suscrita y que renunciaran al proceso, situación a la que sentí la obligación como persona y como apoderada poner en conocimiento al Juez con la que se presentó prueba documental, audios de wasaps y grabaciones de las conversaciones, de las que en audiencia el mismo abogado de la parte demandada acepto, pero el señor Juez indico que ni siquiera las había escuchado para no enredarse la cabeza, siendo que aunque no es obligación del Juez investigar si le daba un indicio del proceder de los demandados); **el lugar sospechoso de la firma del contrato,** (los demandados pese a que los dos viven en la Ciudad de Bogotá y el inmueble esta en esta misma ciudad viajaron hasta el municipio de Guatavita para firmar la escritura como se evidencia en la escritura Pública y cuando el Juez les pregunto la razón por la que viajaron has este municipio a firmar dicha escritura, en su contestado no dieron una respuesta convincentes, por lo contrario se contradijeron en las razones que dieron).

Además de todo lo anterior, el Juez en su decisión indico que no hubo simulación entre las partes argumentando que el señor Pablo había actuado conforme el poder que le habían conferido, desconociendo las pruebas presentadas con las que se demostró que el poder conferido había sido para la negociación con el Distrito de Bogotá, desconociendo que en sentencia del 30 de noviembre del año 2011 de la Corte Suprema de Justicia indico que podrían iniciar el proceso de simulación no solo las partes que intervinieron, sino también los terceros cundo ese acto fingido les acarrea perjuicios ciertos y actuales, es decir, que tenga un derecho protegido por la ley, y en el caso que nos ocupa el actuar de los aquí demandados causan perjuicios económicos a mis poderdantes toda vez que no han podido recibir lo que legalmente les corresponde como herederos del causante señor Pablo Vicente Ramos Peñuela (QEPD), de la misma manera tenemos el caso de mi otra poderdante la señora Raquel Rodríguez de Ramos quien es la conyugue sobreviviente a sus más de 90 años no ha podido recibir el 50% de lo que legalmente le corresponde del inmueble, por cuanto su hijo quien es el aquí demandado fingió una venta y ahora se niega a entregar lo que legalmente le corresponde a mi poderdante, pues así quedo probado con la confesión hecha por el demandado en la que le indico al juez en su preguntado que no le había entregado a su madre lo de la venta, pero esto también lo desconoció el señor Juez al momento de dictar la sentencia.

Los anteriores puntos son los motivos de inconformidad con la decisión tomada por el señor Juez en la sentencia y que son las razones por las que desde ya solicito a la segunda instancia revocar la decisión de la primera y conceder los derechos y pretensiones solicitados por mis poderdantes en la demanda los cuales fueron desconocidos en la sentencia.

Del Señor Juez

Atentamente.



LUZ DIVIA VARGAS SÁNCHEZ
C.C. 36.381.575 de la Plata Huila.
T.P. No 252553 del C.S.J

MEMORIAL DRA AYAZO RV: SUSTENTACIÓN REPAROS RECURSO DE APELACIÓN RADICADO No. 110013103005 - 2017 - 00 - 586 - 01 PROCESO ORDINARIO DE LINDY ESPERANZA MARTÍNEZ Y OTROS vs JOSE RODOLFO VALENZUELA Y OTROS

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 2/04/2024 3:15 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (10 MB)

SUSTENTACIÓN REPAROS RECURSO DE APELACIÓN RADICADO No. 110013103005 - 2017 - 00 - 586 - 01 PROCESO ORDINARIO DE LINDY ESPERANZA MARTÍNEZ Y OTROS vs JOSE RODOLFO VALENZUELA Y OTROS.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Enviado el: martes, 2 de abril de 2024 3:11 p. m.
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: RV: SUSTENTACIÓN REPAROS RECURSO DE APELACIÓN RADICADO No. 110013103005 - 2017 - 00 - 586 - 01 PROCESO ORDINARIO DE LINDY ESPERANZA MARTÍNEZ Y OTROS vs JOSE RODOLFO VALENZUELA Y OTROS

Buenas tardes,

Remito por considerar de su competencia.

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON
Secretaria Administrativa de la Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá

PBX 6013532666 Ext. 8378

Línea gratuita nacional 018000110194

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: PINZON BARRERA y ASOCIADOS <rocio_pinzonbarreraasociados@hotmail.com>
Enviado: martes, 2 de abril de 2024 15:08
Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: cesarpinzon1@hotmail.com <cesarpinzon1@hotmail.com>
Asunto: SUSTENTACIÓN REPAROS RECURSO DE APELACIÓN RADICADO No. 110013103005 - 2017 - 00 - 586 - 01 PROCESO ORDINARIO DE LINDY ESPERANZA MARTÍNEZ Y OTROS vs JOSE RODOLFO VALENZUELA Y OTROS

No suele recibir correos electrónicos de rocio_pinzonbarreraasociados@hotmail.com. Por qué esto es importante

Doctora

STELLA MARIA AYAZO PERNETH

MAGISTRADA PONENTE – TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL – SALA CIVIL-

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

BOGOTA – D.C.-

E. S D.

REF.: SUSTENTACIÓN REPAROS- RECURSO DE APELACIÓN – SENTENCIA DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 2023.

RADICADO: 110013103005 – 2017 – 00 – 586 – 01

PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

ACTOR: LINDY ESPERANZA MARTÍNEZ Y OTROS

ACCIONADA: JOSÉ RODOLFO VALENZUELA Y OTROS

Cordialmente,

CESAR AUGUSTO PINZON BARRERA

Apoderado

cesarpinzon1@hotmail.com

PINZON & PINZON ASOCIADOS -ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO PÚBLICO, ADMINISTRATIVO, PRIVADO, Y REGIMENES DE CARRERA DE LA FUERZA PÚBLICA.

Doctora
STELLA MARIA AYAZO PERNETH
MAGISTRADA PONENTE – TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL – SALA CIVIL-
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
BOGOTA – D.C.-
E. S D.

REF.: SUSTENTACIÓN REPAROS- RECURSO DE APELACIÓN – SENTENCIA DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 2023.

RADICADO: 110013103005 – 2017 – 00 – 586 – 01
PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
ACTOR: LINDY ESPERANZA MARTÍNEZ Y OTROS
ACCIONADA: JOSÉ RODOLFO VALENZUELA Y OTROS

Honorable Magistrada Ponente,

De manera respetuosa, me permito sustentar los reparos realizados a la sentencia de 1ª instancia que negó las suplicas de la demanda, que buscan la reparación de los daños ocasionados por los demandados con ocasión de la muerte del señor CESAR AUGUSTO GIL GARCIA (en adelante Biciusuario) sucedida el 23 de septiembre de 2015, cuando en horas de la mañana una buseta de servicio público conducida por e señor JOSE RODOLFO VALENZUELA PINZON lo atropelló a la altura de la carrera 92ª con calle 52 sur de la ciudad de Bogotá.

Se apeló la decisión de 1ª instancia, toda vez que el A-quo, dio por cierto que tanto el Biciusuario asesinado, como el Conductor de la Buseta transitaban por la carrera 92ª, cuando realmente lo hacían por la calle 52 sur, también dio por cierto que el conductor de la Bicicleta llevaba a su menor hija para el colegio transgrediendo normas de tránsito, y por último se repara que la señora Juez de 1ª instancia aplique en un régimen de responsabilidad de culpa probada, cuando la C.S.J., ha establecido que en este tipo de controversias, si bien es cierto las dos se pueden considerar actividades peligrosas (conducción de vehículos y bicicletas) esto no hace que el régimen siga siendo objetivo y que la carga de la prueba la tenga el vehículo de tracción mecánica, que obviamente tiene mucha más energía cinética, esto es mucha más probabilidad de causar daños a las personas, luego se puede hablar de concurrencia de actividades peligrosas, pero no cambiar el régimen de manera vedada y poner sobre los hombros de las victimas la responsabilidad de probar, cuando es la demandada quien tiene que probar la causa extraña, el hecho del tercero o la culpa exclusiva de la víctima[1].

[1]Entonces, a la víctima, así también ejerza actividad peligrosa, no le corresponde demostrar la culpa, pues solo debe probar: 1) la actividad peligrosa, 2) el daño, y, 3) la relación de causalidad entre las anteriores. Es el llamado a responder quien debe demostrar el rompimiento de nexo causal, que la conducta no le es atribuible, o no es el autor del daño, y así las actividades sean concurrentes, debe proceder de tal manera cuando se le demanda, pues como dijo la Corte: "... A partir de la presunción de culpabilidad que rige en las acciones de responsabilidad

DE LA SENTENCIA DE 1ª INSTANCIA

1. Observemos la parte considerativa de la sentencia acusada:

"...En ese orden el despacho, en principio, considera eh y estima que de allí pueda establecerse que, en todo caso, ***la condición de bicicletas también puede estimarse como una actividad peligrosa, por ende, bajo la óptica principal de la concurrencia de actividades peligrosas, será analizado el caso del asunto****. En entonces tenemos, en el informe policial del accidente de tránsito coallegado al expediente páginas 26 a 28 registro 01 cuaderno 1ª, ello de lo digitalizado estableció como hipótesis generadora del accidente una para cada conductor, para el demandado José Rodolfo Valenzuela Pinzón, conductor de la buseta, causal 157, catalogada como otra y al especificar la precisó no estar pendiente de los demás usuarios o vías o acciones que realizan y para César Augusto Gil García, que iban en la bicicleta la 090 que corresponde a transportar persona, otra persona o cosas, estas causales de acuerdo con el manual de diligenciamiento del informe policial de accidente de tránsito, contenido como anexo de la resolución 011268 del 6 de diciembre 2012, se escribe para el caso 157 se debe especificar causa diferente a las anteriores y la 090, como cuando transporta una u otras personas o cosas que disminuyan su visual o incomoden su condición.* ***El croquis plasmado en el informe del accidente, evidencia que se trató entre un vehículo tipo buseta y de una bicicleta que transitaban en el mismo sentido por la carrera 92 A, adelante la calle 52 sur. La carrera 92 A está compuesta por una calzada de 2 carriles cada una para un sentido de la vida, con doble línea entre ellos, además, esta carrera cuenta con uno de sus lados con un bici carril o ciclorruta,*** *La ciencia sabe del croquis que la buseta quedó parcialmente atravesada, en el carril contrario, al que transitaba, la bicicleta, quedó por delante del vehículo de servicio público y por completo en el otro carril y delante de esta se encontró un lago hemático, así mismo, se refleja una huella de frenado de 2 m con 16 c.m., para ello puede acudirse al informe pericial que reposa precisamente en las indigencias.*

...

Luego, del relató del conductor demandado, puede el despacho tener una aproximación a lo sucedido en el fatídico accidente centro de este juicio, y con esas manifestaciones a la luz de las pruebas documentales que recrean el siniestro, en especial el informe policial, es pobre acotar que no hay un elemento suasorio que pueda sustentar que el actual del accionado es de la causa determinante del accidente o contribuyó de forma determinante al mismo que hora después produjo el lamentable fallecimiento del señor Cesar Augusto Gil García esto, ***en otras palabras, el despacho de las pruebas y lo que se ha mencionado logra establecer que el señor César Augusto Gil García iba por la carrera 92 por el lado derecho mismo sentido que la buseta conducida por el convocado en, pero tomó la decisión de girar a la izquierda intempestivamente, como si se dirigiese según lo menciona él, él, la parte a la ciclorruta, que precisamente estaba al lado izquierdo de la cadera 92 A****, versión que por demás no aparece disputada por algún elemento suasorio en el protocolo y que precisamente pues esta fue la causa determinante del siniestro, amén de que efectivamente fue luego de que el señor Augusto Gil García hiciera el giro...*

---

extracontractual por daños ocasionados en el ejercicio de actividades peligrosas, se itera, la víctima sólo está obligada a probar el daño y la relación de causalidad, mientras que al autor para exonerarse está obligado a acreditar la presencia de un elemento extraño como causa exclusiva del daño, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o intervención de un tercero."

Así mismo, hay en el protocolo una ilustración sobre la señalización de la vía, tenemos además el informe del investigador de campo fotógrafo, que se anexo a la fotografía, la foliatura en las que se observa una fotografía en la que logra verse tiene efecto a la dirección de donde ocurrió la colisión, había un carril exclusivo para ciclistas, podemos ir a la página 94. En efecto, allí está pues las fotografías y las imágenes en primer plano también. De este modo, toma sentido la versión del demandado y la conclusión en torno al cambio intempestivo de la trayectoria que decidió el señor César Augusto Gil García (q.e.p.d.), ***para dejar de avanzar por el lado derecho la carrera 92 y pasarse a su lado izquierdo, donde estaba la ciclorruta, más, si como se ve en las fotografías****, en ese punto ya no había delimitación entre el bici carril y los carriles de carro, es decir, podrá ingresarse directamente a la ciclo ruta como lo muestra la imagen 3 primer plano*

Por el otro lado, denota el despacho, ***que el señor César Augusto Gil iba con su menor hija en la bicicleta, como lo relató la misma demandante Lindy Esperanza Martínez, y más adelante,*** *cuando se le señaló cuando una de las abogadas del extremo demandado le consultó sobre el método empleado para transportar la niña, explicó que él se había hecho como una silla en la parte de adelante y ahí le asentó y ahí llevaba y él en la silla principal, agregando que esta la silla, verdad, donde uno se sienta y más adelante en él tuvo le ató silla para sentarla,* ***situación que no solo contraria en el numeral cuarto del artículo 25 del Código Nacional de Tránsito, que expone como regla general de las bicicletas y triciclos que no podrán llevar acompañantes, excepto, mediante el uso de dispositivos diseñados especialmente para él o ni transportar objetos que disminuyan la velocidad o que impidan un tránsito seguro****, y es que aunque la norma precisa como excepción a la prohibición de llevar acompañante el hecho que se haga mediante el uso de dispositivos diseñados especialmente para él, no existe elemento suasorio alguno de que la silla que según dice el accionante, se le había adecuado por el señor García, la mejor hija esté dentro de esa excepción, máxime si está demostrado que el policía de tránsito que elaboró el informe codificó precisamente una infracción relativa a esos puntos.*

...

Entonces en ese orden, el despacho, pues evidenciando que en este caso dadas las circunstancias establecidas y la falta de determinación de una causa determinante por parte del aquí demandado en la, ***al ejercer la concurrencia actividades peligrosas, como ocurrencia del accidente****, se impone pues que la negación de las pretensiones, como ya se dijo, al no cumplirse los presupuestos para la prosperidad de la acción..."* (Negritas y subrayas fuera de texto).

DESARROLLO ARGUMENTAL DE LOS REPAROS:

2. En la ciudad de Bogotá, tanto el Biciusuario como el Conductor de la buseta, transitaban por la calle 52 sur minutos previos al accidente, el croquis del accidente nunca dice que transitaban por la carrera 92ª, dice que el evento ocurrió en dicha carrera (92ª) por cuanto es el sitio final donde quedan tanto la bicicleta, como el vehículo automotor y el cuerpo del Biciusuario atropellado, accidente que sucede momentos después de que tanto GIL GARCIA (Biciusuario) como VALENZUELA PINZON (Conductor de la buseta de servicio público) compartieran la calle 52 sur (ruta 172 que cumplía la Buseta y el recorrido que hacía GIL GARCIA para llevar a su menor hija al colegio.

El despacho entendió que los dos vehículos, tanto el de tracción mecánica, como el de tracción humana, iban por la carrera 92 A, cuando eso no es cierto, los dos vehículos iban por la calle 52 sur y en ese cruce, ahí hicieron el cruce precisamente para tomar la carrera 92 A...

Observemos el ejemplo en el mapa con la ubicación del lugar del accidente, en el cual se denotará de color rojo la ruta por la cual el despacho de primera instancia supuso que se transportaban el señor Valenzuela y el Señor Cesar Gil y en azul resaltada la vía por la cual efectivamente se desplazaban:



Ruta por la cual el despacho asumió se desplazaban la buseta y el ciclista.

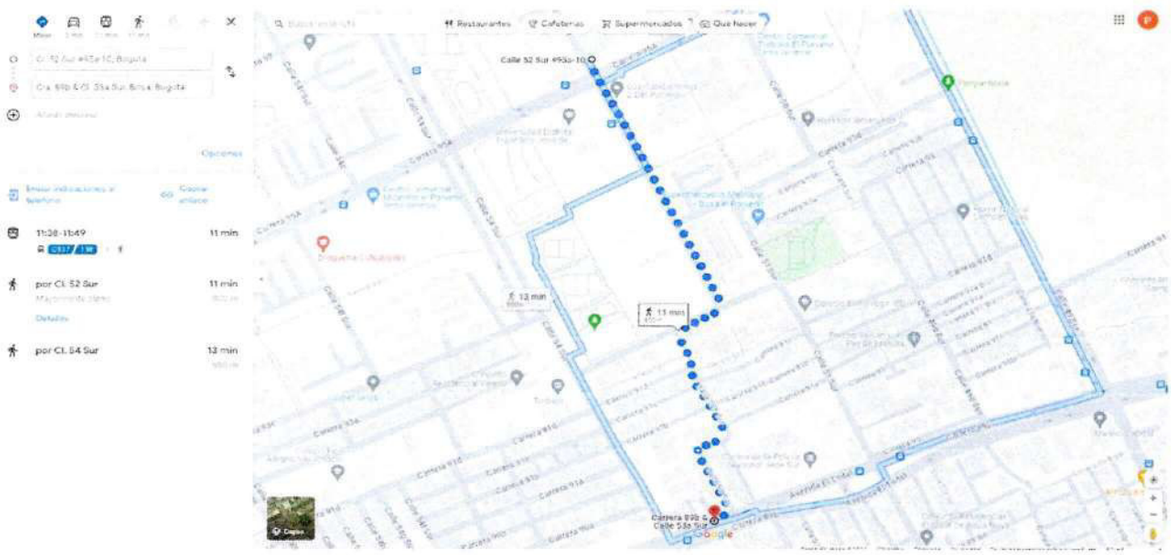
Ruta por la cual efectivamente se desplazaban el señor CESAR GIL y el Señor VALENZUELA, minutos previos al accidente.

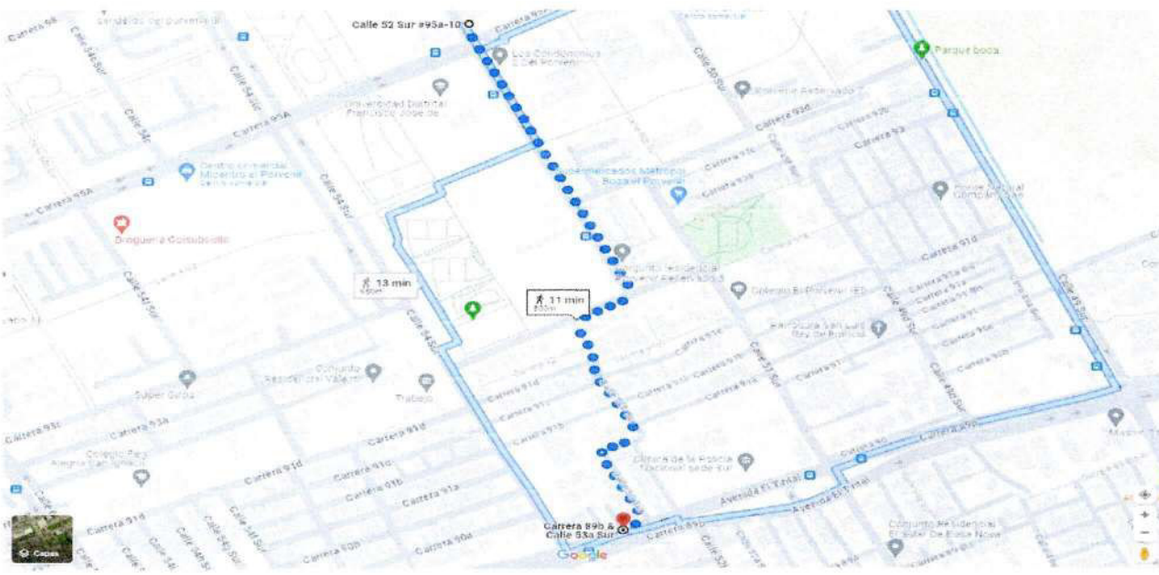
Lo anterior se desprende de materia probatorio existente en el proceso, como lo es tanto la dirección de residencia de GIL GARCIA, como de la dirección del colegio donde estudiaba su menor hija, también se desprende de testimonio de VALENZUELA PINZON y de la ruta que cubría la buseta de servicio público que fue acreditada por el mismo operador SITP, como se verá a continuación:

Obra en el expediente prueba documental, entre ella el Informe Policial de accidente de tránsito[2], en donde quedó registrado el lugar de domicilio del causante, ubicado en la Calle 52 Sur # 95 A 10, barrio Bosa de la ciudad de Bogotá, misma dirección que quedó registrada tanto en las historias clínicas del Señor GIL GARCÍA, como en la de su menor hija MARIANA GIL, así mismo como en los documentos obrantes en el expediente de la Fiscalía.

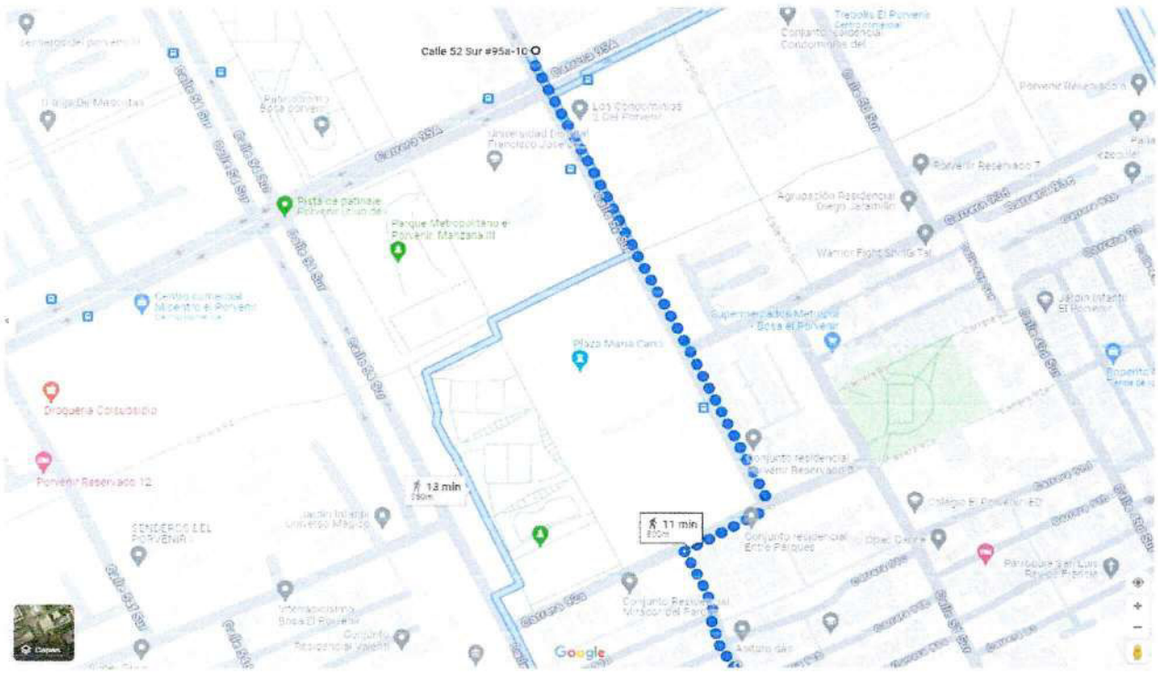
Igualmente reposa en el expediente certificación expedida por el Jardín Infantil Sembrando Camino, de fecha 20 de agosto de 2019, en la cual consta que para el año 2015, la menor MARIANA GIL MARTÍNEZ, se encontraba vinculada a dicha institución en nivel de prejardín, en la sede ubicada en la Calle 53 A Sur # 89 B – 16.

Así las cosas, podemos trazar la ruta por la cual se desplazaba el señor CESAR AUGUSTO GIL GARCÍA con el fin de llevar a su menor hija a la institución educativa a saber:





[2] Folios 58 a 60 Cuaderno C01A – Carpeta 05 Archivo Reforma de la demanda obrante en el expediente



(ver mapas con ampliación de imagen como anexos que hacen parte del presente recurso).

El señor Conductor de la buseta, transitaba por la calle 52 sur y no por la carrera 92ª, como equivocadamente lo entendió la señora Juez de 1ª instancia, estudiemos el interrogatorio de JOSE RODOLFO VALENZUELA, en donde señaló:

> *"...JUEZ: Puede usted indicarle a esta audiencia las circunstancias de modo, tiempo y lugar que usted recuerde del suceso acontecido en el cual, en el accidente en el cual se refiere esta acción, ¿usted recuerda lo acontecido?, por favor indique las circunstancias de modo, tiempo y lugar. RTA: Si señora yo salí despachado como a las cuatro y algo de la mañana, para de, de una ruta de la 172, que era acreditada por la Cooperativa, venia desde el Brasil hacia el centro, era circular, y bajaba y por mi ruta y aproximadamente eran las 7:25 de la mañana y cuando ya iba llegando al, faltando unos trecientos, cuatrocientos metros para llegar al paradero por el lado derecho iba un ciclista y de un momento a otro giró en forma imprudente a, creo que como la ciclorruta está por el lado izquierdo, yo creo que él observó fue hacia adelante y no hacia los lados y cuando fue que se me, que se me atravesó, pues de un momento a otro, pues yo que voy a saber de qué ese señor se va a atravesar así y de ahí eso fue lo que pasó..."*

El señor Valenzuela Pinzón, manifiesta que cubría la ruta 172, acreditada por la Cooperativa de Transportadores la Nacional, es de anotar que dicha ruta hacía parte del SITP TRADICIONAL, de conformidad con versión rendida por parte del Doctor CARLOS ANDRES DÍAZ DÍAZ, representante legal de la Cooperativa, quien en interrogatorio de parte señalo: *"JUEZ: ¿Hasta qué fecha estuvo vinculado el Señor Valenzuela con la Cooperativa? RTA: Doctora, en este momento, exactamente, la fecha exacta, no, lo reconozco no la*

tengo Doctora porque hicimos un proceso de depuración documental teniendo en cuenta la finalización total de la operación de la empresa, nosotros hacíamos parte del SITP PROVISIONAL y lo último que teníamos hojas de vida, hojas de conductores, todo eso ya eso fue prácticamente que dado de baja, en el tema de historias de vehículos y en el tema de propietarios creo que lo último fue un traspaso que hizo del vehículo, pero no recuerdo exactamente, la fecha exacta.

Es decir, su señoría, el rodante de placas SIS – 650, cubría la 172 ruta del SITP PROVISIONAL, ruta circular, las cuales tiene paraderos determinados, de conformidad con información que obra en la página oficial del sistema de transporte[3], a saber:

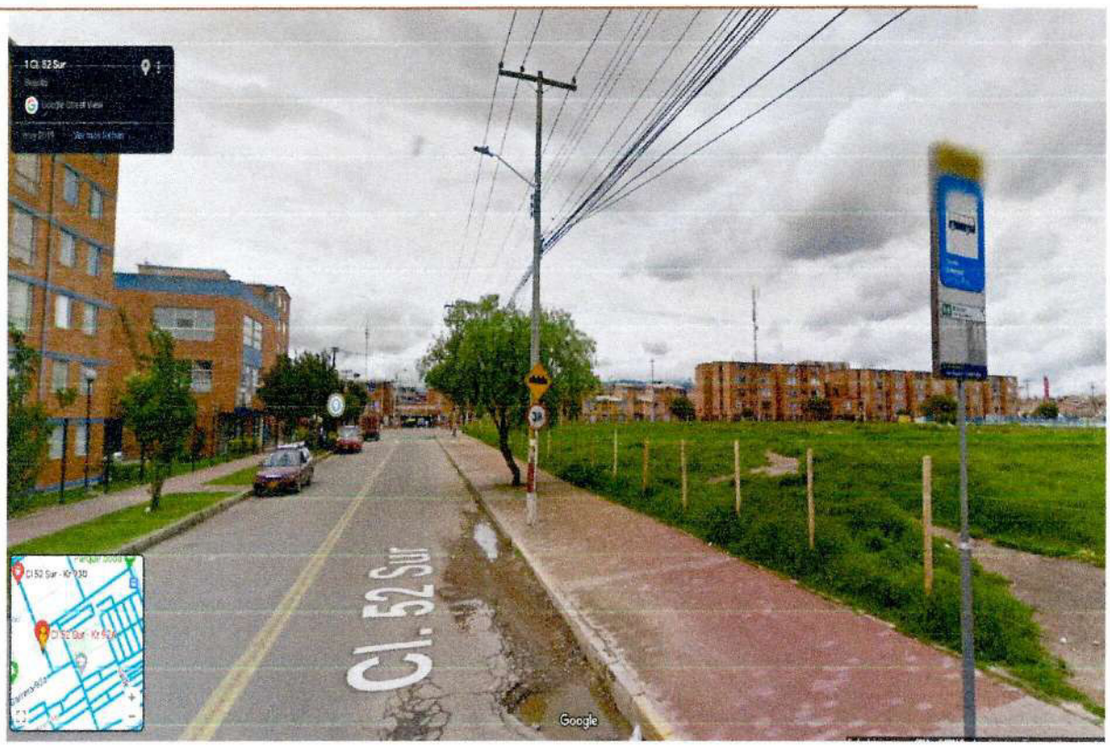


Obsérvese su señoría, que en dicha ruta solamente existen paradas sobre la Calle 52 Sur en el Centro Comunitario El Porvenir de la Calle 52 Sur con Carrera 100; el IED Ciudadela Educativa de Bosa en la Calle 52 Sur con Carrera 97 C; Condominios del Porvenir en la Calle 52 Sur con Carrera 93 D y **el paradero Parcela El Porvenir ubicado en la Calle 52 Sur con Carrera 92 A**.

Es decir, su señoría, efectivamente el bus de placas SIS – 650, ciertamente se desplazaba compartiendo la vía de la Calle 52 Sur, en la cual no existe cicloruta, junto al señor CESAR AUGUSTO GIL, quien se desplazaba junto a su menor hija.

Observemos una foto tomada de Google Maps, donde nos muestra la ubicación exacta del paradero **Parcela El Porvenir:**

[3] Página Web: https://www.sitp.gov.co/info/sitp/media/img71872.jpg



Ahora bien, su señoría, en el interrogatorio del señor VALENZUELA, a una pregunta realizada por el suscrito en cuanto a las señales de tránsito existentes en el lugar, el mismo manifiesta que no había tales señales, ya que en ese momento se encontraban construyendo una universidad en la vía, observemos sus respuestas:

> ***"...APODERADO PARTE ACTORA: Señor Rodolfo Vale, por favor, digamos, ¿usted observó las señales de tránsito que existían ahí en la vía cuando usted iba, en el momento del accidente? RTA: Si señor, en ese sitio no hay señales de tránsito, en ese momento no habían, porque yo ahorita ya creo, porque eso construyeron una universidad si no estoy bien, si no estoy mal...***"

Retomando el mapa del sitio, efectivamente podemos observar la existencia de una sede la Universidad Distrital Francisco José de Caldas Bosa Porvenir ubicada en la Calle 52 Sur #93d-39, justamente la ruta por la cual habría tomado el Señor Cesar Gil, para llevar a su hija al jardín infantil Sembrando Camino, observemos el mapa:



De conformidad con lo anteriormente manifestado, su señoría queda claro y es evidente que la ruta que en algún momento compartieron el Señor VALENZUELA y el señor CESAR AUGUSTO GIL, es la Calle 52 Sur y no la Carrera 92 A, como lo manifiesta el juez de primera instancia, lo que sucedió es que el Señor GIL, al momento de tomar Carrera 92 A, encontrándose delante del bus de servicio público, luego de haber sobrepasado la señal de pare existente en la esquina de la Calle 52 Sur y delante del paso peatonal marcado, efectivamente giró a la izquierda, con la finalidad de tomar la cicloruta de la Carrera 92 A, siendo en ese momento envestido por el bus de placas SIS – 650, el cual como fue codificado en el informe de accidente, no estuvo pendiente de los demás actores viales, pues como el mismo Valenzuela lo manifiesta, ya sobre la Carrera 92 A, el ciclista se encontraba delante de él, observemos lo manifestado en audiencia:

> *"...APODERADA LA EQUIDAD: Señor José, por favor, precise cuántos carriles tenía en la vía por la que se movilizaba. RTA: De doble sentido. JUEZ: ¿Es decir, que cuántos carriles tiene? RTA: Dos, eso es de doble sentido, en el, a la dos, de doble sentido, osea es doble sentido es esa vía y más la ciclo ruta al lado izquierdo. APODERADA LA EQUIDAD: ¿Perfecto, usted había mencionado que usted iba por el lado Derecho, puede indicar el ciclista por qué carril iba? RTA: Por el lado derecho también iba. APODERADA LA EQUIDAD: Iba por su mismo carril correcto. RTA: Sí, señora. APODERADA LA EQUIDAD: Si usted iba por el carril*

derecho y el ciclista también, usted puede precisar si el ciclista iba entre el bus y el andén o por qué lado iba el ciclista no me queda muy claro. RTA: si, en el, si por el lado de, por el andén y el vehículo, si por el andén y la buseta. JUEZ: ¿Pero el ciclista iba sobre el andén? RTA: No entre medio de la por la, por la, por la del medio del andén y la buse iba. JUEZ: ¿No excúseme doctora, pero para mí no está clara la respuesta, o sea, iba en el andén, o que es por medio del andén, no entiendo..., me puede aclarar por favor? RTA: Por eso doctora, le estoy diciendo, él iba por su derecha, en medio de, por su derecha, yo también, íbamos porque iba por la misma, por la misma. por el mismo sentido. JUEZ: ¿Había un andén a la derecha RTA: No, pues él iba, ¿él iba por por el mismo carril que yo iba? JUEZ: A por el mismo carril. RTA: Pero él iba más adelante de un momento a otro, giró imprudentemente a la izquierda. JUEZ: Es decir, él iba adelante del bus. RTA: A si adelante, adelante si claro..."

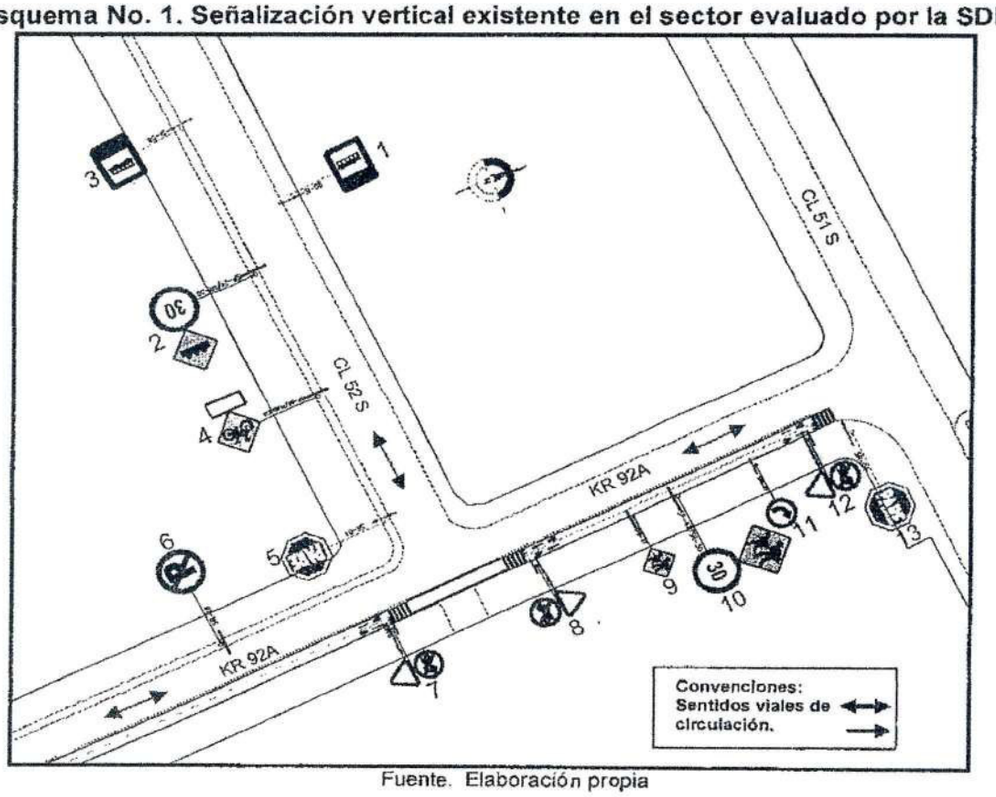
Por otra parte, igualmente obra en el expediente el oficio No SDM – DCV-142427 – 15 de fecha 30 de octubre de 2015, expedido por la Secretaría de la Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante el cual están remitiendo información referente a la señalización existente en la Carrera 92 A con Calle 52 Sur, en donde se anexa cuadro con señalización vertical y esquema de señalización vertical a saber:

Cuadro No. 1. Señalización vertical existente en el sector evaluado por la SDM

ID *	Tipo de señal **	Descripción	Fecha de instalación[1] o inventario[2]
1	SI-08	Paradero	Junio – 2013[2]
2	SR-30/SP-24	Velocidad máxima (30 Km/h) / Superficie rizada	Noviembre – 2013[1]
3	SI-08	Paradero	Octubre– 2015[2]
4	SP-59	Ciclistas en la vía ("cra 92 A con bicicarril")	Noviembre – 2013[1]
5	SR-01	Pare	Noviembre – 2013[1]
6	SR-28	Prohibido parquear	Noviembre – 2013[1]
7	SRB-02/SRB-23	Ceda el paso / Circulación prohibida de motocicletas (señal de ciclorruta)	Noviembre – 2013[1]
8	SRB-02/SRB-23	Ceda el paso / Circulación prohibida de motocicletas (señal de ciclorruta)	Noviembre – 2013[1]
9	SPB-47	Zona escolar (señal de ciclorruta)	Noviembre – 2013[1]
10	SR-30/SP-47	Velocidad máxima (30 Km/h) / Zona escolar	Noviembre – 2013[1]
11	SRB-07	Giro a la derecha sólamente (señal de ciclorruta)	Noviembre – 2013[1]
12	SRB-02/SRB-23	Ceda el paso / Circulación prohibida de motocicletas (señal de ciclorruta)	Noviembre – 2013[1]
13	SR-01	Pare	Noviembre – 2013[1]

Fuente: Elaboración propia (* Identificación de señales existentes, válida solo para efectos de esta respuesta)
** SP: preventiva, SR: reglamentaria, SI: informativa

Esquema No. 1. Señalización vertical existente en el sector evaluado por la SDM



Fuente. Elaboración propia

Según las convenciones allí registradas, su señoría, el numeral cuatro (4) de las mismas convenciones, denota la existencia sobre la Calle 52 Sur de una señal de advertencia de ciclistas en la vía, con manifestación de existencia de bicicarril en la Carrera 92 A, lo anterior con la finalidad de que los demás actores viales tengan precaución del paso de ciclistas por la calle 52 Sur.

Así mismo puede apreciarse que sobre dicha vía, es decir la Calle 52 Sur, se encuentran dos paradas del SITP, demarcadas con los numerales 1 y 3, en el numeral 2 se encuentra señalización de límite máximo de velocidad a 30 Km/h, y superficie rizada, así mismo en el numeral 5 se encuentra una señal de pare en la esquina de la Calle 52 Sur.

Mientras que por la Carrera 92 A, igualmente existe señalizaciones de zona escolar, prohibido parquear, límite de velocidad, ceda el paso y pare, dejando claridad que dichas señalizaciones se encuentran instaladas desde el año 2013.

Igualmente reposa en el expediente el interrogatorio de parte rendido por el Señor JOSE RODOLFO VALENZUELA, en donde señaló:

"...JUEZ: Puede usted indicarle a esta audiencia las circunstancias de modo, tiempo y lugar que usted recuerde del suceso acontecido en el cual, en el accidente en el cual se refiere esta acción, ¿usted recuerda lo acontecido?, por favor indique las circunstancias de modo, tiempo y lugar. RTA: Si señora yo salí despachado como a las cuatro y algo de la mañana, para de, de una ruta de la 172, que era acreditada por la Cooperativa, venia desde el Brasil hacia el centro, era circular, y bajaba y por mi ruta y aproximadamente eran las

7:25 de la mañana y cuando ya iba llegando al, faltando unos trecientos, cuatrocientos metros para llegar al paradero por el lado derecho iba un ciclista y de un momento a otro giró en forma imprudente a, creo que como la ciclorruta está por el lado izquierdo, yo creo que él observó fue hacia adelante y no hacia los lados y cuando fue que se me, que se me atravesó, pues de un momento a otro, pues yo que voy a saber de qué ese señor se va a atravesar así y de ahí eso fue lo que pasó..."

3. **El segundo reparo su señoría**, tienen que ver con el desarrollo argumentativo de la sentencia de 1ª instancia que quiere hacer ver como que el Biciusuario, por llevar a su Hija en una silla que el mismo acondicionó en su bicicleta esta infringiendo las normas de tránsito, inferencia de la señora Juez que no es cierta, de acuerdo con el material probatorio arrimado. En efecto, aunque el señor CESAR AUGUSTO GIL GARCÍA, efectivamente transportaba a su menor hija MARIANA GIL, en su bicicleta, en ningún momento infringió las normas de tránsito, toda vez que con la finalidad de proteger la integridad de su hija y de conformidad con la Ley 769 de 2002, había adaptado una silla para dicho transporte, la cual según las declaraciones rendidas en audiencia se encontraba delante suyo, en el tubo, téngase en cuenta que estamos hablando de una menor de tres años, que encontrándose sentada no representaba ningún obstáculo visual para el señor Gil, siendo dicha ubicación la que le permitió a su padre reaccionar protegiéndola y evitando así un daño mayor, por el contrario si la menor se hubiera encontrado en la parte trasera de la bicicleta, muy seguramente también habría recibido el golpe del bus al ser envestidos y por ende habría sufrido lesiones muchos más delicadas, e incluso fatales, adicionalmente téngase en cuenta que no era la primer vez que él transportaba a su hija en estas condiciones, ya que según lo manifestado en audiencia, él se encargaba de dicho transporte desde que su esposa quedó en estado de embarazo de su tercer hijo, el menor mateo, observemos lo manifestado en audiencia:

   En el interrogatorio realizado a la Señora Lindy Esperanza Martínez, la misma manifestó:

   "...APODERADA LA EQUIDAD: Señora Lindy usted mencionaba que su esposo por regla general llevaba a su hija al Colegio en cicla, ¿qué edad tenía más o menos su hija para la fecha de los hechos? RTA: Tenía tres años, casi cuatro años, eso fue en septiembre, y ella cumpliría cuatro años en diciembre. APODERADA LA EQUIDAD: Usted puede explicarnos cómo, ¿cuál era el método que empleaban para poder transportar a la niña en al cicla, en qué parte de la cicla la llevaban? RTA: Si señora, él le había hecho como una silla en la parte de adelante y ahí la sentaba y ahí la llevaba y él en la silla principal. APODERADA LA EQUIDAD: Cuando usted dice en la parte de adelante, ¿a qué parte de la cicla se refiere? RTA: Esta la silla verdad, donde uno se sienta y más adelante en el tubo, él le adaptó una silla, para sentarla ahí..."

La señora Angela Patricia Segura Rodríguez, en audiencia de testimonios manifestó:

> *"...APODERADA EQUIDAD: Señora Ángela, era usual que el señor César llevará a la menor en cicla al colegio. RTA: Eh Digamos que, continuamente sí lo hacía, porque doña Lindy, pues tenía su hijo de 3 meses, entonces, eh, le quedaba muy complicado, digamos, transportar al bebé y transportar a Mariana antes de que ella quedara digamos que embarazó, si era doña Lindy la que se acercaba al jardín a dejar a la niña. APODERADA EQUIDAD: ¿Usted alguna vez vio como era el transporte de la menor, es decir, en qué parte de la cicla la movilizaba o cómo la llevaba el señor César en la bicicleta? RTA: En la parte, bueno, él le tenía adaptada una sillita y la niña pues se sentaba en la parte del, de la barra..."*

Es decir su señora, queda demostrado que el señor CESAR AUGUSTO GIL GARCÍA, cumplía cabalmente con las normas de tránsito, se desplazó inicialmente por la Calle 52 Sur, lugar donde no hay ciclorruta, manejando por el costado derecho, conservando distancia prudente con el anden y llevando a su hija en una silla adaptada para su transporte y luego de haber sobrepasado un poco el cruce peatonal giró a mano izquierda, lo cual está permitido, con el fin de tomar la ciclorruta existente en la Carrera 92 A, momento en el cual fue embestido por el vehículo conducido por VALENZUELA, y gracias a su oportuna reacción, pudo proteger a su hija, interponiendo su propia humanidad recibiendo así la carga del golpe de la buseta y por ende las graves lesiones sufridas y que fueron la causa de su muerte.

4. **El tercer reparo su señoría**, como lo establece de manera pacífica la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia , la conducción de bicicletas es una actividad peligrosa, sin embargo esta NO se pueden equiparar con la conducción de un vehículo automotor, en este caso de Buseta de servicio público, esto es, el régimen es de culpa presunta, título de imputación, que en ultimas define la carga de la prueba, establece que la misma está a cargo de victimario, es decir debe demostrar la causa extraña, el hecho de tercero o la concurrencia de culpas; en este caso los actores probaron el daño y la relación de causalidad entre la actividad peligrosa y el daño.

Observemos la línea jurisprudencial de Corte, la cual es tomada del expediente 05001 31 03 010 2021[4]:

> *"... Esta Sala ha sido categórica en resaltar que la responsabilidad derivada de la ejecución de labores peligrosas, se asienta en la teoría del riesgo y no en la culpa, aun cuando frente al autor del daño, se reitera, haya señalado, indistintamente, que sobre él reposa una "presunción de*

[4] TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL
Medellín, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2.023)
Ref.: Exp.: 05001 31 03 010 2021 00065 01
Magistrado Ponente: JOSE OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

culpa", siendo en realidad una "presunción de responsabilidad", en tanto que para desvirtuarla, impone acreditar exclusivamente la "causa extraña" (hecho de la víctima, o de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito), mas no exige probar que se obró con esmero, prudencia y meticulosidad, aspectos típicos para refutar un error en la conducta (culpabilidad). Siempre, para la Sala, la exoneración queda reducida al terreno de la causalidad en el marco del artículo 2356.

"Por ejemplo, en sentencia SC-5885 de 6 de mayo de 2016, sostuvo:

> *""(…) Cuando el daño se origina en una actividad de las estimadas peligrosas, la jurisprudencia soportada en el artículo 2356 del Código Civil ha adoctrinado un régimen conceptual y probatorio especial o propio, en el cual la culpa se presume en cabeza del demandado bastándole a la víctima demostrar el hecho intencional o culposo atribuible a éste, el perjuicio padecido y la relación de causalidad entre éste y aquél.* ***La presunción, bajo ese criterio, no puede ceder sino ante la demostración de una conducta resultante de un caso fortuito, fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño como la culpa exclusiva de la víctima o culpa de un tercero, con el propósito de favorecer a las víctimas de accidentes en donde el hombre utilizando en sus labores fuerzas de las 18 05001 31 03 010 2021 00065 01 que no siempre puede ejercer control absoluto, son capaces de romper el equilibrio existente, y como secuela colocan a las personas o a los coasociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión (…)"*** *(se destaca).*

"En esa línea, la sentencia SC-12994 de 15 de septiembre de 2016, expuso:

> *""(…) Tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, la Sala en desarrollo de lo previsto en el artículo 2356 del Código Civil, tiene decantado que la responsabilidad se juzga al abrigo de la "presunción de culpabilidad" (CSJ. Civil. Vid. Sentencias de 26 de agosto de 2010, expediente 00611, y de 18 de diciembre de 2012, expediente 00094; posición reiterada recientemente en sentencia de 6 de octubre de 2015, rad. 2005-00105). Cualquier exoneración, por tanto,* ***debe plantearse en el terreno de la causalidad, mediante la prueba de un elemento extraño (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima).*** *"(…).*
>
> *""[C]on fundamento en el sistema de imputación de culpa presunta contemplado en el artículo 2356 del C.C, por supuesto diferente del de culpa probada del canon 2341 ejúsdem, solo le es posible al convocado desvirtuar la responsabilidad atribuible, demostrando cualquiera de las causas extrañas referidas en precedencia (…)" (negrilla fuera de texto).*

"En idéntico sentido, el fallo SC-17723 de 7 de diciembre de 2016, afirmó:

> *""(…) [L]a [teoría] de la actividad peligrosa [se] construyó la doctrina jurisprudencial de esta Corporación, con sustento en el artículo 2356 del Código Civil, la cual comporta como una de sus principales*

> *características, la concerniente a la «presunción de culpa» de quien ejecuta dicha actividad, por lo que para liberarse de responsabilidad en el evento de reclamación con fines indemnizatorios, deberá demostrar que el hecho derivó de una causa extraña, esto es, culpa exclusiva de la víctima, o hecho proveniente de un tercero, o existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito (...)" (se destaca). ...*

"La misma senda abrigan los siguientes fallos, así revistan a juicio de algunos críticos, motivaciones aparentemente contradictorias:

"La sentencia SC-18146 de 15 de diciembre de 2016, dijo:

> *""(...) La Sala, respecto de la responsabilidad por actividades peligrosas, en general, tiene establecido: (...) [que] la fuente positiva de esta teoría se localiza en el artículo 2356 del C. Civil, cuyo texto* ***permite presumir la culpa en el autor del daño que a su vez genera la actividad peligrosa, sin que ello implique modificar la concepción subjetiva de la responsabilidad, pues aún dentro del ejercicio de la actividad peligrosa ésta se sigue conformando por los elementos que inicialmente se identificaron, pero con una variación en la carga probatoria, porque demostrado el ejercicio de la actividad peligrosa ocasionante del daño, la culpa entra a presumirse en el victimario.*** *'A la víctima le basta demostrar -ha dicho la Corte- los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido y será el demandado quien debe comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente' (CSJ, SC del 25 de octubre de 1999, Rad. n.° 5012; se subraya) (...)" (negrilla fuera de texto).*

"Recientemente, esta Colegiatura en fallo SC-002 de 12 de enero de 2018, conceptuó:

> *""(...) [C]uando el artículo 2356 exige como requisito estructural el 'daño que pueda imputarse a malicia o negligencia', está señalando que no es necesario demostrar la culpa como acto (la incorrección de la conducta por haber actuado con imprudencia), sino simplemente la posibilidad de su imputación.* ***Luego, como la culpa no es un núcleo sintáctico del enunciado normativo, la consecuencia pragmática de tal exclusión es el rechazo de su prueba en contrario. Por consiguiente, se trata de una presunción iuris et de iure, como se deduce del artículo 66 antes citado, lo que explica que el demandado no pueda eximirse de responsabilidad con la prueba de su diligencia y cuidado****.*
>
> *""De lo anterior se concluye que la responsabilidad por actividades peligrosas tiene que analizarse, por expreso mandato legal, en el nivel de la categorización de la conducta del agente según haya tenido el deber jurídico de evitar la creación del riesgo que dio*

origen al daño (riesgo + daño); pero no en el ámbito de la mera causación del resultado lesivo como condición suficiente (sólo daño), pues no se trata de la responsabilidad objetiva que se rige por el criterio del deber absoluto de no causar daños; ni mucho menos en el nivel que exige la demostración de la culpabilidad como requisito necesario (daño + riesgo + culpa o dolo), pues no se trata de la responsabilidad bajo el criterio de la infracción de los deberes de prudencia o previsibilidad de los resultados (...)" (destacado propio).

"De tal forma, en todas las referidas sentencias, para la Corte ha sido inoperante el juicio de negligencia por carencia de relevancia, por corresponder el factor de atribución al régimen de actividades peligrosas.

"Así, según lo anotado, por razones de justicia y de equidad, se impone interpretar el artículo 2356 ejúsdem, como un precepto que entraña una presunción de responsabilidad, pues quien se aprovecha de una actividad peligrosa que despliega riesgo para los otros sujetos de derecho, debe indemnizar los daños que de él se deriven.

"Aceptar la mencionada presunción como si se tratara de suposición de culpa, implicaría probar primero la conducta antijurídica, el daño, el nexo causal, y posteriormente, la imputabilidad como presupuesto para la culpabilidad, revictimizando a la parte afectada con la conducta dañosa, puesto que la obligaría a demostrar en los casos de actividades peligrosas, muchos más elementos de los que cotidianamente se requieren en este tipo de responsabilidad. En ninguna de las decisiones anteriores se ha exigido en torno al canon 2356, demostrar el elemento culpa..." (Negritas y subrayas fuera de texto).

Cuando en el litigio de daños, los mismos son ocasionados en el decurso de un accidente de tránsito, en el que se vio involucrada una buseta de servicio público, el régimen de culpa presunta y en este régimen la carga de la prueba no la tiene la víctima, si no la tiene el victimario, el cual puede probar la causa extraña, el hecho de un tercero, he incluso la culpa de la víctima para romper el nexo, pero la verdad procesal, su señoría, es que no lo hizo, hecho que se puede corroborar analizando las pruebas vistas en su conjunto, como el informe accidente de tránsito realizado por la policía de tránsito de Bogotá, folios 46 y siguientes del expediente, en cual en ningún momento se codificó al señor CESAR GIL, con una causal referente a la no utilización de la ciclorruta o de transitar por una vía de uso exclusivo de servicio público o automóviles, sino que por el contrario, se codificó únicamente con la causal de llevar acompañante, pero ya fue demostrado en el proceso, dicha acción la estaba ejecutando en cumplimiento de la norma establecida, mediante un dispositivo (silla) adaptada para tal fin.

Así mismo, obra en el expediente, el oficio No. SDM-DCV – 142427 de fecha 30 de octubre 2015, expedido por la Secretaría de Movilidad, el cual nos indica, el estado de las señales de tránsito existentes en las vías enmarcadas, en el accidente ocurrido el 23 de septiembre 2015, señales éstas las cuales se encontraban en dicho lugar desde el año 2013, y que fueran obviadas por parte de JOSÉ RODOLFO VALENZUELA, quien en

audiencia manifestó no estar al tanto de su existencia, demostrando con ello su desatención y falta de preocupación por conocerlas, pese a que eran unas vías transitada por el mismo en forma continua, en cumplimiento de su labor como conductor de la ruta 172 del SITP PROVISIONAL.

Igualmente, obra en el expediente el informe de Necropsia y la historia clínica, que dan cuenta de las graves lesiones sufridas por CESAR AUGUSTO GIL, al momento de ser envestido.

Así mismo en los interrogatorios de los demandantes y los testimonios rendidos en audiencia, quedó claramente establecido que César Gil, fue una persona responsable, ejemplo para su familia, prudente, que cumplió con las normas de tránsito, esa mañana del 25 de septiembre 2015, tomó la calle 52 sur para llevar a su hija al colegio, compartió la vía con el conductor del bus, el señor Valenzuela, pero al hacer el giro para tomar la ciclo ruta de la carrera 92, el conductor del bus no respetó el pare, ni la prelación de la vía, ya lo había sobrepasado, acordémonos que lo atropelló con la parte frontal del vehículo y le causó una lesiones tan graves que terminó con su vida.

Ahora bien, el sobrepaso de César Gil no fue sorpresivo, ni imprevisto para el conductor de la buseta, Valenzuela ya lo había observado minutos atrás, cuando compartieron la calle 52 sur, como así nos lo hizo saber en el interrogatorio, el atropello fue a sabiendas, ya lo había visto y fue tan fuerte que le quitó la vida y había tanto espacio en el sobre paso que le hizo a la buseta que le permitió al ciclista reaccionar y proteger la vida de su hija, Valenzuela ese día no estuvo pendiente de los demás usuarios de la vía, como así lo estableció la Policía de Tránsito en su informe, folios Folios 58 a 60 Cuaderno C01A – Carpeta 05 Archivo Reforma de la demanda, obrante en el expediente y tampoco respetó el padre que estaba ahí precisamente para ello y la zona peatonal y su excusa es que en las vías no había señales de tránsito, excusa que fue derrotada con el documento de la Secretaría de Movilidad, folios 204 y siguientes cuaderno C01A – Carpeta 05 Archivo Reforma de la Demanda, que nos dice que para ese 23 de septiembre 2015, la vía calle 52 sur, tenía señales de tránsito, una señal de pare, una señal de vida compartida, por ciclistas, zona escolar, no tenía ciclo ruta porque la que tenía la ciclo ruta era la carrera 92 A, zona de paso peatonal, reseñable en el expediente.

Así mismo su señoría, el suscrito discrepa de la manifestación realizada por la juez de primera instancia, en cuanto a los antecedentes aportados al proceso y que tienen referencia con las infracciones de tránsito y los otros tres accidentes viales, dos de ellos con lesionados, uno por atropellamiento y otro por un pasajero que fue expulsado del vehículo, en los que se vio involucrado JOSÉ RODOLFO VALENZUELA, no tienen relevancia, pues contrario a dicha apreciación, efectivamente dichos antecedentes permiten establecer una conducta negligente y la falta de respeto de las señales de tránsito por parte de VALENZUELA, ante lo cual no resulta extraño, que manifieste desconocer la existencia de señales de tránsito y límites de

velocidad en una vía, que como ya se dijo anteriormente, era continuamente transitada por el mismo.

Dice la Corte Suprema de Justicia, en apoyo de este argumento:

> *"Por tanto, para que el autor del menoscabo sea declarado responsable de su producción, tratándose de labores peligrosas, sólo le compete al agredido acreditar: el hecho o conducta constitutiva de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquél. "Por consiguiente, esa presunción no se desvirtúa con la prueba en contrario, argumentando prudencia y diligencia, sino que por tratarse de una presunción de responsabilidad, ha de demostrarse una causal eximente de reparar a la víctima por vía de la causa extraña no imputable al obligado o ajena jurídicamente al agente, esto es, con hechos positivos de relevante gravedad, consistentes en: la fuerza mayor, el caso fortuito, causa o hecho exclusivo de la víctima, el hecho o la intervención de un tercero.*
>
> *"De ahí, que cuando concurren roles riesgosos en la causación del daño, tampoco resulta congruente aludir a la compensación de culpas, sino a la participación concausal o concurrencia de causas[5]. Y ello, no puede ser de otro modo, por cuanto demostrada la conducta, el comportamiento o la actividad peligrosa como primer elemento, establecido el daño como requisito consecuencial, y comprobado el vínculo de causalidad entre la acción y el resultado, el agente únicamente puede exonerarse demostrando causa extraña[6]; de manera que, a éste, no le basta justificar ausencia de culpa sino la ruptura del nexo causal para liberarse de la obligación indemnizatoria.*
>
> *"En resumen, la jurisprudencia de la Corte en torno de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, ha estado orientada por la necesidad de reaccionar de una manera adecuada "(...) ante los daños en condiciones de simetría entre el autor y la víctima, procurando una solución normativa, justa y equitativa (...)"[7]*
>
> *"Las anotadas precisiones conceptuales se deben tener en cuenta tratándose de daños causados con vehículos o en accidentes de tránsito, por cuanto la conducción de automotores, en atención a su naturaleza, y en los términos de su propio régimen jurídico, contenido en el Código Civil, el Código de Comercio, y en la Ley 769 de 2002[8] (Código Nacional de Tránsito Terrestre), se define como una actividad riesgosa." Citas, cursivas, negrillas y subrayados dentro del texto. Sentencia SC3862-2019, Radicado 73001-31-03-001-2014-00034-01, 20 septiembre de 2019.*

De tan extensa pero necesaria cita jurisprudencial, marco para decidir en las presentes, se tiene que cuando se está frente a actividades peligrosas (artículo 2356 C.C.), entre las que está comprendida la conducción de vehículos

---

[5] Por ello, en este caso, nada obsta para del mismo modo aludir a la existencia de presunción de causalidad en forma concordante con Henry Mazeaud; pero no puede entenderse que se trate de presunción de culpa. Es decir, da lugar a presumir la existencia del nexo causal, el cual podría quedar a la deriva con la presencia de causa extraña

[6] CSJ. Civil. Cas. 17 de abril de 1970, G.J. T. LXXXIV, p. 41; Cas. 27 de abril de 1972, G.J. T. CLXII, pp. 173-174

[7] Ídem.

[8] Modificada por las leyes 1503 de 2011, 1548 de 2012, 1696 de 2013, 1730 de 2014, 1753 de 2015, 1811 de 2016, y 1843 de 2017.

automotores[9], para generarse el correspondiente deber resarcitorio se requiere la consolidación de los siguientes requisitos: i) perjuicio; ii) causado en ejercicio de actividad peligrosa; y, iii) proveniente de la actividad del demandado.

Ahora, siendo claro que la bicicleta es un vehículo (ver artículo 2° Código Nacional de Tránsito), de su misma definición se tiene que este es "no motorizado... la cual se desplaza por el esfuerzo de su conductor accionando por medio de pedales.", lo que se aviene al elemento en que se desplazaba la víctima directa, lo cual se puede observar en los registros de tránsito incorporados al presente, además que sobre el particular no hay debate alguno.

Ahora, está claro de la doctrina ya citada que conducir vehículos automotores constituye actividad peligrosa, pero ¿puede considerarse la conducción de bicicletas como una acción peligrosa?

La respuesta para la Sala es positiva, en razón a que como ha indicado la doctrina del Consejo de Estado, que; "Una actividad es peligrosa cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que aborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas."[10], donde concretamente y sobre bicicletas, la Corte Suprema de Justicia en Sala Civil lo ha tenido como tal, según se ve en las providencias distinguidas como las sentencias de casación civil del 17 de julio de 1985 (CLXXX152), 038 del 16 de marzo de 2001, o en la sentencia 0164 del 14 de octubre de 2004 (expediente 7637)7 , fallos en los cuales se dijo que el manejar ese tipo de vehículos entra en la órbita del artículo 2356 del Código Civil, aunque en todo caso ello es menos peligroso que la conducción de automotores, según la mencionada línea jurisprudencial.

Es decir, la conducción de los vehículos involucrados en el asunto que nos ocupa, implicaba para ambos ejercicio de actividades peligrosas, eso sí, de menos entidad el guiar la bicicleta que el bus, aspecto que se tendrá en cuenta en el momento oportuno. (Resaltado fuera del texto).

Ahora quien sea demandado en ejercicio de la actividad peligrosa entendida esta como conducción de automóviles, la cual entraña responsabilidad objetiva, puede utilizar medios de defensa a fin de enervar las pretensiones, y como demandado debe demostrar el rompimiento del elemento causal, pues como ha dicho la Corte; "Ahora, existiendo roles riesgosos, no hay lugar a una responsabilidad con culpa probada o de neutralización de culpas, sino de una participación concausal o concurrencia de causas. Esto, por cuanto una actividad peligrosa no deja de serlo por el simple hecho de ser protagonista con otra acción de la misma naturaleza."[11], providencia en la que se continuó diciendo:

[9] Sobre el punto la jurisprudencia ha indicado: "... Es pacífica la posición doctrinal que asume que el artículo 2356 obliga a quien realiza una actividad peligrosa a indemnizar el daño que ocasiona a terceros en razón del despliegue de esa conducta. A tal respecto, esta Corte ha declarado en varias sentencias que cuando el daño proviene de 'actividades caracterizadas por su peligrosidad', de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el disparo de una arma de fuego o el empleo de una locomotora de vapor o de un motor, el hecho dañoso lleva en sí una presunción de culpa que releva a la víctima de la necesidad de tener que probar la del autor del daño." (Subrayado intencional. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC002-2018 del 12 de enero de 2018)

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 13 de 2001, expediente 12487

[11] Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, Sentencia SC4420-2020.

> *"Así las cosas, la problemática de la concurrencia de actividades peligrosas se resuelve en el campo objetivo de las conductas de víctima y agente, y en la secuencia causal de las mismas en la generación del daño, siendo esa la manera de ponderar el quantum indemnizatorio".*
>
> *"En tal caso, entonces, corresponde determinar la incidencia del comportamiento de cada uno de los agentes involucrados en la producción del resultado, para así deducir a cuál de ellos el daño le resulta imputable desde el punto de vista fáctico y, luego, jurídico. Como se dijo en el precedente antes citado, valorar la "(...) conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del afectado, estable[cer] su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal".*

Entonces, a la víctima, así también ejerza actividad peligrosa, no le corresponde demostrar la culpa, pues solo debe probar: 1) la actividad peligrosa, 2) el daño, y, 3) la relación de causalidad entre las anteriores. Es el llamado a responder quien debe demostrar el rompimiento de nexo causal, que la conducta no le es atribuible, o no es el autor del daño, y así las actividades sean concurrentes, debe proceder de tal manera cuando se le demanda, pues como dijo la Corte:

"... A partir de la presunción de culpabilidad que rige en las acciones de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados en el ejercicio de actividades peligrosas, se itera, la víctima sólo está obligada a probar el daño y la relación de causalidad, mientras que al autor para exonerarse está obligado a acreditar la presencia de un elemento extraño como causa exclusiva del daño, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o intervención de un tercero."

CONCLUSIONES

La sentencia acusada parte de un error de apreciación de las pruebas y es el considerar que tanto conductor de buseta como Biciusuario, compartieron la calle 92ª, cuando la que venían compartieron por más de 100 metros antes del accidente fue la calle 52 sur y cuando estos hacen el cruce para tomar la 92ª es que se presenta el accidente.

Es fundamental para el análisis de la responsabilidad, entender que tanto Biciusuario como Conductor de la buseta, transitaban minutos antes del incidente vial por la calle 52 sur, porque esto permite aclarar el análisis de causalidad, en tanto esta vía no tiene ciclorruta (y por consiguiente tanto vehículo automotor como bicicleta compartían la calzada de la vía), y las señales de tránsito y las marcas viales dejan entrever que los actores viales debían compartir la calzada y que debiendo compartir la calzada, el Conductor de la buseta que minutos antes había observado al ciclista ha debido darle prelación a este cuando este ya lo había sobrepasado, para tomar la carrera 92ª y no atropellarlo cegándole la vida y poniendo en riesgo de muerte a la menor hija que era transportada por el Biciusuario GIL GARCIA.

Su señoría, quedó establecido que César Gil, fue brutalmente embestido con una máquina dotada energía potencial para causar los graves daños corporales por él sufridos, cuando hacía el cruce de la calle 52 sur, que es una vía compartida entre bicicletas y vehículos de tracción mecánica, por el paso peatonal de la carrera 92 A, para tomar la ciclorruta que es paralela a la carrera 92 A, como quedó determinado en el documento que entregó la Secretaría de movilidad en el 2015 y que claramente lo establece, es decir que, el señor Gil cumplió con las normas de tránsito.

Por el contrario, el señor Valenzuela, es quien causa los daños, la actividad peligrosa desatada por El, esto es la conducción de la buseta es la causa eficiente de la muerte, no existe causa extraña, no fue un tercero fue el demandado e que causo los daños y la víctima no se buscó su propio daño esto es, transitaba de su casa al colegio de su hija, tomo la calle 52 sur compartió la calzada con la buseta manejada por VALENZUELA PINZON pero al tomar cruzar la carrera 92ª para tomar la ciclorruta paralela a esta vía, fue atropellado por el conductor de la buseta que habiéndolo visto antes cuando transitaban por la calle 52 sur, no se dio cuenta que lo había sobrepasado y lo embistió con la parte delantera de la buseta de servicio público. Se repite, aunque observó que GIL GARCIA, conducía la bicicleta a su derecha a 1.50 m de distancia, cuando hizo el giro a su derecha, no respetó el pare que se encontraba al final de esa calle para tomar la carrera 92 sur y tampoco respeto las marcas viales de paso peatonal, es decir, no le dio prelación al ciclista, a pesar de que ya lo había sobrepasado.

Conforme con lo anterior le suplico al H. Tribunal, se concedan las suplicas de la demanda, teniendo en cuenta que lo que se pide de la justicia, es la declaración de responsabilidad por el daño ocasionado, la muerte de un Biciusuario, que fuera atropellado al tratar de tomar la ciclorruta de la carrera 92ª, por una buseta de servicio público que cumplía la ruta 172 (SPTT PROVICIONAL) a la que había sobrepasado, después de que compartieran la calle 52 sur y que el conductor de la buseta lo hubiese visto transitando a su lado derecho.

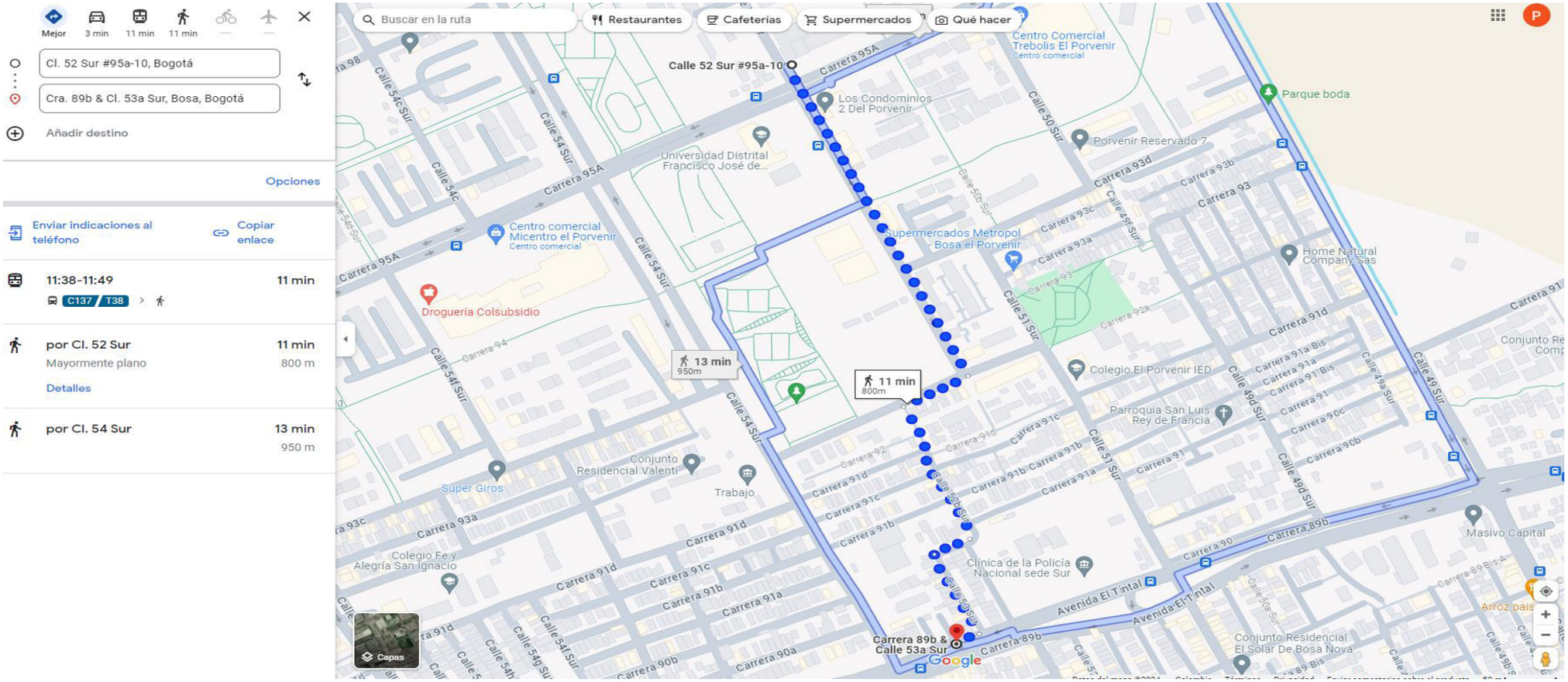
NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones, suministro de información, pago de copias y demás asuntos propios de la Defensa Judicial, se me puede ubicar en mi domicilio de Abogada, que es: la Carrera 7 No. 12 - 25 "Edificio Santo Domingo" oficina 808 de Bogotá, teléfono 6012837400. CEL. 3168779656 y 3208501382. Mail: cesarpinzon1@hotmail.com.

Atentamente,

CESAR AUGUSTO PINZON BARRERA
C.C. No. 4'060.002 de Boavita
TP. 100769 del C.S.J.

MAPAS AMPLIADOS REFERIDOS EN LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO



Mejor | 3 min | 11 min | 11 min

Cl. 52 Sur #95a-10, Bogotá

Cra. 89b & Cl. 53a Sur, Bosa, Bogotá

Añadir destino

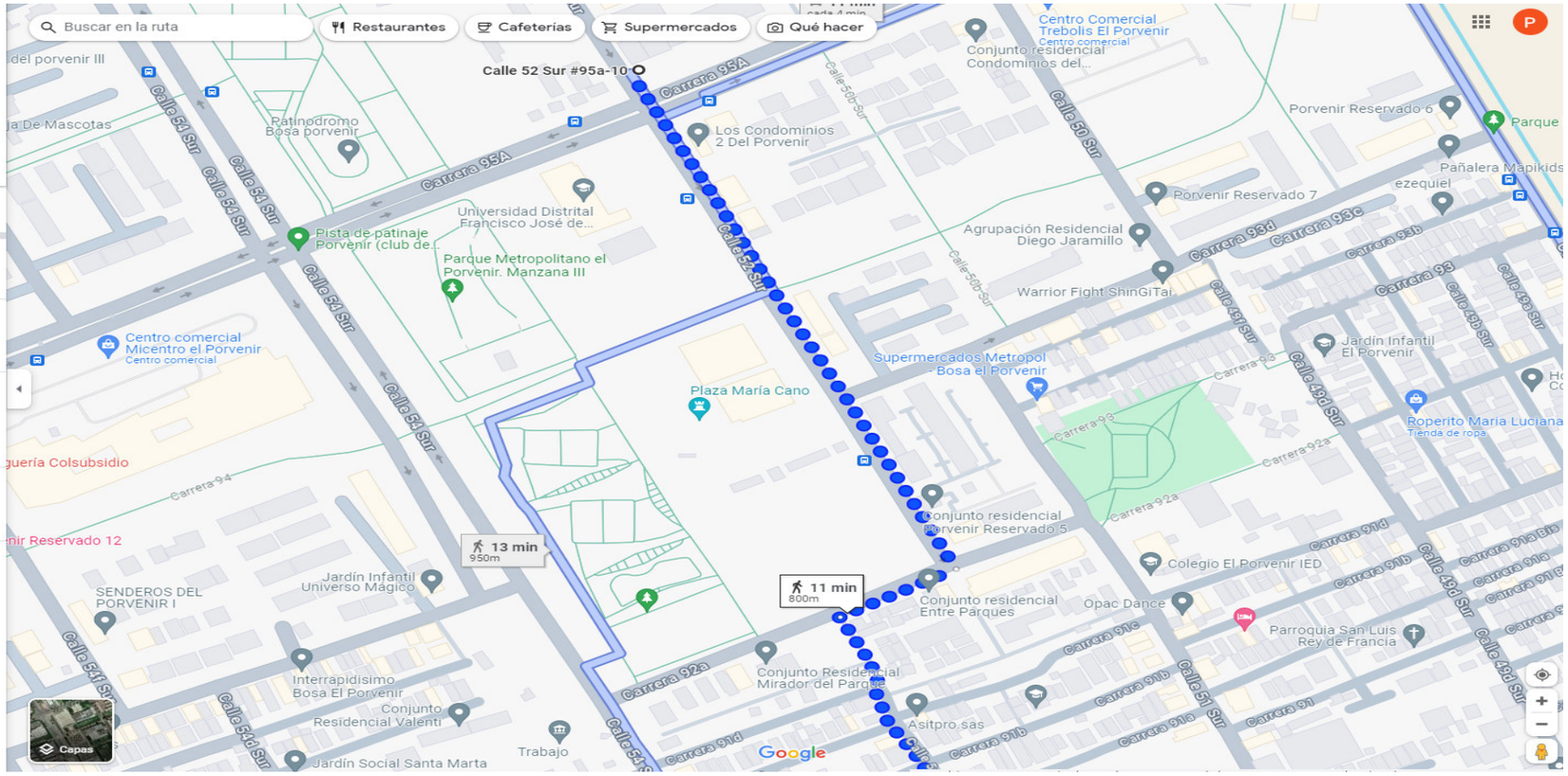
Opciones

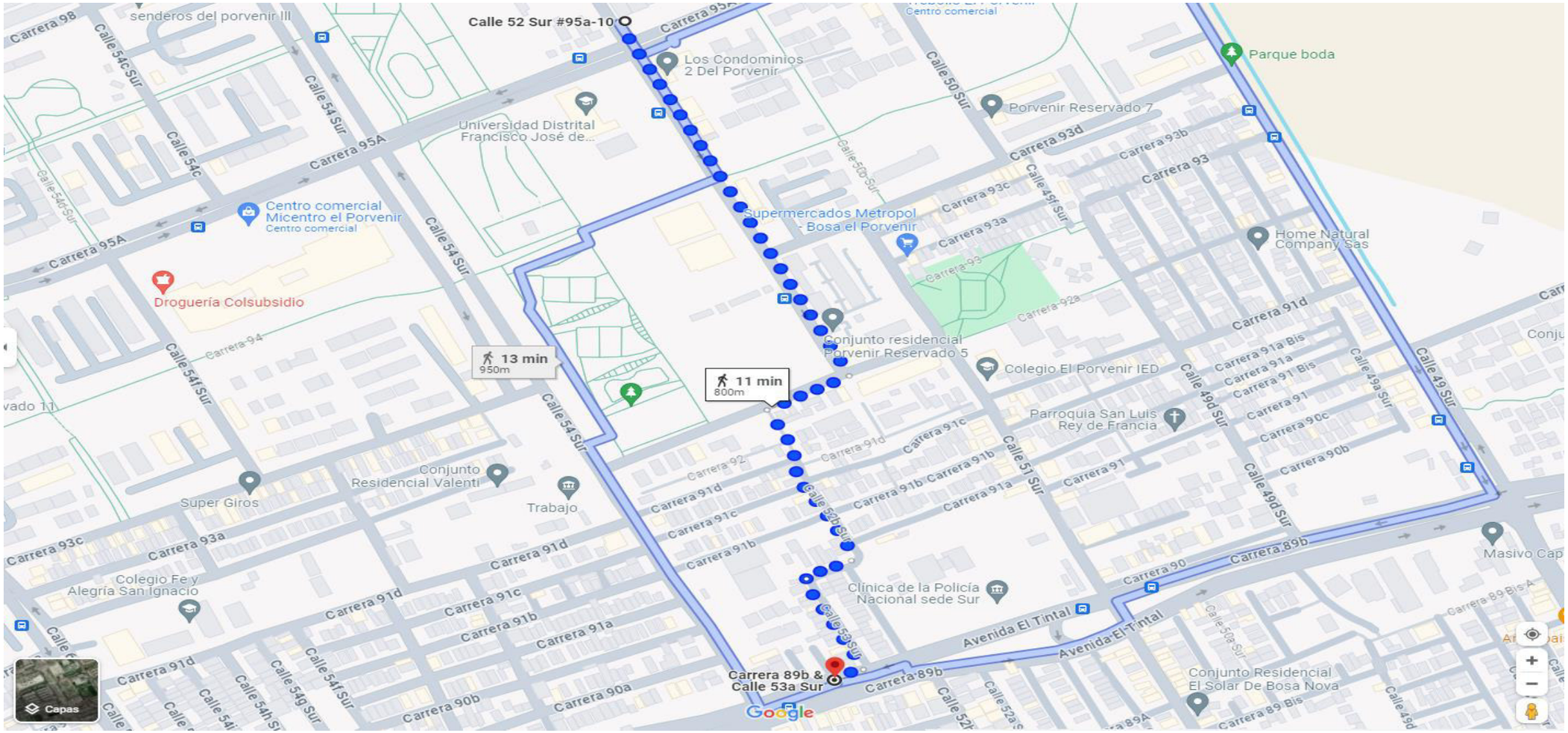
Enviar indicaciones al teléfono | Copiar enlace

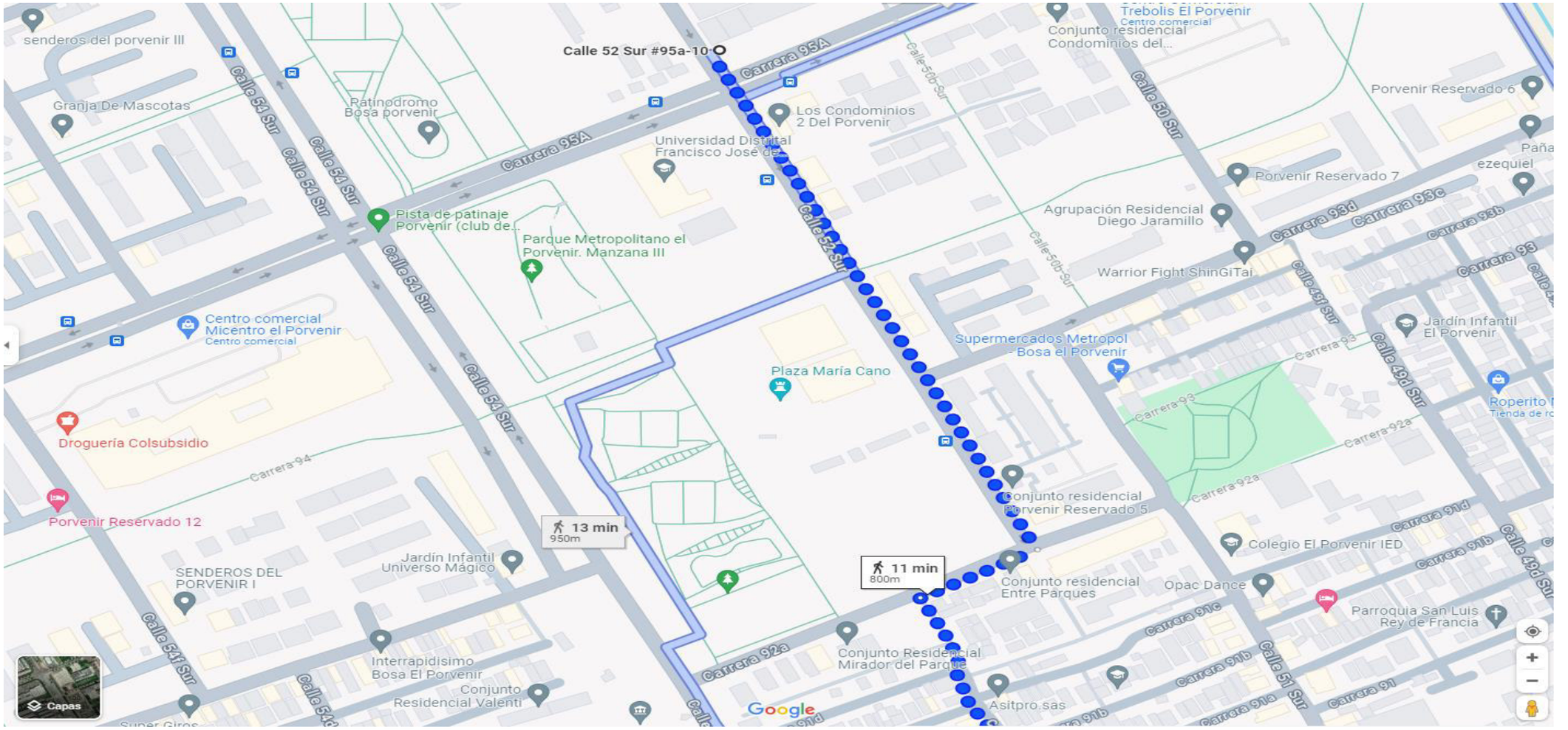
11:38–11:49 — **11 min**
C137 / T38 >

por Cl. 52 Sur — **11 min**
Mayormente plano — 800 m
Detalles

por Cl. 54 Sur — **13 min**
950 m




Calle 52 Sur #95a-10
13 min
950m
11 min
800m
Carrera 89b &
Calle 53a Sur
Los Condominios
2 Del Porvenir
Universidad Distrital
Francisco José de...
Centro comercial
Micentro el Porvenir
Centro comercial
Droguería Colsubsidio
Supermercados Metropol
- Bosa el Porvenir
Conjunto residencial
Porvenir Reservado 5
Porvenir Reservado 7
Parque boda
Home Natural
Company Sas
Colegio El Porvenir IED
Parroquia San Luis
Rey de Francia
Conjunto
Residencial Valenti
Super Giros
Trabajo
Colegio Fe y
Alegría San Ignacio
Clínica de la Policía
Nacional sede Sur
Conjunto Residencial
El Solar De Bosa Nova
Masivo Cap
Avenida El Tintal
Carrera 95A
Calle 54 Sur
Carrera 93d
Carrera 93
Carrera 91d
Carrera 90
Carrera 89b
Capas
Google


Calle 52 Sur #95a-10
13 min
950m
11 min
800m
Carrera 95A
Calle 54 Sur
Calle 52 Sur
Calle 50 Sur
Carrera 93d
Carrera 93c
Carrera 93b
Carrera 93
Carrera 94
Carrera 92a
Carrera 91d
Carrera 91b
Carrera 91c
Carrera 91
Calle 54f Sur
Calle 49f Sur
Calle 49d Sur
Calle 51 Sur
Calle 50b Sur
senderos del porvenir III
Granja De Mascotas
Patinodromo Bosa porvenir
Universidad Distrital Francisco José de...
Los Condominios 2 Del Porvenir
Trebolis El Porvenir
Centro comercial
Conjunto residencial Condominios del...
Porvenir Reservado 6
Porvenir Reservado 7
Agrupación Residencial Diego Jaramillo
Warrior Fight ShinGiTai
Jardín Infantil El Porvenir
Pista de patinaje Porvenir (club de...
Parque Metropolitano el Porvenir. Manzana III
Centro comercial Micentro el Porvenir
Centro comercial
Droguería Colsubsidio
Porvenir Reservado 12
Plaza María Cano
Supermercados Metropol - Bosa el Porvenir
Conjunto residencial Porvenir Reservado 5
Colegio El Porvenir IED
Conjunto residencial Entre Parques
Opac Dance
Parroquia San Luis Rey de Francia
SENDEROS DEL PORVENIR I
Jardín Infantil Universo Mágico
Interrapidísimo Bosa El Porvenir
Conjunto Residencial Mirador del Parque
Conjunto Residencial Valenti
Asitpro sas
Capas
Google

Mejor 3 min 11 min 11 min

Cl. 52 Sur #95a-10, Bogotá

Cra. 89b & Cl. 53a Sur, Bosa, Bogotá

Añadir destino

Opciones

Enviar indicaciones al teléfono

Copiar enlace

11:38-11:49 — 11 min

C137 / T38 ›

por Cl. 52 Sur — 11 min

Mayormente plano — 800 m

Detalles

por Cl. 54 Sur — 13 min

950 m




Buscar en la ruta
Restaurantes
Cafeterías
Supermercados
Qué hacer
Calle 52 Sur #95a-10
cada 4 min
Centro Comercial Trebolis El Porvenir
Centro comercial
Parque boda
Los Condominios 2 Del Porvenir
Porvenir Reservado 7
Universidad Distrital Francisco José de...
Supermercados Metropol - Bosa el Porvenir
Home Natural Company Sas
Centro comercial Micentro el Porvenir
Droguería Colsubsidio
Conjunto residencial Porvenir Reservado 5
Colegio El Porvenir IED
Parroquia San Luis Rey de Francia
13 min
950m
11 min
800m
Conjunto Residencial Valenti
Super Giros
Trabajo
Colegio Fe y Alegría San Ignacio
Clínica de la Policía Nacional sede Sur
Masivo Capital
Conjunto Residencial El Solar De Bosa Nova
Avenida El Tintal
Carrera 89b
Calle 53 Sur
Capas
Google


Buscar en la ruta
Restaurantes
Cafeterías
Supermercados
Qué hacer
Calle 52 Sur #95a-10
Carrera 95A
Calle 50b Sur
Calle 50 Sur
Conjunto residencial Condominios del...
Porvenir Reservado 6
Los Condominios 2 Del Porvenir
Patinodromo Bosa porvenir
Calle 54 Sur
Universidad Distrital Francisco José de...
Pista de patinaje Porvenir (club de...
Parque Metropolitano el Porvenir. Manzana III
Porvenir Reservado 7
Agrupación Residencial Diego Jaramillo
Carrera 93c
Warrior Fight ShinGiTai
Jardín Infantil El Porvenir
Supermercados Metropol - Bosa el Porvenir
Carrera 93
Plaza María Cano
Roperito María Luciana
Tienda de ropa
Carrera 94
Carrera 92a
Carrera 91d
Carrera 91b
13 min
950m
Parque Metropolitano El Porvenir Manzana I
Jardín Infantil Universo Mágico
Colegio El Porvenir IED
11 min
800m
Conjunto residencial Entre Parques
Opac Dance
Capas
Google


ruta de la calle 52 sur No. 97 - (
1 Cl. 52 Sur
Bogotá
Google Street View
may 2019
Ver más fechas
Cl. 52 Sur
Google
Fecha de la imagen: may 2019
© 2024 Google
Colombia
Términos
Privacidad
Notificar un problema


ruta de la calle 52 sur No. 97 - 1
1 Cl. 52 Sur
Bogotá
Google Street View
may 2019
Ver más fechas
Cl. 52 Sur
Universidad
Francisco Jo
comercial
Porvenir


ruta de la calle 52 sur No. 97 - (
1 Cl. 52 Sur
Bogotá
Google Street View
may 2019
Ver más fechas
Parcela
El Porvenir
Universidad
Francisco Jo
Google

Paraderos cuando el bus va hacia: Paloquemao

172 Paloquemao

CL 52 S	Brasil
KR 88C	La Libertad
CL 65 S	Bosa Centro
AK 80	Roma

172 Paloquemao

AV 1°/Mayo	Hsp. Kennedy
AK 68	Galán
AC 3	Santa Isabel
AK 24	Ricaurte

- **Br. El Corzo**
  - KR 103 - CL 55 Sur
  - CL 55 Sur - KR 100
  - KR 100 - CL 53B Sur
- **Centro Comunitario El Porvenir**
  CL 52 Sur - KR 100
- **IED Ciudadela Educativa de Bosa**
  CL 52 Sur - KR 97C
- **Condominios del Porvenir**
  CL 52 Sur - KR 93D
- **Parcela El Porvenir**
  CL 52 Sur - KR 92A
- **Br. El Porvenir Parcela 23**
  CL 51 Sur - KR 91A
- **Villa de los Comuneros**
  AV. Tintal - CL 49 Sur
- **Br. Brasil II Sector**
  - CL 49 Sur - KR 88C
  - KR 88C - CL 49A Sur
- **Br. El Porvenir Parcela 33**
  KR 88C - CL 50 Sur
- **Central Telefónica Holanda**
  KR 88C - CL 54 Sur
- **Br. Holanda I Sector**
  KR 88C - CL 54F Sur
- **Desarrollo Villa Colombia II Sector**
  KR 88C - CL 57B Sur
- **Br. La Magnolia II**
  KR 88C - CL 59 Sur
- **Br. La Fontana I y II**
  CL 59C Sur - KR 87M
- **Br. Bosa Nova El Porvenir**
  - CL 59C Sur - KR 87D
  - KR 87C - CL 60 Sur
- **Br. Bosa Nova**
  CL 62 Sur - KR 86B
- **Nuestra Señora de la Paz**
  CL 62 Sur - KR 84
- **Br. La Paz Bosa**
  CL 62 Sur - KR 82C
- **IED Francisco de Paula Santander**
  CL 63 Sur - KR 81C
- **Colegio Inmaculado Corazón de María**
  CL 65 Sur - KR 80I
- **Monasterio de la Visitación**
  CL 65 Sur - KR 80C
- **Zona Recreativa la Av. Bosa**
  CL 65 Sur - AV. A. Mejía
- **Br. La Capilla**
  AV. A. Mejía - CL 60A Sur
- **Br. José Antonio Galán**
  AV. A. Mejía - CL 58K Sur
- **Br. Roma**
  AV. A. Mejía - CL 57B Sur
- **CAI Roma**
  AV. A. Mejía - CL 55A Sur
- **Br. Roma**
  AV. 1 de Mayo- KR 79D
- **Br. Catalina**
  - AV. 1 de Mayo- KR 79
  - AV. 1 de Mayo- CL 48B Sur
- **Br. Tocarema**
  AV. 1 de Mayo- CL 44A Sur
- **Br. Timiza**
  - AV. 1 de Mayo- CL 41C Sur
  - AV. 1 de Mayo- CL 40K Sur
- **Hsp. Occidente de Kennedy**
  AV. 1 de Mayo- CL 40 Sur
- **Br. Timiza**
  AV. 1 de Mayo- CL 38B Sur
- **Br. Provivienda Occidental**
  AV. 1 de Mayo- CL 35B Sur
- **Br. Provivienda**
  - AV. 1 de Mayo- KR 71D
  - AV. 1 de Mayo- KR 69B
  - AV. 1 de Mayo- KR 68D
- **Colegio Parroquial Monseñor Emilio de Brigard**
  CL 28 Sur - KR 52B
- **Br. Provivienda Norte**
  AK 68 - CL 22 Sur
- **Br. Milenta**
  AK 68 - CL 15 Sur
- **Br. Provivienda Norte**
  AK 68 - CL 9 Sur
- **Br. Galán**
  - AK 68 - CL 1 Sur
  - AC 3 - KR 66A
  - AC 3 - KR 60
  - AC 3 - KR 56A
  - AC 3 - TV 53A
- **Br. Montes**
  AC 3 - KR 40B
- **Br. El Jazmín I Sector**
  AC 3 - KR 40 Bis
- **Br. Jorge Gaitán Cortés**
  - AC 3 - KR 38
  - AC 3 - AK 36
- **Br. La Asunción**
  - AC 3 - KR 31D
  - CL 3 - KR 30A
- **Br. Santa Isabel**
  CL 3 - AK 27
- **Br. El Vergel**
  KR 24 - CL 2B
- **Br. Progreso**
  KR 24 - AC 6
- **San Andresito San José**
  KR 24 - CL 10
- **Br. La Sabana**
  KR 24 - CL 12B
- **CAI Paloquemao**
  KR 25 - CL 17
- **Br. El Listón**
  - KR 22 - CL 17
  - KR 22 - AC 19
  - AC 19 - KR 22
- **Br. La Favorita**
  AC 19 - KR 17

Paraderos cuando el bus va hacia: Porvenir

172 Porvenir

KR 18	La Estanzuela
AC 3	Galán
AK 68	Provivienda Or.
AV 1°/Mayo	Hsp. Kennedy

172 Porvenir

AK 80	Class
CL 63 S	Bosa Centro
KR 88C	La Libertad
CL 49 S	Brasil

- **Br. La Favorita**
  KR 17 - CL 16
- **Estación de la Sabana**
  AK 18 - AC 13
- **Plaza España**
  AK 18 - CL 11
- **Br. Voto Nacional**
  AK 18 - CL 8A
- **Br. La Estanzuela**
  - AK 18 - CL 6A
  - AC 6 - KR 19
- **Br. Ricaurte**
  AC 6 - KR 25A
- **Avenida Carrera 27**
  AC 6 - KR 26
- **IED Ricaurte**
  AK 27 - AC 6
- **Br. Veraguas**
  - AK 27 - CL 4 Bis
  - CL 3 - KR 29A
- **Br. Comuneros**
  - AC 3 - KR 31B
  - AC 3 - AK 36
- **Br. Tibaná**
  AC 3 - KR 38
- **Br. Primavera Occidental**
  - AC 3 - KR 41
  - AC 3 - KR 41
- **Br. Barcelona**
  AC 3 - KR 53B
- **Br. Colón**
  AC 3 - KR 56
- **Br. San Gabriel**
  AC 3 - KR 60
- **Br. La Pradera**
  AC 3 - KR 66A
- **Br. La Igualdad**
  AK 68 - AC 3
- **Br. Hipotecho Sur**
  AK 68 - CL 3 Sur
- **Br. Villa CLaudia**
  AK 68 - CL 11 Sur
- **Br. Villa Adriana**
  AK 68 - CL 17 Sur
- **Br. Provivienda Oriental**
  - AK 68 - CL 23 Sur
  - AV. 1 de Mayo - KR 68F
  - AV. 1 de Mayo - KR 69 Bis A
  - AV. 1 de Mayo - KR 71D
- **Br. Ciudad Kennedy Oriental**
  AV. 1 de Mayo - CL 35 Sur
- **CAI Oneida**
  AV. 1 de Mayo - CL 35B Sur
- **Br. Ciudad Kennedy Oriental**
  AV. 1 de Mayo - CL 38C Sur
- **Hsp. Occidente de Kennedy**
  AV. 1 de Mayo - CL 40Sur
- **Br. Ciudad Kennedy Central**
  AV. 1 de Mayo- CL 40J Sur
- **Br. Ciudad Kennedy**
  AV. 1 de Mayo- AC 43 Sur
- **Colegio Giraldilla**
  AV. 1 de Mayo- CL 46B Sur
- **Br. Pastrana**
  AV. 1 de Mayo- CL 51 Sur
- **Br. Casablanca**
  - AV. 1 de Mayo- Dg 53B Sur
  - AV. 1 de Mayo- AV. A. Mejía
- **Br. Class**
  AV. A. Mejía - CL 57D Sur
- **Br. Bosa**
  - AV. A. Mejía - CL 58K Sur
  - AV. A. Mejía - CL 61 Sur
- **Plaza de Mercado Bosa Centro**
  - CL 63 Sur - KR 80A
  - CL 63 Sur - KR 80H
- **Centro Educativo Argelia**
  CL 63 Sur - KR 81B
- **Br. La Paz Bosa**
  CL 62 Sur - KR 82G
- **Br. Nuestra Señora de la Paz**
  CL 62 Sur - KR 84A
- **Br. Villa Magda**
  CL 62 Sur - KR 86G
- **Desarrollo Bosa Nova II Sector**
  KR 87C - CL 61A Sur
- **Br. Villa Nora**
  CL 59C Sur - KR 87F
- **Br. El Libertador II**
  CL 59C Sur - KR 87I
- **Desarrollo La Magnolia II**
  KR 88C - CL 59B Sur
- **Br. Danubio II y III Sector**
  KR 88C - CL 57C Sur
- **Br. Holanda I Sector**
  KR 88C - CL 56 Sur
- **Br. Brasilia**
  KR 88C - CL 53A Sur
- **Desarrollo Brasilia I Sector**
  KR 88C - CL 51A Sur
- **Br. Las Margaritas**
  KR 88C - CL 49D
- **Br. Las Margaritas Occidental**
  CL 49 Sur - KR 88G
- **Br. Las Margaritas**
  CL 49 Sur - KR 90A
- **Br. El Porvenir San Luis**
  CL 49 Sur - KR 93
- **Pq. Metropolitano el Porvenir**
  CL 49 Sur - KR 95A
- **Br. Osorio Diez**
  KR 97C - CL 50 Sur
- **Porvenir Reservado**
  CL 50 Sur - KR 98B
- **Br. El Corzo**
  - KR 100 - CL 54C Sur
  - KR 100 - CL 55 Sur
  - CL 56F Sur - KR 102B

Conoce el Plegable de la ruta Urbana 172

Características del Servicio

Esta ruta perteneciente al Servicio Urbano del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP - cuenta con las siguientes características:

- Zona Origen: Kennedy
- Zona Destino: Neutra
- Avenidas Principales: KR 100, KR 80, AV. 1° de Mayo, AK 68, AC 3, KR 24, AC 19.
- Operadores de la ruta: MASIVO CAPITAL S.A.S

Compartir

Número de visitas a esta página 48823

Fecha de publicación 22/08/2014

Última modificación 16/07/2015

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: 018-2019-00346-01 SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 3/04/2024 5:02 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (2 MB)

2019-00346-00 Sustentación Apelación.pdf;

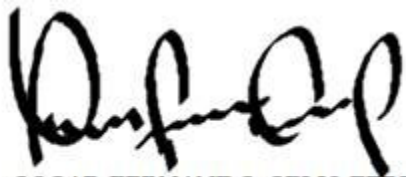
MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: David Esteban Arce Pinto <darce@gclegal.co>
Enviado: miércoles, 3 de abril de 2024 16:22
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: Pedro Hernán Montaño <pmontano@gclegal.co>; David Esteban Arce Pinto <darce@gclegal.co>; velezabo@hotmail.com <velezabo@hotmail.com>
Asunto: 018-2019-00346-01 SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN

> No suele recibir correos electrónicos de darce@gclegal.co. Por qué esto es importante

HONORABLE MAGISTRADA
STELLA MARÍA AYAZO PERNETH
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SALA CIVIL
E. S. D.

Referencia: Proceso verbal de mayor cuantía de Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fiducoldex actuando como vocero y administrador del patrimonio autónomo Innpulsa Colombia en contra de Fundación Visión Salud y Liberty Seguros S.A.

Radicado: 11001-3103-018-2019-00346-01

Asunto: Reparos concretos en contra de la sentencia de primera instancia del 7 de noviembre de 2023. – Art. 322 numeral 3 del CGP.

Respetados, por instrucción expresa del doctor Pedro Hernán Montaño Velasco, apoderado judicial de la parte demandante, mediante el presente me permito radicar memorial con sustentacion del recurso de apelación en contra de la sentencia de primerea instancia.

Cordialmente,

David Esteban Arce Pinto
Paralegal
darce@gclegal.co

+57 (601) 390 2217
Carrera 9 No. 80-45 Piso 4
Bogotá, D.C. - Colombia
www.gclegal.co

Este mensaje o sus anexos pueden contener información confidencial.
This message and any attachments may contain confidential information.

GAMBOA, GARCÍA & CARDONA
ABOGADOS

Ranked Firm:

IFLR1000 LEADERS LEAGUE The LEGAL 500

HONORABLE MAGISTRADA
STELLA MARÍA AYAZO PERNETH
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SALA CIVIL
E. S. D.

Referencia: Proceso verbal de mayor cuantía de Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fiducoldex actuando como vocero y administrador del patrimonio autónomo Innpulsa Colombia en contra de Fundación Visión Salud y Liberty Seguros S.A.
Radicado: 11001-3103-018-2019-00346-01
Asunto: Reparos concretos en contra de la sentencia de primera instancia del 7 de noviembre de 2023. – Art. 322 numeral 3 del CGP.

PEDRO HERNÁN MONTAÑO VELASCO, abogado en ejercicio, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. e identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi condición de apoderado especial del Patrimonio Autónomo **INNPULSA COLOMBIA** identificado con Nit: 830.054.060-5, representado y administrado por la **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX,** reasumiendo el poder conferido luego de una sustitución, dentro de la debida oportunidad procesal, me permito SUSTENTENTAR LA APELACIÓN A LA SENTENCIA EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS en el marco del proceso de la referencia.

En el minuto 1:12:50 de la audiencia del pasado 7 de noviembre de 2023, el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá D.C. resolvió:

> "*PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de mérito denominadas fuerza mayor y caso fortuito, el deber de mitigar el daño por parte del contratante, inexistencia del daño, inexistencia del nexo de causalidad entre el daño causado y el actuar de Fundación Visión Salud, inexistencia del hecho generador del daño y su cuantificación, la excepción subsidiaria de ser declarada responsable la demandada Fundación Visión el juez graduará la condena conforme a la incidencia causal de los demandados en la realización del daño. Todas alegadas por Fundación Visión Salud.*
>
> *Declarar no probadas las excepciones de mérito de imposibilidad de cumplimiento, inexistencia de siniestro, inexistencia de la obligación de indemnizar, prescripción, compensación y deducción de pagos a favor del contratista, proporcionalidad de la indemnización, prescripción de los derechos y obligaciones de la póliza de cumplimiento particular, alegadas por Liberty frente al llamamiento en garantía de Fundación Visión Salud.*
>
> *Declarar probada la excepción de improcedencia de afectación del amparo de buen manejo del anticipo.*
>
> *En consecuencia, declarar que Fundación Visión Salud incumplió parcialmente el contrato de cofinanciación No. CEP01413 por la no obtención de resultados de las actividades atribuibles.*
>
> *SEGUNDA. Declarar que Fundación Visión Salud debe reembolsar parcialmente los recursos de financiación entregados por Bancoldex en calidad de administrador del hoy denominado fondo Innpulsa Colombia según contrato CEP01413 la suma de*

DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CERO VEINTIUN MIL SEISCIENTOS CUARENTA (COP$ 296.021.640.) a título de restitución de fondos de cofinanciación no reconocidos en el convenio CEP01413.

Declarar la ocurrencia del riesgo de amparo mediante póliza de cumplimiento No 2289601 expedida por Liberty Seguros por el no cumplimiento de la totalidad de las obligaciones adquiridas por el contratista derivadas del contrato de cofinanciación No. CEP01413 del 23 de diciembre de 2013 en los amparos de cumplimiento.

Se condena a Fundación Visión Salud a pagar a Fiducoldex en calidad de vocero y administrador del patrimonio autónomo Innpulsa Colombia la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CERO VEINTIUN MIL SEISCIENTOS CUARENTA (COP$ 296.021.640.)

Ordenar a Liberty Seguros identificada con NIT 860039984-0 responda como garante del pago de las sumas de dinero reconocidas a Fiducoldex en esta sentencia como indemnización por la ocurrencia en el amparo de cumplimiento por el monto contratado.

TERCERO. Ordenar a Fundación Visión Salud a actualizar dichos valores con el IPC desde el 1 de marzo de 2015 y hasta la fecha que se haga efectivo el amparo.

CUARTO. Ordenar a Liberty Seguros el reconocimiento de intereses moratorios sobre la póliza de seguros desde la ejecutoria de la presente sentencia que ordena el pago por haber existido objeción de la reclamación y haberse acreditado durante el trámite del proceso el siniestro y su monto conforme el artículo 1080 del Código Civil.

QUINTO. Reconocer que en virtud del pago de la indemnización al demandante Liberty Seguros se subroga hasta la concurrencia de su importe en todos los derechos de la entidad contratante que Fundación Visión Salud contratista garantizaba reembolsara el valor pagado dentro de la póliza dentro de los 5 días siguientes al pago de esta sentencia.

Se condena en costas a los demandados se fija en agencias en derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS debiendo responder Fundación Visión Salud por el 55% y Liberty 45% en razón a la prosperidad de dos de las excepciones propuestas."

Cómo se manifestó dentro del recurso de apelación, el medio de impugnación se dirige en contra de dos asuntos de la decisión judicial:

(i) Respecto del resuelve que declaró probada la excepción de improcedencia de afectación del amparo de buen manejo del anticipo.

(ii) Respecto del valor reconocido como condena correspondiente a: "*DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CERO VEINTIUN MIL SEISCIENTOS CUARENTA (COP$ 296.021.640.)*"

Los reparos concretos son que se realizan en contra de la sentencia son:

1. **Primer Reparo Concreto – Inaplicación de los Artículos 1072 y 1077 del Código de Comercio respecto del amparo de buen manejo del anticipo.**

En relación con la excepción de improcedencia de afectación del amparo de buen manejo del anticipo, consideramos respetuosamente que el Despacho en la sentencia del 7 de noviembre de 2023, inaplicó los artículos 1072 y 1077 del Código de Comercio.

El artículo 1072 del Código de Comercio dispone que: "*Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado*".

Por su parte el artículo 1077 del Código de Comercio dispone que: "*Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.*"

En los minutos 58:43 y siguientes de la grabación de la audiencia del 7 de noviembre de 2023, el Despacho manifestó que a voces del testigo Manuel Jiménez había encontrado probada la ocurrencia del siniestro por indebido manejo del anticipo. Manifestó expresamente el Despacho:

> "*A voces del testigo Manuel Jiménez, director de Interventoría, designado por la Universidad Nacional el hecho de haber realizado este segundo pago no es prueba concluyente, y/o determinante que el anticipo estuvo bien invertido por el contratista, esto teniendo en cuenta las cifras derivadas de cada uno de los productos de proyecto donde cada producto al que sea obligó al Contratista tenía un porcentaje dentro de la ponderación técnica realizada por interventoría. Me remito al testimonio de Manuel Jiménez, en la audiencia del 373 interventoría que en su labor de verificación encontró que no se cumplieron alguno de estos productos certificaciones, acreditaciones, y esto conforme a los términos de referencia, no serían reconocidos, por lo que si el anticipo se entregó para apalancar el cumplimiento del objeto contractual y el mismo no se verificó totalmente. Para ese interventor era o es procedente afectar dicho amparo. Sobre esos argumentos, esta jueza no tiene discusión, los comprende.*"[1]

En este sentido, si quedó acreditado en el proceso judicial a través de prueba testimonial la ocurrencia del riesgo amparado conforme lo dispone el artículo 1072 del Código de Comercio, y a su vez se demostró la ocurrencia del siniestro conforme el artículo 1077 del Código de Comercio. En este mismo sentido, Liberty no probó los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad por lo que el Despacho no debió declarar probada dicha excepción de mérito por el contrario debió conceder la pretensión elevada.

En términos generales no resulta armónico con el fallo proferido que se excluya este siniestro habiéndose demostrado que se surtió el incumplimiento del contrato.

2. **Segundo Reparo Concreto – Indebida valoración probatoria de los documentos que obran a folio 67 y 77 del cuaderno principal del expediente judicial.**

En relación con la excepción de improcedencia de afectación del amparo de buen manejo del anticipo, consideramos respetuosamente que el Despacho en la sentencia del 7 de noviembre

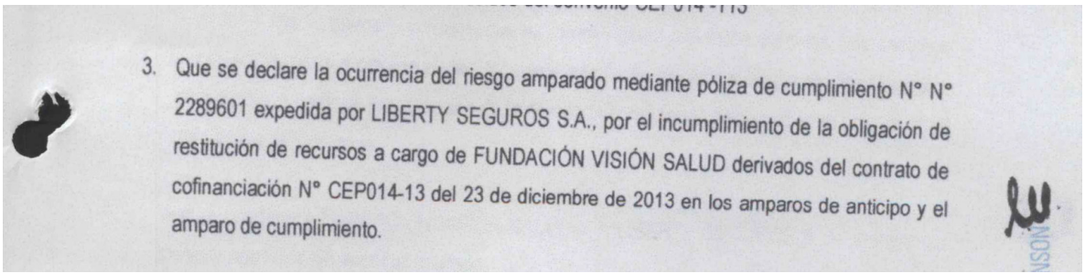
[1] Minutos 58:43 y siguientes de la audiencia del 7 de noviembre de 2023.

de 2023, realizó una indebida valoración probatoria de los documentos que fueron la razón de la decisión respecto de esta excepción de mérito.

Entre los minutos 58:53 y 1:01:00 de la grabación de la audiencia del 7 de noviembre de 2023, el Despacho manifestó que: *"de la revisión del aviso de siniestro de fecha febrero del 2017 y de la citación a la audiencia de conciliación que realizó la aquí demandante nunca reclamó afectación del amparo del anticipo, nunca hizo mención a que el anticipo había sido mal manejado (...) Veamos también la constancia y el Acta de audiencia que fue elaborada el 6 de junio del 2019, folio 62 y sus siguientes pruebas aparte demandantes conforme a estos escritos y esta solicitud de audiencia de conciliación en ambos documentos que resultan ser soportes de la reclamación, aquí plantea solo se habló de afectación a la póliza de cumplimiento. Nunca se discriminó ni nunca se señaló una afectación al a la póliza de amparo de anticipo, por lo tanto, esta sección se declara probada."*

En este sentido, la decisión de declarar probada la excepción de improcedencia de afectación del amparo de buen manejo del anticipo por parte del Despacho fue sustentada única y exclusivamente en que supuestamente "*Nunca se discriminó ni nunca se señaló una afectación al a la póliza de amparo de anticipo, por lo tanto, esta sección se declara probada.*"

Sin embargo, revisado en detalle el expediente judicial y en especial el documento que obra a folio 77 del Cuaderno Principal, que corresponde a la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, notamos que la apreciación realizada por el Honorable Despacho es equivocada pues como se desprende con claridad del numeral 3 de dicho documento si se reclamó por aparte el amparo de anticipo y el amparo de cumplimiento así:


3. Que se declare la ocurrencia del riesgo amparado mediante póliza de cumplimiento N° N° 2289601 expedida por LIBERTY SEGUROS S.A., por el incumplimiento de la obligación de restitución de recursos a cargo de FUNDACIÓN VISIÓN SALUD derivados del contrato de cofinanciación N° CEP014-13 del 23 de diciembre de 2013 en los amparos de anticipo y el amparo de cumplimiento.

Esto coincide con el acta de imposibilidad de Acuerdo expedida por la Notaría 23 del Círculo de Bogotá D.C. que obra a folio 67 del Cuaderno Principal, donde con total claridad se evidencia que si se realizó la distinción entre los amparos de anticipo y el amparo de cumplimiento así:

3. Que se declare la ocurrencia del riesgo amparado mediante póliza de cumplimiento N° N° 2289601 expedida por LIBERTY SEGUROS S.A., por el incumplimiento de la obligación de restitución de recursos a cargo de FUNDACIÓN VISIÓN SALUD derivados del contrato de cofinanciación N° CEP014-13 del 23 de diciembre de 2013 en los amparos de anticipo y el amparo de cumplimiento.

En este sentido, los documentos obrantes a folio 67 y 77 del Cuaderno Principal del expediente judicial dan cuenta que mi representado si realizó una reclamación con ocasión al amparo de

anticipo, contrario a lo que fue afirmado entre los minutos 58:53 y 1:01:00 de la grabación de la audiencia del fallo por parte del Despacho.

Cabe señalar que el artículo 1077 del Código de Comercio no establece mayores formalidades para la demostración del siniestro siendo entonces idóneos los medios de prueba antes indicados para tal reclamación y su consecuente demostración.

3. Tercer Reparto Concreto – Solicitud de reajuste de la condena por la suma acreditadas en el proceso judicial.

Solicito el reajuste de la condena de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CERO VEINTIUN MIL SEISCIENTOS CUARENTA (COP$ 296.021.640.) objeto de la sentencia por la suma que resultó probada efectivamente con el informe final de interventoría y lo que ha sido confesado y expresamente reconocido por el representante legal de Fundación Visión Salud.

Lo anterior basándonos en lo siguiente:

En la pretensión número tres de la demanda se estableció lo siguiente:

> 3. Que se declare que la FUNDACION VISION SALUD, debe reembolsar a FIDUCÓLDEX S.A. en calidad de vocero y administrador del Patrimonio Autónomo INNPULSA COLOMBIA, la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE ($296'021.640,oo), a título de restitución de fondos de cofinanciación no reconocidos del convenio CEP014 -113, o la suma que resulte probada dentro del presente proceso.

Cabe señalar que en la demanda en el hecho 15 de la demanda se expresó:

> 15. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1714 y siguientes del código civil, con fecha 22 de octubre de 2018, FIDUCÓLDEX, actual administrador y vocero del patrimonio Innpulsa Colombia (antes Fondo de Modernización e Innovación para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas) notificó compensación legal con saldos adeudados por FIDUCÓLDEX – INNPULSA a FUNDACIÓN VISIÓN SALUD por otro contrato de cofinanciación el No. DSBDC013-15 por valor de $32'463.622,oo, consecuencia de lo cual el valor dejado de restituir por FUNDACIÓN VISIÓN SALUD a FIDUCOLDEX por el contrato CEP014-13, asciende actualmente a la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE ($296'021.640,oo).

Ese valor fue reconocido en la declaración de parte del Representante Legal de Visión Salud surtida en audiencia del 25 de septiembre de 2023 donde manifestó que efectivamente la sociedad que representa había recibido un pago conforme el hecho antes aludido así:

2 horas,10 minutos,10 segundos -- "*Lo único que le puedo decir frente a compensaciones es que teníamos otro proyecto en operación, y nosotros lo liquidamos y esa liquidación dio un costo de 31 millones de pesos a favor nuestro terminado el proyecto.*
Y ellos o Fiducoldex o el demandante siempre quiso que le devolviéramos 296 millones de pesos, eso fue hacer un cruce de cuentas directo y por eso demandamos al demandante en un cobro ejecutivo que ya está en segunda instancia completamente ejecutoriado y que termino valiendo casi 75 millones de pesos, en cuanto a compensaciones eso es lo que nosotros podemos decir".

Luego en la declaración a las 2 horas 17 minutos y 30 segundos reconoce el Representante Legal que se constituyó por Fiducoldex un título judicial en favor de ellos.

Cabe señalar que estos hechos se dieron en desarrollo del proceso luego de presentada la demanda.

Lo anterior coincide con el valor que efectivamente consignó el demandante a nombre del demandado en proceso que cursó en el Juzgado 48 Civil Municipal de lo cual quedó la siguiente constancia:

Depósitos Judiciales
31/08/2023 08:27:11 AM

COMPROBANTE DE PAGO	
Código del Juzgado	110012041048
Nombre del Juzgado	048 CIVIL MUNICIPAL BOGOTA D.C
Concepto	1 - DEPOSITOS JUDICIALES
Descripción del concepto	PAGO CONDENA
Numero de Proceso	11001400304820190046800
Tipo y Número de Documento del Demandante	NIT Persona Jurídica - 900094601
Razón Social / Nombres Demandante	FUNDACION VISION SALUD
Apellidos Demandante	FUNDACION VISION SALUD
Tipo y Número de Documento del Demandado	NIT Persona Jurídica - 830054060
Razón Social / Nombres Demandado	P A INNPULSA DE COLOMBIA
Apellidos Demandado	P A INNPULSA DE COLOMBIA
Valor de la Operación	$73,420,598.00
Costo Transacción	$8.200,00
Iva Transacción	$1.558,00
Valor total Pago	$73.430.356,00
No. Trazabilidad (CUS)	131044343
Entidad Financiera	BANCOLOMBIA
Estado	APROBADA

Señor usuario, esta transacción se efectuó después del horario establecido por la entidad financiera. La constitución del depósito judicial quedará con fecha del día hábil siguiente a la fecha de la generación del débito.

Contacto Banco Agrario en Bogotá D.C., Colombia +571 594 8500, resto del país 01 8000 91 5000. servicio.cliente@bancoagrario.gov.co

Así las cosas, debe reconocerse en la pretensión tercera lo efectivamente probado con la declaración de parte del Representante Legal de Visión Salud es decir sumar al valor reconocido los $32.463.622 que se menciona en el hecho 15 y en los informes de interventoría, junto con los intereses, que es lo que corresponde a la suma consignada por la ahora demandante en el otro proceso judicial y que junto con la suma por la que condenó el ad quo corresponde al incumplimiento y a la suma que debió restituir el Contratista demandado.

Sin otro particular, Respetuosamente

Pedro Hernán Montaño Velasco.
C.C. 80.420.158 de Bogotá D.C.
T.P. 96.386 del C.S. de la J.

MEMORIAL DRA AYAZO RV: REITERACIÓN DE REPAROS RECURSO DE APELACIÓN -RAD 2019-00346-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 4/04/2024 8:06 AM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (453 KB)

REITERAR - RECURSO DE APELACIÓN CONTRA DECISIÓN DE FECHA 7 DE NOV DE 2023.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: yudy marieth velez calderon <velezabo@hotmail.com>
Enviado el: miércoles, 3 de abril de 2024 6:41 p. m.
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: REITERACIÓN DE REPAROS RECURSO DE APELACIÓN -RAD 2019-00346-01

No suele recibir correos electrónicos de velezabo@hotmail.com. Por qué esto es importante

HONORABLE MAGISTRADA

STELLA MARÍA AYAZO PERNETH

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.- SALA CIVIL

E. S. D.

REFERENCIA: VERBAL DE MAYOR CUANTÍA

DEMANDANTE: FIDUCIARIA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX (Actuando en calidad de vocera yadministradora del Patrimonio Autónomo INNPULSA COLOMBIA)
DEMANDADO: LIBERTY SEGUROS S.A y FUNDACIÓN VISIÓN SALUD}
RADICACIÓN: 2019 – 0034601

YUDY MARIETH VELEZ CALDERÓN, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.083.869.408 de Pitalito y titular de la tarjeta profesional de abogada No.183.329 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de Apoderada de la FUNDACIÓN VISIÓN SALUD, identificada con Nit. 900.094.601-4, Representada Legalmente por WEYMAR FERNANDO MUÑOZ MUÑOZ, mayor de edad y vecino de Neiva, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.532.091 expedida en Bogotá y encontrándonos dentro de los términos legales me permito REITERAR los argumentos del recurso de Apelación ya indexados en el correspondiente expediente judicial y que se adjuntan en archivo PDF.

Agradecer su amable atención.

YUDY MARIETH VÉLEZ CALDERÓN
ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL
ABOGADA CONCILIADORA
Calle 9 N° 3-50 Oficina 320 Centro Comercial Megacentro de Neiva
312 49 31 406



E-Mail: velezabo@hotmail.com

HONORABLE MAGISTRADA
STELLA MARÍA AYAZO PERNETH
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SALA CIVIL
E. S. D.

REFERENCIA: VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
DEMANDANTE: FIDUCIARIA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX (Actuando en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo INNPULSA COLOMBIA)
DEMANDADO: LIBERTY SEGUROS S.A y FUNDACIÓN VISIÓN SALUD
RADICACIÓN: 2019 – 0034601

YUDY MARIETH VELEZ CALDERÓN, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.083.869.408 de Pitalito y titular de la tarjeta profesional de abogada No.183.329 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de Apoderada de la FUNDACIÓN VISIÓN SALUD, identificada con Nit. 900.094.601-4, Representada Legalmente por WEYMAR FERNANDO MUÑOZ MUÑOZ, mayor de edad y vecino de Neiva, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.532.091 expedida en Bogotá y encontrándonos dentro de los términos legales me permito REITERAR los argumentos del recurso de Apelación presentado en audiencia, en los siguientes términos:

ANÁLISIS DEL CASO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar el cumplimiento o no, en todo o en parte por la demandada, FUNDACIÓN VISIÓN SALUD, respecto de la ejecución del Contrato de Cofinanciación N° CEP014-13 suscrito entre EL BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA S.A. – BANCOLDEX, quien actúa como administrador del FONDO DE MODERNIZACIÓN E INNOVACIÓN PARA LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS. En su defecto determinar si se configura como eximente de responsabilidad la causa extraña por efecto del acaecimiento de una fuerza mayor, por el hecho de un tercero que impidió llevar al cumplimiento del 100 por ciento del contrato.

El Objeto del contrato Suscrito entre las partes corresponde a *" Facilitar el acceso de empresas del sector salud a nuevos mercados, especialmente a los internacionales, mediante una intervención integral en sus áreas funcionales orientada al mejoramiento de la calidad y seguridad del usuario*" .

Mi representada acudió a convocatoria emitida por el Ministerio de Comercio Exterior, Industria y Turismo, presentando conforme a condiciones de la invitación, una propuesta consistente en buscar que MiPymes de distintos sectores se volvieran entidades competitivas en el mercado internacional.

Así las cosas, mi representada actuó como un clúster e invitó a varias entidades del sector salud habilitadas para prestar servicios de salud, para que participaran como beneficiarias del proyecto y recibieran capacitación en varios ejes, con miras al final a recibir unas y otras certificaciones de calidad en ISO 9001 y otras en Acreditación de en Servicios de Salud SUA, emitidas por entes acreditadores entre ellos el ICONTEC.



E-Mail: velezabo@hotmail.com

Se suscribió el respectivo contrato, redactado por la entidad demandante, con base en la propuesta presentada y acogida por la entidad INNPULSA administradora del fondo.

Dentro del contrato respectivo se acordó un plazo de 18 meses, la entrega de varios productos o entregables con base en el cumplimiento de diferentes actividades. Dentro de esos entregables al final, se requería la EVALUACIÓN DE UN TERCERO (hecho de un tercero) para el caso EL ENTE CERTIFICADOR, (Icontec) quien en últimas determinaría la procedencia de la certificación.

En el caso concreto, en el contrato se consideró la posibilidad de suspender o modificar el contrato y aún de terminarlo, interpartes o de manera unilateral por el contratante, si se presentaba una fuerza mayor o caso fortuito.

Durante el desarrollo o ejecución del contrato, se tuvo la supervisión de un INTERVENTOR, contratado directamente por el demandante para supervisar el cumplimiento paulatino de las actividades claramente plasmadas. Así, previo visto bueno del interventor del demandante, la entidad efectuaba el desembolso de los recursos. Se parte entonces del PRINCIPIO DE CONFIANZA en las visitas y conclusiones de dicho interventor, para el caso la entidad MOORE STEPHENS SKAI.

La capacitación en los distintos ejes para la obtención de las certificaciones, se desarrollo dentro de la normalidad pero en el curso de la ejecución, las normas que regían las habilitaciones para los prestadores de servicios de salud fueron modificadas y la norma entraría en vigencia en mayo de 2015, casi al término del contrato.

Las entidades fueron capacidades aún en las nuevas normas, al momento de solicitar las visitas de los entes certificadores, estos adujeron que se debían cumplir los requisitos de la nueva norma. Los cuales en estricto sentido se cumplían, pero con lo que no contaba mi representada es que en esos nuevos estándares o normas todos los prestadores sin excepción debían cumplir una visita de verificación de cumplimiento de requisitos de habilitación de servicios y, la norma contemplaba que las mismas comenzarían a surtirse entrada en vigencia la norma e inclusive en noviembre de 2015 con base en un listado de prioridades.

Las beneficiarias del contrato pidieron a la secretaria de salud que realizara las visitas con anticipación, pero con total razón, la autoridad contesto que debía supeditarse a los turnos y demás ordenes de la norma.

Así las cosas, mi representada solicitó a la interventoría, la cual había sido cambiada, que por favor suspendiera el contrato puesto que como salía de su control el tema de esas visitas, no podría presentar a las beneficiarias a la evaluación del ente certificador. Y la respuesta de la interventoría nueva, que estaba a cargo de la Universidad Nacional fue un rotundo NO.

Esta circunstancia impidió que se lograran las visitas nuevas exigidas por el ente certificador para hacer las evaluaciones, ya que la medida entró en vigencia desde mayo de 2015 y el contrato terminaba en julio de 2015.

Algunas de las beneficiarias si alcanzaron su certificación ISO, entre ellas DRA LUZ MARINA DIAZ MEDICINA ESTÉTICA, ECIPLAST, y la ACREDITACIÓN SUA la Clínica MARLON BECERRA SAS.

La nueva interventora, muy seguramente tenía su contrato sujeto a un plazo, razón por la cual, es viable pensar que no le convenía que los contratos sujetos a su interventoría se suspendieran. Razón por la cual no autorizó la suspensión.

La suspensión habría permitido que en algunos meses, máximo seis, se habrían logrado las visitas requeridas por efecto de la nueva normatividad, se habrían presentado con ese requisito a los entes certificadores y habrían obtenido dichas certificaciones. Sin embargo, no se eche de menos que en todo caso, todas las entidades cumplían con los requisitos para ser visitadas por el ente certificador, con excepción de dicha visita del tercero. Las entidades estuvieron siempre habilitadas, porque sin habilitación ningún prestador de servicios puede operar en Colombia.

En relación con la ejecución de la contrapartida a cargo de mi representada, se cumplieron las obligaciones adquiridas a su vez con la póliza, el contratista preparador (Innovar Gestión), con la Dirección del Proyecto, entre otros. Faltando por razón atinente al costo de la certificación acreditar dichos pagos comoquiera que si no se hacían las evaluaciones y por ende se expedían las certificaciones, no se podía a su vez acreditar dichos pagos por mi representada.

DECISIÓN DEL AQUO

Luego de cumplido el debate probatorio y analizadas las pruebas por parte de la Señora Juez, el fallo de primera instancia DECLARÓ el incumplimiento del contrato y no aceptó como EXIMENTE de responsabilidad la ocurrencia de la FUERZA MAYOR.

La decisión no corresponde con la real ejecución del contrato, pues está probado, que la última interventoría ejercida por la UNIVERSIDAD NACIONAL reconoció el cumplimiento técnico del contrato en un 77,26%. Al punto que con base en la aprobación de la interventoría que reemplazó (MOORE STEPHENS SKAI) la demandante había desembolsado el 70% de los recursos de cofinanciación.

La decisión del AQUO deviene de ausencia de valoración probatoria, desconocimiento de los principios que rigen los contratos del derecho privado, ausencia de análisis en relación con las causales por las cuales se puede declarar que un contrato no se cumplió en su totalidad, tales como: la FUERZA MAYOR, el HECHO DE UN TERCERO, el HECHO DEL PRINCIPE o teoría de la IMPREVISIÓN, el ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE de una de las partes, la DESIGUALDAD entre las partes contratantes, desconociendo entre otros LA BUENA FE CONTRACTUAL, y para el caso concreto, la intención de mi representada de dar feliz término al objeto del contrato, aunque no fuera dentro del plazo exacto establecido inicialmente, por razones que se salieron de su órbita de control y se relacionan directamente con NORMAS emitidas dentro del curso de ejecución del contrato (Resolución 2003 de 2014) cuya vigencia se hizo exigible a partir del 28 de Mayo de 2015 y que, entraró



E-Mail: velezabo@hotmail.com

en vigencia, justo tres meses anteriores a la culminación del contrato. Normas éstas últimas que, se hicieron exigibles por un tercero que tenía a su cargo la expedición del último de los entregables dentro del contrato suscrito. Dicho entregable final como prerequisito para librar una certificación, certificación ésta última que se constituía en uno de los entregables propuestos dentro del contrato.

Sumado a lo anterior, solicitó a su Señoría tener en cuenta los siguientes REPAROS AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

PRIMERO.- NATURALEZA CONTRATO: Contrato de Cofinanciación N° CEP014-13 suscrito entre EL BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA S.A. – BANCOLDEX, quien actúa como administrador del FONDO DE MODERNIZACIÓN E INNOVACIÓN PARA LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS opera como un sistema de manejo separado de cuentas del Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A.- Bancoldex, que para todos sus efectos se asimilará a un patrimonio autónomo y quien lo administrará a través de una cuenta de orden. Las actividades, los actos y contratos celebrados por el Fondo se regirán por derecho privado y se someterán a los procedimientos y requerimientos internos establecidos para los actos y contratos del Banco de Comercio Exterior de Colombia S. A., Bancoldex, importante precisar que los recursos del proyecto CEP014-13 y por ende Contrato de cofinanciación CEP014-13 tienen su origen en RECURSOS DE CARÁCTER PÚBLICO, NO OBSTANTE, en atención a que el contrato celebrado contempla regirse por el DERECHO PRIVADO, fue adelantado por la Jurisdicción civil y tomado como contrato de Derecho Privado. Sin embargo, mi representada en ningún momento fue consultada sobre las cláusulas del contrato, sino que ejerciendo siempre su *POSICIÓN DOMINANTE* redactó el contrato e impuso las cláusulas del mismo. En ese sentido, nunca existió un equilibrio para las partes vinculadas contractualmente y alejándose de la naturaleza de los contratos en los cuales existe la aquiescencia de todas *las partes intervinientes.* Por esa razón, los derechos de mi representada fueron transgredidos. La Señora Juez, no tuvo en cuenta en el análisis probatorio, tanto en las pruebas documentales como testimoniales y lo ilustrado con detenimiento en la contestación de la demanda y alegatos de conclusión, los términos SUSPENSIÓN Y MODIFICACIÓN del contrato, que tal como lo ilustra el Director de la interventoría de la Universidad Nacional en su testimonio podía realizarse perfectamente por que suspensión no corresponde a modificaciones contractuales. Manifestó el testigo MANUEL JIMÉNEZ en su declaración QUE SÍ SE HABRÍA PODIDO ACORDAR ENTRE LAS PARTES LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO, sin que se correspondiera con una MODIFICACIÓN del mismo. Sin embargo, esto resulta apenas lógico y razonable *ex post*, para el declarante que, en su momento cuando ostentaba la dirección de la interventoría, *ex ante*, en comunicación suscrita a la demandante, no aprobó en su momento dicha suspensión pues confundió o equiparó los términos de SUSPENSIÓN CON MODIFICACION. En ese sentido hoy su testimonio es contrario al respectivo informe de interventoría que se emitió recomendando al final la liquidación del contrato e impidiendo, por su PROPIA CULPA (DEL CONTRATANTE REPRESENTADO) la no culminación del contrato.

Por lo anterior, se requiere análisis detallado y juicioso del Contrato de Confinanciación y de los hechos que, conllevaron la solicitud de SUSPENSIÓN del contrato, la cual fue negada pese a que, correspondía a un derecho contractual que, si bien es cierto es potestativo de la entidad contratante en ejercicio de su posición dominante; impidió entregar este último resultado. Resultado este último que era una más de las actividades suscritas.

De haberse observado un notorio incumplimiento contractual de todas las actividades que pusieran en peligro la ejecución de dineros públicos la entidad no habría desembolsado los recursos conforme a la recomendación de su INTERVENTORA.

SEGUNDO.- FORMA DE PAGO: Los argumentos del A-Quo en su decisión, al decir que el hecho de los desembolsos no significan un cumplimiento contractual, son contrarios a lo ESTABLECIDO EN EL CONTRATO en cuestión, teniendo en cuenta que la cláusula cuarta del contrato de cofinanciación N° CEP014-13, determina la forma en la cual serán desembolsados los recursos. De manera clara el contrato expresa: "

CLÁUSULA CUARTA. ENTREGA DE LA COFINANCIACIÓN O INCENTIVO: El incentivo a que hace referencia la presente cláusula será desembolsado por el FONDO al CONTRATISTA en las siguientes condiciones:

1. Un primer desembolso, en calidad de anticipo, equivalente al cuarenta por ciento (40%) del monto del incentivo, es decir la suma de DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS M/CTE. ($280.000.000.00), una vez legalizado el contrato y emitido el visto bueno para su desembolso por parte de la Interventoría del contrato y del FONDO.

2. Un segundo desembolso por el treinta por ciento (30%) del monto del incentivo, es decir la suma de DOSCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE. ($210.000.000.00), una vez cumplidas y entregadas las actividades y resultados contemplados al 50% del plazo de ejecución contractual de conformidad con lo establecido en la propuesta presentada y aprobada, y emitido el visto bueno para su desembolso por parte de la Interventoría del contrato y del FONDO.

Nótese como de manera diáfana se estableció que, el segundo desembolso se realizará una vez " cumplidas y entregadas las actividades y resultados contemplados al 50% del plazo de ejecución contractual, previo visto bueno de interventor", contrato el cual, pese a ser un acuerdo jurídico entre dos o más partes que genera derechos y obligaciones mutuas, fue desconocido, pues en la lectura del fallo manifiesta la Señora Juez que, el desembolso de los respectivos pagos no significa el cumplimiento de las actividades por parte del ejecutor, interpretación errónea y que pone en desequilibrio de cumplimiento contractual a la hoy demandada.

Ahora bien, la prueba testimonial del Señor MANUEL JIMENEZ (Audiencia Art. 373 - Audio minuto 1:56:51) en donde ilustra que el haber realizado el desembolso no puede significar el cumplimiento contractual, *solamente prueba que se habían realizado las actividades,* manifestación contraria a lo pactado contractualmente, teniendo en cuenta que el ítems 2 de la cláusula cuarta – segundo desembolso, claramente señala "*una vez cumplidas y entregadas actividades*", conforme lo expuesto, las pruebas no fueron valoradas en su conjunto y conforme los argumentos del fallo, la tesis planteada por la Señora Juez tiene su soporte únicamente en el testimonio, pues alude que el segundo desembolso no significa cumplimiento contractual, argumentos que desconocen el contrato.



E-Mail: velezabo@hotmail.com

La Señora Juez, desconoce en ese sentido lo dispuesto en el Artículo 176 del Código General del Proceso "*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*".

TERCERA.- INTERVENTORIA: Incurre en imprecisión la Señora Juez al manifestar que, la interventoría fue realizada por la UNIVERSIDAD NACIONAL con intervalos en los cuales actuó la firma MOORE STHEPENS SCAI, Pues quien desarrolló todas las actividades de la interventoría fue la firma MOORE STHEPENS SCAI. Esta firma verificó durante prácticamente toda la ejecución del contrato, el cumplimiento técnico y financiero del proyecto CEP014-13, para lo cual se realizaron 3 visitas de interventoría. Verificados los mecanismos de control al desarrollo de las actividades que por cronograma se debían haber cumplido, es así como la firma MOORE STHEPENS *VALIDÓ EL CUMPLIMIENTO* de las ACTIVIDADES en un 100% por esta razón, Innpulsa aprobó el segundo desembolso.

Claramente el contrato habla de unos PRODUCTOS y cada vez que la INTERVENTORA MOORE STHEPENS validó con sus propias técnicas o las acordadas con el hoy demandante en su propio contrato que, los productos se estaban entregando en la forma dispuesta en la propuesta avalada, esas ACTIVIDADES y sus entregables o productos válidos para *EL CORRESPONDIENTE PAGO*, en otras palabras, hacen tránsito a *cosa entregada* u obligación cumplida. Apelamos en ese sentido al principio de confianza legítima, en el entendido que lo aprobado por la interventora que facilitó el pago, estaba en rigor.

Ahora bien, hasta la misma interventoría de la Univ. Nacional ratificó el cumplimiento TÉCNICO del contrato por parte de FUNDACIÓN VISIÓN SALUD en un 77.26% tanto es así que sólo faltaba el componente de CERTIFICACIÓN por el TERCERO que era ICONTEC quien claramente expresó que no podía hacer la evaluación de certificación si no contaban todos los usuarios (prestadores de servicios de salud) con las visitas de cumplimiento que imponía la nueva resolución, no obstante, se insiste, que todas las beneficiarias del contrato siempre estuvieron habilitadas para la prestación de servicios de salud.

Ahora bien, por razones que desconoce LA FUNDACIÓN VISIÓN SALUD, en el mes de Abril de 2015 se realizó cambio de interventoría a tan solo dos meses, aproximadamente, de la terminación del contrato, en donde se habían recibido un sin número de visitas de seguimiento, jornadas de trabajo, aprobación de actividades, entre otras actividades realizadas por la firma MOORE STHEPENS, pues tan solo la UNIVERSIDAD NACIONAL llego a realizar el informe de liquidación *pero valorando y determinando nuevamente lo que ya había sido objeto de seguimiento y aprobación*, la UNIVERSIDAD NACIONAL no realizó visitas de seguimiento y verificación de cumplimiento como si lo realizó la anterior interventoría. La FUNDACIÓN VISIÓN SALUD como operador del proyecto fue atropellado en su CONFIANZA LEGÍTIMA y BUENA FÉ en el desarrollo de sus actividades, recibió por parte de la UNIVERSIDAD NACIONAL un informe en el que se pronunció sobre el no cumplimiento de actividades pero, lo que no analizó, fueron las circunstancias atribuibles a HECHOS DE TERCEROS y a la NUEVA NORMATIVIDAD, así mismo LA UNIVERSIDAD NACIONAL no realizó visitas de seguimiento y/o verificación de ejecución y desconoció en su integralidad lo ejecutado y a su vez, puso a mi representada en imposibilidad de cumplimiento de lo pactado contractualmente.

Conforme lo expuesto, LA UNIVERSIDAD NACIONAL impidió con su negativa darle trámite a la solicitud de *SUSPENSIÓN DEL CONTRATO*, e impidió en consecuencia, la culminación exitosa del contrato, teniendo en cuenta que, conforme pruebas obrantes en el expediente la entrega de certificados de habilitación como requisito exigido por la resolución 2003 de 2014 para ser certificada por el INCONTEC se habría podido lograr dentro de la cobertura del tiempo de suspensión.

CUARTA-: CAMBIO NORMATIVO Y ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA FUNDACIÓN VISIÓN SALUD: LA FUNDACIÓN VISIÓN SALUD, para el desarrollo del Contrato de Cofinanciación N° CEP014-13, cuyo objeto corresponde a " *Facilitar el acceso de empresas del sector salud a nuevos mercados, especialmente a los internacionales, mediante una intervención integral en sus áreas funcionales orientada al mejoramiento de la calidad y seguridad del usuario*", pesé al cambio de normatividad en cuanto a *procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud,* las IPS que hacían parte del clúster en salud se encontraban debidamente habilitadas. Tal como lo expuso ampliamente la testigo – Directora del Proyecto María Constanza Contreras, en la ejecución del convenio se desarrollaron todas y cada una de las actividades indicadas, y en su testimonio (audio 1:27:38) "*se cumplió en un 100% en todas las capacitaciones, acompañamiento y asesoramiento, en lo que tiene que ver con el resultado estricto, entrega de certificación que era la última actividad que no se dio por el cambio de normatividad, se podía hablar de un 90 o 95% sin la certificación, que no se dio por cambio de normatividad, razón por la cual se solicitó la suspensión que fue negada*"; tan preparadas estaban las beneficiarias en el cumplimiento de todas las normas inclusive la Resolución 2003 de 2014, y que, la FUNDACIÓN VISIÓN SALUD había preparado a la totalidad de las IPS para recibir su correspondiente certificación que, se hizo un ajuste a la metodología y se introdujo un componente de sistemas integrados de gestión y, basta revisar lo aprobado por la firma interventora MOORE STHEPENS SCAI y por ende, por INNPULSA, para ver qué se les capacitó en las nuevas normas vigentes a los usuarios y/o beneficiarios. En ese orden de ideas, se habían cumplido todos los requisitos de preparación de las entidades y se dependía de TERCEROS entes certificadores, como de la Secretaría Distrital de Salud, autoridad que hace visitas de verificación de cumplimiento de requisitos de habilitación, que se salía de las manos de la FUNDACIÓN VISIÓN SALUD. Este señor Juez, es UN HECHO IMPREVISIBLE e IRRESISTIBLE, el cambio de normatividad, pero que, no significa que no se hubiesen desarrollado actividades para lograr la certificación, como lo dejo entrever el fallo de primera instancia. En síntesis su Señoría no fueron valoradas las pruebas en conjunto y se desconoció por completo el testimonio de la Directora del Proyecto María Constanza Contreras quien conoció de primera mano todo lo relacionado al contrato.

VIGENCIA DE RESOLUCION 2003 DE 2014: Por otra parte, si bien es cierto la Resolución 2003 de 2014 la cual modificó los estándares de habilitación, fue emitida el 28 de Mayo de 2014, todos los prestadores serían visitados por las Secretarías de Salud, con posterioridad, y conforme a lo dispuesto en el Articulo 14 de la citada Resolución indica que las visitas se realizarían en la vigencia 2015.

Artículo 14. *Plan de Visitas de Verificación.* Las Entidades Departamentales y Distritales de Salud, anualmente, formularán y ejecutarán un plan de visitas a los Prestadores de Servicios de Salud inscritos en el REPS, para verificar el cumplimiento y mantenimiento de las condiciones de habilitación y del desarrollo del Programa de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad de la Atención en Salud.

El plan de visitas de verificación deberá estar formulado a más tardar el 30 de noviembre de la vigencia anterior en la cual será ejecutado y reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud, a más tardar el 20 de diciembre del mismo año. El plan de visitas para el año 2015, deberá ser reportado a la Superintendencia Nacional de Salud a más tardar el 20 de diciembre de 2014.

QUINTO.- IMPREVISIÓN POR LA EXPEDICIÓN DE NORMAS cuyo cumplimiento se encuentra a cargo de otras autoridades. (SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD): Era discrecional y aún lo es, la realización de visitas de verificación de cumplimiento de estándares de habilitación a los prestadores de servicios de salud por parte de la respectiva Secretaría Distrital de Salud.

Es así como, no es posible el traslado de circunstancias ajenas al contratista y que surgen en la ejecución contractual y que se tornan imprevisibles e irresistibles, pero FUNDACIÓN VISIÓN SALUD siempre con la disposición de cumplimiento de lo encomendado contractualmente desarrollo todas y cada una de las posibilidades existentes, pero no fue posible coadyuvancia por la parte contratante, conllevando a la no terminación del contrato quien no facilitó el feliz término del mismo.

En el presente caso hubo causas atribuibles a terceros, a la voluntad unilateral del contratante de no suspender el contrato. Circunstancias estas que, para el A-Quo resultaron irrelevantes ya que, se limitó a exponer en el fallo que, desde la entrada en vigencia de la norma y hasta la fecha de finalización del contrato, se tuvo todo el tiempo necesario para buscar soluciones y/o alternativas de cumplimiento y no se realizaron. Afirmaciones que son contrarias a la realidad y que nos permite concluir que la Señora Juez, no tuvo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la ejecución contractual. Aunado a ello, hay falta de valoración en conjunto de las pruebas. Se insiste que, en la valoración de pruebas debió tomar el testimonio del Director de la interventoría e la Universidad Nacional, en donde manifiesta que no tenía conocimiento de la Resolución 2003 de 2014, *es decir fuimos objeto de interventoría finalizando ejecución por una entidad que no tenía conocimiento de la resolución y/o hecho ajeno a la FUNDACIÓN VISIÓN SALUD, que corresponde a la circunstancia que por fuerza mayor impidió la entrega de resultado y que corresponde a responsabilidad del ente certificador?*

SEXTO.- CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL: Del análisis importante que debió realizarse para determinar el incumplimiento contractual por parte de FUNDACIÓN VISIÓN SALUD, que corresponde ese el problema jurídico, debió la administradora de justicia, valorar el testimonio de la Directora María Constanza Contreras y bajo el principio de la sana critica, poder determinar que el objeto del contrato que correspondía a "*FACILITAR EL ACCESO DE EMPRESAS DEL SECTOR SALUDA NUEVOS MERCADOS, ESPECIALAMENTE A LOS INTERNACIONALES, MEDIANTE UNA INTERVENCIÓN INTEGRAL EN SUS AREAS FUNCIONALES OIENTADA AL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD Y SEGURIDAD DEL USUARIO",* se cumplió, teniendo en cuenta que las

entidades que participaron en el proyecto y que hacían parte del *clúster de Turismo en Salud* y que dio origen al proyecto de cofinanciación, recibieron todos los beneficios objeto del contrato, tal como lo expuso la testigo Contreras: "*se cumplió en un 100% en todas actividades de capacitaciones, acompañamiento y asesoramiento, en lo que tiene que ver con el resultado estricto, entrega de certificación que era la última actividad que no se dio por le cambio de normatividad, se podía hablar de un 90 o 95% sin la certificación, que se dio por cambio de normatividad, razón por la cual se solicitó la suspensión que fue negada*" (audio 1:27:38).

El cumplimiento de todas las actividades, no fue tenido en cuenta por el A-quo al momento de proferir sentencia, como tampoco analizó los porcentajes de cumplimiento y las reglas utilizadas por la interventoría para determinar el incumplimiento, que como fue ilustrado en la contestación de la demanda y por los testigos, contractualmente no esta estipulada la forma de establecer porcentajes de cumplimiento en el contrato, y la interventoría de la UNIVERSIDAD NACIONAL a su juicio determinó que lo realizado, aprobado y que hacia tránsito a cosa entregada por parte de su antecesora, la interventora MOORE STHEPENS SCAI, no correspondía la realidad y por consiguiente; tomó la decisión de realizar nuevamente interventoría a todo el proceso, sin realizar visitas de seguimiento y sin tener en cuenta las circunstancias de fuerza mayor de la ejecución contractual y los derechos adquiridos por mi representada bajo el principio de CONFIANZA LEGÍTIMA.

SÉPTIMO.- FUERZA MAYOR - HECHO DE UN TERCERO: El contrato de Interventoría debe ser supervisado directamente por la entidad contratante. En consecuencia, siempre que una entidad suscriba este tipo de contratos debe designar a un funcionario que haga la supervisión del contrato de la respectiva interventoría y que verifique su cumplimiento en las condiciones pactadas. INNPULSA cambió la interventoría, desconoció lo realizado por la interventoría MOORE STEPHEN SCAI , y trasladó la responsabilidad a la FUNDACIÓN VISIÓN SALUD de su propia negligencia, al no realizar el respectivo seguimiento a la entidad que realizó la interventoría, ahora bien, no se concibe que INNPULSA realice los respectivos desembolsos, con los informes de aprobación de interventoría, para luego no aceptar su gestión, desconociendo toda la labor de seguimiento realizada y desconociendo los derechos adquiridos y la buena fe contractual de mi representada.

Ahora bien, si bien es cierto la entidad contratante tiene plena potestad de escoger quien realice las labores de interventoría, también es cierto que podía terminar unilateralmente el contrato, pero lo que resulta reprochable es que no facilitó el cumplimiento de la prestación , en tanto y en cuanto el obligado se hallaba sujeto a una fuerza mayor que se podría haber superado en tanto el acreedor hubiese suspendido el contrato mientras se lograba que la actividad, por el hecho de un tercero permitiera el cumplimiento total de la prestación . No lo hizo y de manera intransigente lo impidió . En ese entendido esta negligencia o culpa que impidió obtener el último entregable, CERTIFICACIONES del ICONTEC, es atribuible a INNPULSA

OCTAVO.- INSUFICIENCIA EN LA FUNDAMENTACIÓN PROBATORIA, POR VULNERACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA: La inconformidad radica, en que el A-quo absuelve tras restarle credibilidad a la testigo DIRECTORA DEL PROYECTO, no obstante, que su deposición resultó coherente y lógica, de acuerdo con lo ocurrido dentro del contrato, En síntesis, el Juzgador se equivocó por «no haber aplicado las máximas de la experiencia, el postulado de la causa - efecto y el principio de razón suficiente a la fijación de los hechos que en efecto modificaron la forma de ejecución de las obligaciones a cargo de VISIÓN SALUD, el cual como fue explicado por la directora, se atribuyó a un cambio normativo, ajeno a la fundación visión salud, así como la

inobservancia por parte de la interventoría y la entidad impulsa, de los hechos que afectaron el normal desarrollo del contrato, llevando a VISIÓN SALUD a soportar mayores cargas de las contratadas inicialmente.

Por lo expuesto de manera amplia, la administradora de justicia, valoró indebidamente las pruebas como se evidencia en la parte resolutiva de la sentencia de fecha 7 de Noviembre de 2023.

Conforme lo anterior, solicito muy respetuosamente, sea revocado el fallo de primera instancia y se decida en justicia, respetando los principios contractuales y constitucionales.

De la Señora Juez,

YUDY MARIETH VÉLEZ CALDERÓN
C.C. Nº 1.083.869.408 de Pitalito
T.P. Nº 183.329 del C.S de la J

MEMORIAL DRA AYAZO RV: Recurso de apelación 11001-31-03-018-2021-00188-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 2/04/2024 4:45 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (564 KB)

11001310301820210018801 SUS APE SENT JUAN IGNACIO.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Ciro Humberto Lobo Gallardo <coordinadorlitigios.juridica@masivocapital.co>
Enviado el: martes, 2 de abril de 2024 4:43 p. m.
Para: secsctsupbta@notificacionesrj.gov.co; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
CC: Cristhian Javier Ovalle Orjuela <profesionallitigios2.juridica@masivocapital.co>; freyarroyoabogado@gmail.com; Juzgado 18 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <ccto18bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Recurso de apelación 11001-31-03-018-2021-00188-01
Importancia: Alta

Señores
H. TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

DEMANDANTE:	Juan Ignacio López Castellanos Masivo Capital S.A.S. en Reorganización
DEMANDADO:	**11001-31-03-018-2021-00188-01**
RADICADO: ASUNTO:	Sustentación del recurso de apelación de sentencia proferida en audiencia del 14 de noviembre de 2023

Actuando en calidad de apoderado judicial de Masivo Capital S.A.S. en reorganización, y estando dentro del término legal concedido, presento la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 civil del Circuito en audiencia del 14 de noviembre de 2023, con fundamento en lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., adjunto recurso con los reparos concretos.

Atentamente.

Ciro Humberto Lobo Gallardo

Coordinador Juridico Litigios

Av. Calle 26 N° 59 – 51 Torre 3 Argos Oficina 504
Ciudadela Empresarial Sarmiento Angulo
[57+1] 220 50 60 [ext.] / Cel:
Bogotá D.C. Colombia

www.masivocapital.co

Los textos, anexos y demás información incluida en este mensaje son confidenciales y de propiedad exclusiva de MASIVO CAPITAL SAS. La recepción del mensaje no otorga ningún derecho de reproducción, modificación o comunicación del mismo. Si recibe este mensaje por error, absténgase de leerlo, elimínelo y comuníquelo al remitente inmediatamente.

Por favor considere su responsabilidad ambiental antes de imprimir este correo electrónico

Señores
H. TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

DEMANDANTE:	Juan Ignacio López Castellanos
DEMANDADO:	Masivo Capital S.A.S. en Reorganización
RADICADO:	**11001-31-03-018-2021-00188-01**
ASUNTO:	Sustentación del recurso de apelación de sentencia proferida en audiencia del 14 de noviembre de 2023

Actuando en calidad de apoderado judicial de Masivo Capital S.A.S. en reorganización, y estando dentro del término legal concedido, presento la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 civil del Circuito en audiencia del 14 de noviembre de 2023, con fundamento en lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., así:

ANTECEDENTES.

Que mediante Resolución No. 064 de 2010, Transmilenio S.A., convocó la licitación pública TMSA-LP004 de 2009. Con el objeto de otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios para la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano bajo el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá D.C.- SITP.

Por consiguiente, la licitación pública TMSA-LP004 de 2009, estableció que las empresas que iban a participar en la licitación debían vincular el mayor número vehículos de transporte público urbano de la ciudad de Bogotá D.C., mediante contratos con los propietarios bajo las modalidades de compraventa y/o renta fija mensual con lo cual que garantiza el control total sobre los rodantes por parte del oferente.

En virtud de lo anterior y como requisito para postularse a la licitación ya mencionada, Masivo Capital S.A.S, como promesa de sociedad futura, vinculó el rodante de placas **SIN156**, mediante PROFORMA 6B del 23 de julio de 2009, la cual fue suscrita por el señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO**, identificado con la cedula No. 79.728.504, quien ostentaba la propiedad del vehículo para la época de la licitación.

Por lo anterior, Masivo Capital S.A.S, cumplió con los requisitos exigidos de dicha licitación por consiguiente le fue adjudicado por parte de Transmilenio S.A., los contratos de concesión 006 y 007 de 2010, para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de pasajeros dentro del esquema del SITP, para las zonas de Kennedy y Suba Oriental.

Con base en lo anterior, el día 27 de enero de 2011, Masivo Capital S.A.S., en aras de garantizar la compra del automotor **SIN156**, suscribió un contrato de compraventa con el señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO**, en dicho contrato se estableció en la cláusula 3.2, que el precio de la compra del automotor seria por un valor de **NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($97.135.500)**,

Igualmente, se estableció como forma de pago en la cláusula 3.2.1, el valor de **CINCO MILLONES DE PESOS ($5.000.000),** a título de arras la cuales se entenderá como parte

de pago del precio convenido a la firma del contrato y el saldo es decir **NOVENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS ($92.135.500),** dentro de los 90 días calendarios siguientes a la entrega del vehículo.

Adicionalmente, se pactó entre las partes en la cláusula 3.4, que la fecha de entrega del vehículo por parte del vendedor sería el día de inicio de la operación de la ruta asignada al vehículo, fecha que sería informada por Masivo Capital S.A.S., al vendedor así mismo se estableció que el día de la entrega material se llevará a cabo el respectivo tramite de traspaso ante las entidades competentes.

Posteriormente, el día 17 de marzo de 2011, las partes de común acuerdo suscribieron un ***OTROSÍ***, al contrato de compraventa en cual se modificó la cláusula 3.2.1, la forma de pago y estableció que el vendedor recibió el valor de **VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE ($20.000.000),** como arras y que se entendería como parte de pago del precio pactado, por consiguiente, el saldo a pagar sería el valor de **SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($77.135.500),** manteniendo vigente los descuentos por impuestos y retenciones que causen conforme a ley.

Así, la cosas el señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO,** tenía la posibilidad de seguir en calidad de tenedor y usufructuar el vehículo.

Para 28 de diciembre 2012, el señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO,** informó de manera verbal a **Masivo Capital S.A.S**, que le cedió los derechos sobre el saldo pendiente del contrato de compraventa del vehículo, es decir la suma de **SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($77.135.500)** a los señores **JORGE ALIRIO ESTUPIÑAN ROJAS** y al señor **JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS.**

Acto seguido procedieron a registrar ante el SIM (Servicios Integrales para la Movilidad), un traspaso en el cual el señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO,** les vendió el automotor a los señores **JORGE ALIRIO ESTUPIÑAN ROJAS** y al señor **JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS,** quienes seguían usufructuando el vehículo.

Lo anterior, hasta el momento en que la entidad Distrital Secretearía de Movilidad en calidad de ente regulador del servicio público de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C., mediante auto 20050 de 2015 de fecha 31 de marzo de 2015, disminuyó la capacidad transportadora de la compañía en la que se encontraba afiliado el vehículo, por consiguiente, canceló la tarjeta de operación en la que facultaba la prestación del servicio público de transporte de pasajeros al vehículo SIN156, **siendo esta actuación ajena a Masivo Capital S.A.S.**

El 10 de noviembre 2016, el señor **JORGE ALIRIO ESTUPIÑAN ROJAS,** le traspasa el porcentaje que le corresponde sobre el automotor al señor **JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS,** quedando este último como Propietario del 100% del vehículo de placas **SIN156**.

Antecedentes que fueron probados a través de las pruebas documentales allegadas con la contención de la demanda y las confesiones recaudadas en el interrogatorio realizado al demandante:

Documentales:

- Contrato de compraventa y otro sí, suscrito con el señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO.**

- ***Certificado de Tradición y Libertad Nro. CT902186373*** *en la que se indica la tradición del rodante:*

MINTRANSPORTE

PLACA: SIN156 Página 2 de 3

CERTIFICADO DE LIBERTAD Y TRADICIÓN

Nro. CT902186373

Propietario(s) Actual(es)

JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS, CÉDULA DE CIUDADANÍA 457604.

Historial de propietarios

07/06/2003 De COOTRANSPENSILVANIA , A MARTHA LUCIA MACARENO PEREZ, Traspaso; 09/04/2008 De MARTHA LUCIA MACARENO PEREZ, A EUCLIDES SUESCUN APONTE, Traspaso; 24/06/2009 De EUCLIDES SUESCUN APONTE, A ALEXSANDER SUESCUN CARO, Traspaso; 28/12/2012 De ALEXSANDER SUESCUN CARO, A JORGE ALIRIO ESTUPIÑAN ROJAS, Traspaso; 28/12/2012 De ALEXSANDER SUESCUN CARO, A JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS, Traspaso; 10/11/2016 De JORGE ALIRIO ESTUPIÑAN ROJAS, A JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS, Traspaso

Confesión a través del interrogatorio de parte realizado al demandante:

- ***Pregunta Minuto 57:44*** *-Sabia las condiciones en la cuales alexander Suescun había negociado el vehículo con Masivo Capital?*
- ***Responde 57:47-*** *el me la hizo saber en su momento claro.*
- ***Pregunta Minuto 57:44.*** *¿Teniendo en cuenta su pregunta, cual fue el valor de compra entre Masivo Capital Y Alexander Suescun sobre el vehículo micro bus de placas SIN156?*
- ***Responde 58:06 -*** *(…) era de 97 millones y había un restante de 77 millones para cuando Masivo recogiera el vehículo.*
- ***Pregunta Minuto 58:36. ¿Usted tenía conocimiento que sobre el valor de la compra se hizo un anticipo por 20 millones de pesos sobre ese vehículo y usted lo compró bajo esas condiciones?***
- ***Responde 58:44 – Sí, Doctor.***

De lo anterior que demostrado que el demandante conocía sobre la existencia de la negociación del rodante y las condiciones del precio y la forma de pago entre el señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO,** informó de manera verbal a **Masivo Capital S.A.S.**

Posteriormente entre mi poderdante y el señor **JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS** en aras de sanear el incumplimiento del señor **ALEXSANDER SUESCUN CARO,** deciden diligenciar los mimos documentos es decir el contrato de compraventa y el otrosí, bajo las mismas condiciones de la cosa, precio, forma de pago, con el fin de actualizar la información en nuestras bases de datos, como ultimo propietario del rodante; No obstante, el señor **López Castellanos,** solamente suscribió el contrato de compraventa quedando pendiente el otrosí, el cual se negó a suscribir.

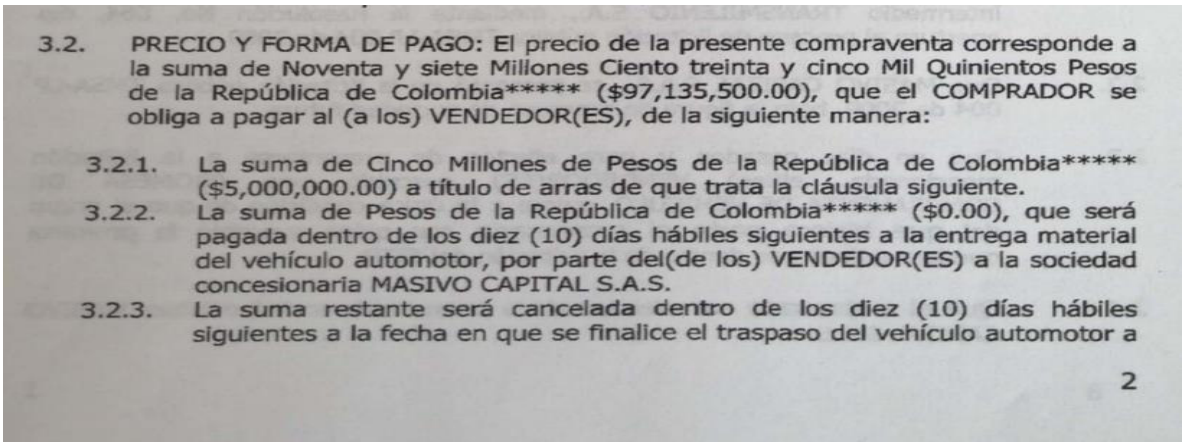
Omisión que se transforma en un acto de mala fe, pues tal y como quedó probado mediante

Confesión a través del interrogatorio de parte realizado al demandante:

- ***Pregunta Minuto 57:44*** *-Sabia las condiciones en la cuales alexander Suescun había negociado el vehículo con Masivo Capital?*
- ***Responde 57:47-*** *el me la hizo saber en su momento claro.*
- ***Pregunta Minuto 57:44.*** *¿Teniendo en cuenta su pregunta, cual fue el valor de compra entre Masivo Capital Y Alexander Suescun sobre el vehículo micro bus de placas SIN156?*
- ***Responde 58:06 -*** *(…) era de 97 millones y había un restante de 77 millones para cuando Masivo recogiera el vehículo.*
- ***Pregunta Minuto 58:36. ¿Usted tenía conocimiento que sobre el valor de la compra se hizo un anticipo por 20 millones de pesos sobre ese vehículo y usted lo compró bajo esas condiciones?***
- ***Responde 58:44 – Sí, Doctor.***

Es decir que su intención era que **MASIVO CAPITAL S.A.S** le pagara el saldo de los de **SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($77.135.500)** más **QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000).** ya que no suscribiría el otrosí pendiente.

De otra parte y como quedó establecido en la clausula 3.2. precio y forma de pago:



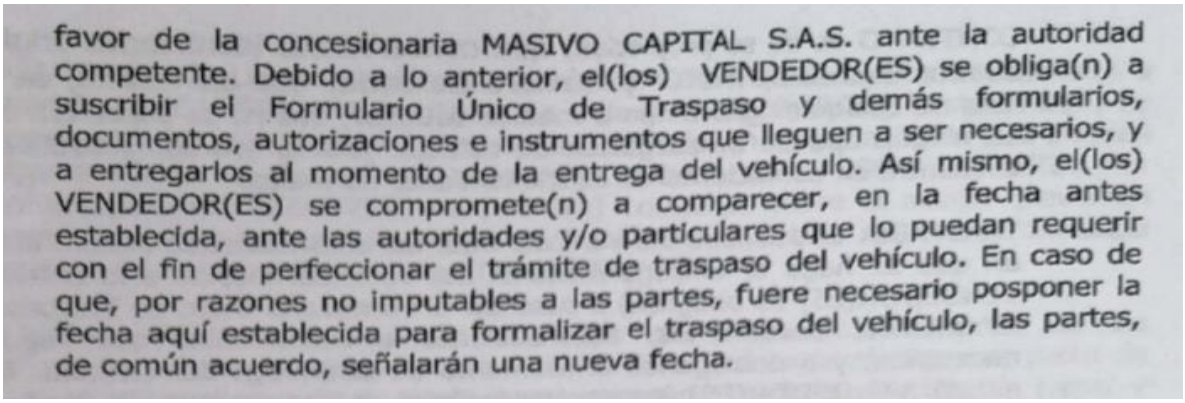
3.2. PRECIO Y FORMA DE PAGO: El precio de la presente compraventa corresponde a la suma de Noventa y siete Millones Ciento treinta y cinco Mil Quinientos Pesos de la República de Colombia***** ($97,135,500.00), que el COMPRADOR se obliga a pagar al (a los) VENDEDOR(ES), de la siguiente manera:

3.2.1. La suma de Cinco Millones de Pesos de la República de Colombia***** ($5,000,000.00) a título de arras de que trata la cláusula siguiente.

3.2.2. La suma de Pesos de la República de Colombia***** ($0.00), que será pagada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la entrega material del vehículo automotor, por parte del(de los) VENDEDOR(ES) a la sociedad concesionaria MASIVO CAPITAL S.A.S.

3.2.3. La suma restante será cancelada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se finalice el traspaso del vehículo automotor a

2



favor de la concesionaria MASIVO CAPITAL S.A.S. ante la autoridad competente. Debido a lo anterior, el(los) VENDEDOR(ES) se obliga(n) a suscribir el Formulario Único de Traspaso y demás formularios, documentos, autorizaciones e instrumentos que lleguen a ser necesarios, y a entregarlos al momento de la entrega del vehículo. Así mismo, el(los) VENDEDOR(ES) se compromete(n) a comparecer, en la fecha antes establecida, ante las autoridades y/o particulares que lo puedan requerir con el fin de perfeccionar el trámite de traspaso del vehículo. En caso de que, por razones no imputables a las partes, fuere necesario posponer la fecha aquí establecida para formalizar el traspaso del vehículo, las partes, de común acuerdo, señalarán una nueva fecha.

Solo podía cumplir con la entrega material del rodante al comprador solo hasta después del día **10 de noviembre de 2016,** donde se hizo propietario del 100% del vehículo como quedo establecido en el certificado de tradición del vehículo SIN156, y solo hasta esa fecha disponer tanto de la entrega material del rodante como de la suscripción y diligenciamiento

del del formato único de traspaso, como lo exige el procedimiento ante las autoridades de tránsito municipales y Distritales.

Con lo anterior le quedó demostrado al *A quo*, que el demandante no pudo cumplir con la entrega del rodante si no hasta después del día **10 de noviembre de 2016.**

De igual manera quedó probado que Masivo Capital S.A.S., cumplió con su obligación contractual al realizar en reiteradas oportunidades el requerimiento del rodante al aquí demandante como se aportó en la contestación de la demanda



Consecutivo: S16-MAS-JUR-779
Entidad: JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS
Realizado: TATIANA PAOLA [illegible] MASIVO
Fecha: marzo 02 2016 12:40:11

Masivo Capital

Bogotá D.C., 02 de marzo de 2015

Señor
JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS
Calle 65 sur No 78 H – 15, Bosa; Celular: 3115157481
Ciudad

Referencia: Respuesta al derecho de petición, radicada mediante número E16-MAS-343.

Cordial saludo,

En atención al derecho de petición de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

- MASIVO CAPITAL S.A.S., como sociedad de naturaleza privada, no tuvo ni tiene ningún tipo de influencia e injerencia frente a la decisión y/o los perjuicios que se hayan podido generar como consecuencia de la decisión adoptada por el Distrito por intermedio de la Secretaria Distrital de Movilidad, en la cual a través de un acto administrativo efectuó la cancelación de la tarjeta de operación del vehículo de placa SIN 156.

- Frente a la solicitud de entrega del vehículo de placa SIN 156, vale la pena mencionar que, de conformidad con el contrato de compraventa del vehículo en comento, suscrito con Usted como propietario, el día dos (02) de febrero de 2011, el Concesionario tiene la facultad de decidir en qué momento y a que propietario llama para hacer efectiva su vinculación, ya sea para usar en la operación el vehículo o para cumplir la cuota de chatarrización.

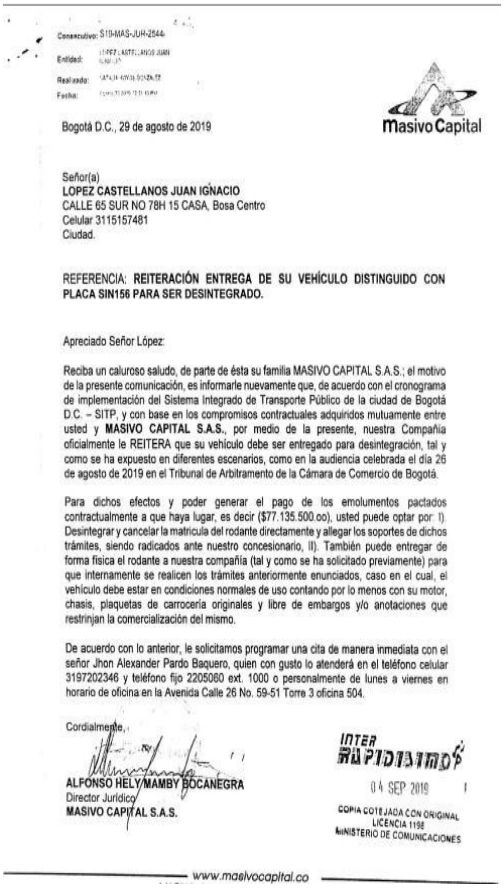
No obstante, MASIVO CAPITAL S.A.S. le informa que se encuentra adelantando todas las gestiones pertinentes para la recepción de los vehículos presentados por nuestro Concesionario dentro del proceso licitatorio TMSA-LP-004 DE 2009,lo anterior a fin de dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas mediante los Contratos de Concesión 006 y 007 de 2010, suscritos con Transmilenio S.A.

En concordancia con lo anterior, MASIVO CAPITAL S.A.S. lo invita a acercarse a las oficinas administrativas de la Compañía, Ubicada en la Av. Calle 26 No 59-51, Torre Argos, Oficina 504 a fin de poder tener la oportunidad de conversar con usted, respecto de la eventual recepción del vehículo de placa SIN 156.

En estos términos MASIVO CAPITAL S.A.S. da respuesta objetiva y de fondo frente al derecho de petición impetrado por Usted.

Cordialmente,

HOLLMAN SUAREZ AMADOR
Gerente General
MASIVO CAPITAL S.A.S.



Consecutivo: S19-MAS-JUR-2544
Entidad: [illegible]
Realizado: [illegible]
Fecha: [illegible]

Masivo Capital

Bogotá D.C., 29 de agosto de 2019

Señor(a)
LOPEZ CASTELLANOS JUAN IGNACIO
CALLE 65 SUR NO 78H 15 CASA, Bosa Centro
Celular 3115157481
Ciudad.

REFERENCIA: **REITERACIÓN ENTREGA DE SU VEHÍCULO DISTINGUIDO CON PLACA SIN156 PARA SER DESINTEGRADO.**

Apreciado Señor López:

Reciba un caluroso saludo, de parte de ésta su familia MASIVO CAPITAL S.A.S.; el motivo de la presente comunicación, es informarle nuevamente que, de acuerdo con el cronograma de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de la ciudad de Bogotá D.C. – SITP, y con base en los compromisos contractuales adquiridos mutuamente entre usted y **MASIVO CAPITAL S.A.S.**, por medio de la presente, nuestra Compañía oficialmente le REITERA que su vehículo debe ser entregado para desintegración, tal y como se ha expuesto en diferentes escenarios, como en la audiencia celebrada el día 26 de agosto de 2019 en el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Para dichos efectos y poder generar el pago de los emolumentos pactados contractualmente a que haya lugar, es decir ($77.135.500.oo), usted puede optar por: I). Desintegrar y cancelar la matricula del rodante directamente y allegar los soportes de dichos trámites, siendo radicados ante nuestro concesionario, II). También puede entregar de forma física el rodante a nuestra compañía (tal y como se ha solicitado previamente) para que internamente se realicen los trámites anteriormente enunciados, caso en el cual, el vehículo debe estar en condiciones normales de uso contando por lo menos con su motor, chasis, plaquetas de carrocería originales y libre de embargos y/o anotaciones que restrinjan la comercialización del mismo.

De acuerdo con lo anterior, le solicitamos programar una cita de manera inmediata con el señor Jhon Alexander Pardo Baquero, quien con gusto lo atenderá en el teléfono celular 3197202346 y teléfono fijo 2205060 ext. 1000 o personalmente de lunes a viernes en horario de oficina en la Avenida Calle 26 No. 59-51 Torre 3 oficina 504.

Cordialmente,

ALFONSO HELY MAMBY BOCANEGRA
Director Jurídico
MASIVO CAPITAL S.A.S.

INTER RAPIDISIMO
04 SEP 2019
COPIA COTEJADA CON ORIGINAL
LICENCIA 1198
MINISTERIO DE COMUNICACIONES

www.masivocapital.co



Consecutivo: S20-MAS-JUR-491
Entidad: JUAN IGNACIO LOPEZ CASTELLANOS
Realizado: JHON PARDO BAQUERO
Fecha: [illegible]

Masivo Capital

Bogotá D.C., 30 de diciembre de 2019

Señor(a)
LOPEZ CASTELLANOS JUAN IGNACIO
CALLE 65 SUR NO 78H 15 CASA,
3115157481
Ciudad

REFERENCIA: Solicitud de informe periódico sobre el vehiculo de placa ***SIN156***

Apreciado(a) Propietario(a):

Reciba usted un caluroso saludo, de parte de ésta su familia MASIVO CAPITAL S.A.S.

El motivo de la presente comunicación, es informarle que, de acuerdo con el cronograma de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de la ciudad de Bogotá D.C. – SITP, y con base en los compromisos contractuales adquiridos mutuamente entre usted y **MASIVO CAPITAL S.A.S.**, por medio de la presente, nuestra Compañía oficialmente le reitera que como es de mutuo conocimiento su vehículo presenta anotaciones en el certificado de libertad y tradición que impiden la comercialización del mismo.

Por tal razón, nos permitimos solicitar su colaboración en el sentido de informar y/o presentar avances mensuales sobre el estado de las medidas cautelares del rodante, así como de las gestiones realizadas para el levantamiento de las mismas, con el fin de llevar un control y seguimiento de la flota pendiente de recepción, desintegración, cancelación de matricula y activación de la respectiva renta o pago de los saldos por venta, según sea el caso.

De acuerdo con lo anterior, le solicitamos remitir periódicamente la información solicitada (por lo menos una vez al mes), y una vez sea levantada la medida cautelar y/o natación judicial, programar una cita de manera inmediata con el señor Jhon Alexander Pardo Baquero, quien con gusto lo atenderá en el teléfono celular 3197202346 y teléfono fijo 2205060 ext. 1000 o personalmente de lunes a viernes en horario de oficina en la Avenida Calle 26 No. 59-51 Torre 3 oficina 504.

Cordialmente,

ALFONSO HELY MAMBY BOCANEGRA
Director Jurídico
MASIVO CAPITAL S.A.S

INTER RAPIDISIMO
COPIA COTEJADA CON ORIGINAL
Fecha: 14 FEB 2020
LICENCIA 1198
MIN. COMUNICACIONES

Requerimientos fueron rechazados por el demandante tal y como quedó probado en la

Confesión a través del interrogatorio de parte realizado al demandante:

- ***Pregunta Minuto 01:20 – ¿Una vez leído por la señora Juez, usted si entendió o comprendió que masivo Capital le estaba solicitando una fecha para que entregara el vehículo?***
- ***Responde:*** *Yo me acerque a las oficinas posterior y efectivamente me dijeron que si quería dejara el vehículo pero que todavía no había plata.*
- ***Pregunta Minuto 01:20 – ¿Es decir que Masivo Capital si le cumplió con requerirle el vehículo para hacer los trámites de traspaso?***
- ***Responde con evasivas:*** *eso no es ninguna forma nunca me dijeron eso (…)*

Así las cosas, con las pruebas presentadas quedó demostrado que Masivo Capital, si cumplió con su obligación contractual al requerir el rodante al demandante y este tomó la decisión de no hacer la entrega y con ello incumple lo pactado.

No obstante, lo anterior, el *A quo* decidió:

- Declarar resolución del contrato.
- Declarar a Masivo Capital como parte incumplida frente a sus obligaciones contractuales.
- Consecuencia de lo anterior ordeno a Masivo Capital al pago del valor adeudado e incrementado con el valor del IPC desde el año 2011, hasta la fecha en que se realice el pago.

Por lo anterior el objeto de alzada se basa respecto a:

1. **La Evidente parcialidad a favor del demandante por parte del *A quo,* al reconocer el valor de <u>SETENTA Y SIETE MILLONES SIENTO TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS PESOS ($77.136.500) incrementado con el IPC, desde la suscripción del contrato es decir desde el año 2011, hasta la fecha de pago de la obligación por parte de Masivo Capital S.A.S.,</u>** sin que se haya solicitado en las pretensiones de la demanda dicho incremento y en contra de las pruebas debatidas en el proceso.

Con la decisión tomada por la señora Juez de primera instancia, queda evidenciada la parcialidad a favor de la parte demandante, toda vez que de la pruebas decretadas y debatidas en el proceso quedó demostrado que no existió incumplimiento por parte de Masivo Capital SAS, y que esta cumplió con la obligación de solicitar en reiteradas oportunidades el rodante y cumplir con su obligación de pago.

De igual manera quedó probado que quien incumplió el contrato fue el aquí demandante, quien confesó que Masivo Capital, si le requirió el rodante pero que no hizo entrega por que no le iba a pagar de manera inmediata así:

- ***Pregunta Minuto 01:20 – ¿Una vez leído por la señora Juez, usted si entendió o comprendió que masivo Capital le estaba solicitando una fecha para que entregara el vehículo?***
- ***Responde:*** *Yo me acerque a las oficinas posterior y efectivamente me dijeron que si quería dejara el vehículo pero que todavía no había plata.*
- ***Pregunta Minuto 01:20 – ¿Es decir que Masivo Capital si le cumplió con requerirle el vehículo para hacer los trámites de traspaso?***
- ***Responde con evasivas:*** *eso no es ninguna forma nunca me dijeron eso (…)*

Por lo tanto, queda demostrado con las pruebas documentales y las confesiones realizadas por el demandante, el cumplimiento de las obligaciones a cargo de MASIVO CAPITAL

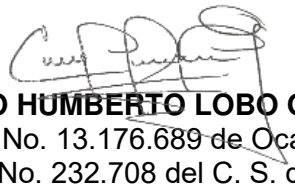
Por lo que, con la decisión tomada, se vulnera el articulo 281 del Código General de Proceso que indica:

> ***"ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS.*** *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*
>
> ***No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.***
>
> *Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.*
>
> *En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio." . (Subrayado y negrita fuera de texto)*

Pues como quedo evidenciado se condeno a mi mandante al pago de los **SETENTA Y SIETE MILLONES SIENTO TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS PESOS ($77.136.500)** e incrementado con el IPC, desde el año 2011, hasta la fecha de pago; Sin que haya sido solicitado en las pretensiones de la demanda.

De lo expuesto anteriormente solcito al Honorable Tribunal, revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar niegue el reconocimiento del incremento del IPC y el reconocimiento de este, desde el año 2011 a la fecha en que se realice el pago por parte de Masivo Capital S.A.S. Y/o y que solo se reconozca el pago pendiente **SETENTA Y SIETE MILLONES SIENTO TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS PESOS ($77.136.500)** una vez el demandante radique los documentos de la cancelación de la matrícula del vehículo ante Masivo Capital.

Cordialmente,



CIRO HUMBERTO LOBO GALLARDO
C.C. No. 13.176.689 de Ocaña N.S.
T.P. No. 232.708 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: SUSTENTACION APELACION VERBAL RAD No. 2021 -0073

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 05/04/2024 15:14

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (304 KB)

SUSTENTAR APELACION JUZ 22 CTO KEIKO.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Atentamente,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Martha Rios <martha.rios@asesorese.com.co>
Enviado: viernes, 5 de abril de 2024 14:56
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: SUSTENTACION APELACION VERBAL RAD No. 2021 -0073

No suele recibir correos electrónicos de martha.rios@asesorese.com.co. Por qué esto es importante

H. Magistrada
Dra. **STELLA MARÍA AYAZO PERNETH**
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL No. 11001 3103 022 2021 00073 01
DEMANDANTE: KEIKO FINANCIAL GROWTH S.A.S
DEMANDADOS: DORA LILIA SALAS PALOMINO

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

MARTHA YANNETH RIOS GARCIA, conocida en autos, en mi condición de apoderada de la parte demandada en el asunto de la referencia, me permito sustentar el recurso de apelación concedido contra la sentencia adoptada en providencia de fecha 18 de octubre de 2023[1], teniendo en cuenta los reparos presentados en la oportunidad legal sobre los cuales versará la presente sustentación, en virtud de lo dispuesto en el auto notificado por estado el 19 de marzo de 2024[2], conforme a lo indicado en el memorial adjunto.

---

[1] Proferida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá

[2] "*De conformidad con el inciso 3° del artículo 12 ibidem, se corre traslado por el término de cinco (5) días a los apelantes para que sustenten los reparos que, de manera concreta formularon contra la sentencia del A quo, so pena de declararse desierto el recurso. Una vez presentado el escrito, córrase traslado al extremo contrario por el término antes indicado.*"

Atenta a cualquier inquietud,

Martha Yanneth Rios Garcia
Asesor Jurídico
3143465714 · martha.rios@asesorese.com.co
Carrera 14 No. 93B - 29 Oficina 502 Bogotá D.C.

eco No me imprimas si no es necesario. Protejamos el medio ambiente

H. Magistrada
Dra. **STELLA MARÍA AYAZO PERNETH**
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL No. 11001 3103 022 2021 00073 01
DEMANDANTE: KEIKO FINANCIAL GROWTH S.A.S
DEMANDADOS: DORA LILIA SALAS PALOMINO

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

MARTHA YANNETH RIOS GARCIA, conocida en autos, en mi condición de apoderada de la parte demandada en el asunto de la referencia, me permito sustentar el recurso de apelación concedido contra la sentencia adoptada en providencia de fecha 18 de octubre de 2023[1], teniendo en cuenta los reparos presentados en la oportunidad legal sobre los cuales versará la presente sustentación, en virtud de lo dispuesto en el auto notificado por estado el 19 de marzo de 2024[2], conforme a lo siguiente

Indico la falladora de primera instancia en su tesis, que: "*Se sostendrá que los medios de convicción recaudados resultan suficientes para acreditar que la demandada incumplió el citado contrato de promesa de compraventa, al omitir levantar la afectación de vivienda familiar y acreditar que el inmueble se encontraba en el estado pactado para que procediera su entrega, por lo que es viable acoger las pretensiones de la acción, debiéndose ordenar a aquélla que proceda a retornar el dinero que recibió por concepto de pago, así como el reconocimiento de la cláusula penal.*"

Para desvirtuar la anterior tesis, procedo a sustentar el recurso de apelación:

1. Indebida aplicación de lo reglado por el artículo 281 del C.G. del Proceso

Importa destacar, que el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, le impone al Juez la obligación de que la sentencia esté en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda así como con las excepciones que resulten probadas y hubieren sido alegadas.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado mencionando que: *"la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver [...]" bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las*

[1] Proferida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá
[2] *"De conformidad con el inciso 3° del artículo 12 ibidem, se corre traslado por el término de cinco (5) días a los apelantes para que sustenten los reparos que, de manera concreta formularon contra la sentencia del A quo, so pena de declararse desierto el recurso. Una vez presentado el escrito, córrase traslado al extremo contrario por el término antes indicado*."

defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio" -Sentencia SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.° 2009- 00114-01) .

Es así como este principio pretende "***impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad,*** *con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"*- Sentencia SC4855-2014, 23 abr., rad. n° 2009-00083-01. (Subrayado fuera de texto por la suscrita)

Lo anterior como quiera que no resolvió de fondo cada una de las excepciones planteadas en la contestación de la demanda, en especial el incumplimiento a cargo de la compradora, pues para que tuviera aceptación la resolución solicitada en la demanda, y en tratándose de contratos bilaterales, requeria a su vez el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 1609 del C. C., porque la parte que alegue y ejercite la acción resolutoria y resarcitoria debía a su vez acreditar el cumplimiento de sus obligaciones o al menos que se allanó a cumplir la contraprestación por él contraída, situación a la cual no se pronunció en debida forma la falladora de primera instancia, como quiera que, no valoro en detalle el comportamiento de la sociedad demandante, quien si incumplió con sus obligaciones en calidad de compradora, esto es, la de pagar el precio acordado en los términos estipulados, aunado a que no asistió en la fecha y hora establecida en la cláusula octava para cumplirse el acuerdo, como tampoco se allano a cumplirlos, tal como quedó demostrado en el proceso.

Tampoco se pronunció en debida forma respecto a la excepción de buena fe a favor de mi procurada, dado que en la sentencia censurada, simplemente se adujo que no existía medio probatorio alguno que acreditara el incumplimiento por parte de la parte demandante, al contrario determino que la demandada incumplió con las cargas determinadas en el contrato base del proceso, sin haberse analizado las razones expuestas en la defensa planteada.

2. Falta de motivación de la sentencia censurada.

Mediante Sentencia C-037-96 de 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional revisó la exequibilidad del Proyecto de Ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, y declaró INEXEQUIBLES algunos apartes, y CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE el resto del artículo 55 del mismo, 'bajo las condiciones previstas en esta providencia. Expreso la Corte: "*De acuerdo con los argumentos expuestos al analizar los principios que informan el proyecto de ley estatutaria, no cabe duda que la más trascendental de las atribuciones asignadas al juez y la que constituye la esencia misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver, con imparcialidad, en forma oportuna, efectiva y definitiva los asuntos que los sujetos procesales someten a su consideración (Art. 228 C.P.). Para ello, es indispensable, como acertadamente se dice al inicio de la disposición que se revisa, que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto*."....."SUBRAYO.

Lo anterior tiene sustento igual en lo reglado por el articulo 280 del

C.G.P. que determina: "*La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella*."

En efecto, la explicación razonada de las conclusiones a la cuales llego la falladora de primera instancia respecto de las excepciones planteadas a favor de mi procurada fueron las siguientes:

"Incumplimiento de las obligaciones a cargo de la compradora. Como se mencionó anteriormente el demandante acreditó el cumplimiento de sus obligaciones, esto es, el primer pago del precio pactado, y que no pudo efectuar el pago del segundo pago, como quiera que este estaba sujeto al cumplimiento de cargas contractuales a cargo de la demandada, obligaciones que como se dijo incumplió.

Buena fe por parte de la demanda. Tal excepción está llamada al fracaso en la medida que, como ya se dijo se encuentran acreditados los elementos axiológicos de la acción de resolución contractual, y no hay medio probatorio alguno que acredite el incumplimiento por parte de la parte demandante, pues se reitera, el segundo pago, estaba atado al acatamiento de la demandada respecto del saneamiento del inmueble, carga que hasta el momento no se ha honrado.

Inexistencia del Retracto. Conforme lo señalado en las consideraciones es innecesario analizar si operó o no el retracto, como quiera que las pruebas son contundentes para acreditar el incumplimiento contractual y las pretensiones relativas al retracto son subsidiarias."

Para llegar a esas conclusiones, adujo la falladora de primera instancia que: "*De igual forma véase que la convocada confesó por conducto de apoderado judicial (art. 193 C. G. del P.) al momento de contestar la demanda y referirse al hecho cuarto que en efecto recibió el dinero (pdf.46, fl.3), y aunque alegó que la suma de $10.000.000 se pagó de forma extemporánea, se insiste, en el contrato de promesa no se pactó que este valor tenía que pagarse el 28 de febrero de 2020 u en otro determinado momento pero en todo caso antes de mayo 7 de 2020, día de firma de la escritura, de ahí que pueda concluirse que la obligación inicial a cargo del demandante se cumplió a cabalidad*."

Lo que difiere del pronunciamiento expreso que se hizo respecto **AL HECHO 4., que** fue lo siguiente**:** "*Es cierto en parte respecto al pago de las sumas de $75.067.025 el 28 de febrero de 2020 y $8.932.975 el 28 de febrero de 2020, sin embargo se aclara, la suma de $10.000.000, fue pagada extemporáneamente, esto es, el 4 de marzo de 2020, fuera del término pactado, a la firma de la promesa (20 de febrero de 2020), por lo que resulta el primer incumplimiento de la parte demandante, al no efectuar los pagos en la forma determinada en la promesa, sino se olvida que una de las obligaciones del comprador es pagar el precio convenido en el tiempo estipulado*."

Resulta que, se equivocó la falladora de primera instancia al concluir que el plazo para el pago de los $10.000.000,oo M/Cte., lo fuera hasta antes del 7 de mayo de 2020, cuando claramente se trataba de cancelar la suma de $94.000.000,oo que el promitente comprador debía pagar a la firma de la promesa de compraventa, esto es, el 28 de febrero de 2020, de los cuales

cancelo extemporáneamente el saldo aludido el 4 de marzo de 2020, por ello, las razones expuestas por la juez de primera instancia difieren de la realidad existente en el proceso, al no haberse valorado en conjunto las pruebas solicitadas para haber llegado a la conclusión a la que llego, que dicho pago podía efectuarse antes de la firma de la escritura pública, pues las razones expuestas no fueron explicadas de manera diáfana, juiciosa y debidamente sustentadas, para haberle achacado el incumplimiento a la demandada, sino se olvida que la obligación principal del comprador es la de pagar el precio convenido (art. 1928 del C.C.).

Así mismo, con relación al levantamiento de la medida cautelar, al haber memorado que "*en este punto debe decirse, que la primera obligación de la demandada, fue desatendida por aquélla, pues se excedió el tiempo para honrar las oportunidades pactadas en el acuerdo*" no fue acertada, pues es claro, que la terminación del proceso ejecutivo que había decretado el embargo registrado en la anotación No. 34 del F.M.I. No. 50N-20512755 del predio objeto de la promesa de compraventa, lo fue el 4 de agosto de 2020, pues el compromiso era el levantamiento de la medida de embargo, sin que se hubiere establecido que debía verificarse ante la oficina de registro, acorde al informe de gestión judicial del mentado proceso obtenido de la página web de la ramajudicia.gov.co, como del expediente digital que se allego como prueba documental, si no se olvida que conforme a la pandemia COVID19 padecida hecho notorio, el Consejo Superior de la Judicatura Sala administrativa suspendió los términos desde el 16 de marzo al 1 de julio de 2020, a través de diferentes acuerdos que son de pleno conocimiento, lo que resultaba imposible cumplir la obligación específica que surgía para las partes en el contrato de promesa, esto es, la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido, en el término o al cumplimiento de la obligación al efecto estipulados, el 7 de mayo de 2020 a las 10 a.m. en la Notaria 5 del Círculo de Bogotá.

De otro lado, tampoco la falladora de primera instancia, se pronunció al respecto, ni indico la razones por las cuales no valoro la confesión del representante legal de la sociedad demandante, al manifestar según se indicó en la providencia "*aunque no asistió a la Notaría para perfeccionar el negocio, ello obedeció a que no era viable la firma de la escritura*," como un incumplimiento, si no se olvida que unas de las obligaciones del comprador es pagar el precio acordado y concurrir a la notaria, pues si su intención era cumplir fielmente las obligaciones contraídas, ha debido asistir allí, para que se dejara constancia por el Notario de su presencia y de su intención de saldar la parte del precio a la que se había comprometido para ese momento, o que efectibamente la demandada no habia cumplido con las obligaciones a su cargo, lo que no aparece explicado de manera razonada, pues se reitera le resultaba imposible de cumplir a mi procurada con el levantamiento del embargo como la entrega del inmueble, debido a la pandemia del COVID que genero el confinamiento y la suspensión de los términos judiciales desde el 16 de marzo al 1 de julio de 2020.

3. Ausencia de valoración probatoria integral y exclusión injustificada de material probatorio.

Resulta que, la sentencia recurrida contiene una deficiencia en el análisis de las pruebas que obran en el proceso y la exclusión injustificada de material probatorio de carácter absolutamente relevante para el sentido final del fallo, al punto que, si se hubiera analizado en profundidad dicho material probatorio, la decisión hubiera tenido que ser contraria a la adoptada respecto de que efectivamente el demandante no cumplió a cabalidad con sus obligaciones de contratante comprador.

Lo anterior, dado que si bien la jurisprudencia, ha determinado que el juez ordinario goza de una amplia facultad de valoración probatoria fundada en los principios científicos de la sana crítica, lo cierto es que, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria, pues en el presente caso ello ocurrió, porque la falladora de primera instancia no adopto criterios objetivos, racionales y rigurosos, en la apreciación de las pruebas.

En efecto, si el juzgado de primera instancia, hubiere realizado un examen critico de las pruebas incorporados oportunamente al plenario con explicación razonada[3] de las conclusiones sobre ellas, hubiera concluido que el demandante no cumplido con sus obligaciones, dado que, de los interrogatorios que absolvieron las partes, como de la documental allegada al proceso aunado a los hechos notorios, demostraban que el representante legal de la sociedad demandante, no acudió al sitio convenido para sellar el contrato de compraventa que se prometió, que era la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá el 7 de mayo de 2020 a las 10 a.m., por lo que, si su intención era cumplir fielmente las obligaciones contraídas, ha debido asistir allí, para que se dejara constancia por el Notario de su presencia y de su intención de saldar la parte del precio a la que se había comprometido para ese momento, aunado a que, según su decir, no podía llevarse a cabo la suscripción del contrato de compraventa, porque el inmueble se encontraba embargado, demostrando igualmente el pago efectuado hasta la fecha del precio establecido, como también que tenía el dinero restante para el pago del saldo determinado en la promesa o en su defecto, de un crédito hipotecario aprobado para cancelar el saldo restante, obligaciones a su cargo, según lo pactado en el contrato, lo que no hizo y que la falladora omitió valorar en debida forma, pues simplemente adujo que: "*aunque no asistió a la Notaría para perfeccionar el negocio, ello obedeció a que no era viable la firma de la escritura*."

Lo anterior dado que, no analizo en detalle, las circunstancias que impidieron a mi procurada en cumplir con sus obligaciones de salir al saneamiento del inmueble, como de procurar con la entrega del inmueble, relacionadas con la pandemia COVID, como hecho notorio, que confino a la población en su sitios de residencia, aunado que estaba restringido la movilidad, por ello, genero la suspensión de los términos judiciales desde el 16 de marzo al 1 de julio de 2020, situación que impidió, con la obligación específica que surge para las partes en el contrato de promesa, que es la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido, en el término

[3] Sobre el tema del límite de la razonabilidad, que debe presidir toda decisión judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que*: "Las decisiones judiciales tienen que respetar elementos básicos de racionalidad y razonabilidad y, en general suficiencia argumentativa. No basta que el juez apoye una interpretación determinada. La conclusión del ejercicio hermenéutico, para que se estime válido, y sin considerar que se apoye en tesis de únicas respuestas correctas o diversas respuestas correctas, demanda que sea producto de un razonamiento jurídico que respete condiciones propias de la razón práctica. En este orden de ideas deben satisfacerse condiciones de justificación interna y externa, lo que permite controlar la decisión judicial."* (Sentencia T-688/03. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.)

o al cumplimiento de la obligación al efecto estipulados; esto es que, la promesa sólo produce obligaciones de hacer, a más de las estipuladas en el mismo contrato, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia y que paso por alto la falladora, pues efectivamente las conclusiones a las que llego, son fruto de errores de hecho en que incurrió en la apreciación del material probatorio, debido a que, las partes no hicieron uso de lo reglado en la cláusula decima tercera, tan es así que se hizo alusión por la falladora de primera instancia a lo manifestado por el representante legal de la demandante de que: "**Aclaró que nunca se pactó un plazo adicional para el cumplimiento del acuerdo"**, por lo que si no se prorrogo la fecha de suscripción de la escritura publica mediante otro si por escrito, entonces no podía analizarse posteriormente el cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes.

4. Indebida aplicación de la doctrina probable determinada por la jurisprudencia, sobre la aplicación de lo reglado por el articulo 1546 del Código Civil.

De vieja data, la doctrina probable ha determinado que la acción de cumplimiento, prevista en el citado artículo 1546 del Código Civil, requiere para su viabilidad y procedencia tres condiciones esenciales: (i) Existencia de un contrato bilateral válido, (ii) Que el demandante, por su parte, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos. Y (iii) Incumplimiento de las obligaciones que surgieron para el demandado del contrato.

Para el caso en estudio existió una indebida aplicación de los presupuestos memorados en la sentencia censurada, como quiera que quedo probado que si bien, que entre las partes existió el contrato de promesa de compraventa objeto de la controversia, lo cierto es que, las partes no concurrieron a la notaria a cumplir con el contrato promerido, de otro lado, en lo relacionado con el cumplimiento por parte de la demandante que se omitió valorar en debida forma, tampoco quedo plenamente probado el cumplimiento de la demandante, ni mucho menos valorada en debida forma la situación acaecida para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, situaciones que se advierten en la sentencia censurada que no fueron aplicadas por parte de la falladora de primera instancia. Pues el representante legal de la sociedad demandante, alego que no había concurrido a la notaria el 7 de mayo de 2020, porque no era viable la firma de la escritura, debido a que la vendedora estaba imposibilitada para cumplir con sus obligación de transferir el dominio toda vez que el bien se encontraba embargado y tampoco estaba desocupado. Y respecto a la obligación de la vendedora, le fue imposible cumplir con el levantamiento del embargo como la entrega del inmueble, debido a la pandemia del COVID que genero el confinamiento y la suspensión de los términos judiciales desde el 16 de marzo al 1 de julio de 2020, que cobijo la fecha acordada para cumplir con el contrato prometido, sin que se hubiese prorrogado la fecha de suscripción de la escritura pública mediante otro si por escrito, tal como se había pactado en la cláusula decima tercera.

Tal situación deja entrever un desinterés de las partes que podía traducirse en una intención genuina de prescindir del contrato o en no ejecutar el acuerdo de voluntades que los unió; apreciación que se torna de interés en el entendido que, no existió una prórroga o fijación de una nueva fecha para el cumplimiento del contrato prometido, dado que no se consolidó bajo la formalidad que se requería, es decir, por escrito, por lo resultaba plausive la aplicación de los procedentes judiciales emanados de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC1662 de 2019, SC3666-2021 y SC5430-2021).

5. Falta de aplicación de lo reglado por el artículo 1609 del C. Civil.

Resulta que, para que hubiera tenido operancia la resolución solicitada en la demanda a la cual accedió la falladora de primera instancia, y en tratándose de contratos bilaterales, requiere a su vez el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 1609 del mismo C. C., porque la parte que alegue y ejercite la acción resolutoria y resarcitoria debe a su vez acreditar el cumplimiento de sus obligaciones o al menos que se allanó a cumplir la contraprestación por él contraída, situación de la cual adolece la parte demandante, como quiera que fue la parte contratante que incumplió con las obligaciones a su cargo en calidad de compradora, esto es, la de pagar el precio acordado en los términos estipulados, aunado a que no asistió en la fecha y hora establecida en la cláusula octava para cumplirse el acuerdo, como tampoco se allano a cumplirlos, tal como quedo demostrado en el plenario que la falladora de primera instancia omitió aplicar y valorar en la sentencia censura.

Por lo que la acción de resolución de contrato estaba llamada a su fracaso, por cuanto quedo insatisfecho el presupuesto de que el demandante hubiese cumplido lo suyo, o al menos, se hubiese allanado a hacerlo en la forma y tiempo debidos, lo que no hizo y que la falladora omitió valorarlo en debida forma.

6. Falta de los presupuestos de las pretensiones subsidiarias.

En el evento de quedar probado como en efecto debe verificarse, esto es, que la parte demandante no acredito el cumplimiento de sus obligaciones o al menos que se allanó a cumplir la contraprestación por ella contraída, debe revocarse la sentencia recurrida y negarse las pretensiones principales como subsidiarias, para tal efecto en sustento de la oposición de las segundas, tenerse en cuenta igualmente lo indicado en la excepción que se denominó inexistencia del retracto.

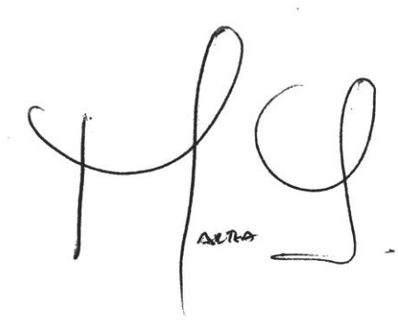
7. Indebida aplicación de las restituciones en caso de prosperar la resolución de contrato.

En el evento de que la sentencia fuese confirmada, debe adecuarse las restituciones mutuas tal como lo ha determinado la jurisprudencia y la ley, asi mismo exonerarse a mi procurada del pago de la clausula penal, en virtud de que al menos se allanó a cumplir la contraprestación por ella contraída, pues quedo plenamente demostrado la situación que se

presentó durante la celebración de la promesa de contrato objeto de la controversia.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación y comedidamente solicito al H. Magistrado revocar la sentencia recurrida, para en su defecto negar las pretensiones de la demanda, como quiera que se no encuentran acreditados y probados, todos los componentes axiológicos que integran la acción solicitada, o en su defecto aplicar los precedentes judiciales emanados de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC1662 de 2019, SC3666-2021 y SC5430-2021).

Atentamente,



MARTHA YANNETH RIOS GARCIA
C.C. No. 1.032.402.654 de Bogotá
T.P. No. 222.386 del C. S. de la Jud.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 20/03/2024 4:23 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (341 KB)

Sustentacion recurso.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Cordial Saludo,

ANDRES FELIPE ALDANA SUAREZ
Oficial Mayor
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: ISRAEL ANTONIO GOMEZ BUITRAGO <igomezjr@gmail.com>
Enviado: miércoles, 20 de marzo de 2024 16:12
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

No suele recibir correos electrónicos de igomezjr@gmail.com. Por qué esto es importante

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MP. DRA. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E.S.D.

Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

ASUNTO: Asunto : Sustentación recurso de apelación Sentencia DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Art. 12 ley 2213 de 2022.

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO, abogado titulado en ejercicio, apoderado parte demandada y demandante en reconvención, en los términos del artículo 12 de la ley 2213 de 2022, sustento la apelación contra la decisión apelada en la audiencia del 2 de octubre de 2023, Sentencia de la demanda de reconvención. Anexo archivo PDF, que contiene la sustentación con copia a la contraparte.

--

ISRAEL GOMEZ BUITRAGO

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOA – SALA CIVIL
MP. DRA. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E. S. D.

REF: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS.

Asunto : Sustentación recurso de apelación Sentencia DEMANDA DE RECONVENCION. Art. 12 ley 2213 de 2022.

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO, abogado titulado en ejercicio, apoderado parte demandada y demandante en reconvención, en los términos del articulo 12 de la ley 2213 de 2022, sustento la apelación contra la decisión apelada en la audiencia del 2 de octubre de 2023, Sentencia de la demanda de reconvención.

OBJETO DEL RECURSO.

Esta dirigido exclusivamente a que se revoque la sentencia dictada en contra de la DEMANDA DE RECONVENCION, formulada por la parte demandada.

RAZONES:

Existió Interrupción de la prescripción

En efecto, existió una indebida aplicación de las normas que rigen la interrupción de la prescripción, ya que los demandados en reconvención, aceptaron expresamente en la demanda, Hecho 2[1] , la obligación y vigencia del contrato de compraventa, lo cual implica un reconocimiento expreso de dicho pacto, para la fecha de la presentación de la demanda año 2007, y la demanda de reconvención fue presentada en el año 2015. Todo de acuerdo al

[1] SEGUNDO: Mi poderdante y su esposo JOSE DOMINGO SERRANO inicialmente celebraron una promesa de compraventa del aludido inmueble, con el señor ALFREDO JULIO MORALES y la señora MAGOLA CORDERO DE MORALES. Debiéndose suscribir la respectiva escritura publica el dia 25 de junio de 1984 en la notaría decima del círculo de Bogotá. ..En la fecha acordada los promitentes vendedores no concurrieron a la notaria en la forma y términos establecidos en la promesa de compraventa, por lo que la señora FANNY TOVAR DE SERRANO, para esa fecha firmo la escritura de presentación No.1730 de la Notaria décima, el 26 de junio de 1984 en constancia de que ella había acudido recibir la firma de la escritura con la cual se solemnizaba la venta del bien objeto de la litis, aclaran do que concurría el día 26 en atención a que el día 25 era festivo. …"

art. 2539 del C.C .

..”ARTICULO 2539. INTERRUPCION NATURAL Y CIVIL DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA. La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente…”.

Renuncia de la prescripción.

Pero también en subsidio de la anterior, alegamos que existió RENUNCIA. acudiendo al art. 2514 ibídem: ***“…”..” La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida …”.***

La renuncia, a semejanza de lo que ocurre con la interrupción, conlleva a contabilizar un nuevo término de prescripción, es la prescindencia de todo el tiempo que da lugar a la prescripción trascurrido hasta entonces, de modo que el cómputo se reinicia, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente.

Por lo cual no hay prescripción.

Atentamente,

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO
C. C. No.19.313.846 de Bogotá
T. P. No. 26.362 del C.S.J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: TRASLADO DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN 11001310302720070058206

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 3/04/2024 4:17 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (320 KB)

SUTENTACION APELACION.docx.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Maria Olith Noguera Rincon <grupoproderabogadospn@yahoo.com>
Enviado: miércoles, 3 de abril de 2024 15:32
Para: igomezjr@gmail.com <igomezjr@gmail.com>; itgomezg@gmail.com <itgomezg@gmail.com>; itgomezjr@gmail.com <itgomezjr@gmail.com>; claracortes19@hotmail.com <claracortes19@hotmail.com>; serviliobenavides@hotmail.com <serviliobenavides@hotmail.com>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: TRASLADO DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN 11001310302720070058206

No suele recibir correos electrónicos de grupoproderabogadospn@yahoo.com. Por qué esto es importante

Magistrada

Honorables:

MAGISTRADOS SALA CIVILTRIBUNAL DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA.

Magistrada

STELLA MARIA AYAZO PERNETH

SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Email:
Doctor. ISRAEL GOMEZ BUITRAGO, apoderado parte demandada
Email: itgomezg@gmail.com igomezjr@gmail.com

curador ad litem
Clara Cortes
Email claracortes19@hotmail.com
SERVILIO VENAVIDEZ
serviliobenavidez@hotmail.com
E. S. D.

REF: PROCESOORDINARIO DE PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO CONTRA MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS PROCESO No. 11001310302720070058206
ASUNTO: TRASLADO DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN 11001310302720070058206

MARIA OLITH NOGUERA RINCON abogada en ejercicio, con T. P. No. 294.764 del C. S. de la J. C. C. No. 53.178.274 de Bogotá conforme el poder a mi sustituido en el proceso referido y el cual reposa en el expediente, por medio del presente correo y de conformidad con lo establecido en la ley 2213 de 2022, me permito correr traslado de forma simultánea de la sustentación del recurso de Apelación del radicado 11001310302720070058206, conforme al artículo 3 de la ley 2013 de 2022, dejo de presente que de este escrito se corre traslado a los correos de todos los sujetos procesales : itgomezg@gmail.com itgomezg@gmail.com, itgomezjr@gmail.com claracortes19@hotmail.com, serviliobenavides@hotmail.com, **y al correo del tribunal superior de Bogotá al correo secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co,secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

De otra parte dejo de presente que por actualización de datos que realice en el SIRNA mi anterior correo grupoprodersas@ yahoo.com fue remplazado por el correo grupoproderabogadospn@yahoo.com, el cual queda habilitado para todas la notificaciones judiciales.

Ruego al despacho tener en cuenta este email y agregarlo al expediente.

cordialmente.

Maria Olith Noguera Rincon

Honorables:
MAGISTRADOS SALA CIVILTRIBUNAL DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA.
E. S. D.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

REF: PROCESO VERBAL DE PERTENENCIA DE: **FANNY TOVAR DE SERRANO.** CONTRA: **MAGOLA CORDERO DE MORALES, HEREDEROS DE ALFREDO JULIO MORALES GUERRERO Y PERSONAS INDETERMINADAS.** RAD: **11001310302720070058206**

MARIA OLITH NOGUERA RINCON, abogada en ejercicio con T. P. No. 294.764 del C. S. de la J., identificada con C. C. No. 53.178.274 de Bogotá, en mi calidad de apoderada judicial de la demandante FANNY TOVAR DE SERRANO, a través del presente escrito, estando en tiempo y de la manera más respetuosa acostumbrada, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION presentado contra de la sentencia proferida por el juzgado 50 civil del circuito el día 2 de Octubre de 2023 dentro del proceso referido de la siguiente manera:

Argumenta la señora juez en la sentencia recurrida, que no se dan los presupuestos para decretar la prescripción adquisitiva de dominio a favor de mi representada por cuanto la demandante ostenta solo la tenencia mas no la posesión, sustentando dicha afirmación en que existe un documento promesa de compraventa en donde no se manifiesta que se entrega la posesión, pues según ella, se entrega el bien, pero no se dice a qué título; pues bien, en la promesa de venta es claro que se entrega la posesión, pues ésta hace parte integral del mismo contrato de promesa de compraventa, si no fuese así tendría que existir una clausula donde como en el caso del contrato de leasing, se manifiesta desde cuándo y hasta cuando se paga arriendo y desde cuando se empieza a pagar como tal el inmueble.

El contrato de compraventa se debe tener en cuenta para demostrar el ingreso pacifico al inmueble sin utilizar la violencia; la posesión se demuestra con los actos de señor y dueño que ejerce quien pretende la prescripción.

Es claro que la promesa de compraventa no genera posesión, son los actos de señor y dueño que ejerce quien pretende adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo de manera ininterrumpida y de forma pacífica, lo que quedó demostrado en el presente asunto.

El hecho de existir una promesa de compraventa y una escritura de presentación, no demuestran que se reconoce dueño, pues si así fuese el certificado de libertad y tradición en todas las pertenencias estaría reconociendo al titular como dueño; entonces es evidente que posesión se da de facto, por hechos, por actuaciones del poseedor y por la inoperancia del ejercicio de sus derechos del titular.

Incluso la señora juez trae a colación y nombra una sentencia en la cual los hechos son muy distintos pues, en el caso de la sentencia aludida por la señora juez, el poseedor solo llevaba seis años de posesión, la promitente vendedora, estaba haciendo actos de señora al prometer y vender nuevamente el predio a otra persona o entidad; caso distinto al acá estudiado, pues, en este proceso se demostró que la demandante llevaba al momento de presentar la demanda 25 años, sin que la parte demandada haya hecho actos para demostrar su propiedad o para reivindicarla.

Si miramos, el titular o titulares, durante el tiempo anterior a la demanda, esto es desde 1983 y hasta 2007, nunca reclamaron derecho alguno, nunca exigieron la reivindicación de su predio, es más, ni siquiera alegan que la demandante haya entrado de forma violenta o ilegal a poseer el inmueble.

Se argumenta de unos recibos de pagos que aparecen a nombre de quien figura como propietario en el certificado de libertad y tradición del inmueble y quien es el demandado en este proceso, es claro, pues recibos y facturas de pagos de servicio y como en este caso la hipoteca se generan a nombre de quien las suscribió o a nombre de quien figura como propietario en el certificado de libertad y tradición, pero precisamente quien tiene el recibo o factura es quien las paga, pues de lo contrario no las tendría, y acá no se demostró que ella las hubiese sustraído o se las hubiese quitado al demandado.

La escritura de presentación es otro documento para demostrar el ingreso pacifico al inmueble y de cómo incluso ese ingreso se produce producto de un negocio jurídico y en ese momento se suscribe para demostrar incumplimiento por parte de quien debía suscribir la escritura como vendedor.

Se manifiesta también que la demandante no es poseedora absoluta pues existe otro poseedor, por cuanto suscribió la promesa de venta con el señor **JOSÉ DOMINGO SERRANO** quien era su esposo, sin tener en cuenta que todos los testigos fueron enfáticos en manifestar que era la señora **FANNY TOVAR DE SERRANO** quien realmente ejercía la posesión, que por acuerdo entre ellos así se había acordado.

Es más, siendo sus hijos, quienes pudieran reclamar si le existiere algún derecho al señor **JOSÉ DOMINGO SERRANO,** no lo hicieron, pues conocen de la posesión de su señora madre respecto del bien objeto de usucapión.

Los actos de señor y dueño ejercido por mi poderdante quedaron demostrados y probados con los testimonios y la inspección judicial recaudados durante la etapa probatoria y los cuales dan fe de como desde que la demandante ingreso al inmueble, empezó por limpiarlo, hacerle mejoras con dineros de su exclusiva propiedad, disfrutarlo inicialmente con su familia y luego explotándolo económicamente, arrendándolo.

Los testigos son claros en expresar que el señor **JOSÉ DOMINGO SERRANO**, casi nunca iba al inmueble y que cuando lo hacía, era por petición de la demandante, pues era su esposa.

En la inspección judicial, se evidencio y se probó que quien arrendaba el inmueble era la demandante señora **FANNY TOVAR DE SERRANO**, que la arrendataria en ese entonces llevaba 10 años como inquilina, asegurando que como familiar también le constaba que la demandante era la única propietaria o poseedora.

Con todas las pruebas arrimadas al proceso se probó, que la demandante ostentaba la posesión material quieta, publica, pacífica e ininterrumpida y por un lapso superior al exigido por la ley, pues como se probó la poseedora llevaba más de 25 años como ama señora y dueña al momento de presentar la demanda. Se demostraron los elementos de la posesión para que se dé la prescripción adquisitiva de dominio, en este caso la extraordinaria, como son el **animus y el corpus**, entendiendo el **animus** como la voluntad de permanecer en el inmueble con el ánimo de señor y dueño reconociéndolo como suyo y la intención de comportarse como tal, y el **corpus** como la aprehensión material del mismo, demostrados con todos los actos realizados en el inmueble.

Tal y como se argumentó y se fundamentó en las sentencias anteriores proferidas por el juzgado 27 civil circuito, sí existió la posesión por parte de mi representada y solo por parte de ella. Dando mucha credibilidad a los citados fallos pues fue la señora juez de ese entonces quien conoció directamente el inmueble y presencio de primera mano los testimonio rendidos.

Por lo anteriormente expuesto ruego al honorable tribunal revocar la sentencia apelada y en su lugar dictar sentencia decretando la prescripción adquisitiva de dominio a favor de la demandante **FANNY**

TOVAR DE SERRANO respecto del bien inmueble identificado con matricula inmobiliaria 50S-326602.

De conformidad con lo establecido en la ley 2213 de 2022, me permito correr traslado de forma simultánea de la sustentación del recurso de conformidad al artículo 3 de la ley 2213 de 2022, dejo de presente que de este escrito se corre traslado al correo del doctor ISRAEL GOMEZ BUITRAGO, apoderado de la parte demandada al email : itgomezg@gmail.com, itgomezjr@gmail.com curador ad litem claracortes19@hotmail.com,serviliobenavides@hotmail.com y al correo del tribunal superior de Bogotá al correo secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co,secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

De otra parte dejo de presente que por actualización de datos que realice en el SIRNA, mi anterior correo grupoprodersas@yahoo.com fue remplazado por el correo grupoproderabogadospn@yahoo.com, el cual queda habilitado para todas la notificaciones judiciales.

De los Honorables Magistrados,

Atentamente,



MARIA OLITH NOGUERA RINCON
T. P. No. 294.764 del C. S. de la J.
C. C. No. 53.178.274 de Bogotá.
Celular: 3182993882
Email: grupoprodersas@yahoo.com.

MEMORIAL DRA AYAZO RV: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Lun 8/04/2024 10:34 AM
Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (193 KB)
Gmail - Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. sustentacion recurso.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: ISRAEL ANTONIO GOMEZ BUITRAGO <igomezjr@gmail.com>
Enviado el: lunes, 8 de abril de 2024 8:19 a. m.
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

No suele recibir correos electrónicos de igomezjr@gmail.com. Por qué esto es importante

ISRAEL ANTONIO GOMEZ BUITRAGO <igomezjr@gmail.com>

para secsctribsupbta2

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MP. DRA. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E.S.D.

Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

ASUNTO: Anexo copia del correo del 20 de marzo de 2024 -sustentación recurso apelación que no aparece registrado.

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO, abogado titulado en ejercicio, apoderado parte demandada y demandante en reconvención, en los términos del artículo 12 de la ley 2213 de 2022, presente la sustentación enviando por correo el respectivo memorial, y no aparece registrado en el sistema.
Atentamente

--
ISRAEL GOMEZ BUITRAGO
c.c 19313846 de Bogota
T.P. 26362 C.S.J.

Gmail

ISRAEL ANTONIO GOMEZ BUITRAGO <igomezjr@gmail.com>

Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

1 mensaje

ISRAEL ANTONIO GOMEZ BUITRAGO <igomezjr@gmail.com> 20 de marzo de 2024, 16:12
Para: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MP. DRA. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E.S.D.

Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

ASUNTO: Asunto : Sustentación recurso de apelación Sentencia DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Art. 12 ley 2213 de 2022.

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO, abogado titulado en ejercicio, apoderado parte demandada y demandante en reconvención, en los términos del artículo 12 de la ley 2213 de 2022, sustento la apelación contra la decisión apelada en la audiencia del 2 de octubre de 2023, Sentencia de la demanda de reconvención. Anexo archivo PDF, que contiene la sustentación con copia a la contraparte.

--
ISRAEL GOMEZ BUITRAGO

Sustentacion recurso.pdf
342K

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 20/03/2024 4:23 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (341 KB)

Sustentacion recurso.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Cordial Saludo,

ANDRES FELIPE ALDANA SUAREZ
Oficial Mayor
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: ISRAEL ANTONIO GOMEZ BUITRAGO <igomezjr@gmail.com>
Enviado: miércoles, 20 de marzo de 2024 16:12
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

No suele recibir correos electrónicos de igomezjr@gmail.com. Por qué esto es importante

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MP. DRA. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E.S.D.

Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS

ASUNTO: Asunto : Sustentación recurso de apelación Sentencia DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Art. 12 ley 2213 de 2022.

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO, abogado titulado en ejercicio, apoderado parte demandada y demandante en reconvención, en los términos del artículo 12 de la ley 2213 de 2022, sustento la apelación contra la decisión apelada en la audiencia del 2 de octubre de 2023, Sentencia de la demanda de reconvención. Anexo archivo PDF, que contiene la sustentación con copia a la contraparte.

--

ISRAEL GOMEZ BUITRAGO



Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOA – SALA CIVIL
MP. DRA. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E. S. D.

REF: Rad. 11001310302720070058206 segunda instancia. Ordinario de PERTENENCIA DE FANNY TOVAR DE SERRANO VS. MAGOLA CORDERO DE MORALES Y OTROS.

Asunto : Sustentación recurso de apelación Sentencia DEMANDA DE RECONVENCION. Art. 12 ley 2213 de 2022.

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO, abogado titulado en ejercicio, apoderado parte demandada y demandante en reconvención, en los términos del articulo 12 de la ley 2213 de 2022, sustento la apelación contra la decisión apelada en la audiencia del 2 de octubre de 2023, Sentencia de la demanda de reconvención.

OBJETO DEL RECURSO.

Esta dirigido exclusivamente a que se revoque la sentencia dictada en contra de la DEMANDA DE RECONVENCION, formulada por la parte demandada.

RAZONES:

Existió Interrupción de la prescripción

En efecto, existió una indebida aplicación de las normas que rigen la interrupción de la prescripción, ya que los demandados en reconvención, aceptaron expresamente en la demanda, Hecho 2[1] , la obligación y vigencia del contrato de compraventa, lo cual implica un reconocimiento expreso de dicho pacto, para la fecha de la presentación de la demanda año 2007, y la demanda de reconvención fue presentada en el año 2015. Todo de acuerdo al

[1] SEGUNDO: Mi poderdante y su esposo JOSE DOMINGO SERRANO inicialmente celebraron una promesa de compraventa del aludido inmueble, con el señor ALFREDO JULIO MORALES y la señora MAGOLA CORDERO DE MORALES. Debiéndose suscribir la respectiva escritura publica el dia 25 de junio de 1984 en la notaría decima del círculo de Bogotá. ..En la fecha acordada los promitentes vendedores no concurrieron a la notaria en la forma y términos establecidos en la promesa de compraventa, por lo que la señora FANNY TOVAR DE SERRANO, para esa fecha firmo la escritura de presentación No.1730 de la Notaria décima, el 26 de junio de 1984 en constancia de que ella había acudido recibir la firma de la escritura con la cual se solemnizaba la venta del bien objeto de la litis, aclaran do que concurría el día 26 en atención a que el día 25 era festivo. …"

art. 2539 del C.C .

..”ARTICULO 2539. INTERRUPCION NATURAL Y CIVIL DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA. La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente…”.

Renuncia de la prescripción.

Pero también en subsidio de la anterior, alegamos que existió RENUNCIA. acudiendo al art. 2514 ibídem: ***“…”..” La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida …”.***

La renuncia, a semejanza de lo que ocurre con la interrupción, conlleva a contabilizar un nuevo término de prescripción, es la prescindencia de todo el tiempo que da lugar a la prescripción trascurrido hasta entonces, de modo que el cómputo se reinicia, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente.

Por lo cual no hay prescripción.

Atentamente,

ISRAEL GÓMEZ BUITRAGO
C. C. No.19.313.846 de Bogotá
T. P. No. 26.362 del C.S.J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: PROCESO 2021-0033401 MEMORIAL SUSTENTACION APELACION SENTENCIA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 1/04/2024 4:16 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (186 KB)

PROCESO 2021-00334 01 SUSTENTA APELACION SENTENCIA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Fabio Moreno <fmoto23@hotmail.com>
Enviado: lunes, 1 de abril de 2024 16:10
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: PROCESO 2021-0033401 MEMORIAL SUSTENTACION APELACION SENTENCIA

Algunos contactos que recibieron este mensaje no suelen recibir correos electrónicos de fmoto23@hotmail.com. Por qué esto es importante

Señora
Honorable. Magistrada
Dra. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil
Ciudad

REFERENCIA PROCESO DECLARATIVO SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN No. 11001310303320210033401
DEMANDANTE MARÍA ELENA TOBÓN GAVIRIA Y OTRA
DEMANDADO BANCO BILBAO VIZCAYA ANGENTARIA COLOMBIA S.A. BBVA COLOMBIA S.A

Adjunto me permito remitir memorial que contiene la sustentacion de la sentencia emitida por el juzgado 33 civil del circuito de Bogotá

Atentamente

FABIO MORENO TORRES
C.C. No 79.106.819 de Bogotá
T.P. No 55.142 del C.S de la J.
Teléfono 3112570356

Señora
Honorable. Magistrada
Dra. STELLA MARIA AYAZO PERNETH
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil
Ciudad

REFERENCIA	**PROCESO DECLARATIVO SEGUNDA INSTANCIA**
RADICACIÓN	**No. 11001310303320210033401**
DEMANDANTE	**MARÍA ELENA TOBÓN GAVIRIA Y OTRA**
DEMANDADO	**BANCO BILBAO VIZCAYA ANGENTARIA COLOMBIA S.A. BBVA COLOMBIA S.A**

FABIO MORENO TORRES, mayor de edad, vecino, residente y con domicilio en esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No 79.106.819 expedida en Bogotá, abogado portador de la T.P. No 55.142 del C.S de la J., correo electrónico fmoto23@hotmail.com, actuando como apoderado judicial de las demandantes en el asunto, en la oportunidad a que se refiere el inciso 3º del artículo 12 de la ley 2213 de 2022, acudo a su despacho con el fin de formular los reparos frente al fallo proferido por el Juzgado Treinta y Tres (33) Civil del Circuito de Bogotá, y calendado veintiséis (26) de octubre del año dos mil veintitrés (2023, en particular frente a la negativa de dicho Despacho en condenar en costas a la parte pasiva, en virtud a la prosperidad de las pretensiones.

Desde ahora solicito a su Despacho proceder a revocar la decisión adoptada con relación a la negativa de condenar en costas al extremo demandado, dejando en claro que el Juez de conocimiento para el efecto, no aduce ninguna razón jurídica procesal que exima de este tipo de condena al extremo pasivo.

Vale tener en cuenta que el extremo demandado, fue legalmente notificado de la demanda y mediante actuación de fecha 29 de noviembre de 2021 descorre el traslado de la demanda, situación que desde luego ocasiona trámites procesales que a la postre conllevaron diligencias de las cuales fue necesaria la participación del suscrito en representación de las demandantes.

Ahora, también la parte pasiva tuvo participación directa en el proceso, desde el momento mismo en que con fecha 29 de noviembre de 2021, hace alusión por medio de procurador judicial a decir que las demandantes no poseen vínculos financieros con dicha entidad y por el contrario se registra una venta de cartera a favor de CREAR PAIS desde el pasado 2007. Incluso su participación posterior se realiza hasta la misma audiencia en la cual se profirió la sentencia que hoy es materia de recurso.

Consecuencia de todo el actuar debió darse aplicación a lo normado en el artículo 365 del Compendio Procesal Civil, a decir que en los asuntos en que haya controversia se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, cual es el caso ocurrido en el asunto que nos ocupa.
Sobra recordar que el numeral 8º del artículo arriba citado, consagra que solo hay lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que las mismas se han causado, dejando en claro que este rubro está íntimamente relacionado

no solo con los gastos procesales sino con las denominadas agencias en derecho que corresponden al rótulo de apoderamiento dentro del proceso, que el Fallador debe reconocer a favor de la parte vencedora con base en las tarifas reseñadas por el Consejo Superior de la Judicatura, atendiendo los criterios de calidad de la gestión que realiza el apoderado, la naturaleza del asunto, la cuantía del proceso y aquellas otras circunstancias especiales a que se refiere la normatividad definida en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En los anteriores términos y en oportunidad dejo sustentado el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de instancia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Civil del Circuito de Bogotá, en lo concerniente a la negativa de condenar en costas a la parte vencida.

Respetuosamente



FABIO MORENO TORRES
C.C. No 79.106.819 de Bogotá
T.P. No 55.142 del C.S de la J.

MEMORIAL DRA AYAZO RV: 11001-3103-034-2019-00309-01, Demandante DISTRITEK S.A.S., Demandada COMCEL S.A., Asunto: SUSTENTACIÓN APELACIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 2/04/2024 10:30 AM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (5 MB)

2024 04 02^J Distritek^J Sustentación Apelación.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Camilo Argáez <zeabogadosargaez@gmail.com>
Enviado el: martes, 2 de abril de 2024 10:25 a. m.
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
CC: Camilo Riaño <criano@soler.com.co>; zeabogados@gmail.com
Asunto: 11001-3103-034-2019-00309-01, Demandante DISTRITEK S.A.S., Demandada COMCEL S.A., Asunto: SUSTENTACIÓN APELACIÓN

Algunos contactos que recibieron este mensaje no suelen recibir correos electrónicos de zeabogadosargaez@gmail.com.
Por qué esto es importante

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Atención: H. Magistrada STELLA MARÍA AYAZO PERNETH.
Bogotá D.C.

DATOS DEL PROCESO	
RADICACIÓN	11001-3103-034-2019-00309-01
PROCESO	Declarativo. Verbal de mayor cuantía.
DEMANDANTE	DISTRITEK S.A.S.
DEMANDADA	COMCEL S.A.
ASUNTO	ART. 12 DE LA LEY 2213 DE 2022: Sustentación escrita del Recurso de Apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

CAMILO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 y con la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de DISTRITEK S.A.S. como miembro de la sociedad Zeabogados S.A.S. (antes ZEAbogados Dos S.A.S.), sociedad prestadora de servicios jurídicos identificada con NIT 900.383.199 – 4, a la cual se le confirió el poder especial por parte de la demandante, dentro del término legal, con fundamento en el ART. 12 de la Ley de 2213 de 2022, a través del presente mensaje de datos y del memorial en PDF firmado que se acompaña, sustento el recurso de apelación interpuesto por DISTRITEK S.A.S. en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 2 DE FEBRERO DE 2024, solicitando que la misma sea revocada en su integridad y se proceda con la prosperidad de las pretensiones de la Demanda en los términos del memorial de sustentación que se adjunta a la presente.

Respetuosamente,



CAMILO ARGÁEZ CASALLAS

T.P. No 218.319 del C. S. de la J.

C.C. No 79.804.175

ANEXO: Memorial de Sustentación de Apelación firmado en PDF.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Atención: H. Magistrada STELLA MARÍA AYAZO PERNETH.
Bogotá D.C.

DATOS DEL PROCESO	
RADICACIÓN	11001-3103-034-2019-00309-01
PROCESO	Declarativo. Verbal de mayor cuantía.
DEMANDANTE	DISTRITEK S.A.S.
DEMANDADA	COMCEL S.A.
ASUNTO	ART. 12 DE LA LEY 2213 DE 2022: Sustentación escrita del Recurso de Apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

CAMILO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 y con la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de DISTRITEK S.A.S. como miembro de la sociedad Zeabogados S.A.S. (antes ZEAbogados Dos S.A.S.), sociedad prestadora de servicios jurídicos identificada con NIT 900.383.199 – 4, a la cual se le confirió el poder especial por parte de la demandante, dentro del término legal, con fundamento en el ART. 12 de la Ley de 2213 de 2022, sustento el recurso de apelación interpuesto por DISTRITEK S.A.S. en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 2 DE FEBRERO DE 2024, solicitando que la misma sea revocada en su integridad y se proceda con la prosperidad de las pretensiones de la Demanda en los términos de la presente sustentación:

GLOSARIO

A continuación, se señalan las abreviaturas que se emplearán en el presente memorial para simplificar su redacción:

C O N C E P T O	A B R E V I A T U R A
DISTRITEK S.A.S.	LA DEMANDANTE
COMCEL S.A.	COMCEL
Contrato Sub Iúdice denominado de Voz celebrado el 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011 entre COMCEL y LA DEMANDANTE	CONTRATO
Dictamen elaborado por Jega Accounting House Ltda	DICTAMEN
Sentencia de primera instancia dictada en el proceso	SENTENCIA

I N T R O I T O

Antes de dar inicio a la sustentación, en estricto sentido, de este recurso de apelación, son puestos de presente de manera brevísima, algunos hechos que más de allá de estar ampliamente probados en el expediente, como se verá, son hechos dicientes que mueven e instigan, tanto la reflexión como la intuición, y que cualquiera que pretenda *juiciosamente* iniciar de manera objetiva el camino de su *juicio* integral, encontrará en ellos un foco inicial y un atisbo de inspiración:

1. Hasta la fecha y por el curso de más de 15 años, de manera uniforme todos los Tribunales de Arbitramento, más de 30, que analizaron y definieron la naturaleza jurídica de contratos idénticos al CONTRATO que es objeto de la presente controversia (suscritos por Comcel con los miembros de su red de intermediaros: agentes/distribuidores), concluyeron, sin excepción, que estos contratos eran de agencia comercial.

2. La integridad de esos Tribunales de Arbitramento coincidió en que COMCEL, en un franco abuso de su posición de dominio contractual y como predisponente de estos contratos, buscó a través de diversos mecanismos jurídicos, encubrir y eludir las consecuencias económicas derivadas de su naturaleza de agencia comercial, entre otras estrategias veladoras: por medio de su nominación como contratos de distribución, incluyendo cláusulas meramente declarativas que excluyeran y negaran la existencia de una agencia comercial, simulando pagos anticipados de la Prestación Mercantil, obligando a renuncias anticipadas de estos derechos, consagrando cláusulas eximentes de su responsabilidad y suscribiendo periódicamente actas, llamadas de transacción, con renuncias previas a la Prestación Mercantil. Tantísimas y tamañas búsquedas afanosas por parte de Comcel en sus textos y demás documentos contractuales para acceder, a cómo diese lugar, a la evasión de la agencia comercial y a la exención del pago de la

Prestación Mercantil en favor de aquellos que según sus informes anuales se ubican como el principal de sus costos: los miembros de su red de intermediaros (más de 200 empresarios), son pistas que alertan la atención con incisión, por haber sido y seguir siendo, según el más indulgente de los calificativos, hechos sumamente indiciarios.

3. Aunque es menester probar los diferentes elementos de la esencia del contrato de agencia comercial para declarar su existencia, cómo se hará, lo cierto, según acontece habitualmente en estos procesos, es que la medula del litigio y el problema jurídico central se circunscriban a determinar la presencia del elemento de la actuación por cuenta del empresario agenciado. Es allí en donde radica, casi siempre, lo fundamental en estos procesos. Así mismo se repite en el pleito que acá nos ocupa, porque los demás elementos esenciales no serían puestos en mayor tela de juicio por cualquiera que haya efectuado al menos una somera aproximación a las pruebas del expediente, toda vez que emergen probados con evidencias y evidentemente: La estabilidad y permanencia del vínculo contractual, la independencia del agente y la zona prefijada, entre otras pruebas, fueron confesados por Comcel, el encargo de promover y/o explotar del negocio de Comcel, entre otras pruebas, constan en el texto contractual (el de promoción explícito en las Cláusulas 3, 7.2., 7.17, 17 y los numerales 1.1. y 2 del Anexo C del Contrato y el de explotación, explícito en las Cláusulas 3, 1.13, 7.2., 7.3., 7.4., 7.6., 7.8., 17 del Contrato).

4. Así pues, el tópico central, una vez más, se subsume en definir si los empresarios independientes, miembros de la red de COMCEL, entre ellos LA DEMANDANTE, actuaban por cuenta de COMCEL o actuaban por cuenta propia, al realizar en las zonas que les fueron asignadas, las actividades de promoción y explotación de los productos y servicios convenidas y encargadas en ejecución del Contrato.

Entrados en ese análisis, si se concluye, como debe hacerse, que estos contratos tenían por savia y objeto nuclear y vital: promocionar y comercializar con destino a los clientes, *servicios* de telefonía móvil celular de Comcel, tanto en la modalidad de planes de telefonía pospago como en la modalidad de planes de telefonía prepago, deberá empezar a deducirse y dilucidarse que la actuación de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de la red, necesariamente era una actuación por cuenta de Comcel, porque es ésta compañía la concesionaria del servicio de telefonía móvil celular y no LA DEMANDANTE, la cual, por imposibilidad jurídica y operativa carece de derecho, facultad y potestad para actuar por su propia cuenta y en su nombre propio en la comercialización y prestación de dicho servicio de telefonía móvil celular concesionado a Comcel por el Estado.

Si a lo anterior, se aúna, por una parte, que los principales beneficios derivados de la ejecución de esas actividades de promoción y explotación encomendadas a LA DEMANDANTE, fueron beneficios para COMCEL, entre ellos, todos los clientes, todos los ingresos derivados de la ejecución del Contrato y el posicionamiento de su marca "Comcel" (luego denominada "Claro") y, por otra parte, que los principales riesgos aparejados a esas actividades de promoción y explotación, fueron asumidos por COMCEL, especialmente los riesgos de cartera, de mercado y operativos, será lógico y razonable engrosar la tesis según la cual no podría dejarse de concluir que la actuación de LA DEMANDANTE en ejecución del Contrato no fue una actuación por cuenta propia sino una actuación por cuenta de COMCEL.

Ahora bien, respecto de la comercialización de los teléfonos de COMCEL desarrollada en ejecución del Contrato, tal y como será expuesto a profundidad y en extensión en la presente sustentación, la verdad radica en que la comercialización de dichos teléfonos fue ejecutada siempre por LA DEMANDANTE: (i) a cambio de una remuneración pagada por COMCEL (no por terceros) y no a la inversa (por la DEMANDANTE a Comcel); (ii) necesariamente y obligatoriamente atada a la venta del servicio de telefonía móvil celular de COMCEL, puesto que el objeto principal del negocio era vender planes de telefonía o como dirían los funcionarios de COMCEL "vender tiempo al aire" a los clientes, siendo el teléfono un mero canal, medio o mecanismo para prestar ese servicio; (iii) A través de la suscripción por los clientes de COMCEL, según las instrucciones y documentos de esta compañía, de contratos de compraventa de dichos equipos, que LA DEMANDANTE debía hacer firmar a los clientes que adquirían los teléfonos con el servicio de telefonía móvil aparejado; contrato de compraventa respecto del cual LA DEMANDANTE nunca actuaba por cuenta propia, sino por cuenta de COMCEL, quien le remitía, a través de las Circulares obrantes en el expediente, los modelos de contrato de compraventa, los pagarés aparejados a los mismos y las instrucciones para, en calidad de intermediarios y mandatarios, hacerlos firmar por los clientes (Circulares exhibidas por Comcel: Circular 2014-GSDI01D-S067737-1 de marzo 7 de 2014; Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014; Circular 2014-GSDI01-S185179 de julio 1 de 2014; Circular 2015-GSDI01-S131768 de mayo 12 de 2015; Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017; Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016).

LA DEMANDANTE, entonces, respecto de la compraventa de los equipos, al igual que respecto de la comercialización de los servicios de telefonía móvil, siempre fue un simple intermediario, mandatario y agente de COMCEL que, bajo la marca de Comcel y para su posicionamiento, captaba clientes para esa compañía, aperturándole ese respectivo mercado, mediante la promoción y explotación, por cuenta y en nombre de COMCEL, de su portafolio de servicios y productos.

5. Finalmente, refiramos un hecho que a primera medida parecería anecdótico, pero que en su fondo alberga una realidad. Hoy día, cualquier persona que transite por una avenida comercial o un Centro Comercial, se encontrará con establecimientos de color rojo con la marca CLARO y su imagen corporativa (antes COMCEL) que en una de sus esquinas inferiores indican "Agente Comercial". ¿Explicación?:
Para enero de 2018, momento en el que ya habían sido emitido más de veinte (20) de los Laudos dictados por los referidos Tribunales de Arbitramento, en los cuales sin excepción se condenó a COMCEL a pagar los miembros de su red de intermediarios la Prestación Mercantil del Artículo 1324 del C.CO, Comcel decidió dejar la suscribir el modelo contractual nominado de "Distribución", el cual se identifica con el Contrato que es objeto de la presente controversia y empezó a suscribir con dichos mismos empresarios, contratos a los cuales denominó y reconoció de forma expresa como contratos de agencia comercial. Aquellos empresarios de la red de Comcel que antes se denominaban "Distribuidores" pasaron a llamarse "Agentes Comerciales", suscribiendo un contrato que, ahora sí, de forma expresa reconocía su naturaleza como de agencia comercial. Estos hechos, por más justificaciones de COMCEL que les sean aparejadas, llaman poderosamente la atención y aunque en ellos no se encuentra la prueba de la existencia de la agencia comercial en el presente caso (esa prueba consta en el copioso material probatorio obrante en el expediente), ciertamente son hechos que se topan bruscamente con el entendimiento y llaman poderosamente a su atención, más aún, cuando en el presente proceso, los funcionarios y empleados de Comcel, han declarado y confirmado que aquellos miembros de la red de intermediarios de Comcel que antes se denominaban "distribuidores" y que partir de 2018 empezaron a denominarse, de forma expresa y sin velaciones, agentes comerciales, han continuado desarrollando y cumpliendo idénticas labores y encargos a los que desarrollaban y cumplían cuando estaban vinculados bajo contratos titulados de "Distribución", idénticos al que es objeto del presente proceso:

Testimonio María del Pilar Suarez - Gerente de Universidad Claro de COMCEL	
[JUEZ]: Perdón, ¿cuál es la diferencia entre distribuidor y agente?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: ¿Me preguntan a mí?
[JUEZ]: Si señora, si señora, perdón.	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: No, para nosotros la indicación es que el contrato que tenían firmado de la distribución y siempre lo manejamos como distribuidores.
[JUEZ]: ¿Y actualmente hay agentes comerciales?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Hoy en día sí.
[JUEZ]: ¿Y cuál es la diferencia?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: No conozco el contrato de distribuciones ni de agencia, ni diligenciamiento es un tema

	como les digo de Universidad Claro no son los temas que manejamos nosotros.

Testimonio Olga Patricia Martínez - Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, bueno doctora Patricia yo quisiera hacer la siguiente pregunta, usted nos refirió al iniciar su presentación que hoy día ya no hace parte de o su cargo no se denomina coordinadora de distribución sino líder de agentes comerciales, yo le pregunto doctora Patricia estas actividades que usted realiza desde su área, ahora denominada líder de agentes comerciales, ¿Son las mismas actividades que usted realizaba en el otro cargo denominado coordinadora de distribución? y si no son las mismas ¿Cuáles son las diferencias?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: No, no son las mismas, en el pasado refiriéndome al, al cargo anterior solamente vendíamos unos productos, unos servicios, todo relacionado con móvil, ya en este nuevo rol hay unos productos adicionales, hay un portafolio nuevo, (…)

(…)

[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, pero puntualmente lo que yo le preguntaba, ¿Hacen las actividades de venta, hacen las actividades comerciales y hacen las actividades de centro hoy día centro de ventas y servicios para recaudos los actuales miembros de la red?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Sí, venta se hacen, pero por diferentes canales o sea no en puntos de venta ahorita tienen que salir a buscar las ventas en otros canales.
[JUEZ]: Sí señor, señora Patricia cuando usted hace, bueno nos explica lo anterior y lo que sucede ahora respecto de las, de las personas o de las empresas que se dedican a, a promocionar los servicios y a la venta de servicios de Comcel, usted siempre se ha referido como distribuidores en, en aquel momento ¿Y en la fecha actual qué son qué clase de, de, de calificativo le daría?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Desde el 2018 tienen un contrato diferente que es un contrato de agencia, de agencia comercial.
[JUEZ]: ¿Dentro de su competencia y de su conocimiento cuál es la diferencia entre el anterior y este?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: El, el pago por agenciamiento es la diferencia.

Testimonio Andrés Francisco Martínez - Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, y hablando ese canal específicamente porque tú te referiste al contrato de agencia, a ese canal yo te preguntó ¿al día de hoy hay un canal de agentes	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Ahora tenemos varios canales, telemercadeo, agentes, tropas, y algo que se llama nuevos negocios, día a día se van generando

para realizar en los temas de móvil celular esas actividades de promoción y venta, en los portafolios de Comcel?	nuevos canales y todos dependiendo de su particularidad incluso tiene condiciones de liquidación diferentes.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, te pregunto Andrés Francisco ¿a esos a ese canal a ese nuevo canal por la venta de planes post pago se le paga la Comisión por activación del plan post pago?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: A ese canal si, como a todos sí señor.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Y actualmente se le paga la Comisión que tú denominas esta Comisión por residual a ese canal de agentes?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: ¿Al canal de agentes de ahora? Si señor y una comisión de residual.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, ¿y en el caso de los kits prepago a ese nuevo canal de agentes se le paga la Comisión por legalización del kit?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: El 30% sobre la recarga, sí señor.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, ¿y a ese canal se le paga respecto a las Sim Card o welcome back que tú referiste la Comisión por recargas de esa Sim Card?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Si, ya no es un canal enfocado (…) pero cuando haga alguna venta el canal tiene una condición para el pago sobre la recarga, si señor.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, ¿y a ese nuevo canal de agentes se les paga alguna remuneración por eso que tú denominado servicio de recaudos en los CPS?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: En los puntos de recaudó sí señor, tiene una remuneración por eso.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Y ese nuevo canal de agente tiene también ese beneficio e incentivo que tú refería del Plan Coop?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Si señor.

Testimonio Mauricio Acevedo - Gerente de Impuestos de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, yo te preguntó lo siguiente al día de hoy, el día de hoy le liquidan a alguno de los miembros de sus equipos comerciales cesantías comerciales por agencias comerciales.	[MAURICIO ACEVEDO]: Actualmente hay algunos contratos de cesantía comercial, exactamente y se paga también en cesantía comercial, pero en ese pago específico el pago de cantidad comercial, específico, cuando digo específico es que el pago efectivo de cesantía comercial.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

A continuación, se sustentarán de manera especial los reparos que fueron propuestos por LA DEMANDANTE en sede ordinaria de Apelación ante el Juez A quo.

1. GRUPO DE REPAROS relativos a la naturaleza jurídica del CONTRATO:

En la presente Sección 1 son sustentadas las razones por las cuales la SENTENCIA incurrió en los siguientes errores al estudiar y definir el problema jurídico sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO:

- Yerro de la SENTENCIA al no concluir probados en el CONTRATO todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial.

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que a LA DEMANDATE a través del CONTRATO no le fue encargada y no ejecutó una labor de promoción del negocio de COMCEL. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

> (...) En el mismo sentido afirmó el señor Álzate haber efectuado un pago parcial de los gastos incurridos dentro de la estrategia de promoción, los cuales son soportados con la experticia rendida por la sociedad JEGA la cual da cuenta de un pago de más de Seiscientos millones ($600.000.000) por concepto de promoción de los servicios y productos de Comcel S.A., pero pese a lo anterior para esta sentenciadora tales actos no resultan suficientes para denotar la configuración del presupuesto estudiado pese a evidenciarse que hubo una serie de ventas efectuadas por la sociedad demandante y como consecuencia de las mismas Comcel se benefició sí por cuanto pudo abrir su mercado, llegar a nuevos clientes y su marca creció como consecuencia de las ventas que pudo realizar Distritek, sin embargo, para esta juzgadora no se encuentra acreditado el porcentaje en el cual Distritek ayudó a fortalecer la marca de Comcel, para nada está acreditado. (…) En esta ocasión la parte demandante trajo un consolidado del crecimiento que tuvo la sociedad demandada durante la vigencia del contrato, así como también un informe que daba cuenta de la importancia de los distribuidores en las ventas de los servicios y productos convirtiéndose en la fuente más relevante de ingresos, sin embargo, nada se menciona de forma específica respecto al porcentaje que Distritek aportó para que esto ocurriera. Obsérvese que la palabra promover es definida de manera más específica y la jurisprudencia establecido que la promoción y explotación del negocio agenciado debe realizarse de manera calificada y digo yo también y así lo entendemos en este despacho calificada, especializada, hasta puede decirse

profesional, puesto que por la naturaleza y esencia del contrato de agencia se le exige al agente una estructura superior a la que lleva a cabo el distribuidor si es diferente o sea es más exigente, es, debe tener una estructura superior a la que lleva a cabo el distribuidor quien también el distribuidor también promociona los productos de su proveedor para ello el agente, entonces debe adelantar las medidas para que se logre concretar el objeto del contrato, esto implica elaborar informes de comportamiento del mercado, envuelve la obligación de crear bases de datos de los clientes, fidelizarlos, estudiar el mercado, identificar y crear y miren esto, proponer estrategias de comercio, proponer estrategias de comercio, programar jornadas de impacto e incluso se encuentra facultado para realizar labores de postventa que no incluyan la garantía o servicio técnico como en este caso ocurrió, sino que están destina, estén destinadas a la consecución de nuevos clientes, mantener los existentes en favor de la agenciado, pero esto tampoco se encuentra probado.

Sí es cierto que escuchada la declaración del representante legal de Comcel archivo número 30 y de la señora Patricia Martínez Acevedo en su calidad de líder de agente, de agentes comerciales punto de venta Claro archivos 31 y 32 y Juan Carlos Villescas Cuervo quien fungió como gerente de marketing y Evelio Arévalo en su calidad de abogado de Comcel, entre otros, se deduce que fueron ejercidas labores de publicidad o promoción de productos específicos ofertados por Comcel S.A. y como consecuencia de eso se llevaron a cabo un número importante de ventas, no obstante, no se evidencia que tales estrategias hubieren sido ideadas y definidas de manera autónoma por Distritek o que las mismas hubieren sido sugeridas por dicha sociedad sí a Comcel, a modo de ver de esta sentenciadora su actuar el de Distritek fue pasivo en comparación al que se demanda de un agente.

No es clara la forma autónoma en la cual Distritek promocionaba y explotaba la marca de Comcel, pareciera que solo se dedicaba a las labores de volanteo, payasos, modelos y puntos gemelos, es decir a realizar actividades en sus establecimientos de comercio o en los alrededores de los mismos que de por sí no se tiene certeza cuántos eran, aquí no se probó eso (…)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que a LA DEMANDANTE no le fue prefijada una zona territorial. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

(…) En el mismo sentido, tampoco se encuentra aprobado que la promoción y explotación del servicio y productos ofrecidos por Comcel hubiere sido llevada a cabo en un área o región específica, en esta oportunidad, las partes fueron unánimes en afirmar que el objeto del contrato se llevaría a cabo en la región oriente de Colombia, pero qué municipios conforman la región oriente o conformaban la región oriente, pues la verdad no se sabe, ello no es claro o por lo menos no se probó, así como tampoco que la sociedad demandante Distritek SAS tuviere la exclusividad de ofertar tales servicios en dicha zona, por el contrario se encuentra a probado y demostrado con la declaración de Patricia Martínez Acevedo que en la misma región específicamente en Medellín otros distribuidores prestaban el mismo servicio y que las ventas reportadas por la demandante eran inferiores a la de otros distribuidores (…)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que no se probó la independencia de LA DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

> (…) Esta sede judicial no desconoce el contenido del Artículo 1321 del Código de Comercio ni tampoco la posición de la Corte Suprema de Justicia en casos como el presente respecto a la injerencia que tiene la empresa en la forma en la cual se promocionan sus productos, la uniformidad y demás criterios propios del negocio de marca, pues que otra persona jurídica, pues se pregunta qué otra persona jurídica o natural estaría más interesada en llegar de forma asertiva a los consumidores sino la empresa o la agente, pero es claro que la forma en la cual se promocionan los productos o servicios debe ser ejercida con cierta independencia o autonomía pero en este evento, en este caso, esto no se probó o por lo menos a tal conclusión no se llega con los medios de prueba recaudados (…)
>
> Lo anterior resulta relevante en aras de establecer concretamente la labor de agencia, puesto que uno de sus pilares es la forma autónoma o independiente en la cual se cumple la promoción y explotación del encargado. De la declaración rendida por el señor Álzate en su calidad de representante legal de la demandante, se puede colegir que su único socio era su hijo y junto a él lograron consolidar una o más, uno o más establecimientos de comercio en Antioquia, en el mismo sentido quedó demostrado que Comcel S.A no incurrió en ningún gasto para cubrir la nómina de personal que laboró en Distritek y tampoco tuvo injerencia en el proceso de selección del mismo, que respecto al mismo no establecía obligaciones laborales, pero vuelve y emerge la duda, aquí vuelve y nos asalta la duda, respecto a la forma autónoma en la cual ejecutaba el contrato de agencia, no el de distribución el de agencia, no el de distribución sino, el de agencia, pues justamente ese es el que se pretende declarar como probado en esta oportunidad, pero nada se probó (…)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que debería haberse pactado una exclusividad en favor de LA DEMANDANTE. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

> (…) pero qué municipios conforman la región oriente o conformaban la región oriente, pues la verdad no se sabe, ello no es claro o por lo menos no se probó, así como tampoco que la sociedad demandante Distritek SAS tuviere la exclusividad de ofertar tales servicios en dicha zona, por el contrario se encuentra a probado y demostrado con la declaración de Patricia Martínez Acevedo que en la misma región específicamente en Medellín otros distribuidores prestaban el mismo servicio y que las ventas reportadas por la demandante eran inferiores a la de otros distribuidores.
>
> Se torna mucho más difícil estructurar o entender que la exclusividad de la oferta del producto encargado si en cuenta se tiene que no existe certeza de cómo Distritek procuraba concretar

nuevas ventas o incursionar en nuevos mercados, con qué logística contaba, cuántas personas ayudaban a cumplir sus objetivos, cuáles fueron las estrategias creadas para esto (…)

Como consecuencia de los mencionados yerros de la SENTENCIA al decidir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO, el fallo en su parte resolutiva decidió:

RESUELVE

1. Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del Contrato de Agencia Comercial por ausencia de los elementos esenciales".
2. Negar las Pretensiones de la Demanda.
3. Se ordena el levantamiento de las medidas cautelares que se hubiesen decretado si así fue.
4. Condenar en costas a la parte demandante fijando como agencias en derecho la suma de Veinticuatro millones ($24.000.000) por secretaría liquídense.

A continuación, son sustentadas las razones por las cuales la SENTENCIA incurrió en los yerros que han sido expuestos al decidir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO.

1.1. SE PROBÓ QUE EL CONTRATO INCORPORA TODOS Y CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL Y QUE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES FUE SUSCRIBIR UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

1.1.1. Pruebas que no fueron tenidas en cuenta en la SENTENCIA para definir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO y de las cuales se concluye que el CONTRATO incorpora todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial.

1.1.1.1. COMCEL fue la parte que extendió y predispuso el CONTRATO.

a) Pruebas documentales:

- Informes anuales de COMCEL correspondientes a los años 2002 y 2003.

> Operaciones de mayor importancia concluidas durante 2002 entre COMCEL S.A. y OCCEL S.A.:
>
> La Compañía firmó con Occidente y Caribe Celular S.A. (OCCEL S.A.), un acuerdo de administración el 2 de octubre de 1998 retroactivo al 1 de julio de 1998, por medio del cual los negocios de Occel son manejados por la Compañía. Los honorarios mensuales

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 11.

> más avanzados. Adicionalmente, nuestro posicionamiento como empresa con cobertura nacional se concretó con la adquisición del 93.37% de las acciones de CELCARIBE realizada el 12 de febrero de 2003.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 6.

> La sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. ejerce a su vez control sobre las sociedades Occidente y Caribe Celular S.A. Occel S.A. y Empresa Regional de Comunicaciones de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A. mediante su participación en los órganos decisorios y a través del contrato de administración que ha suscrito con dichas sociedades. (Ver nota 4).

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2003, página 65.

b) Confesión de COMCEL:

En los hechos 7 y 8 de la Demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 7. Mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de 2004, se formalizaron los acuerdos de fusión con absorción celebrados entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas). El 27 de diciembre de 2004, se inscribió esta Escritura Pública en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

Demanda Reformada. Pág. 20

> 8. En virtud de los referidos actos de fusión, COMCEL asumió los derechos y obligaciones de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. y, entre otras consecuencias, sumó a su clientela los otrora suscriptores de estas últimas. Desde entonces, COMCEL presta directamente los servicios de telefonía móvil celular en las tres áreas en las que se dividió el territorio nacional bajo el régimen de la Ley 37: Oriental, Occidental y Costa.

Demanda Reformada. Pág. 20

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que estos hechos son ciertos; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 12.

HECHOS PROBADOS: COMCEL, en los años 1998 y 2002, tenía el control accionario de OCCEL y CELCARIBE, respectivamente. COMCEL, a partir de este control accionario, desde el 1º de julio de 1998 asumió la administración de OCCEL y, desde el año 2003, hizo lo mismo con CELCARIBE. Posteriormente, en el año 2004, OCCEL y CELCARIBE se fusionaron a COMCEL.

c) Pruebas documentales:

- Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós y dos (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental), entre los años 1994 y 2007. Al comparar estos veintidós y dos (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.

- Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada OCCEL: Esta carpeta se subdivide en dos subcarpetas, así: (i) Modelo 1995 a junio de 1998: En esta carpeta están los contratos 297 de 1995, 652 de 1997, 726 de 1997 y 783 de 1998. Son contratos que OCCEL celebró con cuatro exmiembros de su red de agentes/distribuidores; estos contratos, en su texto, son diferentes al modelo que COMCEL extendió, v. gr. son diferentes al CONTRATO. Estos modelos contractuales fueron los que OCCEL originalmente extendió por sí misma, es decir, con anterioridad al momento en que COMCEL asumió la administración de su operación en junio de 1998. (ii) Modelo julio de 1998 a 2001: En esta carpeta están los contratos 819, 839, 840, 846 y otros tres contratos celebrados en el 2001. Se trata del modelo de contrato que OCCEL empezó a utilizar cuando COMCEL asumió la administración de su operación. Al comparar estos siete contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que OCCEL empezó a utilizar a partir de julio de 1998.

- Prueba No. 8. aportada con la demanda. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco (5) contratos suscritos entre 2003 y 2005 por CELCARIBE con los miembros de su propia red de agentes/distribuidores, es decir, contratos que CELCARIBE extendió cuando se hallaba bajo el control accionario y administrativo de COMCEL. Al comparar estos contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que CELCARIBE empezó a utilizar a partir del año 2003.

VER Prueba No. 8 de la demanda. Modelos contractuales COMCEL, OCCEL y CELCARIBE.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL, para unificar y replicar su modelo de negocio en las tres áreas (oriental, occidental y costa), organizó para OCCEL y CELCARIBE sendas redes de agentes/distribuidores, para lo cual utilizó el mismo modelo contractual que COMCEL extendió para su propia red de agentes/distribuidores: de esta forma, las redes de agentes/distribuidores de los tres concesionarios empezaron a operar de manera uniforme, estandarizada y coordinada, todas ellas bajo el control administrativo y operativo de COMCEL, y todas ellas bajo el mismo modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió originalmente para sí misma. (ii) Todos estos contratos comparten los textos de las cláusulas **4, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, Anexo A (Núm. 6) y Anexo C (Núm. 5), cláusulas en las cuales COMCEL, como predisponente del modelo contractual, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.**

- Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá, se fusionó y absorbió a OCCEL y a CELCARIBE. Este acto de Fusión se inscribió el 27 de diciembre de 2004 en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

VER Prueba No. 4 aportada con la Demanda.

HECHOS PROBADOS: (i) El 21 de diciembre de 2004, y en virtud del acto de fusión con absorción celebrado entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas), COMCEL sumó a su clientela los otrora suscriptores de OCCEL y CELCARIBE y, desde entonces, empezó a explotar directamente en las áreas occidental (Comcel), oriental (antes Occel) y Costa (antes Celcaribe), los servicios de telefonía móvil celular y la venta de equipos terminales que constituyen su negocio. (ii) OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., antes de ser absorbidas por COMCEL, empezaron a utilizar, para sus propias redes de agentes/distribuidores, el "modelo" contractual que COMCEL diseñó para sí misma. (iii) A partir de la fusión de COMCEL con OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., COMCEL, como único operador del servicio de telefonía móvil celular, consolidó, para las tres áreas (Oriental, Occidental y Costa), una única red de agentes/distribuidores que funcionó bajo el mismo modelo contractual. (v) LA DEMANDANTE hizo parte de dicha red de agentes/distribuidores, y el CONTRATO corresponde con el modelo contractual diseñado y extendido por COMCEL.

1.1.1.2. LA DEMANDANTE se adhirió al modelo contractual confeccionado por COMCEL.

a) Pruebas documentales:

Cláusulas del CONTRATO.

HECHO PROBADO: (i) Al comparar el CONTRATO que LA DEMANDANTE suscribió, con los contratos que COMCEL, Occel y Celcaribe suscribieron con los miembros de sus respectivas redes de agentes/distribuidores, se corrobora que todos estos contratos corresponden al mismo modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió originalmente para sí misma. LA DEMANDANTE, entonces, se adhirió al reglamento contractual que COMCEL confeccionó y extendió. (ii) Todos estos contratos comparten los textos de las cláusulas **4, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, Anexo A (Núm. 6) y Anexo C (Núm. 5), cláusulas en las cuales COMCEL, como predisponente del modelo contractual, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.**

b) Interrogatorio de Parte – COMCEL:

Interrogatorio de Parte COMCEL – Representante Legal Felipe García	
[JUEZ]: ¿Quién redactó esa cláusula o esas cláusulas que decían que no se debía entender cómo agencias? Que la redactó, ¿cuál de las dos partes la redactó?	[FELIPE GARCÍA]: Si señora COMCEL, es un contrato digamos modelo tipo, es un modelo de contrato que fue pues establecido por COMCEL, sin embargo, como lo mencionaba al inicio de esta sesión, yo no tengo evidencia de que al momento que se celebró el contrato o meses antes digamos en esa etapa pre contractual DISTRITEK haya levantado la mano a decir como venga, está cláusula no me parece, o solicitar alguna modificación de la cláusula, no tengo evidencia o documentación sobre eso.

c) Pruebas Testimoniales:

Testimonio Evelio Arévalo Duque - Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO DISTRITEK]: Gracias su señoría, doctor Evelio ¿usted tiene conocimiento de si el contrato de voz celebrado entre DISTRITEK y COMCEL corresponde a un modelo contractual, una proforma contractual que COMCEL utiliza y utilizó con DISTRITEK y con	[EVELIO ARÉVALO]: Como le explicaba, bueno eso no lo había como desarrollado, esos quedaban tres modelos uno que era de voz, black Berry y datos, la forma como se vinculaban ellos una vez surtido todo

los demás miembros de esa red que ustedes denominan distribuidores?	el proceso pues de riesgo, de validación de temas de lavado de activos, bueno todo lo que tenía que ver con temas de seguridad de la vinculación del tercero, si él pasaba todo ese proceso pues de vinculación a él se le ponía en conocimiento el modelo de contrato y pues era un modelo evidentemente elaborado por COMCEL y pues él tenía derecho si quería hacer observaciones o no y ya entraba una discusión qué cláusulas eran negociables o no, pues habían unas que por la misma naturaleza del contrato pues no, (…)
[JUEZ]: Perdón era un contrato proforma ¿entonces era de libre discusión o de adición?	[EVELIO ARÉVALO]: No, se podía discutir, había cláusulas que se permitía, pues si el aliado no lo manifestaba pues se suscribirá, pero pues si evidentemente era una proforma que elabora COMCEL.

HECHO PROBADO: El CONTRATO correspondió a una proforma y modelo contractual de adhesión, elaborado y confeccionado por COMCEL que fue extendido a LA DEMANDANTE en caso de que estuviese interesada en hacer parte de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, respecto del cual era inmodificables las Cláusulas **4, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, Anexo A (Núm. 6) y Anexo C (Núm. 5), cláusulas en las cuales COMCEL, como predisponente del modelo contractual, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.**

1.1.1.3. LA DEMANDANTE y COMCEL son comerciantes.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 29 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

29. COMCEL, en consecuencia, es comerciante.

Demanda Reformada. Pág. 29

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 15.

HECHOS PROBADOS: COMCEL es comerciante.

b) Pruebas documentales:

- **Certificado de existencia y representación de COMCEL:** Prueba 01 aportada con la demanda.
- **Certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.** Prueba 06 aportada con la demanda.

HECHOS PROBADOS: COMCEL y de LA DEMANDANTE, ambas, se hallan inscritas en el registro mercantil y cada una tenía abiertos sus propios establecimientos de comercio; de estas circunstancias se presume que son comerciantes.

Art. 13 CCO: Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos: 1) Cuando se halle inscrita en el registro mercantil; 2) Cuando tenga establecimiento de comercio abierto.

En el proceso no se halla prueba o alegación alguna que desvirtúe esta presunción.

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHOS PROBADOS: COMCEL y LA DEMANDANTE son comerciantes.

1.1.1.4. Independencia de LA DEMANDANTE.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 31 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

31. LA DEMANDANTE no es filial ni subsidiaria de COMCEL, ni hace parte de Grupo Empresarial alguno.

Demanda reformada, Pág. 29.

COMCEL, al contestar la demanda reformada confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 15.

HECHO PROBADO: Entre COMCEL y LA DEMANDANTE no se configuró vínculo de subordinación alguna. En consecuencia, se demostró la independencia de LA DEMANDANTE.

b) Pruebas documentales:

- **Certificado de existencia y representación de COMCEL:** Prueba 01 aportada con la demanda.
- **Certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.** Prueba 06 aportada con la demanda.

HECHOS PROBADOS: (i) Entre COMCEL y LA DEMANDANTE no se configuró una relación de subordinación matriz-subordinada; de haberse configurado tal vínculo, el mismo constaría en los certificados de existencia y representación de ambas sociedades. (ii) LA DEMANDANTE no hace parte de grupo empresarial alguno; de haberse configurado tal vínculo, el mismo constaría en el certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.

1.1.1.5. Estabilidad del CONTRATO.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 36 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 36. El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó de manera estable y permanente desde el 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011 hasta el 01 DE MARZO DE 2018.
>
> Demanda reformada, Pág. 30.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 16:

4.36. Hecho 36: Es cierto y nos atenemos a lo señalado en el contrato y documento de terminación respectivo.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 16

b) DICTAMEN:

En los Anexos del DICTAMEN se hallan las facturas y soportes contables que dan cuenta de la remuneración que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE de forma continua durante toda la relación contractual, remuneración que, según el CONTRATO, únicamente se causaba con la efectiva activación de planes pospago o prepago y con la efectiva realización de transacciones de recaudo por parte de LA DEMANDANTE. Del pago de esta remuneración se deduce, asimismo, la estabilidad del encargo que LA DEMANDANTE asumió de promover y explotar el negocio de COMCEL.

c) Pruebas documentales:

- Cartas de Comisiones y Circulares aportadas por LA DEMANDANTE y exhibidas por COMCEL: Con estos documentos emitidos durante toda la relación contractual se demuestra la estabilidad y ejecución permanente del CONTRATO. ver Prueba No 11 "Cartas de Comisiones" Aportada con la Demanda.

HECHO PROBADO: El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó de manera estable y permanente desde el 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011 y hasta el 01 DE MARZO DE 2018.

1.1.1.6. Encargo de Promover y Explotar el negocio de COMCEL.

1.1.1.6.1. El negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la comercialización de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho Servicio.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 6 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 6. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.
>
> Demanda reformada, Pág. 20.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 12.

En el hecho 18 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 18. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).
>
> Demanda reformada, Pág. 26.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, señaló: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 14.

> **4.18. Hecho 18: No me consta,** que por imposibilidad jurídica DISTRITEK no sea concesionaria y habilitada para prestar servicios de telefonía móvil celular.

> Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

> HECHO PROBADO: De las partes del CONTRATO, es COMCEL la única que puede prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular (STMC). LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar dichos servicios.

b) Pruebas documentales:

- **Certificado de existencia y representación de COMCEL: Según consta en el Certificado de Existencia y Representación de COMCEL, las actividades principales que tiene inscritas en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá son:** Prueba 01 aportada con la demanda.

CERTIFICA:
ACTIVIDAD PRINCIPAL:
6120 (ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES INALAMBRICAS)
ACTIVIDAD SECUNDARIA:
4741 (COMERCIO AL POR MENOR DE COMPUTADORES, EQUIPOS PERIFERICOS, PROGRAMAS DE INFORMATICA Y EQUIPOS DE TELECOMUNICACIONES EN ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS)

(Prueba 1 aportada con la demanda: Certificado de Existencia y Representación de COMCEL).

- Informes anuales de COMCEL: Prueba 02 aportada con la demanda. A título de ejemplo, se transcriben los Estados de Resultados incorporados en los Informes Anuales de COMCEL del 2014-2013, 2012-2011, informes que fueron aportados como pruebas en el presente proceso; información similar se halla en los informes anuales de COMCEL de los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, etcétera, los cuales también reposan en el expediente:

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.

ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2014 Y 2013
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)

	2014	2013
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	$ 6.810.190.130	$ 7.022.939.621
Venta de equipos telefónicos	1.857.756.894	1.355.524.972
Total ingresos	8.667.947.024	8.378.464.593

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2014, Pág. 38.

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.

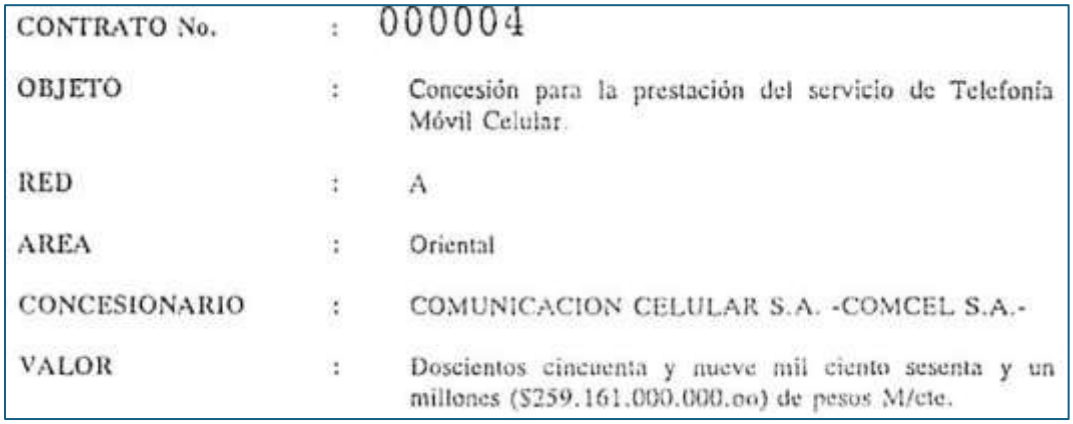
ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 Y 2011
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)

	2012	2011
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	$ 6,799,381,869	$ 6,213,811,921
Venta de equipos telefónicos	948,181,655	842,059,681
Total ingresos	7,747,563,524	7,055,871,602

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2012, Pág. 30.

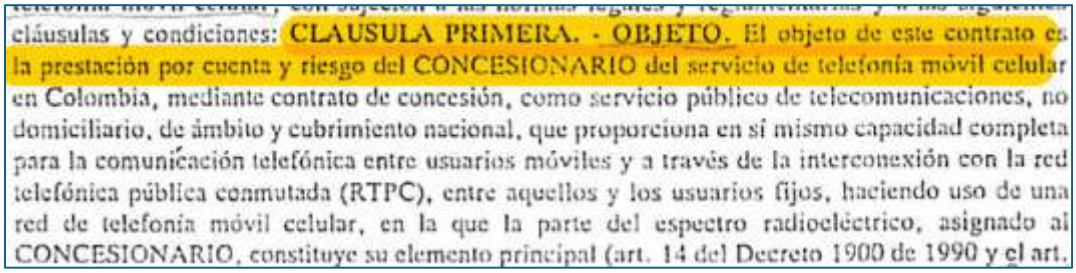
HECHO PROBADO: A partir de las fuentes de sus ingresos operacionales, se deduce que el negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.

- Contrato público de concesión No. 000004 que la Nación/Ministerio de Comunicaciones le adjudicó el 28 de marzo de 1994 a COMCEL, el cual obra en el expediente habiendo sido exhibido por parte de COMCEL. En este contrato se pactó:



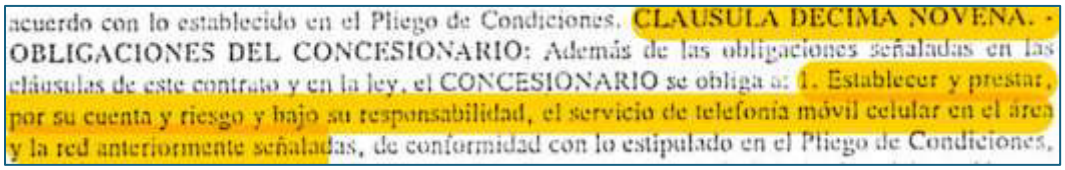
CONTRATO No.	:	000004
OBJETO	:	Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular.
RED	:	A
AREA	:	Oriental
CONCESIONARIO	:	COMUNICACION CELULAR S.A. -COMCEL S.A.-
VALOR	:	Doscientos cincuenta y nueve mil ciento sesenta y un millones ($259.161.000.000.oo) de pesos M/cte.

(…)



cláusulas y condiciones: CLAUSULA PRIMERA. - OBJETO. El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, mediante contrato de concesión, como servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico, asignado al CONCESIONARIO, constituye su elemento principal (art. 14 del Decreto 1900 de 1990 y el art.

(…)



acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones. CLAUSULA DECIMA NOVENA. - OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones señaladas en las cláusulas de este contrato y en la ley, el CONCESIONARIO se obliga a: 1. Establecer y prestar, por su cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red anteriormente señaladas, de conformidad con lo estipulado en el Pliego de Condiciones,

Contrato de Concesión 004 de 1994 suscrito por COMCEL. Contrato exhibido por COMCEL. Punto 3.

HECHO PROBADO: El negocio de COMCEL consiste en la prestación, por su cuenta y riesgo, del servicio de telefonía móvil celular.

1.1.1.6.2. COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la **promoción** de su negocio y LA DEMANDANTE, en efecto, lo ejecutó.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTIRBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización …
1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.
1.11 "Servicio" significa el servicio público de telefonía móvil celular, sus suplementarios u otros que preste actualmente o en el futuro COMCEL a sus abonados.
1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL…
1.14 "Producto de Abonado" significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.
7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:
7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del "Servicio"; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. (…) Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.
7.10.3. EL DISTRIBUIDOR se obliga a participar en todas las promociones que COMCEL ofrezca al público, a observar estrictamente todos los términos y condiciones que se le comuniquen para cada una de estas promociones (…)
7.11 EL DISTRIBUIDOR, se obliga a seguir los planes de ventas de productos y servicios, elaborados o fijados por COMCEL (…)
7.18 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que le entregue COMCEL o que COMCEL apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de COMCEL.
17. Efectos de la Terminación. Una vez termine este Contrato, se extinguen los derechos y obligaciones de las partes, dejan de causarse comisiones y contraprestaciones de cualquier naturaleza, subsistirán solamente los expresamente pactados o derivados de su liquidación y el DISTRIBUIDOR, deberá: 17.1. Suspender inmediatamente el mercadeo, la promoción y la venta del Servicio.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

2.Anexos

Se adjuntan los siguientes anexos y forman parte de este Contrato:

Anexo A Plan de Comisiones de EL DISTRIBUIDOR.
Anexo B Estándares de Instalación.
Anexo C Plan Coop Publicidad.
Anexo D Apertura de Centros de Venta (CV) y de Centros de Venta y de Servicios (CVS) y localización autorizada.
Anexo E. Garantías
Anexo F. Acta de conciliación, compensación y transacción.
Anexo G. Condiciones Generales Sistema Poliedro.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

ANEXO C. PLAN CO-OP. MODELO EMPLEADO POR COMCEL.

2. PRINCIPIO Y AUTORIZACION: EL DISTRIBUIDOR y COMCEL manifiestan que las obligaciones de publicidad y mercadeo de EL DISTRIBUIDOR corresponden en principio a EL DISTRIBUIDOR (...)

4. DESTINO DEL FONDO DEL PLAN CO-OP. Los dineros que conforman el Plan CO-OP se destinarán exclusivamente al pago del 50% de los costos en que incurra EL DISTRIBUIDOR en las siguientes actividades...: 4.1 Volantes; 4.2 Publicidad interior; 4.3 Publicidad exterior; 4.4 Medios impresos; 4.5 Merchandising; 4.6 Radio; 4.7 Televisión; 4.8 Ferias y eventos; 4.9 Vehículos con publicidad de COMCEL; 4.10 Páginas amarillas; 4.11 Investigación de Mercados; 4.12 Mercadeo Directo (Telemercadeo y Correos Directos) (...)

8. PROCEDIMIENTO DEL PLAN CO-OP. (...) EL DISTRIBUIDOR, cumplirá salvo modificación que le comunique COMCEL, el siguiente procedimiento: 8.1 Enviar al departamento de mercadeo la forma de preaprobación que utilice COMCEL debidamente diligenciada acompañada de un boceto de la campaña. 8.2 El departamento de mercadeo devolverá con su firma de aprobación si es del caso, el boceto a EL DISTRIBUIDOR. 8.3 EL DISTRIBUIDOR ejecutará y ordenará la actividad previamente aprobada por COMCEL (...). 8.6. EL DISTRIBUIDOR en el momento de solicitar los dineros del fondo Plan Coop enviará al departamento de mercadeo de COMCEL factura original del gasto, boceto aprobado por mercadeo y prueba física de la actividad (...).8.8 Tesorería de COMCEL pagará a EL DISTRIBUIDOR, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud que trata el numeral 8.6 anterior, siempre que EL DISTRIBUIDOR haya cumplido estrictamente con el trámite previsto por COMCEL y haya presentado todos los documentos señalados en este Anexo C o que en el futuro determine COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

8.4 Las condiciones establecidas en el Anexo C de este contrato de distribución, podrán ser modificadas, adicionadas o suprimidas unilateralmente por COMCEL, sin previo aviso al EL DISTRIBUIDOR.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO

- **Circulares** que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE: COMCEL, en muchas de las circulares que le envió a LA DEMANDANTE y que obran en el expediente, le impartió instrucciones relativas a las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar actividades de promoción del negocio de COMCEL.

  Entre estas circulares se hallan las siguientes:

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **MANUAL DE IMAGEN CORPORATIVA**

ASPECTOS A TENER EN CUENTA SOBRE LA IMAGEN CORPORATIVA Y EL USO DE POP EN LOS PDV:

1. De acuerdo a lo estipulado en el contrato de distribución en los numerales 7.16 7.17 y 7.18 en los cuales indica que el distribuidor se compromete a ajustarse al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, para el manejo de la publicidad, manejo institucional, logotipos impresos a color y en blanco y negro y avisos publicitarios, *el distribuidor se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que le entregue CLARO o que se apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, de igual forma en ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización, el distribuidor podrá colocar aviso al lado o encima del de CLARO.*

Por tanto cualquier material fuera de lo autorizado deberá ser retirado de los puntos de venta.

Recuerden que para la implementación de campañas cuentan con el apoyo del Plan Coop a través del ítem 49-Comunicaciones Trade y del área de G2M para el diseño de piezas acorde a sus necesidades.

2. De igual forma es importante el aseo y mantenimiento de los puntos, así como de los avisos, mobiliario y stands de acuerdo al numeral 7.19 deben cumplir con todos los requerimientos que establezca CLARO para las instalaciones de exhibición y demostración y con los requisitos para la apariencia y acceso al establecimiento, local, oficina, punto de venta, etc.

VER Prueba Circular 2016-GSDI01-S127089 de mayo 3 de 2016 exhibida por LA DEMANDANTE, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le encargó la promoción de su negocio a LA DEMANDANTE; este encargo se incorporó en (i) las cláusulas del CONTRATO y (ii) en las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE (cláusula 7.2. del CONTRATO) y que quedaron incorporadas en las circulares que COMCEL extendió para los miembros de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida.

- Cláusulas del CONTRATO:

1.11 "Servicio" significa el servicio público de telefonía móvil celular, sus suplementarios u otros que preste actualmente o en el futuro COMCEL a sus abonados.

17. Efectos de la Terminación. Una vez termine este Contrato, se extinguen los derechos y obligaciones de las partes, dejan de causarse comisiones y contraprestaciones de cualquier naturaleza, subsistirán solamente los expresamente pactados o derivados de su liquidación y el DISTRIBUIDOR, deberá: 17.1. Suspender inmediatamente el mercadeo, la promoción y la venta del Servicio.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: A la terminación del CONTRATO, LA DEMANDANTE se obligó a suspender inmediatamente el mercadeo y la promoción del negocio de COMCEL (Cláusula 17.1).

- Informe de sostenibilidad de 2016 de COMCEL:



Actividades comerciales

Detalle	2015	2016
Número de eventos nacionales en los que la marca Claro tuvo presencia	10	99
Número de eventos realizados por la red de distribución a nivel nacional	25.962	22.477

VER Prueba No. 2: Información de COMCEL. Informe de Sostenibilidad 2016, Pág. 67.

HECHOS PROBADOS: Los miembros de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, entre ellos LA DEMANDANTE, realizaron 25.962 eventos promocionales de activación de la marca "Comcel/Claro" en el año 2015 y 22.477 en el año 2016.

b) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, muchas gracias doctora Patricia, bueno digamos que yo con esto terminaría mis preguntas	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: No puedo hablar, referirme puntualmente a las actividades de ellos porque no las conocí, pero sí puedo hablar de

respecto de las labores de venta y comercialización y quisiera ir a un segundo punto usted nos refirió que DISTRITEK realizaba lo que usted denominó actividades comerciales o activaciones comerciales, usted podría explicarle al Despacho ¿En qué consistían esas actividades comerciales que realizaba DISTRITEK?	modo general de las actividades comerciales, la mayoría de nuestra red de distribución nos enviaban, consolidaban informa, consolidaban sus actividades que iban a hacer, que hacían en los, a través de los puntos de venta, que hacían con perifoneos, camionetas, puntos gemelos que eran puntos en frente o carpas en frente de sus locales, eso lo hacían a través de un fondo cooperativo que se llama fondo COP y por cada venta que ellos hacían se acumulaba un dinero, un dinero que estaba destinado, que comúnmente en la red de distribución se conoce como COP, dinero destinado para este tipo de actividades, actividades de volanteo, de modelos de perifoneo, podían imprimir volantes, brochures, pasacalles, para eso estaba destinado ese, ese COP y pues cada agente perdón, cada distribuidor debía entregarnos esa planificación mensual, trimestral o semanal a como ellos la necesitaran.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, ¿cuál era el objetivo o la finalidad de esas actividades comerciales que, que debía realizar los miembros de la red incluido DISTRITEK? ¿Cuál era el objetivo, la finalidad de esas actividades?	**[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]:** Vender, captar clientes para venta.

Testimonio de Juan Carlos Villescas. Gerente de Marketing de COMCEL.	
[APODERADO_DISTRITEC]: Juan Carlos, tú nos dices que no tienes conocimiento directamente del contrato ni de la relación con Distritek, sin embargo, pues para darle pie a esta declaración y que tenga algún tipo de sentido yo sí quiero preguntarle si ¿tú conoces de las condiciones normales de la ejecución del contrato que se ejecutaba con los miembros de la red en términos generales en temas relacionados con promoción y publicidad y cuál es tu cargo y las labores de tu cargo específicamente en esas temas de promoción y publicidad?	**[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]:** Pues el detalle del contrato no lo conozco, pero nosotros desde la gerencia de marketing en su momento cuando estaba en frente de la gerencia de marketing para distribuidores nosotros nos encargamos de hacer todas nuestras campañas de publicidad, ya sean campañas para medios masivos o para actividades en calle con las cuales les damos todas las herramientas a los distribuidores para poder ejecutar las diferentes campañas que salen desde el área de marketing. Mi rol en ese momento era darle estas herramientas a cada uno de los distribuidores para que ellos puedan hacer ese seguimiento y efectivamente utilizar esas campañas que nosotros hacemos pues para la vinculación de clientes.

[JUEZ]: ¿Cuándo se refiere esa época a qué años más o menos se refiere?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Eso fue hace eso aproximadamente 5 años, cuando yo era gerente de marketing para el canal de distribuidores, en el cual nosotros desarrollábamos campañas especiales para el distribuidor y ellos se encargaban de replicar esas campañas, ya sean campañas de medios masivos eso estamos hablando de o televisión o radio o impresos para periódicos localizados y por otro lado actividades que nosotros en marketing le decimos actividades de BTL, que son volanteadores o es un perifoneo o son actividades en lugares públicos donde su objeto es llevar clientes al punto de venta.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok. Gracias Juan Carlos. Yo te pregunto ¿Esas actividades que tú has referido las realizaban los miembros de la red incluido DISTRITEK toda esa serie de actividades que tú nos has referido?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Había dos opciones, hay una opción en las cuales nosotros como Claro hacíamos las activaciones y invitamos a los distribuidores, pero también estaba la otra opción y era que el distribuidor pueda, puede hacer actividades también, obviamente cubriéndose con la imagen que nosotros, que deberían cumplir de acuerdo al manual y las indicaciones que nosotros como marketing les dábamos a los distribuidores pues porque, pues para que se viera una sola marca, porque para el cliente final es transparente si es un distribuidor o si es Claro, aquí lo que importante es que tiene un respaldo de una marca como Claro. Entonces por eso el lineamiento era importante y el cumplimiento de ese lineamiento en cuanto a las bases de la marca y las actividades.

(…)

[APODERADO_DISTRITEK]: ¿Podrías hacernos una referencia a esas actividades BTL Juan Carlos específicamente qué tipos de actividades BTL realizaban o podían realizar los distribuidores explicárselo al despacho que de pronto no tiene conocimiento exacto de qué son actividades BTLS en temas de promoción y publicidad? Muchas gracias.	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Así es, así es. Por lo general los distribuidores tienen muchos puntos de venta en poblaciones cercanas o aledañas a una ciudad principal entonces lo que ellos organizaban en conjunto y directriz con nosotros, eran actividades en calle que son volanteadores, actividades para niños, modelos que reparten también volantes o perifoneo que son los vehículos que tienen una grabación donde promocionamos nuestros servicios, dependiendo de la zona ellos hacían sus actividades, puede ser una plaza pública donde ponían una carpa, un sonido, un bailarín, lo que sea. Eso son actividades que con el objetivo de generar ventas y pues que le llevaran tráfico a su punto de venta, por lo general esas actividades las hacen

	aledañas al punto donde los comerciales salen en tropa en esa actividad y o dirección al punto de venta o están en zonas muy cerca para la vinculación de los clientes.
[JUEZ]: Es decir, BTL traduce lo que me está diciendo.	**[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]:** Below The Line, es una sigla en inglés que es Below The Line en inglés.

(…)

[APODERADO_DISTRITEK]: ¿Juan Carlos tú sabes si esas actividades comerciales entre esas las de BTL eran pagadas directamente por en este caso por DISTRITEK y los miembros de la red?	**[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]:** No conozco exactamente si DISTRITEK hizo el pago de esas acciones, pero dentro de nos, dentro del las opciones que tenía, que tiene el distribuidor es un fondo COP, ese fondo COP básicamente es si el distribuidor hace ventas un porcentaje de esas ventas se van a una bolsa y esa bolsa es usada, ese dinero es usado para el fin comercial, para hacer actividades. Entonces, cómo funciona, el distribuidor le enviaba al área comercial una solicitud donde le decía voy a hacer una activación de payasos en la zona, en la, en el, en la zona cerca del punto de venta ese valor me cuesta Un millón de pesos ($1.000.000), el comercial de Claro le aprobaba esa solicitud usando el plan COP, el distribuidor hacía el pago de esa actividad de Un millón de pesos ($1.000.000) y Claro le devolvía el 50% de esa actividad o sea Claro asumía el 50% de esas actividades siempre y cuando el distribuidor tuviera fondos y pues entre más ventas pues tenía más fondos para poder hacer esa actividad, no sé si fui claro en la, en la observación.
[APODERADO_DISTRITEK]: Muy claro, Muchas gracias Juan Carlos. Perfecto y entonces te pregunto, cuando no acudía al plan COP porque ya fuiste muy claro en decirnos si acudía al plan COP se le reintegraba por parte de Comcel el 50% del valor que había pagado si no acudía al plan COP ¿Ese pago que había efectuado al payaso o a la modelo lo asumía directamente en su totalidad DISTRITEK?	**[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]:** Sí, lo asume el distribuidor obviamente pues nosotros siempre le avisamos al distribuidor en el momento de la, de tener esa bolsa y pues para el distribuidor pues ahorrarse ese 50% es importante entonces muchos de ellos se apalancaban y aprovechaban ese recurso, que si el distribuidor no quería usarlo o no tenía un fondo especial que sería muy raro porque pues entre más vendía pues tenía el fondo, pues no sería lógico que no hubiera aprovechado ese fondo para hacer uso de sus actividades, pero lo podía hacer.

(…)

[JUEZ]: Sí, a ver no sé es usted dice señor Juan Carlos que, si bueno le entiendo lo de los costos que genera la publicidad y	**[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]:** En su momento con Comcel lo que ellos hacen es actividades regionalizadas entonces en algunos casos

los, lo que invierte Claro cada año para esos fines, entonces en qué bajo esa lógica, óptica en qué consiste el trabajo de divulgación de los distribuidores o agentes comerciales cuáles es su, ¿Qué cubren que no cubra esa gran publicidad de Claro o de Comcel en su momento mejor?	si él tiene un punto de venta en Chigorodó, tomando como cualquier región en Chigorodó, pero nosotros no llegamos allá con actividades de BTL posiblemente porque pues no sale ya llegar a todo poblaciones es no, no lo logramos entonces el distribuidor lo que hace es montar su actividad que es sus, su perifoneo, sus modelos en Chigorodó y apalancarse en el plan COP o si él dice no quiero usar el plan COP pues puede utilizar sus recursos, pero ellos hacen esas actividades regionalizadas precisamente pues también para la vinculación de los clientes en esa zona.

(…)

[APODERADO_DISTRITEK]: Sí, muy breve para fines de aclaración, Juan Carlos precisamente con eso que tú acabas de responder yo te pregunto ¿Esa actividad, esas actividades de BTL pueden entenderse como complementarias de las actividades ATL en medios masivos que realiza Comcel?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Así es, así es.

c) DICTAMEN:

En el DICTAMEN aportado por LA DEMANDANTE rendido por el perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA se concluyó lo siguiente:

B.2.b)

¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió LA DEMANDANTE en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de COMCEL que fueron verificadas y aceptadas por esta última?

RESPUESTA

Siguiendo la metodología propuesta, si **COMCEL** le pagó a **LA DEMANDANTE** la suma de **$311.722.200** por concepto de comisión Plan Coop, es porque **LA DEMANDANTE**, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de **$623.444.400 ($311.722.200** X 2) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por **COMCEL**. La metodología propuesta en la pregunta coincide con la regla pactada en el numeral 4º del Anexo C del contrato(Anexo electrónico No. 7), así :

Prueba Dictamen Pericial aportado por LA DEMANDANTE, Páginas 32 y 33.

Lo anterior significa que LA DEMANDANTE como mínimo invirtió de su propio patrimonio en actividades promocionales y publicitarias para promover los productos y servicios de COMCEL, la suma de **$623.444.400**, **puesto que,** en el

Anexo C del CONTRATO se estableció que COMCEL le pagaría a LA DEMANDANTE por concepto de Comisión de Plan Co-op el 50% de los dineros que LA DEMANDANTE hubiese invertido en dichas actividades promocionales y mercadotécnicas, una vez las mismas fueran aprobadas y verificas por COMCEL:

ANEXO C

PLAN CO-OP PUBLICIDAD

13 DIC 2017
EUGENIO GIL GIL
NOTARIO 52 TITULAR
BOGOTA D.C.

El DISTRIBUIDOR calificado como Centro de Ventas y Servicios o Centro de Ventas y COMCEL han llegado a un acuerdo, para la creación de un fondo destinado a actividades de mercadeo y publicidad, dentro de las siguientes condiciones:

1. OBJETIVOS.

1.1 El Plan CO-OP ha sido establecido para motivar al Centro de Ventas y Servicios o Centros de Ventas a promover los productos y servicios.

(…)

4. DESTINO DEL FONDO DEL PLAN CO-OP.

Los dineros que conforman el Plan CO-OP se destinarán exclusivamente al pago del 50% de los costos en que incurra el Distribuidor en las siguientes actividades, previo cumplimiento de los requisitos previstos en este Anexo C:

COMO NOTARIO 52 DE ESTE CIRCULO HAGO CONSTAR QUE ESTA FOTOCOPIA COINCIDE CON EL ORIGINAL CON QUE HA SIDO CONFRONTADO.
13 DIC 2017
EUGENIO GIL GIL
NOTARIO 52 TITULAR
BOGOTA D.C.

4.1	Volantes
4.2	Publicidad interior
4.3	Publicidad exterior
4.4	Medios impresos
4.5	Merchandising
4.6	Radio
4.7	Televisión
4.8	Ferias y eventos
4.9	Paginas amarillas

Para actividades no incluidas en la lista de este numeral 4 el Distribuidor deberá solicitar la aprobación previa, expresa y escrita de la Vicepresidencia de Ventas, para que los dineros que conforman el fondo del Plan CO-OP sean aplicables a esas actividades no incluidas.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHO PROBADO: LA DEMANDANTE ejecutó actividades promocionales del negocio de COMCEL, para lo cual debía tener el aval del área de marketing de COMCEL.

1.1.1.6.3. COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la **explotación** de su negocio y LA DEMANDANTE, en efecto, lo ejecutó.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTIRBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización
1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.

1.11 "Servicio" significa el servicio público de telefonía móvil celular, sus suplementarios u otros que preste actualmente o en el futuro COMCEL a sus abonados.
1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...
1.14 "Producto de Abonado" significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.

1.15 "Establecimiento" significa cada uno de los establecimientos de comercio, locales, centros o puntos de venta ubicados en inmuebles, que destine EL DISTRIBUIDOR para el desarrollo de este contrato de distribución.
7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del Servicio; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las Instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

7.5 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de estipular, conceder u otorgar condiciones distintas o adicionales a las establecidas por COMCEL para la prestación del servicio.

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, <u>única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR</u>.

7.11 EL DISTRIBUIDOR, se obliga a seguir los planes de ventas de productos y servicios, elaborados o fijados por COMCEL…

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, … directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: <u>7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.</u>

7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, la autoridades competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada… EL DISTRIBUIDOR, entregará en las instalaciones de COMCEL la totalidad de los documentos originales exigidos por la ley, los reglamentos, actos administrativos, la autoridades competentes, el MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE DISTRIBUIDORES y las instrucciones que se le impartan… <u>dentro de las 96 horas siguientes a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.</u>

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el <u>cargo fijo mensual</u>, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, <u>valor del teléfono</u>, equipos, repuestos, servicios y <u>valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución</u>.

7.8 EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, <u>todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios</u>, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

17. Efectos de la Terminación: Una vez termine este Contrato, se extinguen los derechos y obligaciones de las partes, dejan de causarse comisiones y contraprestaciones de cualquier naturaleza, subsistirán solamente los expresamente pactados o derivados de su liquidación y el

DISTRIBUIDOR, deberá: 17.1. Suspender inmediatamente el mercadeo, la promoción y la venta del Servicio.

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHO PROBADO: (i) El CONTRATO definió los conceptos "establecimiento", "servicio", "producto del abonado" y "contrato de servicios de telefonía móvil celular". (ii) COMCEL le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE: El negocio de COMCEL es la comercialización del "servicio" y los "producto del abonado". (iii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus "establecimientos", explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de "contratos de servicios de telefonía móvil celular", contratos que suscribía con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iv) Para que el cliente/suscriptor pudiera acceder a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE tenía también que comercializar el denominado "Producto de Abonado"; el CONTRATO define al "Producto del Abonado" así: significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL. (v) LA DEMANDANTE, en la comercialización del "servicio" y del "producto del abonado", se obligó a aplicar las tarifas, los valores de teléfono, etcétera, que COMCEL le señalaba. (vi) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del "servicio" y de la enajenación del "producto del abonado" le pertenecieron a COMCEL.

HECHOS PROBADOS: A la terminación del CONTRATO, LA DEMANDANTE se obligó a suspender inmediatamente la explotación del negocio de COMCEL (Cláusula 17.1).

- Circulares: COMCEL, en muchas de las circulares que le envió a LA DEMANDANTE y que COMCEL exhibió en el presente proceso, le impartió instrucciones relativas a las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar actividades de explotación del negocio de COMCEL.

  Entre estas circulares se hallan las siguientes:

Para	Distribuidores Claro Móvil
De	María del Pilar Suárez G.
Asunto	**IMPORTANTE – MANEJO PAPELERIA – NUEVO OTROSÍ CONTRATOS DE USUARIO**

A continuación se envían las respectivas instrucciones para el uso de la papelería de contratos de usuarios distribuidas a nivel nacional:

Informamos que a partir de la fecha para todos los contratos de usuario que se suscriban en planes de Voz y/o Datos, para Persona Natural o Jurídica en todos los canales de venta es obligatorio diligenciar de manera correcta todos los campos en blanco de los Otrosí 1 y 2 adjuntos en la presente circular y hacer firmar según el tipo de venta.

Se recuerda que tratándose de Persona Jurídica debe relacionarse la razón social completa de la empresa, quien es el usuario que adquiere el servicio; así mismo, en estos casos el respectivo otrosí debe ser firmado por el Representante Legal de la empresa quien debe tener la capacidad para firmar dicho otrosí.

Así entonces:

1. **A PARTIR DE LA FECHA SE DEBERÁ SUSCRIBIR EL CONTRATO DATOS Y VOZ, CON Y SIN CLÁUSULA DE PERMANENCIA PERSONA NATURAL Y/O JURÍDICA, VERSION VS4 Y EL OTROSÍ QUE SE ADJUNTA** en la presente circular, según corresponda al contrato de voz y datos respectivamente.

   - ✓ Estos otrosí se deben ***Imprimir, diligenciar y adjuntar*** a los documentos de venta para su correspondiente legalización y son un requisito para ello.
   - ✓ Se requiere para todo tramite de líneas Pospago (incluido cesión de contrato, migraciones de prepago a pospago)
   - ✓ Se requiere para todo trámite de reposiciones.
   - ✓ Aplica para ventas con y/o sin Clausula de permanencia, persona natural o jurídica.
   - ✓ Estos otrosí deberán ser utilizados hasta que se les informe lo contrario.
   - ✓ El otrosí actualizado en esta circular se podrá identificar con el pie de página:
     V1 Febrero 2014

2. **APARTIR DE LA FECHA SÓLO PODRÁ UTILIZARSE LA PAPELERÍA VERSIÓN VS4.**
   Para identificar la versión del contrato, se debe ubicar la versión 4 **(VS4)** la cual se encuentra en el extremo superior izquierdo bajo el NIT de COMCEL:



VER Prueba Circular 2014-GSDI01D-S067737-1 de marzo 7 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE; este encargo se incorporó en (i) las cláusulas del CONTRATO y (ii) en las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE (cláusula 7.2. del CONTRATO) y que quedaron incorporadas en las circulares que COMCEL extendió a LA DEMANDANTE incluida. En estas circulares, COMCEL estableció las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar el encargo de explotación del servicio de telefonía móvil celular de COMCEL.

b) Interrogatorio de Parte - COMCEL:

Interrogatorio de Parte- Representante Legal de COMCEL	
[APODERADO DISTRITEK]: Doctor Felipe aprovechando que estoy acá exhibiendo este documento le pregunto, dentro de esa documentación cuando dice la documentación aportada por el distribuidor se encuentra legalizada, es decir se encuentre recepcionado, revisada y aprobada con el contrato de distribución, le preguntó, dentro de esa documentación para la legalización de los planes ¿se encontraban los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular que firmaban los clientes con COMCEL?	[FELIPE GARCÍA]: Si, si señor, tengo entendido que era requisito.
[APODERADO DISTRITEK]: Esos contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular que firmaban los clientes DISTRITEK, usted es abogado ¿DISTRITEK era parte de ese contrato prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[FELIPE GARCÍA]: No, no señor, no eran parte y nunca he dicho que hayan sido parte.

c) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]: ¿Doctora Patricia dentro de esas gestiones que ustedes realizaban usted tuvo conocimiento de qué era lo que hacía o debía realizar DISTRITEK en ejecución del contrato que lo vinculaba con Comcel ¿Cuáles eran esas labores y actividades que debía realizar DISTRITEK o que realizaba DISTRITEK?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Venta de los servicios de telecomunicaciones de los servicios que nosotros comercializamos, estoy refiriéndome a productos postpago, prepago, kit, venta de recargas, apertura de puntos de venta, actividades comerciales, algunos de los distribuidores abrían centros de pago y servicio.

(…)

[APODERADO_DISTRITEK]: Perfecto, de, de acuerdo con su respuesta doctora Patricia le voy a hacer otras preguntas siguiendo el mismo orden de lo que nos acaba de responder, refirámonos inicialmente al tema de ventas, usted nos habló de ventas de planes postpago y de planes prepago, yo le pregunto	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Si para el servicio, para vender el servicio sí debían diligenciar un contrato.

doctora Patricia cuando DISTRITEK vendía esos planes debía diligenciar algún tipo de documentación, ¿Debía diligenciarse algún tipo de documentación al momento de vender esos planes?	
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok y ese contrato que debía diligenciarse, yo sé que usted no es abogada, pero ¿Qué contrato era y quiénes eran las partes de ese contrato que debía diligenciar o hacer diligenciar DISTRITEK al momento de vender los, el portafolio de productos y servicios de Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Era un contrato de servicio que diligenciaba, se le entregaban a los distribuidores, ellos a su vez entregaban ese, esa proforma a sus asesores y era firmado por, por el cliente final.
[APODERADO_DISTRITEK]: Cuando usted se refiere al cliente final se refiere al cliente de quién ¿De Comcel o de DISTRITEK?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Al cliente, al cliente que se acerca al punto de venta pues cliente de Comcel.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ese contrato que debía hacerse diligenciar por parte de DISTRITEK y que usted nos ha dicho que firmaban los clientes, tenía como contraparte a quién ¿Quién era la contraparte de ese cliente? ¿Quién más firmaba ese contrato además del cliente?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Era un, no solamente lo firmaba el, el, el cliente no había una, el contrato era de Comcel y el y el que firmaba era el cliente.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok ¿Y ese contrato era una proforma que ustedes le enviaban a DISTRITEK para que DISTRITEK se encargara de tomar las firmas del cliente?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Así es.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, ahora si voy con algo que tú nos decía así era que para generar esos pagos debía haber una legalización o activación, ya las de unos documentos y te referiste específicamente hablaste de un contrato en donde tenía que estar diligencia de dentro de esa legalización ¿A qué contrato te refieres?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Al contrato que firma en el caso de post pago que firma el cliente para obtener los servicios de Comcel, declaró, el cliente final.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Quiénes son las partes de ese contrato?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Yo no manejo los contratos directamente, pero debe ser un contrato de cliente final que va a usar en servicio y Comcel.

Testimonio de María del Pilar Suarez – Gerente de Universidad Claro de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Bueno, la pregunta es la siguiente, en la Universidad Claro que se hace específicamente de parte de Comcel con los miembros de la red en este caso con DISTRITEK.	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Bueno las funciones que tenemos en Universidad Claro es hacer todo lo que despliegue informativo de cara a los distribuidores, en todo lo que tiene que ver con proceso de venta, producto, portafolio, condiciones comerciales y toda la comunicación de cara en la compañía en la que intervienen los distribuidores o que impacta a los distribuidores.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, ¿doctora María del Pilar conduce se refiere a venta está refiriendo a venta de qué?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Venta de los productos que ofrece Comcel, productos y servicio de portafolio de la compañía.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Cuáles son?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Productos post pago, prepago, hogares, los servicios de valor agregado, claro música, claro vivido todo lo que tenemos como servicio de cara para ofrecerle el cliente final.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, doctora María del Pilar ¿usted sabe si dentro de esas capacitaciones que se les hagan a los miembros de la red para esa venta de ese portafolio que se refiere planes post pago, prepago etcétera parte de las indicaciones que se le entregan a los miembros de la red incluido DISTRITEK es que deben hacer firmar su contrato de prestación de servicio a esas personas que quieren esos planes post pago y prepago?.	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Es parte de lo que hacemos en la formación es, es enseñarle a manejar herramienta la documentación requerida, los para los procesos de venta.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿usted conoce ese contrato que deben hacer firmar en los miembros de la red dentro de esas ventas que realiza?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Si, como formato lo conozco.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey ¿ese es un formato que la elabora quién?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Comcel, es una forma preimpresa.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey ¿ese es un formato que la elabora quién?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: La compañía y el cliente, o sea Comcel el cliente.

Testimonio de Juan Carlos Villescas – Gerente de Marketing de COMCEL	
[APODERADO_CLARO]: Juan Carlos ¿Esa, esa estrategia de mercadeo y ventas era nacional?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Así es, es nacional.
[APODERADO_CLARO]: Perfecto ¿Qué rol cumplía el distribuidor en ese sentido?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Ellos se encargan de vender, ellos se encargan de vender nosotros les damos las herramientas necesarias para que eso ocurra, pero el rol del distribuidor es efectivamente la venta.

Testimonio de Marcos Edison Forero – Gerente de Penalizaciones de COMCEL	
[APODERADO DISTRITEK]: En ese procedimiento de venta que usted refiere uno de los documentos que debe diligenciar el miembro de la red en este caso DISTRITEK ¿es un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[MARCOS FORERO]: ¿Se refiere doctor Argáez al contrato de suscriptor?
[APODERADO DISTRITEK]: Si.	[MARCOS FORERO]: Por lo que leí en el formato son contratos de prestación de servicios.
[APODERADO DISTRITEK]: ¿Quiénes hacen parte de ese contrato que ser gestionado por parte DISTRITEK? ¿Quiénes son las partes de ese contrato?	[MARCOS FORERO]: El suscriptor, la persona que está adquiriendo el servicio y COMCEL que son las partes digamos básicamente, lo que entiendo, lo que uno lee en el contrato.
[JUEZ]: ¿En este caso era DISTRITEK?	[MARCOS FORERO]: No, digamos que DISTRITEK no está en esa parte, digamos y se refiere digamos al tema del operador que presta servicios es COMCEL y es entre la persona que adquiere el servicio y COMCEL en este caso.
[APODERADO DISTRITEK]: Respecto de esas labores de diligenciamiento ¿qué tiene que hacer DISTRITEK? ¿Cuál es la labor de DISTRITEK respecto de ese contrato que nos están diciendo usted que es un contrato entre COMCEL y el cliente, que tenía que hacer DISTRITEK?	[MARCOS FORERO]: Lo que entiendo es básicamente y visto desde mi punto de vista como un área de control, es validar la identidad del titular entre otras cosas pero respecto a lo que yo manejo es validar la identidad de ese titular, es decir que se valide que la persona que está adquiriendo el servicio sea quien dice ser, es básicamente lo que tengo en mente respecto a lo que yo manejo y me responsabilizo si tengo errores en la compañía.

[APODERADO DISTRITEK]: ¿Usted sabe doctor Marcos y DISTRITEK debe gestionar, hacer la gestión para que ese usuario o potencial usuario firme esos contratos que lo vinculan con COMCEL?	[MARCOS FORERO]: Dentro del trámite a esta obviamente recolectar la información y eso incluye digamos la recolección del tema dentro de la comercialización está el tema de también incluir la firma y la aceptación del cliente.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE, según las instrucciones que COMCEL le impartía (v. gr. según el encargo hecho), explotó el negocio de COMCEL. Esta explotación se perfeccionó mediante la celebración, por parte de LA DEMANDANTE y los clientes de COMCEL, de los respectivos contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y de venta de equipos terminales, contratos que vincularon a COMCEL con los respectivos clientes. LA DEMANDANTE como agente intermediario se encargaba de efectuar las ventas haciendo suscribir al cliente el contrato de prestación de servicios que lo vinculaba con COMCEL.

1.1.1.6.4. Además de las actividades de preventa (promoción) y de venta (explotación) de su negocio, COMCEL también le encargó a LA DEMANDANTE las actividades de posventa.

a) Pruebas Documentales:

- Otrosí suscrito entre COMCEL y LA DEMANDANTE:

ACUERDAN

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.8 del contrato de distribución deberá adicionarse así:

7.8.1 Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, para actuar como Centros de Centro de Pago y Servicios, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL. El envió a las cuentas de COMCEL de los dineros recaudados por el distribuidor, deberá hacerse diariamente y a través de la Transportadora de Valores designada por COMCEL, quien recogerá los dineros firmemente sellados, en el Centro de Pago y Servicios del distribuidor, dentro de los rangos de hora previamente acordados.

(...)

7.8.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: Otrosí CPS de 2013.

HECHOS PROBADOS: (i) Mediante el otrosí (Convención CPS) suscrito en el año 2007, las partes modificaron la cláusula 7.8 del CONTRATO. (ii) A partir de entonces, LA DEMANDANTE actuó como Centro de Pagos y Servicios de COMCEL. (iii) Como centro de pagos, COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la gestión de los dineros que los clientes de COMCEL pagaban por el consumo de los servicios de telefonía móvil celular que COMCEL les prestaba. (iv) Como centro de servicios, COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la atención y solución de los requerimientos de los clientes de COMCEL. (v) COMCEL, en contraprestación de estos encargos, remuneró a LA DEMANDANTE mediante la denominada "comisión por transacción de recaudo)".

- Circulares enviadas por COMCEL a LA DEMANDANTE: En la prueba No. 25, "Circular Operaciones CPS" aportada con la demanda, se enlistan los diferentes servicios posventa que LA DEMANDANTE le prestaba a los clientes de COMCEL:

Para Distribuidores Claro Móvil
De Maria del Pilar Suárez G.
Asunto **RELANZAMIENTO PROCESO SOPORTE A CPS CLIENTE MASIVO Y SOPORTE CLIENTE NEGOCIOS**

Recuerda que las solicitudes de nuestros clientes que no pueden ser atendidas Online cuentas con correos de soporte que pueden ayudarte a mejorar la atención, esto lo puedes hacer a través de las cuentas de correo de soporte CPS, Soporteclientemasivo@claro.com.co, y Soportegarantiascps@claro.com.co y soporteclientepymes@claro.com.co con el fin de simplificar los procedimientos, mejorar los tiempos de respuesta ejerciendo un control de calidad en las respuestas ofrecidas. Cabe aclarar que aún continúa vigente el procedimiento publicado en la Circular 2016-GSDI01-S301967-3.
A continuación, encontraras las solicitudes que pueden ser atendidos:

Claro

Funciones de CPS

Item	Servicios	Observación
1	Reposiciones Voz-Datos-Información-Tramites	
2	Cambio de Sim Card por robo/perdida/daño	
3	Ventas Líneas Nuevas	Venta y activación de líneas a través de Poliedro
4	Información Planes, Promociones y servicios adicionales	
6	Cambio de Equipo Voluntario/Robo/Perdida/Daño	Tramites de solicitudes de cambio con equipos homologados traídos por el cliente.
7	Actualización de datos personales, dirección, teléfono.	
8	Aclaración de factura saldo y corte.	Aclaración y explicación de los conceptos descritos en la factura.

9	Radicación de PQR (Peticiones, Quejas, Reclamos y Recursos de Reposición)	Radicación de reclamaciones escritas. http://sac/Directorio/correspondencia.htm Ver directorio CPS autorizados
10	Recepción de oficios judiciales y tutelas.	
11	Fraude por suscripción	CPS autorizados para radicar PQR Radicación de formato de Negación de Línea Ver directorio CPS autorizados
12	Consulta de Saldo (Cuenta activa, DX y Cartera Castigada)	
13	Reinstalación de Línea Prepago y Pospago	Líneas Dx por Mora, Voluntario, se tramita al titular de la línea, no se recibe documentación por parte de un tercero
14	PNA (Pagos No Abonados)	Consulta-Radicación-Respuesta PNA
15	Pagos de facturas	
16	Cambio de Numero de Celular	
17	Aclaración factura	Aclaración y explicación de los conceptos descritos en la factura
18	Servicio técnico (Equipos en Garantía o fuera de Garantía)	Ver directorio CPS autorizados.http://datos/Excel/módulos/Servicio_Tecnico.xls
19	Cesiones de contrato	Efectuar cesiones de contratos. CPS únicamente a titulares, no se reciben documentos de terceros.
20	Verificación entrega de facturas	Consulta de guías de entrega y devoluciones.
21	Información Up-Grade Prepago.	Información de tramites y avances de Solicitud de Prepago a Up-grade
22	Uso de tarjeta amigo en líneas Pospago.	Información del acceso a *500 y *600.
23	Recarga en Línea	
24	Recarga telemic	
25	Recarga Pasatiempo	
26	Venta de tarjeta prepago	
27	Ventas de accesorios	Venta de accesorios de equipos celulares.
28	Activación Servicios Adicionales NO	

(…)

Ítem	Servicios
1	Reportes (información de planes, CFM, paquetes de datos, valor de los paquetes)
2	Factura electrónica
3	Comprobante entrega de factura
4	Instalación de APN
6	Información general (saldos pendientes, referencia de pago, fecha de corte, maestra)
7	Pagos no abonados
8	Traslado de saldo
9	Creación de maestra
10	Activación ID restringido
11	Reinstalación de líneas
12	Activación de Roaming Internacional
13	Activación paquete datos
14	Bloqueo Internet, MMS
15	Bloqueo servicios
16	Cambio de ciclo
17	Cambio de elegidos
18	Cambio de Min
19	Cambio de tecnología
20	Cambio plan a corte
21	Cambio plan inmediato
22	Cambios demográficos
23	Cruce Min
24	Desactivación paquete datos
25	Desactivación Protección Móvil
26	Eliminación de Cuotas
27	Escenarios IMEI
29	Inscripción de Correos (Lista Blanca)
30	Liberación ICCID
31	Liberación IMEI
32	Liberación IMEI - ICCD
33	Perfilamiento (Activación)
34	Portal Corporativo (Activación

HECHOS PROBADOS: En estas circulares se enumeran los servicios posventa que LA DEMANDANTE le prestaba a los clientes de COMCEL, incluido el servicio de atención frente a casos de fallas en la prestación del servicio de telefonía móvil celular por parte de COMCEL.

1.1.1.6.5. LA DEMANDANTE se obligó a reportarle a COMCEL cualquier información relacionada con las necesidades e intereses de los clientes/suscriptores de COMCEL y con las condiciones del mercado.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusula 10 del CONTRATO:

10. Cooperación. EL DISTRIBUIDOR cooperará en todo momento con los representantes de COMCEL y reportará oportunamente a COMCEL cualquier información que llegue a la atención del DISTRIBUIDOR relacionada con quejas o reclamos con respecto al Servicio y a los Productos, necesidades e intereses del cliente y condiciones locales del mercado.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

1.1.1.6.6. LA DEMANDANTE no puede, por imposibilidad jurídica y operativa, prestar los servicios de telefonía móvil celular. En consecuencia, el negocio que LA DEMANDANTE promovió y explotó fue el negocio de COMCEL.

a) Confesión de COMCEL y negación indefinida:

En el hecho 6 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

6. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.

Demanda reformada, Pág. 20.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 12.

En el hecho 18 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 18. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).
>
> Demanda reformada, Pág. 26.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, señaló: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 14.

> **4.18. Hecho 18: No me consta,** que por imposibilidad jurídica DISTRITEK no sea concesionaria y habilitada para prestar servicios de telefonía móvil celular.

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHO PROBADO: De las partes del CONTRATO es COMCEL la única que puede prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular (STMC). LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar dichos servicios.

Ley 37. Artículo 3º: Prestación del Servicio. El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia. Ley 1341. Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC). (ii) LA DEMANDANTE, al promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular y los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que se requieren para prestar dicho servicio, promovió y explotó el negocio de COMCEL, no el suyo propio.

1.1.1.7. Actuación de la DEMANDANTE por cuenta de COMCEL:

1.1.1.7.1. LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y contratos de "Venta de Equipos Terminales", contratos que LA DEMANDANTE celebró actuando en nombre y por cuenta de COMCEL.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTIRBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización …
1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.

1.11 "Servicio" significa el servicio público de telefonía móvil celular, sus suplementarios u otros que preste actualmente o en el futuro COMCEL a sus abonados.
1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL…
1.14 "Producto de Abonado" significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.

1.15 "Establecimiento" significa cada uno de los establecimientos de comercio, locales, centros o puntos de venta ubicados en inmuebles, que destine EL DISTRIBUIDOR para el desarrollo de este contrato de distribución.

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:
7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del Servicio; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen

en este Contrato y con las Instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

7.5 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de estipular, conceder u otorgar condiciones distintas o adicionales a las establecidas por COMCEL para la prestación del servicio.

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, … directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

7.8 EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) El CONTRATO definió los conceptos "establecimiento", "servicio", "producto del abonado" y "contrato de servicios de telefonía móvil celular". (ii) El negocio de COMCEL es la comercialización del "*servicio*" y de los "*productos del abonado*". (ii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus "establecimientos", explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de "*contratos*

de servicios de telefonía móvil celular", contratos que suscribió con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) Para que el cliente/suscriptor accediera a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE le vendió el denominado "Producto de Abonado"; el CONTRATO define al "Producto del Abonado" así: *significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL*. (iii) LA DEMANDANTE, en la comercialización del "servicio" y del "producto del abonado", aplicó las tarifas, los valores de teléfono, etc., que COMCEL le señaló. (iv) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del "servicio" y de la enajenación del "producto del abonado" pertenecían a COMCEL, y LA DEMANDANTE tenía la obligación de recaudarlo frente al cliente/suscriptor y entregárselo a COMCEL "*a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado*".

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTIRBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización …
1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.
1.11 "Servicio" significa el servicio público de telefonía móvil celular, sus suplementarios u otros que preste actualmente o en el futuro COMCEL a sus abonados.
1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL…

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.5 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de estipular, conceder u otorgar condiciones distintas o adicionales a las establecidas por COMCEL para la prestación del servicio.

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, **única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR**.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

7.8 EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, **todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios**, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes **a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas**, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

b) Interrogatorio de Parte - COMCEL:

Interrogatorio de Parte- Representante Legal de COMCEL	
[APODERADO DISTRITEK]: Doctor Felipe aprovechando que estoy acá exhibiendo este documento le pregunto, dentro de esa documentación cuando dice la documentación aportada por el distribuidor se encuentra legalizada, es decir se encuentre recepcionado, revisada y aprobada con el contrato de distribución, le preguntó, dentro de esa documentación para la legalización de los planes ¿se encontraban los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular que firmaban los clientes con COMCEL?	**[FELIPE GARCÍA]:** Si, si señor, tengo entendido que era requisito.

[APODERADO DISTRITEK]: Esos contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular que firmaban los clientes DISTRITEK, usted es abogado ¿DISTRITEK era parte de ese contrato prestación de servicios de telefonía móvil celular?	**[FELIPE GARCÍA]:** No, no señor, no eran parte y nunca he dicho que hayan sido parte.

c) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]:¿Doctora Patricia dentro de esas gestiones que ustedes realizaban usted tuvo conocimiento de qué era lo que hacía o debía realizar DISTRITEK en ejecución del contrato que lo vinculaba con Comcel ¿Cuáles eran esas labores y actividades que debía realizar DISTRITEK o que realizaba DISTRITEK?	**[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]:** Venta de los servicios de telecomunicaciones de los servicios que nosotros comercializamos, estoy refiriéndome a productos postpago, prepago, kit, venta de recargas, apertura de puntos de venta, actividades comerciales, algunos de los distribuidores abrían centros de pago y servicio.
(…)	
[APODERADO_DISTRITEK]: Perfecto, de, de acuerdo con su respuesta doctora Patricia le voy a hacer otras preguntas siguiendo el mismo orden de lo que nos acaba de responder, refirámonos inicialmente al tema de ventas, usted nos habló de ventas de planes postpago y de planes prepago, yo le pregunto doctora Patricia cuando DISTRITEK vendía esos planes debía diligenciar algún tipo de documentación, ¿Debía diligenciarse algún tipo de documentación al momento de vender esos planes?	**[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]:** Si para el servicio, para vender el servicio sí debían diligenciar un contrato.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok y ese contrato que debía diligenciarse, yo sé que usted no es abogada, pero ¿Qué contrato era y quiénes eran las partes de ese contrato que debía diligenciar o hacer diligenciar DISTRITEK al momento de vender los, el portafolio de productos y servicios de Comcel?	**[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]:** Era un contrato de servicio que diligenciaba, se le entregaban a los distribuidores, ellos a su vez entregaban ese, esa proforma a sus asesores y era firmado por, por el cliente final.
[APODERADO_DISTRITEK]: Cuando usted se refiere al cliente final se refiere al cliente de quién ¿De Comcel o de DISTRITEK?	**[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]:** Al cliente, al cliente que se acerca al punto de venta pues cliente de Comcel.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ese contrato que debía hacerse diligenciar por parte de	**[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]:** Era un, no solamente lo firmaba el, el, el

DISTRITEK y que usted nos ha dicho que firmaban los clientes, tenía como contraparte a quién ¿Quién era la contraparte de ese cliente? ¿Quién más firmaba ese contrato además del cliente?	cliente no había una, el contrato era de Comcel y el y el que firmaba era el cliente.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok ¿Y ese contrato era una proforma que ustedes le enviaban a DISTRITEK para que DISTRITEK se encargara de tomar las firmas del cliente?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Así es.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, ahora si voy con algo que tú nos decía así era que para generar esos pagos debía haber una legalización o activación, ya las de unos documentos y te referiste específicamente hablaste de un contrato en donde tenía que estar diligencia de dentro de esa legalización ¿A qué contrato te refieres?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Al contrato que firma en el caso de post pago que firma el cliente para obtener los servicios de Comcel, declaró, el cliente final.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Quiénes son las partes de ese contrato?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Yo no manejo los contratos directamente, pero debe ser un contrato de cliente final que va a usar en servicio y Comcel.

Testimonio de María del Pilar Suarez – Gerente de Universidad Claro de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Bueno, la pregunta es la siguiente, en la Universidad Claro que se hace específicamente de parte de Comcel con los miembros de la red en este caso con DISTRITEK.	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Bueno las funciones que tenemos en Universidad Claro es hacer todo lo que despliegue informativo de cara a los distribuidores, en todo lo que tiene que ver con proceso de venta, producto, portafolio, condiciones comerciales y toda la comunicación de cara en la compañía en la que intervienen los distribuidores o que impacta a los distribuidores.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, ¿doctora María del Pilar conduce se refiere a venta está refiriendo a venta de qué?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Venta de los productos que ofrece Comcel, productos y servicio de portafolio de la compañía.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Cuáles son?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Productos post pago, prepago, hogares, los servicios de valor agregado, claro música, claro vivido todo lo

	que tenemos como servicio de cara para ofrecerle el cliente final.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, doctora María del Pilar ¿usted sabe si dentro de esas capacitaciones que se les hagan a los miembros de la red para esa venta de ese portafolio que se refiere planes post pago, prepago etcétera parte de las indicaciones que se le entregan a los miembros de la red incluido DISTRITEK es que deben hacer firmar su contrato de prestación de servicio a esas personas que quieren esos planes post pago y prepago?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Es parte de lo que hacemos en la formación es, es enseñarle a manejar herramienta la documentación requerida, los para los procesos de venta.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿usted conoce ese contrato que deben hacer firmar en los miembros de la red dentro de esas ventas que realiza?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Si, como formato lo conozco.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey ¿ese es un formato que la elabora quién?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Comcel, es una forma preimpresa.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey ¿ese es un formato que la elabora quién?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: La compañía y el cliente, o sea Comcel el cliente.

Testimonio de Marcos Edison Forero – Gerente de Penalizaciones de COMCEL	
[APODERADO DISTRITEK]: En ese procedimiento de venta que usted refiere uno de los documentos que debe diligenciar el miembro de la red en este caso DISTRITEK ¿es un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[MARCOS FORERO]: ¿Se refiere doctor Argáez al contrato de suscriptor?
[APODERADO DISTRITEK]: Si.	[MARCOS FORERO]: Por lo que leí en el formato son contratos de prestación de servicios
[APODERADO DISTRITEK]: ¿Quiénes hacen parte de ese contrato que ser gestionado por parte DISTRITEK? ¿Quiénes son las partes de ese contrato?	[MARCOS FORERO]: El suscriptor, la persona que está adquiriendo el servicio y COMCEL que son las partes digamos básicamente, lo que entiendo, lo que uno lee en el contrato.

[JUEZ]: ¿En este caso era DISTRITEK?	**[MARCOS FORERO]:** No, digamos que DISTRITEK no está en esa parte, digamos y se refiere digamos al tema del operador que presta servicios es COMCEL y es entre la persona que adquiere el servicio y COMCEL en este caso.
[APODERADO DISTRITEK]: Respecto de esas labores de diligenciamiento ¿qué tiene que hacer DISTRITEK? ¿Cuál es la labor de DISTRITEK respecto de ese contrato que nos están diciendo usted que es un contrato entre COMCEL y el cliente, que tenía que hacer DISTRITEK?	**[MARCOS FORERO]:** Lo que entiendo es básicamente y visto desde mi punto de vista como un área de control, es validar la identidad del titular entre otras cosas pero respecto a lo que yo manejo es validar la identidad de ese titular, es decir que se valide que la persona que está adquiriendo el servicio sea quien dice ser, es básicamente lo que tengo en mente respecto a lo que yo manejo y me responsabilizo si tengo errores en la compañía.
[APODERADO DISTRITEK]: ¿Usted sabe doctor Marcos y DISTRITEK debe gestionar, hacer la gestión para que ese usuario o potencial usuario firme esos contratos que lo vinculan con COMCEL?	**[MARCOS FORERO]:** Dentro del trámite a esta obviamente recolectar la información y eso incluye digamos la recolección del tema dentro de la comercialización está el tema de también incluir la firma y la aceptación del cliente.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE comercializaba los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL mediante la suscripción de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) Estos contratos los celebraba LA DEMANDANTE con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE, para la celebración de estos contratos, utilizaba el texto que COMCEL le suministraba y aplicaba en él las tarifas y precios que COMCEL señalaba. (iv) Todos los derechos y obligaciones derivados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular" quedaban en cabeza de COMCEL. (v) LA DEMANDANTE recaudaba los dineros que los clientes/suscriptores pagaban y tenía la obligación de entregárselos a COMCEL "*a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado*".

- Circulares que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **IMPORTANTE – MANEJO PAPELERIA –CONTRATOS DE USUARIO**

A continuación se envían las respectivas instrucciones para el uso de la papelería de contratos de usuarios distribuidos a nivel nacional:

Informamos que a partir del 1 de julio de 2014 para todos los contratos de servicio con usuarios que se suscriban en planes de voz y/o datos, para persona natural y/o jurídica **no se suscribirá con cláusula de permanencia y para la compra de equipos terminales se suscribirá por separado contrato de compraventa de equipos**. Motivo por el cual, a partir del 18 de Junio de 2014 los diferentes canales de venta empezarán a recibir nueva papelería, la cual **ÚNICAMENTE PODRÁ SER UTILIZADA A PARTIR DEL 1 DE JULIO DE 2014**, en las siguientes condiciones:

1. **A PARTIR DEL 1º DE JULIO DE 2014 SÓLO PODRÁN UTILIZARSE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE VOZ Y DATOS, PERSONA NATURAL Y/O PERSONA JURÍDICA, VERSIÓN 6 (VS6), SEGÚN CORRESPONDA JUNTO CON EL PAGARÉ Y CARTA DE INSTRUCCIONES QUE VIENEN INCORPORADOS EN EL MISMO DOCUMENTO.**

   Para identificar la versión del contrato a ser utilizado, se debe ubicar la versión 6 **(VS6)** la cual se encuentra en el extremo superior izquierdo bajo el NIT de COMCEL:



2014-GSDI01-S174469
17 DE JUNIO DE 2014

1
INFORMACION CONFIDENCIAL

2. **JUNTO CON EL CONTRATO MENCIONADO EN EL NUMERAL 1 ANTERIOR, CUANDO UN USUARIO ADQUIERA UN EQUIPO TERMINAL CON COMCEL, DEBERÁ FIRMAR EN FORMA SEPARADA EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS.**

2.1 Si la compra del equipo se realiza de Contado, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa de contado, el cual se visualiza en su encabezado así:



CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES DE CONTADO

2.2 Si la compra del equipo se realiza a cuotas, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa a cuotas junto con el pagaré y carta de instrucciones que vienen incorporados en el mismo documento, el cual se visualiza en su encabezado así:



CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS

(...)

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por COMCEL, Punto 7.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **CONDICIONES DE VENTA PARA EMPRESAS PYMES CON NIT (800/900)**

Informamos que a partir del 01 de Julio por disposición de la Reolución CRC 4444 de 2014 sólo se podrán realizar ventas sin cláusula de permanencia mínima. Para

(...)

1. **Ventas sin Cláusula de Permanencia:**

Los documentos que se deben diligenciar para la venta **Sin cláusula de permanencia** a **Cliente Nuevo o Cliente Antiguo Pyme** con tipo de documento NIT (800/900) son:

1. Contrato de Prestación de Servicios Persona Jurídica (Voz o Datos).
2. Contrato de compraventa de Equipos Terminales Moviles (Contado o a Cuotas) en caso de equipo comprado a CLARO
3. Adendo a la Solicitud de Servicio y/o al Contrato de compraventa del Equipo (solo si se requiere incluir líneas adicionales) se debe señalar "sin cláusula".
4. Documentos requeridos por matriz de Venta.

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S185179 de julio 1 de 2014 exhibida por COMCEL, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, además de celebrar con los clientes/suscriptores de COMCEL los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", celebró los denominados "Contratos de Venta de Equipos Terminales". (ii) Los clientes/suscriptores de COMCEL podían adquirir los equipos terminales de contado o financiados (a cuotas). En ambos casos, LA DEMANDANTE suscribía con los clientes/suscriptores un "Contrato de Venta de Equipos Terminales". (iii) En los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y en los "Contratos de Venta de Equipos Terminales", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.



COMCEL S.A.
NIT. 800.153.993-7
MT31766 - MAYO 2015 - VS1 - MAYO 2015

CONDICIONES GENERALES DEL SERVICIO EN MODALIDAD PREPAGO

EL SERVICIO

Nos comprometemos a prestarle los servicios que usted elija de telefonía móvil , mensajes de texto (SMS) y/o internet en modalidad prepago. Para hacer uso de estos servicios, deberá hacer una recarga por la suma de dinero que desee consumir.

Este documento contiene las principales condiciones del servicio contratado.

Prueba: Modelo vigente de contratos de COMCEL. Mediante resolución CRC 4625 de 2014, el modelo de contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular en planes prepago de COMCEL debe coincidir con el modelo adoptado en dicha resolución. COMCEL, tiene publicados en su página web estos modelos: https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/legal-regulatorio/lightbox/descripcion-ED-78.html.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo debía completar dichos contratos.

Para	Distribuidores Claro Móvil
De	María del Pilar Suárez G.
Asunto	**NUEVA SOLICITUD DE SERVICIO POSPAGO – PAPELERIA PREIMPRESA**

A partir del **01 de Junio de 2015, por disposición de la Resolución CRC 4625 de 2014 se deberá diligenciar contrato Simplificado.**

Este será el único formato autorizado para diligenciar ventas, por lo tanto los formatos actuales **NO** tendrán validez a partir del 1 de Junio de 2015.

El nuevo formato que deberá ser utilizado a partir del **01 de Junio de 2015, es el Contrato Único de Servicios Móviles Pospago.**

Esta es la imagen del encabezado del nuevo formato



(...)

PAPELERIA ANTERIOR NO VIGENTE:

- A partir del **1 de Junio 2015**, **ES OBLIGTORIO EL USO DE LA NUEVA PAPELERÍA**. En caso que lleguen documentos a Comcel con fecha de venta 1 de junio de 2015 en papelería antigua, será causal de devolución y penalización.

- **NO** se podrá utilizar la papelería no vigente que quede en los puntos de venta.
- por tal motivo solicitamos realizar la devolución de la papelería anterior de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin.

- Dirección de envío de la papelería **NO** vigente: Zona Franca Bogotá (Operador Logístico Logytech) Carrera 106 No. 15-25 Bodega 1 interior 121 Manzana 18, contacto Andres Salamanca Celular 3108016471.

- La papelería NO vigente se debe enviar al operador logístico máximo al día 15 de Julio de 2015.



LEGALIZACIÓN CONTRATOS DE VENTAS

- Todas las ventas realizadas a partir del 01 de junio de 2015, deben ser legalizadas y solucionadas con la nueva documentación.
- Todas las ventas online realizadas antes del **1 de Junio 2015**, deben ser legalizadas y solucionadas con la papelería antigua.
- Las solicitudes de activación tradicional para ventas realizadas antes del 01 de junio serán recibidas solo hasta el día 10 de junio de 2015.
- Las soluciones a devoluciones para activaciones tradicionales con papelería antigua y que su fecha de venta sea antes del 01 de junio de 2015 serán recibidas solo hasta el 22 de junio de 2015.

IMPORTANTE

Próximamente se enviará circular con el paso a paso de diligenciamiento del nuevo formato **"Contrato Único de Servicios Móviles Pospago"**

Sin otro particular,

VER Prueba Circular 2015-GSDI01-S131768 de mayo 12 de 2015 exhibida por COMCEL, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: (i) A partir del 1º de junio de 2015, LA DEMANDANTE empezó a utilizar la papelería que COMCEL le remitió con los formatos simplificados. (ii) En los formatos simplificados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.

CONTRATOS DE VENTA DE EQUIPOS TERMINALES.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTIRBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización ...

1.14 "Producto de Abonado" significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, … directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

7.8 EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

b) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]: Hablando de esos, de esos kits prepago y de esas sim cards yo le pregunto doctora Patricia ¿Era una exigencia y una obligación que DISTRITEK vendiera esos kits prepago y esas sim cards con una línea telefónica de Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Para poder recibir la bonificación pues porque ese era su ganancia si era necesario, para recibir la bonificación.

[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, ¿quién fijaba los precios, las tarifas en general de todos esos servicios y esos productos que iban destinados a esos clientes? ¿Quién fijaba las tarifas, DISTRITEK o Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Nosotros emitíamos unas circulares mensuales a la red de distribución y eso eran los precios que podían comercializar.
[APODERADO_DISTRITEK]: Cuando usted se refiere a nosotros se está refiriendo a Comcel.	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: A Comcel sí señor.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey ¿quién fijaba sus precios? Tanto el precio que se le entregaba DISTRITEK al equipo como el precio al que debía entregarse el equipo al cliente ¿quién fijaba esos precios?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Comcel de acuerdo a las condiciones que se hayan de mercado y el precio de los fabricantes.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Es decir que, te pregunto Comcel terminaba definiendo cuanto era ese margen de diferencia, ese margen de utilidad entre precio al cual entregaba a DISTRITEK y el precio al cual se le entrega al cliente final.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Si, si señor porque pues al final nosotros decíamos cómo era ese precio de venta del cliente final, si señor.

HECHOS PROBADOS: (i) Los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) que LA DEMANDANTE les entregó a los clientes/suscriptores al momento de la activación/legalización de un Plan Pospago y/o un Plan Prepago fueron suministrados por COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de entregarle a los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) debidamente activados a la red celular de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de comercializar ante los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) al precio y las tarifas que COMCEL señalaba. (iv) Los dineros provenientes de la comercialización de equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards), por expresa disposición contractual, eran propiedad de COMCEL.

- Circulares:

Para	Distribuidores Claro Móvil
De	María del Pilar Suárez G.
Asunto	**PROHIBIDA VENTA DE EQUIPOS NO SUMINISTRADOS POR CLARO**



VER Prueba Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017 exhibida COMCEL Punto 7.

Punto de Contacto

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **PLANES POSPAGO SIN ESTUDIO DE CREDITO - NOVIEMBRE 2012**

Los planes que puedes ofrecer para ventas Sin Estudio de Crédito con equipo traído son:

Nombre del Plan	Producto
Plan Más 210 Mixto 2012	Voz
Plan Más 330 Mixto 2012	Voz
Plan Más 480 Mixto 2012	Voz
Plan Sin Fin Ideal 130 Mixto 2012	Voz
Plan Sin Fin Ideal 180 Mixto 2012	Voz
Plan Sin Fin Ideal 290 Mixto 2012	Voz
Plan Claro Plus 135 WB Mixto 2012	Voz
Plan Claro Plus 205 WB Mixto 2012	Voz
Plan Claro Plus 305 WB Mixto 2012	Voz
Mas BB 210 Mx. Chat Mail 2012	**Voz y Datos BB**
Mas BB 210 Mx. Chat Redes 2012	**Voz y Datos BB**
Plan BB Chat, Redes 2012	BlackBerry
Plan BB Chat, Mail 2012	BlackBerry
Plan BB Navega PUJ 2GB 2012	BlackBerry
Plan BB Navega PUJ 3GB 2012	BlackBerry
MAS 210 Mx Chat Redes 2012	**Voz y Datos Smart**
MAS 210 Mx Chat Mail Redes 2012	**Voz y Datos Smart**
Plan Chat, Mail, Redes 2012	Smartphone
Plan Navegacion PUJ 2GB 2012	Smartphone
Plan Navegacion PUJ 3GB 2012	Smartphone
Plan Internet 500MB	Internet Móvil
Plan Internet 1GB	Internet Móvil
Plan Internet 2GB	Internet Móvil
Plan Internet Navegación 2012	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 2GB 2012	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 3GB 2012	Internet Móvil
Plan Internet 500MB – 4G	Internet Móvil
Plan Internet 1GB – 4G	Internet Móvil
Plan Internet 2GB – 4G	Internet Móvil
Plan Internet Navega 2012 4G	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 2GB 2012-4G	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 3GB 2012-4G	Internet Móvil

Importante:

- Los planes sin estudio de crédito no aplican con equipo vendido por Claro Móvil.
- Requiere consulta evidente, excepto para los Clientes Tipo 7.
- Así mismo es necesario que se digite para todo Cliente Tipo 7 **"sin excepción"** nombre(s) y apellido(s), en caso de no subir esta información en el proceso de consulta, se reportará como inconsistencia por el operador logístico para que sea realizada la actualización correspondiente.
- Los planes promocionales requieren adjuntar cláusula de permanencia.

VER Prueba Circular 2012-GSDI01-S228882- 1 de Noviembre 2012, Aportada Traslado Excepciones Contestación .

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE no podía vender equipos terminales que no fueran suministrados por COMCEL.

Según se probó hasta el año 2014, se comercializaron al amparo de los "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" pues, hasta entonces, los equipos móviles eran subsidiados por COMCEL y su precio se incorporaba en el valor del "Servicio" (las llamadas). A partir del año 2014, y producto de la regulación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, los operadores de telefonía móvil celular, COMCEL incluida, fueron obligados a comercializar, por separado, los servicios de telefonía móvil celular y los equipos terminales; desde entonces, LA DEMANDANTE, por instrucciones de COMCEL, suscribió por separado en los contratos de "Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales". Al respecto, las siguientes pruebas que obran en el expediente señalan:

A partir del 1 de julio del 2014 entró en vigor la Resolución 4444 de eliminación de las cláusulas de permanencia en los contratos de telefonía móvil, que busca desligar el costo de los equipos del valor de las llamadas y los Paquetes de Datos. Con esta medida el costo de los teléfonos celulares se dieron a valor real, debido a la eliminación de los subsidios de los equipos que otorgaban los operadores móviles. Adicionalmente, esta medida conllevó a que los operadores móviles realizaran nuevas estrategias comerciales para seguir siendo competitivos en el mercado.

VER Prueba 2 aportada con la demanda. Informe Anual de COMCEL de 2014, Pág. 27.

En la referida Resolución CRT 4444 DE 2014, CRT estableció:

RESOLUCIÓN No. 4 4 4 4 DE 2014

"Por la cual se prohíbe el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles, y se dictan otras disposiciones"

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la Ley 1341 de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 638 de la Comunidad Andina, y

CONSIDERANDO

(…)

Que las obligaciones sobre la comercialización de equipos terminales móviles a cargo de los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, son conexas al establecimiento de cláusulas de permanencia mínima originadas con ocasión de la financiación o subsidio de dichos equipos.

(…)

Que de acuerdo con lo anterior, esta Comisión llevó a cabo una revisión teórica y de experiencias internacionales relacionada con los costos que enfrentan los usuarios cuando éstos eligen cambiar de proveedor de servicios de comunicaciones móviles, así como también respecto de los efectos que tiene en el mercado la posibilidad, por una parte, que dichos proveedores otorguen subsidios a sus usuarios respecto de los equipos terminales móviles, y por otra parte, que establezcan cláusulas de permanencia mínima en los contratos ofreciendo equipos terminales móviles cuya venta está incluida en el mismo contrato de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

(…)

Que lo anterior indica que la información de precios para la provisión de los servicios de comunicaciones móviles a disposición del usuario no es transparente, en la medida en que éste desconoce las reales condiciones en las que se financia el equipo terminal móvil y a su vez, no tiene claridad del verdadero precio por unidad de consumo que se le está cobrando en cada uno de los planes tarifarios, como consecuencia de la financiación o subsidio.

Que adicionalmente, esta Comisión identificó que en la venta conjunta de equipos terminales móviles y servicios de comunicaciones móviles, el mercado es altamente concentrado y el usuario está en una posición de asimetría de información respecto del proveedor de servicios de comunicaciones móviles, ya que el mismo no puede observar de manera directa el precio de compra de los equipos terminales móviles en las ofertas que le presenta el proveedor. Esto incrementa la falta de transparencia en la información de los precios de dichos equipos que entregan los proveedores de servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios, lo cual se traduce en un mayor costo de cambio para los usuarios que suscriben cláusulas de permanencia mínima.

(…)

Que la prohibición de establecer cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, con ocasión del subsidio o financiación de equipos terminales móviles, conlleva a la separación de los contratos de compraventa de equipos terminales móviles frente a los contratos de prestación de dichos servicios, y ésta a su vez a la necesaria separación, que de cara al usuario, debe hacer el proveedor en relación con la información relativa a los valores a pagar por concepto del equipo terminal móvil y de la provisión de los servicios contratados. Frente a lo cual se incorpora en el presente Acto Administrativo una modificación al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en el sentido de precisar el deber que tienen los proveedores de informar claramente y en forma discriminada los valores por los conceptos mencionados. Lo anterior, permitirá que el usuario disponga de la información sobre las condiciones de cada contrato, y en forma transparente y clara pueda identificar y distinguir tanto el precio por la provisión de los servicios de comunicaciones como los valores por la compra del equipo terminal móvil, y cuando sea del caso, el costo adicional generado por la financiación del equipo terminal móvil.

(…)

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

(…)

ARTÍCULO 4. Adicionar el parágrafo 2 al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, los cuales quedarán de la siguiente manera:

(…)

> ***PARÁGRAFO 2.*** *En el evento en que el usuario adquiera el equipo terminal móvil a través de un Proveedor de Servicios de Comunicaciones con el cual contrate la prestación de los servicios, el valor a pagar por concepto del equipo terminal móvil debe establecerse en forma separada y discriminada, de manera que el usuario pueda identificar claramente entre los valores a pagar por concepto del equipo y los valores a pagar por concepto de la prestación de los servicios de comunicaciones móviles contratados. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, deberán garantizar que frente a la falta de pago del equipo terminal móvil por parte del usuario, no procederá la suspensión de los servicios de comunicaciones contratados. Lo anterior, significa que el proveedor debe otorgar la posibilidad de efectuar el pago del equipo de manera independiente al pago de la provisión de los servicios, sin que el pago del equipo afecte en manera alguna la prestación de los servicios."*

A partir de la entrada en vigor de la referida Resolución CRT 4444 de 2014, COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE las siguientes instrucciones:

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **IMPORTANTE – MANEJO PAPELERIA –CONTRATOS DE USUARIO**

A continuación se envían las respectivas instrucciones para el uso de la papelería de contratos de usuarios distribuidos a nivel nacional:

Informamos que a partir del 1 de julio de 2014 para todos los contratos de servicio con usuarios que se suscriban en planes de voz y/o datos, para persona natural y/o jurídica **no se suscribirá con cláusula de permanencia y para la compra de equipos terminales se suscribirá por separado contrato de compraventa de equipos**. Motivo por el cual, a partir del 18 de Junio de 2014 los diferentes canales de venta empezarán a recibir nueva papelería, la cual **ÚNICAMENTE PODRÁ SER UTILIZADA A PARTIR DEL 1 DE JULIO DE 2014**, en las siguientes condiciones:

1. **A PARTIR DEL 1º DE JULIO DE 2014 SÓLO PODRÁN UTILIZARSE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE VOZ Y DATOS, PERSONA NATURAL Y/O PERSONA JURÍDICA, VERSIÓN 6 (VS6), SEGÚN CORRESPONDA JUNTO CON EL PAGARÉ Y CARTA DE INSTRUCCIONES QUE VIENEN INCORPORADOS EN EL MISMO DOCUMENTO.**

Para identificar la versión del contrato a ser utilizado, se debe ubicar la versión 6 **(VS6)** la cual se encuentra en el extremo superior izquierdo bajo el NIT de COMCEL:



2. JUNTO CON EL CONTRATO MENCIONADO EN EL NUMERAL 1 ANTERIOR, CUANDO UN USUARIO ADQUIERA UN EQUIPO TERMINAL CON COMCEL, DEBERÁ FIRMAR EN FORMA SEPARADA EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS.

2.1 Si la compra del equipo se realiza de Contado, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa de contado, el cual se visualiza en su encabezado así:



CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES DE CONTADO

2.2 Si la compra del equipo se realiza a cuotas, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa a cuotas junto con el pagaré y carta de instrucciones que vienen incorporados en el mismo documento, el cual se visualiza en su encabezado así:



CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVAS CONDICIONES DE VENTA Y REPOSICION A CUOTAS.**

Informamos las nuevas condiciones de venta a cuotas vigentes a partir del próximo lunes 8 de febrero de 2016.

Cuando un cliente desee comprar un equipo a cuotas sea en línea nueva postpago, prepago o reposición, se debe hacer el pago de una cuota inicial que dependerá de las condiciones de crédito, plazo y equipo seleccionado.

Debe tener en cuenta:

- A menor plazo, menor es el valor de cuota inicial.
- **Para plazo 6 meses no se exigirá pago inicial.**
- Al realizar un pago de cuota inicial, disminuye el saldo del equipo, por lo tanto el valor de la cuota mensual será más baja.

(...)

DILIGENCIAMIENTO DEL CONTRATO

El valor de la cuota inicial pagada por el cliente, así como el IVA del equipo, saldo del equipo y el valor de la cuota, deberán quedar liquidados en el contrato de compra venta equipo a cuotas.

Continuando con el mismo ejemplo, quedaría el contrato diligenciado de la siguiente manera:



Claro

COMCEL S.A.

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS

No. C XXXXXXXX

PRIMERA. OBJETO: Mediante el presente CONTRATO COMCEL S.A. en adelante COMCEL vende y por tanto transfiere el dominio a EL COMPRADOR quien se identifica con nombre y cédula al pie de su firma, los equipos terminales detallados en la cláusula tercera:

SEGUNDA. PRECIO: El valor total de la presente compraventa es de $_____ IVA incluido.

TERCERA. FORMA DE PAGO: El COMPRADOR pagará a COMCEL conforme los siguientes condiciones:

FABRICANTE	REFERENCIA	IMEI	VALOR DEL EQUIPO SIN IVA	IVA DEL EQUIPO	PAGO INICIAL EQUIPO	SALDO DEL EQUIPO	No. CUOTAS FACTURAR	VALOR CUOTA MENSUAL
ALCATEL	XXXXXXXX	XXXXXXXXXXX	$957.397	$153.183	$95.740	$861.657	12	$71.805
		TOTAL VENTA ➤						

SUARIO - El COMPRADOR se obliga a realizar el pago de cada cuota de manera oportuna en la fecha establecida para ello en la factura que COMCEL enviará a la dirección indicada por EL COMPRADOR. Autorizo el envío de mi factura al correo electrónico indicado en este contrato SI ___ NO ___

CUARTA. MORA. En caso de mora de una cualquiera de las cuotas mensuales de acuerdo a los términos de la cláusula tercera, EL COMPRADOR facultará a COMCEL para acelerar el pago

POLIEDRO ACTIVACIONES

El valor del pago inicial será solicitado al momento de la activación en el campo "**Cuota inicial equipo**", adicional mostrará el IVA y el total pago inicial del equipo.



SERVICIO

ICC_ID: $ 0 — IVA ICC_ID: $ 0 — Total Pago Inicial del Servicio: $ 2.913

CFM: $ 2.913 — CFM Base: $ 2.511 — Impuestos CFM Base: $ 402

Nro. Contrato*: 56151515 — Nro. Pagare*: 6515161

EQUIPO

Cuota Inicial Equipo*: $ 331.997 — IVA Equipo: $ 265.597 — Total Pago Inicial del Equipo: $ 597.594

Nro. Contrato: 96462166 — Nro. Pagare: 6516516165 — Nro. Factura: 51516161

El valor del pago inicial del equipo + el IVA + la sim card + el 1er CFM será el valor total pagado solicitado por poliedro en la activación:

VER Prueba Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016 exhibida por COMCEL.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los "Contratos de Venta de Equipos Terminales" que los clientes/suscriptores de COMCEL adquirían a cuotas. (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo celebrar dichos contratos. (iii) En estos contratos, COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró estos contratos en nombre y por cuenta de COMCEL.

c) DICTAMEN:

A.2.c) En relación con los Kits Prepago que LA DEMANDANTE adquirió de COMCEL, se pregunta: ¿Podía LA DEMANDANTE comercializar únicamente los equipos terminales? o, ¿tenía que comercializarlos debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL? **RESPUESTA.** (…) Con sustento en lo anterior, se puede indicar que LA DEMANDANTE tenía que comercializar los Kits Prepago debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL.

VER Prueba: Pág. 18, DICTAMEN.

d) Confesión de COMCEL:

En el hecho 56 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

56. Planes prepago-descuento: LA DEMANDANTE únicamente podía comercializar los equipos terminales y las Sim Cards atados al Servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) de COMCEL, es decir, debidamente activados en su red celular.

Demanda Reformada. Págs. 38 y 39

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 18:

Hecho 56: El anterior relato contiene varios hechos que serán contestados de la siguiente manera:

a) Es cierto que la venta del kit prepago incluía la entrega de una sim card debidamente activada. Esta era precisamente la ventaja de adquirir un kit: le entregaban al usuario su equipo nuevo, con una línea nueva debidamente activada y lista para ser utilizada.

e) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martinez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]: Hablando de esos, de esos kits prepago y de esas sim cards yo le pregunto doctora Patricia ¿Era una exigencia y una obligación que DISTRITEK vendiera esos kits prepago y esas sim cards con una línea telefónica de Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Para poder recibir la bonificación pues porque ese era su ganancia, si era necesario, para recibir la bonificación.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, entonces refiramos específicamente a sus prepagos, yo te preguntó Andrés Francisco ¿en esos prepago además de ese beneficio de la diferencia en precios, adicional de ese beneficio de diferencia de precio se les pagaba a las funciones a DISTRITEK cada vez que legalizaba un kit prepago o una Sim Card?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Toda vez que legalizara un kit entonces residía lo que les explique el 30% sobre las recargas que hace durante los 6 primeros meses contados a partir de la fecha en que cuenta como esta.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey ¿y era obligatorio para DISTRITEK y los demás miembros de la red en los casos de esos kit prepago que cada vez que se vendía el producto estuviese adoptado una línea telefónica de Comcel?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: El producto como le explique al principio estaba dimensionado así, en el caso que venden del equipo, al terminar una Sim Card y el equipo en caso de la Sim Card sigue es la Sim Card, entonces digamos que como concepción de producto están cuánticos, ya el cliente obviamente no podría utilizarse para lo pero el concepto de producto es así.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey ¿y esa Sim Card siempre tiene una línea telefónica de Comcel?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Si señor.

Testimonio de María del Pilar Suarez – Gerente Universidad CLARO	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Bueno, gracias doctora María del Pilar para terminar doctora María del Pilar, voy a dejar de compartir para que no nos dañen la imagen, para terminar doctora María del Pilar en relación con la respuesta que le acaba de dar al despacho y a su señoría, yo quisiera preguntarle ¿si el tema de ventas en esas capacitaciones ustedes a los miembros de la red incluida DISTRITEK dejan muy claro que todos los productos deben venderse con una línea telefónica de Comcel.	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Si, porque son los productos que ofrece la compañía.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Tanto los post pago como los prepago?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Si, los dos son productos de la compañía.

HECHOS PROBADOS: (i) Los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) que LA DEMANDANTE les entregó a los clientes/suscriptores al momento de la activación/legalización de un Plan Pospago y/o un Plan Prepago fueron suministrados por COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de entregarle a los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) debidamente activados a la red celular de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de comercializar ante los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) al precio y tarifas que COMCEL señalaba. (iv) Los dineros provenientes de la comercialización de equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards), por expresa disposición contractual, eran propiedad de COMCEL.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la activación/legalización de planes pospago y planes prepago. La activación/legalización de cada plan pospago y cada plan prepago se perfeccionó así: (i) Mediante la celebración con los clientes/suscriptores de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular", contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (ii) Mediante la celebración de contratos de "Venta de Equipos Terminales", contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (iii) Mediante la entrega al cliente suscriptores del respectivo equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL, esto es, con un número celular asignado y con la facultad de hacer y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto y navegar en internet.

HECHOS PROBADOS: Los clientes/suscriptores así captados por LA DEMANDANTE, se vincularon jurídica y contractualmente con COMCEL: Son CLIENTES de COMCEL. En consecuencia, todos los derechos y obligaciones que se derivaron de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de los contratos de "Venta de Equipos Terminales" que LA DEMANDANTE celebró, quedaron en cabeza de COMCEL como prestatario del Servicio de Telefonía Móvil Celular y como empresa que suministra los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) a través de los cuales presta los referidos Servicio de Telefonía Móvil Celular.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y también los contratos de "Venta de Equipos Terminales".

1.1.1.7.2. Porque COMCEL fue la parte que quedó vinculada con los clientes/suscriptores que suscribieron los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales", fue COMCEL la que percibió los beneficios y asumió los riesgos provenientes de dichos negocios.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO: El provecho proveniente de los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y de la venta de equipos terminales era de COMCEL.

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTIRBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización …
1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL…
1.14 "Producto de Abonado" significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.
7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del Servicio; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las Instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.
7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.
7.5 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de estipular, conceder u otorgar condiciones distintas o adicionales a las establecidas por COMCEL para la prestación del servicio.
7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.
7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por

servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

7.8 EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- Informes anuales de COMCEL: Ingresos operacionales de COMCEL.

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.

ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2014 Y 2013
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)

	2014	2013
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	$ 6.810.190.130	$ 7.022.939.621
Venta de equipos telefónicos	1.857.756.894	1.355.524.972
Total ingresos	8.667.947.024	8.378.464.593

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2014, Pág. 38.

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.

ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 Y 2011
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)

	2012	2011
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	$ 6,799,381,869	$ 6,213,811,921
Venta de equipos telefónicos	948,181,655	842,059,681
Total ingresos	7,747,563,524	7,055,871,602

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2012, Pág. 30.

HECHO PROBADO: A partir de las fuentes de sus ingresos operacionales, se deduce que COMCEL obtuvo sus ingresos operacionales con (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y con (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.

Los riesgos son de COMCEL: Porque los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales Financiados" vincularon a COMCEL con sus clientes/suscriptores, fue COMCEL la parte que asumió, directa y jurídicamente, los respectivos riesgos, entre ellos el riesgo de cartera, el riesgo operativo y el riesgo de mercado. Al respecto, y a título de ejemplo, se transcribe la Nota 13 de los Estados Financieros de COMCEL de 2015 y 2014, en la cual se desagregan los montos a los cuales ascienden las "Cuentas por Cobrar" que COMCEL tiene respecto de sus clientes:

- Informes anuales de COMCEL: Cuentas por cobrar de COMCEL (Cartera).

13. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS POR COBRAR, NETO

Corriente	2015	2014
Suscriptores	$ 557,817,237	$ 562,396,138

(…)

No corriente		
Suscriptores equipos financiados	$ 567,151,383	$ 131,357,005

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2015, página 78.

Nótese que los riesgos de cartera comprenden los derivados de los equipos terminales financiados, es decir, de los teléfonos celulares que LA DEMANDANTE, actuando en nombre y por cuenta de COMCEL, y según las instrucciones que esta última le impartió, comercializó atados a los servicios de telefonía móvil de COMCEL.

- Cláusula de CONTRATO: COMCEL asumió el riesgo operativo relacionado con el correcto funcionamiento de las redes celulares y de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards):

6. Deberes y obligaciones de COMCEL. (…) 6.2. Realizar las actividades pertinentes para que la calidad técnica y operativa de los productos y servicios se ajuste a las condiciones señaladas por el Estado, por el fabricante y por COMCEL y se provea su cubrimiento según las mismas.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

Efecto negativo: Asunción del riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias: Otro de los riesgos que COMCEL asumió fue el riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias. Al respecto, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), mediante la resolución 2062 de 2009 (ver Prueba 14 aportada con la demanda), constató que COMCEL tenía una posición dominante en el mercado de la telefonía móvil celular. A partir de esta constatación, la Comisión ha emitido diversas resoluciones, entre ellas las 2066 y 2067 de 2009, las 2171 y 2172 de 2009 y la 4002 de 2012 (ver Prueba 14 aportada con la demanda), en las cuales ha establecido múltiples medidas regulatorias en contra de COMCEL.

En la resolución CRT 4002 de 2012, por ejemplo, se cuantificó las consecuencias que el riesgo de mercado y regulatorio, le generaron a COMCEL:

Mediante la Resolución CRT 2058 de 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-) definió los criterios y condiciones para determinar los mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, los mercados susceptibles de regulación ex ante, los proveedores con posición dominante y las medidas regulatorias pro competitivas aplicables en los mismos. Entre los mercados relevantes identificados, la Entidad incluyó el mercado denominado "Voz Saliente Móvil" en el que COMUNICACIÓN CELULAR S.A (COMCEL) presta sus servicios. A través de la Resolución CRT 2062 de 2009, confirmada por la Resolución CRT 2152 del mismo año, la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones constató la existencia de posición dominante de COMCEL en el mercado "Voz Saliente Móvil". Así mismo, y como consecuencia de la constatación de la posición dominante de COMCEL en el referido mercado, mediante la Resolución CRT 2066 de 2009, confirmada a través de la Resolución CRC 2171 de 2009, la Comisión estableció un régimen regulatorio tarifario para COMCEL en el que la tarifa off-net no podía ser superior a la tarifa on-net más el cargo de acceso regulado, en razón a que COMCEL aplica diferenciales de tarifas on-net/off-net que sólo benefician a sus usuarios y que en conjunto con su posición dominante afecta de manera negativa la competencia en el mercado relevante.
4.12.2.1 Ejecución a junio de 2010, de las resoluciones 2066 y 2171 de 2009, COMCEL indica que cumple con la fórmula tarifaria tanto en los planes de prepago como en los planes de postpago, y que la medida a junio de 2010 ha tenido un impacto negativo en el estado de resultados por un valor de $270 mil millones de pesos entre enero y junio de 2010 (disminución de ingresos y aumento en costos). Entre enero de 2010 y diciembre de 2015, se tendría un impacto financiero negativo en el estado de resultados por un valor de 1,6 billones de pesos.

Prueba 14 aportada con la demanda: CRC resoluciones, 2012 11 09 Medidas Regulatorias.

b) Pruebas Testimoniales:

El siguiente testimonio complementa la información que reposa en los informes anuales de COMCEL y confirma que fue COMCEL la parte que asumió los riesgos asociados a los contratos que LA DEMANDANTE celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL. El testigo Oscar Rodríguez se refirió, expresamente, a los riesgos de cartera y operativos que asumió COMCEL.

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Consolidación de Informes COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, ahora voy a recibir con la venía su señoría otro informe de Comcel que es este, voy a llevarlo arriba es el informe anual de 2015 eventualmente junta directiva de Comcel, vamos a ir exactamente a la página 78, ya lo agrando página 78 deudores, deudores comerciales y otras cuentas por cobrar.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Ahí no se está viendo.

(…)

[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: En la página 78 de ese documento que estaba con la reforma de la demanda, denominado Comcel 2015 hay un rubro denominado 13 deudores comerciales y otras cuentas por cobrar metro, tú no puedes explicar en qué consiste este rubro Oscar por favor, en todo este capítulo.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, si señor eso básicamente son las cuentas por cobrar que tienen los deudores comerciales cuentas por cobrar que tiene la compañía por la diferentes prestaciones de servicios, o tipos de usuarios entonces en el principal rubro son los suscriptores y después sigue los anticipos de impuestos generados por el proceso de venta, las cuentas por cobrar a los distribuidores, las cuentas por cobrar por operadores de los operadores celular por concepto de interconexión y redes, unos deudores diversos y la provisión de cobrado, y hay un rubro que son los suscriptores que no es corriente, o sea que significa que son mayores a un año y corresponden a los equipos que son financiado, entonces esa es la cartera por equipo financiado.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: O que, para que nosotros quienes no somos tan versados en los temas contables entendamos un poquito ¿Oscar entendería yo que entonces esa la cartera de Comcel?.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, esa la cartera efectivamente doctor.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: En este rubro suscriptores de la cartera de Comcel estos años te pregunto, ¿ese rubro corresponde a las	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si doctor, así es la cartera de clientes de Comcel.

facturas de prestación de servicios que son adeudados por los clientes de Comcel?	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Y dentro de esos clientes que están adentro esa cartera se encuentran los clientes que fueron vinculados o la red que ustedes denominan de distribución?	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si doctora así es, tal cual.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ahora vamos aquí este rubro, suscriptores.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Discúlpeme, determine complemento la compañía tiene puntos directos entonces ahí tanto distribuidores como puntos directos de los clientes que capta la compañía directamente.

(…)

[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Si, muchas gracias, en relación con esa pregunta este rubro de suscriptores que son las facturas de Comcel a los clientes de Comcel yo te preguntó eso significa que los riesgos de cartera asociado a esa facturación de los clientes los asume Comcel.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, si doctor, claro que si eso los asume Comcel.

(…)

[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Bueno, ahí vamos ahora al rubro en lo clientes suscriptores equipos financiados, ¿yo te pregunto Oscar estos son los equipos que en la modalidad de prepago en la modalidad de post pago son vendidos a los clientes de Comcel y financiados por parte de Comcel?	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si señor, así es, si doctor.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Y te pregunto igualmente Oscar, ¿eso significa que quien asume los riesgos de cartera de sus equipos financiados en la compañía Comcel?	[OSCAR RODRÍGUEZ]: De acuerdo, si señor así es.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Voy a dejar de compartir, esas eran dos preguntas en relación con los documentos y quiero que sigamos unas cuantas preguntas en relación con los riesgos Oscar, además de estos riesgos de cartera en esa promoción y venta de los portafolios de Comcel ¿qué otros riesgos asumen Comcel que estén contenidos en esos informes anuales y obran en el expediente entre ellos los dos que acabo de describir?	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Hay uno riesgos que son los riesgos asociados a la moneda, la tasa de cambio entonces cuando la tasa de cambio fluctúa mucho entonces la compañía asume esos riesgos, hay riesgos de crédito y digamos que con la compañía tenga créditos con gente bancarios, entonces esos créditos los tiene también los

	créditos asume la compañía, y uno riesgos de la administración de capital básicamente que es el hecho de que los inversionistas tengan su capital ahí, entonces hay un riesgo asociado a esa inversión entonces esos otros riesgo, o sea el riesgo a la moneda el riesgo de capital riesgo de tanto la cartera y el riesgo asociado al servicio como tal.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Tú sabes Oscar si además de esos riesgos que ha referido en esos informes en los que tú participaste en la elaboración se hablan de los riesgos operativos eso riesgos operativos se refieren a la calidad técnica y educativa redes, las antenas, los teléfonos?	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si señor, si tal cual, así es.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Ese es un riesgo que asume entonces Comcel según esos informes que tu elaboración remite?	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, es un riesgo asociado al capital entonces toda la inversión básicamente están asociados al riesgo operativo de la compañía.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Y te pregunto si en esos informes también aparece que Comcel asume los riesgos regulatorios, es decir los riesgos derivados de los cambios de legislaciones, de normatividades.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, eso está implícito también dentro de la operación que tiene la compañía y de los riesgos que está asumiendo, si señor están ahí asociados.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Y finalmente en relación con los riesgos yo te preguntó si en esos riesgos también en esos informes establece que Comcel asume y tiene que correr con los riesgos asociados a las sanciones impuestas por diferentes autoridades, llámese la superintendencia de industria y comercio respecto de temas protección al consumidor o la Comisión nacional de telecomunicaciones.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, así tal cual esos son los riesgos operacionales que incluye la compañía, que incurren la compañía.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Si, voy a tratar de ser muy breve su señoría, para fines de aclaración Andrés Francisco tú te, en una de tus preguntas todas las de los riesgos, yo quiero preguntarte la siguiente Andrés Francisco ¿quién asumía el riesgo de	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Ahí voy hacer de pronto aclaración a la respuesta que di ante, como estamos hablando de equipo cuando es el kit vendido de contado pues se lo facturaba al distribuidor ahí no había riesgo, o sea el riesgo era el distribuidor, ahora el cliente final tiene un servicio post pago con nosotros pues el riesgo de cartera lo está asumiendo

cartera de las facturas que se le emitían a los clientes por parte de Comcel por la prestación de los servicios tanto en post pago que era donde se le remitían la factura como en el caso de prepago cuál de los equipos serán financiados ¿quién?	Comcel y si fuera un equipo financiado pues ahí tocaría haber como lo financió, si fue un equipo financiado, y por un equipo financiado en una reposición post pago por ejemplo en una línea no post pago se hace un proceso interno que podríamos llamar, la compra de cartera para que la financiación que era cargo de Comcel y seamos los responsables o si lo compro con otras metodologías porque pues ahora tenemos varias alianzas y convenios en que los aliados puede vender los equipos y pues había riesgo dependiendo de la alianza que al.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de contratos de "Venta de Equipos Terminales", contratos que celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL. (ii) Estos contratos vincularon, jurídica y contractualmente, a COMCEL con los respectivos clientes/suscriptores. (iii) Los ingresos provenientes de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales" fueron ingresos de COMCEL, no de LA DEMANDANTE. (iv) COMCEL, como co-contratante, asumió todos los riesgos asociados a los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales", incluidos los riesgos de cartera y los riesgos operativos.

1.1.1.7.3. LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica, no asumió los riesgos de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales".

a) Confesión:

En el hecho 6 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 6. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.
>
> Demanda reformada, Pág. 20.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 12.

En el hecho 18 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 18. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).
>
> Demanda reformada, Pág. 26.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, señaló: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 14.

> **4.18. Hecho 18: No me consta,** que por imposibilidad jurídica DISTRITEK no sea concesionaria y habilitada para prestar servicios de telefonía móvil celular.

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar servicios de telefonía móvil celular en Colombia. (ii) LA DEMANDANTE no se vinculó contractualmente con los clientes/suscriptores de COMCEL que suscribieron los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales". (iii) LA DEMANDANTE, por no ser parte en dichos contratos, no asumió obligación ni riesgo alguno derivado de dichos negocios.

CONCLUSIÓN: (i) LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de los Equipos Terminales". (ii) LA DEMANDANTE celebró dichos contratos con los clientes/suscriptores que captó en sus establecimientos; las partes que quedaron vinculadas contractualmente en estos contratos fueron COMCEL y los respectivos clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE. (iii) Los clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE, fueron clientes de COMCEL. (iv) LA DEMANDANTE, entonces, celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de los Equipos Terminales". **(v) En el CONTRATO, como elemento esencial suyo, se halla la actuación de LA DEMANDANTE por cuenta de COMCEL.**

1.1.1.8. COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.

a) DICTAMEN:

En el DICTAMEN, a partir de los soportes y libros contables que se anexaron por parte del perito, se estableció, **para cada uno de los componentes que tuvo el sistema remuneratorio de LA DEMANDANTE,** la remuneración que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

COMISIONES

A.1.a)

¿Cuál fue el promedio de las comisiones que LA DEMANDANTE recibió de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE?

RESPUESTA

Con fundamento en la información y documentación suministrada por **LA DEMANDANTE**, se verificaron **1.103** facturas que aparecen registradas en la contabilidad de dicha sociedad. Los documentos revisados corresponden al periodo de **marzo 2 de 2015 a marzo 1° de 2018**, es decir, 36 meses (3 años). El valor total de las facturas de ventas revisadas y cotejadas con los libros auxiliares y oficiales de contabilidad de **LA DEMANDANTE** es de **$2.506.924.560.**

A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

PERIODO	CANTIDAD FACTURAS	VALORES
Entre el 2/3/2015 al 1/3/2016	435	1.158.678.472
Entre el 2/3/2016 al 1/3/2017	355	822.840.728
Entre el 2/3/2017 al 1/3/2018	313	525.405.360
TOTAL COMISIONES ULTIMOS TRES AÑOS	1.103	2.506.924.560

DICTAMEN, Pág. 14

DESCUENTOS OTORGADOS EN KITS PREPAGO Y SIM CARDS

A.2.a)

¿Cuál fue el promedio de los descuentos[1] que LA DEMANDANTE obtuvo durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

RESPUESTA

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a **LA DEMANDANTE** los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de descuento en kit prepago del Contrato Voz. **LA DEMANDANTE** suministró **2.572 facturas** emitidas por **COMCEL** donde se evidencian los descuentos otorgados por cada kit prepago. Los documentos revisados corresponden al periodo **de marzo 2 de 2015 a marzo 1° de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de los descuentos en kits prepago que **LA DEMANDANTE** obtuvo es de **$563.170.598.** A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

PERIODO	CANTIDAD DE FACTURAS	VALORES
Entre el 2/3/2015 al 1/3/2016	1.327	374.140.014
Entre el 2/3/2016 al 1/3/2017	933	154.525.472
Entre el 2/3/2017 al 1/3/2018	312	34.505.112
TOTAL DESCUENTOS ULTIMOS TRES AÑOS	2.572	563.170.598

DICTAMEN, Pág. 16

A.3.a)

¿Cuál fue el promedio de los descuentos que LA DEMANDANTE obtuvo por este concepto durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

RESPUESTA

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a **LA DEMANDANTE** los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de descuento en Sim Cards del Contrato de Voz. **LA DEMANDANTE** suministró **362 facturas** emitidas por **COMCEL** donde se evidencian los descuentos otorgados. Los documentos revisados corresponden al periodo de **marzo 2 de 2015 a marzo 1° de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de los descuentos en Sim Cards que **LA DEMANDANTE** obtuvo es de **$56.558.964.** A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

DICTAMEN, Pág. 19

NOTAS CRÉDITO

A.4.a)

¿Cuál fue el promedio de los montos incorporados en notas crédito que LA DEMANDANTE obtuvo durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

RESPUESTA

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a **LA DEMANDANTE** los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de notas crédito. **LA DEMANDANTE** suministró **37 notas crédito** enviadas por **COMCEL** donde se evidencia que se incorporó un mayor valor a pagar por parte de **COMCEL**. Los documentos revisados corresponden al periodo de **marzo 2 de 2015 a marzo 1° de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de las notas crédito que **LA DEMANDANTE** obtuvo es de **$99.693.963.**

A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

PERIODO	CANTIDAD DE FACTURAS	VALORES
Entre el 2/3/2015 al 1/3/2016	11	36.480.235
Entre el 2/3/2016 al 1/3/2017	18	43.765.171
Entre el 2/3/2017 al 1/3/2018	8	19.448.557
TOTAL NOTAS CRÉDITO ULTIMOS TRES AÑOS	37	99.693.963

DICTAMEN, Pág. 23.

HECHO PROBADO: COMCEL efectivamente remuneró a LA DEMANDANTE bajo el sistema de remuneración que COMCEL implementó en el CONTRATO.

b) Testimonio:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[JUEZ]: Del período comprendido del 2011 y entre el 2018 los que ustedes llaman distribuidores,	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Mire, hay digamos varias partes entonces primero están las de post pago entonces por las ventas de la línea post pago lo que se genera es cumpliendo las condiciones que las condiciones la legalización de la línea dentro de los 30 días después de la firma después de la venta que se genera el cliente final entonces se

las personas que fungían como y servidores que comisiones, que comisiones tenían derecho.	genera un pago de un porcentaje sobre el cargo fijo mensual, sobre el valor que va a pagar el cliente antes de impuestos y se genera en cuatro pagos en el tiempo, en el mes uno, en el mes dos, en el mes tres, y en el mes seis ¿que se valía? Como le decía que la línea que legalizada es decir que contrato que firmó el cliente el cumple con todas las condiciones y para los meses dos, tres, y seis lo que se valida es que el cliente se encuentra al día sus pagos y que la niña se activa, entonces dependiendo cada mes entramos verificamos todas las líneas están cumpliendo eso dice General pago, eso para post pago que sería como la inicial. Ahí otro condición que se llaman residual que también obedece a post pago y es que los distribuidores con todas las líneas que hayan activado en su historia lo que se hace es que se les empieza pagar un porcentaje sobre los ingresos propios que le genere a la compañía, esa línea que vendió y es de pago se hace por toda la vida desde que la línea se encuentra activa y al día, entonces eso quiere decir que si un distribuidor me envía una línea voy y al año la línea seguía activa entonces lo que nosotros hacemos es que miramos que ingresos está generando esa línea y sobre eso se le pagó porcentaje de ese mes desde que la líneas de activa y al día, desde que la línea no tenga cambios o no se desactive pues digamos que el distribuidor que tuvieran contrato iba y recibiendo ese pago. (…) Tenemos otra modalidad que ya es para nuestro otro pregunto que se llama prepago que tenemos que está dividido en dos, el kit y el welcome Back, el producto y está concebido como la Sim Card de un equipo con un terminal y el welcome back es únicamente la Sim Card, entonces en el caso del que nosotros lo que liquidamos desde comisiones es un pago sobre las cargas que haga esa línea durante los seis meses siguientes al momento de la venta desde que la línea también haya quedado legalizada, entonces si el distribuidor vendía la línea O y entonces se contaba a partir de hoy 30 días y ahí lo que hacemos es sumar todas las recargas que haya hecho el cliente independiente de donde el cliente haya recargado medio virtual, la tiendita de la esquina o donde sea no importa, sumamos todas esas cartas y generamos una liquidación al distribuidor que corresponde al 30% de ese valor recargado y eso lo hacemos durante seis meses, ahí digamos que el distribuidor tenía un beneficio adicional que si bien lo liquidar las comisiones lo recibe y es que en el momento en que el compra del equipo kit la empresa se lo vende un menor valor que el precio del mercado. Entonces cuando el distribuidor se le aumente al cliente final pues gana y un margen de diferencia de precio de venta sobre el equipo ¿listo? Y cuando se trata solamente la Sim Card pues digamos que funciona muy parecido en el sentido de que se paga nuevamente sobre las recargas que tengan los seis meses pero en este caso ya no se líquida el 30% si no se líquida el 8% sobre la recarga durante los últimos seis

	meses. Tenemos otras que digamos no es el core de negocio porque no obedeció unas ventas sino a un servicio que la empresa Comcel le empezó digamos a pagar a los distribuidores y era el recaudó de las facturas de post pago de nuestros clientes, entonces se le dejo a que los distribuidores en alguno de sus puntos tuvieran puntos de recaudó y lo que hacíamos es que por este recaudo quisiera por cada transacción se les pagaba un valor, esto pues obviamente con ayudar a nuestros clientes, los clientes de Comcel a que tuvieran más puntos para poder hacer el recaudó, básicamente así por encima que es como el resumen de los principales condiciones que tenemos.
[JUEZ]: Si, ¿Hay una, buena venta es que se llama la bonificación doctor Argaez? si me colabora, bonificación por buena venta ¿usted que sabe sobre la bonificación por buena venta?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Digamos que teníamos unas condiciones que era como buena venta y permanencia una para post pago y otra para kit entonces en la de post pago lo que consideraba es que si la línea se mantenía activa durante seis meses se generaba un valor dependiendo del cargo fijo mensual si estaba activa y al día y en prepago había una era que si la línea permanecía activa durante seis meses y tenía una carga vigente menor a seis meses dependiendo del valor de quien también recibió monto de unificación, entonces digamos que estas fueron cambiando con el tiempo, la de post pago se eliminó, se eliminó cuando con una decisión del gobierno eliminaron las cláusulas de permanencia y entonces ya no se pagaba en un solo momento todo sino que se pagaba en varios meses como le explique al inicio y en el caso de quiste esas elimino hoy se ha vuelto activar para otros canales pero en su momento vez se eliminó también se colocó todo el tema de las recargas que hiciera los clientes a las líneas que venían los distribuidores.

(…)

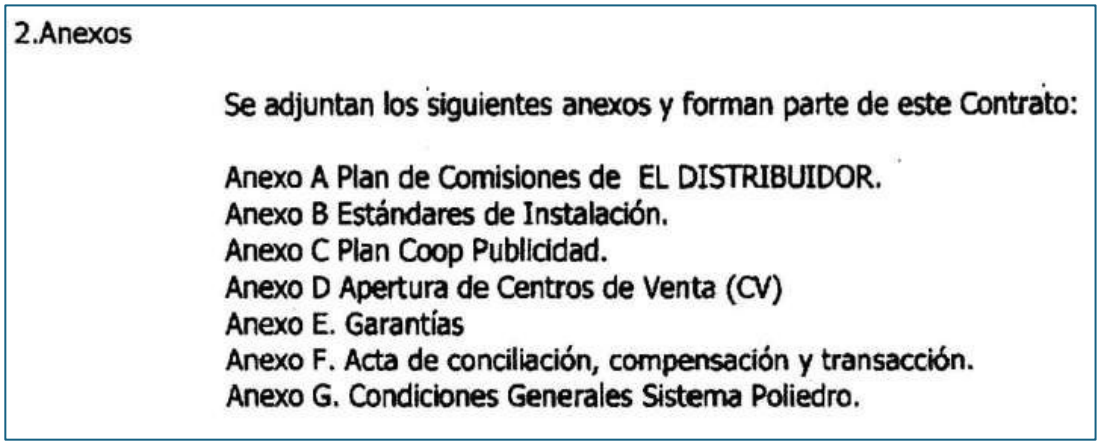
[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Esto, no es un beneficio como lo explicaba que quedamos en comisiones como tal, pero básicamente cómo surge, entonces cuando DISTRITEK iba a comprarle un equipo, voy a decir uno 11 000 compraba a Comcel en cien mil pesos ($100,000), cuando DISTRITEK se lo iba a vender al cliente final el equipo a precio de cliente final era ciento veinte mil pesos ($120,000), entonces ahí DISTRITEK lo que se gana automáticamente por diferencia en precio eran los veinte mil pesos ($20,000), a eso me refiero con esa diferencia que surgían kit, porque pues al final es el distribuidor que le compra el equipo a Comcel y ya siendo su yo se lo vende a un cliente final.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Esto, no es un beneficio como lo explicaba que quedamos en comisiones como tal, pero básicamente cómo surge, entonces cuando DISTRITEK iba a comprarle un equipo, voy a decir uno 11 000 compraba a Comcel en cien mil pesos ($100,000), cuando DISTRITEK se lo iba a vender al cliente final el equipo a precio de cliente final era ciento veinte mil pesos ($120,000), entonces ahí DISTRITEK lo que se gana automáticamente por diferencia en precio eran los veinte mil pesos ($20,000), a eso me refiero con esa diferencia que surgían kit, porque pues al final es el distribuidor que le compra el equipo a Comcel y ya siendo su yo se lo vende a un cliente final.

HECHO PROBADO: Las comisiones que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE se clasificaron así:

- POSPAGO: (i) Comisión por Activación. (ii) Comisión por Permanencia (Buena Venta); eliminada en el año 2014. (iii) Comisión por Residual.
- KITS PREPAGO: (i) Comisión por Legalización. (ii) Comisión por Buena Venta; eliminada temporalmente en junio de 2016. (iii) Comisión sobre recargas.
- SIM CARDS: Comisión sobre recargas.
- CPS: Comisión por cada transacción de recaudo.
- Comisión COOP: Es una comisión que se pagó por las actividades mercadotécnicas que LA DEMANDANTE realizó y que COMCEL verificó y aceptó.

c) Pruebas documentales:

- CONTRATO. Anexos. Cláusula 2:



2.Anexos

Se adjuntan los siguientes anexos y forman parte de este Contrato:

Anexo A Plan de Comisiones de EL DISTRIBUIDOR.
Anexo B Estándares de Instalación.
Anexo C Plan Coop Publicidad.
Anexo D Apertura de Centros de Venta (CV)
Anexo E. Garantías
Anexo F. Acta de conciliación, compensación y transacción.
Anexo G. Condiciones Generales Sistema Poliedro.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHO PROBADO: En el ANEXO A del CONTRATO regula el Plan de Comisiones de LA DEMANDANTE.

- Cartas de Comisiones (Prueba No. 11 aportada con la demanda): En estas "Cartas de Comisiones", COMCEL determinó la remuneración que LA DEMANDANTE recibiría por cada plan pospago, cada plan prepago, cada equipo terminal colocado en el cliente final, cada transacción de recaudo realizada y cada recarga comercializada.

LA DEMANDANTE, al expediente, aportó más de 60 cartas de comisiones que COMCEL le envió entre los años 2005 y 2018. Algunos ejemplos se hallan en las siguientes "Carta de Comisiones" que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

ACTIVACIÓN DE PLANES POSPAGO

1 POSTPAGO

1.1 Comisiones y Anticipos

El pago de comisiones y anticipos por venta de Planes Postpago Masivos será equivalente a un porcentaje del cargo fijo mensual del plan vigente para el usuario al momento de liquidar la comisión y anticipo respectivo al Distribuidor, aplicables en los meses 1, 2, 3 y 6 posteriores a la activación y legalización de la venta. Adicionalmente, para el pago de las comisiones y anticipos de los meses 2, 3 y 6 se requiere se encuentren canceladas por el usuario los cargos fijos de estos meses; así entonces el Distribuidor tendrá derecho al pago de 4 comisiones y anticipos, de acuerdo a la siguiente tabla y cumplimiento de condiciones:

Período de Pago	% del CFM en Planes Abiertos*	% del CFM en Planes Mixtos*
Mes 1 - % CFM	100%	70%
Mes 2 - % CFM	60%	42%
Mes 3 - % CFM	50%	35%
Mes 6 - % CFM	50%	35%

* Dentro del total del porcentaje a pagar al Distribuidor, se encuentra el valor de la comisión más el 20% que corresponde al valor del anticipo.

1.3 Residual y Anticipo

Las líneas activas en los planes mencionados en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.25% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen a COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.25% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 1.5%.

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140702

ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO A CUOTAS

1.3 Kit a Cuotas

Por la venta de Kit a cuotas, el Distribuidor recibirá una bonificación y un anticipo de acuerdo a la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
$ 18.201	$ 51.948	$ 15.600
$ 51.949	$ 78.000	$ 19.500

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
$ 78.001	$ 91.000	$ 23.400
$ 91.001	$ 104.000	$ 27.742
$ 104.001	$ 130.000	$ 32.058
$ 130.001	$ 299.000	$ 40.742
$ 299.001	$ 442.000	$ 45.058
$ 442.001	$ 520.000	$ 49.400
$ 520.001	$ 702.000	$ 54.600
$ 702.001	Adelante	$ 58.058

Estos valores se pagarán al Distribuidor, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones:

(i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendarios siguientes a la activación del teléfono. (ii) Los datos de los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) Se haya legalizado la venta, es decir, que la documentación aportada por el Distribuidor se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL, envío de los documentos físicos a COMCEL dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iv) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (v) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3° de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.

En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta indicadas en los numerales (i) al (v) del párrafo anterior, el total de los valores que hayan sido cancelados al Distribuidor por dicha venta así como el anticipo y el descuento otorgado sobre el precio de venta al público del Kit, deberán ser reembolsados por el Distribuidor a COMCEL pudiendo COMCEL descontarlos de cualquier valor adeudado por COMCEL al Distribuidor.

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140901.

Nótese que la remuneración de LA DEMANDANTE en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiría a cuotas (financiado), variaba entre $15.600 y $58.058 dependiendo del valor del teléfono.

Como se verá a continuación, en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiría de contado, la remuneración de LA DEMANDANTE era la misma, pero, a diferencia de la remuneración por activación de un Kit Prepago a cuotas (financiado), en el caso de los Kits Prepago de contado esta remuneración se dividía en dos:

(i) Una comisión fija de $12.500.

(ii) Un descuento sobre el precio de venta del Kit al cliente final.

Al sumar la comisión fija y el descuento aplicable según el caso, esta remuneración era idéntica a la que LA DEMANDANTE recibía por la comercialización de un Kit Prepago a cuotas (financiado).

ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO DE CONTADO

1 PREPAGO

1.1 Kit Prepago de Contado

Por la compra de Kit destinados a la reventa, con pago de contado por parte del Distribuidor, COMCEL le otorgará un descuento sobre el precio de venta al público, conforme la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
$ 0	$ 18.200	$ 0
$ 18.201	$ 51.948	$ 5.200
$ 51.949	$ 78.000	$ 9.100
$ 78.001	$ 91.000	$ 13.000
$ 91.001	$ 104.000	$ 17.342
$ 104.001	$ 130.000	$ 21.658
$ 130.001	$ 299.000	$ 30.342
$ 299.001	$ 442.000	$ 34.658
$ 442.001	$ 520.000	$ 39.000
$ 520.001	$ 702.000	$ 44.200
$ 702.001	Adelante	$ 47.658

Se pagará por una sola vez la suma de $10.417 por concepto de bonificación por legalización de Kit y un anticipo de $2.083 para un total a pagar al Distribuidor de $12.500, siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendario siguientes a la activación del teléfono. (ii) Se haya Legalizado la venta, es decir que la documentación aportada por el Distribuidor, haya sido debidamente recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL y que la información haya sido ingresada a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (iv) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140901.

f) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[JUEZ]: Del período comprendido del 2011 y entre el 2018 los que ustedes llaman distribuidores, las personas que fungían como y servidores que comisiones, que comisiones tenían derecho.	(…) Tenemos otra modalidad que ya es para nuestro otro pregunto que se llama prepago que tenemos que está dividido en dos, el kit y el welcome Back, el producto y está concebido como la Sim Card de un equipo con un terminal y el welcome back es únicamente la Sim Card, entonces en el caso del que nosotros lo que liquidamos desde comisiones es un pago sobre las cargas que haga esa línea durante los seis meses siguientes al momento de la venta desde que la línea también haya quedado legalizada, entonces si el distribuidor vendía la línea O y entonces se contaba a partir de hoy 30 días y ahí lo que hacemos es sumar todas las recargas que haya hecho el cliente independiente de donde el cliente haya recargado medio virtual, la tiendita de la esquina o donde sea no importa, sumamos todas esas cartas y generamos una liquidación al distribuidor que corresponde al 30% de ese valor recargado y eso lo hacemos durante seis meses, ahí digamos que el distribuidor tenía un beneficio adicional que si bien lo liquidar las

	comisiones lo recibe y es que en el momento en que el compra del equipo kit la empresa se lo vende un menor valor que el precio del mercado. Entonces cuando el distribuidor se le aumente al cliente final pues gana y un margen de diferencia de precio de venta sobre el equipo ¿listo? Y cuando se trata solamente la Sim Card pues digamos que funciona muy parecido en el sentido de que se paga nuevamente sobre las recargas que tengan los seis meses pero en este caso ya no se líquida el 30% si no se líquida el 8% sobre la recarga durante los últimos seis meses. Tenemos otras que digamos no es el core de negocio porque no obedeció unas ventas sino a un servicio que la empresa Comcel le empezó digamos a pagar a los distribuidores y era el recaudó de las facturas de post pago de nuestros clientes, entonces se le dejo a que los distribuidores en alguno de sus puntos tuvieran puntos de recaudó y lo que hacíamos es que por este recaudo quisiera por cada transacción se les pagaba un valor, esto pues obviamente con ayudar a nuestros clientes, los clientes de Comcel a que tuvieran más puntos para poder hacer el recaudó, básicamente así por encima que es como el resumen de los principales condiciones que tenemos.

(…)

[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Esto, no es un beneficio como lo explicaba que quedamos en comisiones como tal, pero básicamente cómo surge, entonces cuando DISTRITEK iba a comprarle un equipo, voy a decir uno 11 000 compraba a Comcel en cien mil pesos ($100,000), cuando DISTRITEK se lo iba a vender al cliente final el equipo a precio de cliente final era ciento veinte mil pesos ($120,000), entonces ahí DISTRITEK lo que se gana automáticamente por diferencia en precio eran los veinte mil pesos ($20,000), a eso me refiero con esa diferencia que surgían kit, porque pues al final es el distribuidor que le compra el equipo a Comcel y ya siendo su yo se lo vende a un cliente final.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Esto, no es un beneficio como lo explicaba que quedamos en comisiones como tal, pero básicamente cómo surge, entonces cuando DISTRITEK iba a comprarle un equipo, voy a decir uno 11 000 compraba a Comcel en cien mil pesos ($100,000), cuando DISTRITEK se lo iba a vender al cliente final el equipo a precio de cliente final era ciento veinte mil pesos ($120,000), entonces ahí DISTRITEK lo que se gana automáticamente por diferencia en precio eran los veinte mil pesos ($20,000), a eso me refiero con esa diferencia que surgían kit, porque pues al final es el distribuidor que le compra el equipo a Comcel y ya siendo su yo se lo vende a un cliente final.

g) Exposición de Motivos del Código de Comercio: Tomo 2, Libros 3, 4 y 5. Actualmente los originales de esta exposición de motivos se halla en los archivos físicos de la Superintendencia de Sociedades:

Otra de las especies de mandato es = el de agencia comercial. El agente obra en forma inde-= pendiente, aunque de manera estable, por cuenta de su = principal. Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo. El agente promueve y explota los negocios del principal, en = determinada zona. Su remuneración puede consistir en un porcentaje, o en la diferencia de precios entre el fijado al agente por el principal y el que éste obtenga = del comprador al colocar el artículo en el respectivo = mercado, o en otra forma cualquiera de retribución. Lo= importante es que el agente promueva o explote los negocios respectivos POR CUENTA del principal. Porque hay = una forma del comercio de importación que suele confundirse con la agencia y que en realidad no lo es: se - = trata de la distribución de mercaderías por un importador que las compra al fabricante o al despachador en- = tranjero, sin que obre "por cuenta" de éstos.

Toda utilidad o beneficio que directa o indirectamente reciba el "principal" de las actividades del agente, cuando tal utilidad o beneficio constituyan una de las consideraciones del contrato, implicarán la presencia del requisito "por cuenta", en referencia. De consiguiente, cuando el distribuidor obre en alguna forma "por cuenta" del fabricante o del despachador extranjero, tal distribuidor será igualmente AGENTE de su principal.

HECHO PROBADO: En relación con los KITS PREPAGO que los clientes/suscriptores de COMCEL adquirían de CONTADO, el descuento remuneratorio que COMCEL estableció a favor de LA DEMANDANTE corresponde a la utilidad que LA DEMANDANTE obtenía en la diferencia de precios entre el precio que COMCEL le fijaba al cliente/suscriptor, y el precio menor que LA DEMANDANTE, del dinero pagado por el cliente/suscriptor. Esta utilidad, según la Exposición de Motivos del Código de Comercio, fue uno de los mecanismos remuneratorios que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial.

COMISIÓN POR TRANSACCIÓN DE RECAUDO: SERVICIOS CPS

a) DICTAMEN:

C.3.b)

Entre enero 1 de 2014 y la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, y en relación con la comisión por transacción de recaudo, se pregunta: ¿cuál fue el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE?

RESPUESTA

De acuerdo con la revisión a la información suministrada por **LA DEMANDANTE**, entre enero 1º de 2014 y la terminación del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que **COMCEL** le pagó a **LA DEMANDANTE** es de **$1.628** por transacción de recaudo ($625.610.271 ÷ 384.324). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PERIODO	CANTIDAD DE TRANSACCIONES	VALOR FACTURADO
Enero 1 a 31 diciembre de 2014	53.348	80.277.231
Enero 1 a 31 diciembre de 2015	98.445	165.890.640
Enero 1 a 31 diciembre de 2016	116.467	196.655.760
Enero 1 a 31 diciembre de 2017	116.064	182.786.640
TOTAL	384.324	625.610.271
PROMEDIO		1.628

VER Prueba: Pág. 39, DICTAMEN.

b) <u>Circular</u>:

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUDIORES

Para su información a partir del 1 de enero de 2018 las nuevas tarifas por transacción de recaudo son:

Trimestre	% Cumplimiento Ppto Vtas			
	0% 89,99%	90% 99,99%	100% 119,99%	>= a 120%
1er.Q	$ 1.200	$ 1.400	$ 1.450	$ 1.600
2do.Q	$ 950	$ 1.100	$ 1.150	$ 1.250
3er.Q en adelante	$ 700	$ 800	$ 850	$ 950

(...)

2017-GSDI01-S345350 1
26 DE DICIEMBRE DE 2017 INFORMACION CONFIDENCIAL

VER Prueba No. 24, 2017 12 26, CPS, Circular cambio tarifas

HECHO PROBADO: COMCEL, a través de las denominadas Cartas de Comisiones fijó las comisiones que LA DEMANDANTE recibiría por cada plan pospago y cada plan prepago activado en la red celular de COMCEL, y, a través de Circulares, fijó la comisión que LA DEMANDANTE recibiría por cada transacción de recaudo realizada.

1.1.1.9. Zona Prefijada.

a) Confesión de COMCEL:

En los hechos 49 y 50 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 49. El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó en el ÁREA OCCIDENTE.
>
> 50. LA DEMANDANTE, dentro del ÁREA OCCIDENTE, únicamente podía abrir establecimientos y puntos de venta en los puntos que COMCEL le autorizaba previamente; así se estableció en el CONTRATO SUB IÚDICE.
>
> Demanda reformada, Págs. 37

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 17:

> **4.49. Hecho 49: Es cierto.**
>
> **4.50. Hecho 50: Es cierto,** pero aclaro que Comcel autorizaba a cada distribuidor en áreas diferentes, con el fin de garantizar que el territorio estuviera cubierto. Tal circunstancia prueba la dependencia que existía por parte de DISTRITEK respecto de Comcel para ejecutar su negocio.
>
> Contestación de COMCEL a la Demanda reformada, Págs. 17

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área OCCIDENTAL y, dentro del área OCCIDENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

b) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

1.12. "Área de Servicio" significa el área geográfica en la cual COMCEL preste o llegue a prestar el Servicio.

1.15. "Establecimiento" significa cada uno de los establecimientos de comercio, locales, centros o puntos de venta ubicados en inmuebles, que destine EL DISTRIBUIDOR para el desarrollo de este contrato de distribución.

7.2. EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios; mantendrá locales, oficinas, establecimientos de comercio, instalaciones, salones de exhibición, puntos de ventas o espacios del tamaño, calidades, cantidades, especificaciones, características, tipo y por el término que a juicio de COMCEL sean convenientes o satisfactorios para propiciar la penetración, los volúmenes de ventas de los productos y de los servicios y para asegurar la eficiencia e idoneidad de la comercialización y la calidad del servicio.
EL DISTRIBUIDOR, observará estrictamente las instrucciones que se le impartan por COMCEL sobre las materias anteriores… y, en todo caso requerirá de la previa autorización escrita… en particular para la apertura de agencias o sucursales, puntos de ventas, locales, establecimientos comerciales, etc., o para trasladar cualquier parte de su negocio a un sitio o local distinto del autorizado. COMCEL, se reserva el derecho a autorizar estos aspectos.

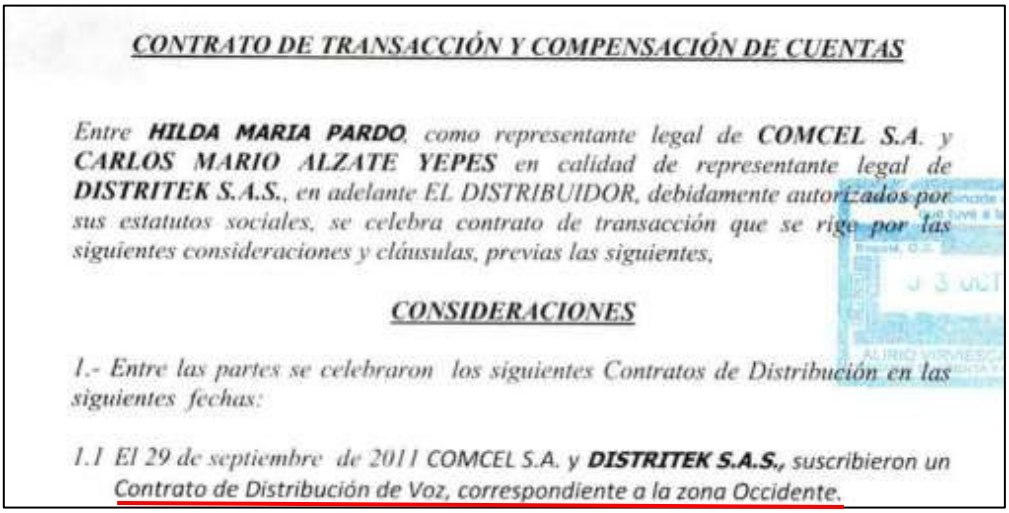
19. Exclusividad. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente que COMCEL se reserva el derecho de celebrar convenios con terceros para desarrollar el mismo objeto del presente contrato o para la venta, distribución, comercialización, mercadeo o promoción del Servicio, en las mismas áreas de servicio o en áreas de servicio diferentes. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente la discrecionalidad absoluta de COMCEL con respecto al mercadeo del servicio.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

MODELO ANEXO C. El DISTRIBUIDOR calificado como Centro de Ventas y COMCEL han llegado a un acuerdo, para la creación de un fondo destinado a actividades de mercadeo y publicidad, dentro de las siguientes condiciones: OBJETIVOS. 1.1 El Plan CO-OP ha sido establecido para motivar al Centro de Ventas a promover los productos y servicios. 1.2 Colaborar con el Centro de Ventas con el acceso al fondo para lograr presencia en el mercado. 1.3 Mantener un alto nivel de conocimiento de COMCEL dentro del área de cubrimiento.

Prueba No. 8 aportada con la demanda: Modelos contractuales de COMCEL.

- Actas de conciliación de cuentas:



CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre ***HILDA MARIA PARDO****, como representante legal de* ***COMCEL S.A.*** *y* ***CARLOS MARIO ALZATE YEPES*** *en calidad de representante legal de* ***DISTRITEK S.A.S.****, en adelante EL DISTRIBUIDOR, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra contrato de transacción que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas, previas las siguientes,*

CONSIDERACIONES

1.- Entre las partes se celebraron los siguientes Contratos de Distribución en las siguientes fechas:

1.1 El 29 de septiembre de 2011 COMCEL S.A. y ***DISTRITEK S.A.S.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Occidente.*

Pruebas documentales Contestación Demanda. Actas Conciliación de Cuentas.

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área OCCIDENTAL y, dentro del área OCCIDENTAL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

- Prueba No. 06 aportada con la demanda: En esta carpeta se hallan los certificados de matrícula mercantil de los establecimientos de comercio que LA DEMANDANTE, en efecto, abrió en el ÁREA OCCIDENTAL.

HECHO PROBADO: LA DEMANDANTE, en efecto, operó establecimientos de comercio ubicados en el Área OCCIDENTAL, área que corresponde al territorio del CONTRATO.

c) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Gerente Comercial de COMCEL.	
[APODERADO_DISTRITEK]: Aunque usted ya lo refirió doctora Patricia quisiera preguntarle lo siguiente, ¿Esas labores de venta las debía realizar DISTRITEK única y exclusivamente en la zona que le había sido autorizada y en los puntos que previamente le habían sido autorizados por parte de Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Sí señor en los puntos de venta el, de la red de distribución la mayoría de los, de los puntos de venta eran autorizados por nosotros de acuerdo a la solicitud que previamente hacía el distribuidor.

[APODERADO_DISTRITEK]: Usted nos refería que, pues DISTRITEK era un, un miembro de la red pequeño y que en la misma zona donde funcionaba DISTRITEK había otros que incluso eran más grandes, yo le quiero preguntar específicamente si en el municipio de Remedios Antioquia donde funcionaba DISTRITEK, cuando DISTRITEK empezó su labor en ejecución del contrato ¿Usted recuerda que hubiera algún otro miembro de la red que tuviera puntos de venta en Remedios Antioquia?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: No, no tengo tan buena memoria, sí sé que estaba en, en esa zona en, en occidente puedo decir que habían unos distribuidores más grandes, pero ir al detalle de en Remedios si tenía operación no lo tengo presente.

d) Interrogatorio de Parte - COMCEL:

Interrogatorio de Parte Representante Legal de OMCEL.	
[JUEZ]: ¿En qué zona?	[FELIPE GARCÍA]: Digamos que para las zonas había varios distribuidores porque digamos que no todos los distribuidores tenían un mismo campo de acción o una misma fuerza ¿sí? Entonces digamos para poder digamos realizar las actividades que la empresa requería pues se apoyaban varios distribuidores, en este caso fue la zona occidente, la zona occidente tengo entendido que hace referencia a Medellín, a puerto Berrío y a otros municipios digamos del departamento de Antioquía, creo que DISTRITEK también alcanzó a estar en Quibdo, en hecho, entonces digamos que también en esa zona se tenían otros distribuidores.

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área OCCIDENTAL y, dentro del área OCCIDENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

1.1.1.10. La clientela gestionada por LA DEMANDANTE fue la clientela de COMCEL.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.
1.11 "Servicio" significa el servicio público de telefonía móvil celular, sus suplementarios u otros que preste actualmente o en el futuro COMCEL a sus abonados.
1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL…
1.14 "Producto de Abonado" significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.
17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL y, EL DISTRIBUIDOR, no podrá en forma ninguna distraerlos ni desviarlos, ..…
7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, las autoridades competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR, verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada advirtiéndole que se entiende rendida bajo gravedad del juramento y adoptará todas las medidas de seguridad a su alcance para garantizar la veracidad de los datos y la identidad del solicitante.
10. Cooperación. EL DISTRIBUIDOR cooperará en todo momento con los representantes de COMCEL y reportará oportunamente a COMCEL cualquier información que llegue a la atención del DISTRIBUIDOR relacionada con quejas o reclamos con respecto al Servicio y a los Productos, necesidades e intereses del cliente y condiciones locales del mercado.
25. Convenio. (…) EL DISTRIBUIDOR conviene y acuerda que ni EL DISTRIBUIDOR ni ninguna de sus filiales, contactará, directa o indirectamente a los abonados de COMCEL con miras a pasar a esos abonados de COMCEL a cualquier tercero, preste o no un Servicio Competitivo o a un distribuidor actual de COMCEL. El incumplimiento o tentativa de incumplimiento de esta estipulación constituye causa de incumplimiento grave, origina su terminación anticipada por condición resolutoria expresa e implica la exigibilidad de la penal pecuniaria más alta consagrada en este contrato, sin perjuicio de la indemnización ordinaria.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los clientes y abonados que LA DEMANDANTE gestionó y los cuales se vincularon con COMCEL mediante un contrato de "prestación de servicios de telefonía móvil celular" y/o de venta de un equipo terminal debidamente activado en la red celular de COMCEL, fueron clientes de COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE no podía desviar esos clientes a favor de un tercero.

- Informes de sostenibilidad de COMCEL:

Página 9: Nuestros clientes son la razón de ser de nuestra compañía, por lo que trabajamos constantemente en servicio y atención para encontrar nuevas formas de satisfacer sus necesidades y expectativas…

Página 31: **Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios**, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 60: Nuestra red de distribución es el canal más representativo en la comercialización de productos de voz y datos de soluciones móviles, ya que aporta el 70% de participación de ventas de la empresa, **por lo que en muchas ocasiones los distribuidores son nuestra cara frente al cliente**.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2012 de COMCEL

Página 23: Distribuidores: **Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios**, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 65: Lo anterior adquiere mayor relevancia para nosotros, al tener en cuenta que nuestra red de distribución aporta el 70% de participación de ventas de la empresa. Lo que demuestra, además, **la importancia que la cadena tiene ante los clientes**…

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2015 de COMCEL.

Página 63: La red de distribución de Claro, sin duda, es el canal más importante de comercialización y una herramienta fundamental para el cumplimiento de las metas corporativas, tanto desde el punto de vista de calidad, **como en la atención a los clientes**…

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2016 de COMCEL

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

b) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Coordinador Comercial de COMCEL.	
[APODERADO_DISTRITEK]: Doctora Patricia dentro de esas gestiones que ustedes realizaban usted tuvo conocimiento de qué era lo que hacía o debía realizar DISTRITEK en ejecución del contrato que lo vinculaba con Comcel ¿Cuáles eran esas labores y actividades que debía realizar DISTRITEK o que realizaba DISTRITEK?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Venta de los servicios de telecomunicaciones de los servicios que nosotros comercializamos, estoy refiriéndome a productos postpago, prepago, kit, venta de recargas, apertura de puntos de venta, actividades comerciales, algunos de los distribuidores abrían centros de pago y servicio.

(…)

[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, muchas gracias, en esa, estamos hablando de las ventas doctora Patricia yo le pregunto, cuál es la diferencia entre un plan postpago y un plan prepago para que, para ilustrar al despacho, usted nos habló de que el portafolio esta fundamentalmente constituido por planes postpago y planes prepago ¿Cuál es la diferencia entre el plan postpago y el plan prepago?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: La diferencia radica en que en el plan postpago pagan una renta, un cargo fijo mensual por el uso de, por el servicio que se les ofrece, por los minutos que va a consumir, pero pagando un cargo fijo mensual el cliente y en prepago solamente es a demanda, a uso del cliente.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok ¿cuándo usted se refiere a cliente en estas dos respuestas se está refiriendo a los clientes de Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Sí a los clientes de Comcel, los que están usando el servicio.
[APODERADO_DISTRITEK]: ¿El servicio, tanto postpago como prepago le pregunto?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Sí.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Tú te ha referido en todas sus respuestas al cliente, el concepto del cliente, cuando hablas de post pago, cuando hablaste prepago, cuando hablamos de transacción y recaudó, yo te pregunto ¿cuándo te refieres al cliente, ese cliente es un cliente de quién?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Es un cliente que va a contratar los servicios de Comcel.

Testimonio de Juan Carlos Villescas. Gerente de Marketing COMCEL.	
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok. Gracias Juan Carlos. Yo te pregunto ¿Esas actividades que tú has referido las realizaban los miembros de	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Había dos opciones, hay una opción en las cuales nosotros como Claro hacíamos las activaciones y invitamos

la red incluido DISTRITEK toda esa serie de actividades que tú nos has referido?	a los distribuidores, pero también estaba la otra opción y era que el distribuidor pueda, puede hacer actividades también, obviamente cubriéndose con la imagen que nosotros, que deberían cumplir de acuerdo al manual y las indicaciones que nosotros como marketing les dábamos a los distribuidores pues porque, pues para que se viera una sola marca, porque para el cliente final es transparente si es un distribuidor o si es Claro, aquí lo que importante es que tiene un respaldo de una marca como Claro. Entonces por eso el lineamiento era importante y el cumplimiento de ese lineamiento en cuanto a las bases de la marca y las actividades.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, gracias Juan Carlos, cuál era ese manual de, mejor ¿Cuál era la marca que estaba detrás de esas actividades comerciales y detrás de ese manual de imagen corporativo que tú refieres?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: "Claro", precisamente por lo que les confirmo y es porque para el cliente o un transeúnte que ve una activación pues le es más familiar y más seguro y le genera más tranquilidad en poder comprar los, sus servicios o sus productos a Claro, a Claro entonces la marca que predomina en toda la comunicación, en los avisos del punto de venta del distribuidor es "Claro", precisamente para facilitarle al distribuidor ese acercamiento de la marca con el cliente.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok ¿Tú sabes si esa marca que has referido como Claro marca Claro en un momento dado fue la marca Comcel en esos años?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Sí claro, eso fue Comcel y después cambió a Claro que nosotros hicimos todo el cambio de la marca a nivel nacional en su momento y le hicimos adecuaciones a los distribuidores, ya sea la inversión en avisos nuevos como también en punto de venta.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok ¿Y cuando te referiste a esos clientes yo quiero preguntarte Juan Carlos esos clientes son clientes de quién cuando te refirieres?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Clientes de Claro, clientes de Claro.
[APODERADO_DISTRITEK]: Qué pena ser incisivo por lo que aquí se llama Comcel en el proceso Claro, yo te quiero preguntar si cuando te refieres a clientes de Claro te estás refiriendo.	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Clientes Comcel, clientes Comcel, así es.

Testimonio de María del Pilar Suarez. Gerente Universidad COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, doctora María del Pilar ¿usted sabe si dentro de esas capacitaciones que se les hagan a los miembros de la red para esa venta de ese portafolio que se refiere planes post pago, prepago etcétera parte de las indicaciones que se le entregan a los miembros de la red incluido DISTRITEK es que deben hacer firmar su contrato de prestación de servicio a esas personas que quieren esos planes post pago y prepago.	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Es parte de lo que hacemos en la formación es, es enseñarle a manejar herramienta la documentación requerida, los para los procesos de venta.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Una forma preimpresa ¿quiénes son las partes de ese contrato de prestación de servicios doctora María del Pilar?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: La compañía y el cliente, o sea Comcel el cliente.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, entiende entonces esos clientes son las personas a quienes se les venden esos productos y servicios planes post pago y planes prepago.	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Si.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Y esos son clientes de quién doctora María del Pilar?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Clientes de Comcel que consigue que el distribuidor para hacerle la venta de estos servicios.

c) Interrogatorio de Parte- COMCEL:

Interrogatorio de Parte. Representante Legal COMCEL.	
[APODERADO DISTRITEK]: Muchas gracias doctor Felipe, siguiente pregunta, doctor Felipe cada vez que DISTRITEK vendía un plan postpago a un tercero, llámese una persona natural, una persona jurídica ¿ese tercero persona natural o jurídica pasaba a ser un cliente de COMCEL?	[FELIPE GARCÍA]: Si, si señor, cuando efectivamente era un plan postpago, digamos esa persona natural o jurídica que celebraba el contrato lo celebraba con COMCEL, digamos como debo advertir que el ente regulador que en este caso vendría siendo la Comisión de regulación de comunicaciones pues el que avala y establece drásticamente el contrato modelo que se va a suscribir con los usuarios para el prestar el servicio de telecomunicaciones.
[APODERADO DISTRITEK]: Gracias doctor Felipe, doctor Felipe siguiente pregunta, en el caso de los planes prepago, yo le preguntó doctor Felipe, cada vez que se vendía uno de esos planes prepago ¿quién le prestaba el servicio de telefonía móvil celular a esa persona natural o jurídica a quien se le vendía ese plan prepago?	[FELIPE GARCÍA]: Digamos que el plan prepago y el servicio con relación al servicio de telecomunicaciones que es al cual para efectos del servicio de voz nos permite conectar digamos una llamada del número celular a otro número celular, a un equipo fijo lo presta COMCEL.

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

1.1.2. Conclusiones sobre las pruebas obrantes en el expediente en relación con la naturaleza jurídica del CONTRATO.

En el presente proceso, contrariamente a lo dicho por el juez a quo en la SENTENCIA, tal y como consta en el anterior numeral 1.1.1. de la presente sustentación, sí se probó que la naturaleza del CONTRATO fue de Agencia Comercial; veamos:

Los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial son: (i) Calidad de las partes: El agente y el empresario agenciado son comerciantes. (ii) Independencia del agente: el agente comercial no está subordinado al empresario agenciado. (iii) Estabilidad o permanencia del vínculo negocial: el encargo que el empresario agenciado le hace al agente comercial no es esporádico, es permanente. (iv) Encargo de promover y explotar el negocio del empresario agenciado: el empresario agenciado le encarga la promoción y explotación de su negocio al agente comercial. (v) La Zona Prefijada: el agente comercial ejecuta el referido encargo en las zonas que el empresario agenciado determina. (vi) Remuneración del agente comercial: en la agencia comercial se pacta una remuneración a favor del agente comercial; esta remuneración puede consistir en una comisión, en una utilidad (diferencia en precio) o en una regalía (porcentaje sobre los ingresos generados a favor del empresario agenciado). (vii) Actuación del agente por cuenta del empresario agenciado: el agente comercial ejecuta el encargo de explotación del negocio del empresario agenciado mediante la celebración, por cuenta del empresario agenciado, de negocios jurídicos.

Las pruebas que la SENTENCIA no tuvo en cuenta, demuestran que el CONTRATO reunió todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial, así:

- ✓ COMCEL y LA DEMANDANTE son comerciantes.
- ✓ LA DEMANDANTE no es subordinada de COMCEL; LA DEMANDANTE celebró y ejecutó el CONTRATO en su calidad de empresario independiente de COMCEL.
- ✓ El CONTRATO se ejecutó de manera estable y permanente.
- ✓ COMCEL le encargó la promoción y explotación de su negocio a LA DEMANDANTE.
- ✓ El negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.

- ✓ Para la ejecución de dicho encargo, COMCEL le prefijó una zona a LA DEMANDANTE, a saber, la zona OCCIDENTAL del país.
- ✓ COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.
- ✓ El sistema remuneratorio pactado en el CONTRATO a favor de LA DEMANDANTE estuvo integrado por los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Utilidades que fueron equivalentes a los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago de contado y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas de tiempo al aire comercializadas.
- ✓ LA DEMANDANTE, en la zona prefijada, explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración, en nombre y por cuenta de COMCEL, de (i) contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y, (ii) contratos de "Venta de Equipos Terminales". Estos contratos se perfeccionaron así:
  - COMCEL le enviaba a LA DEMANDANTE los textos de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipo Terminal". Estos contratos tenían unos espacios en blanco que LA DEMANDANTE debía completar con los datos de cada cliente captado y con los datos de los elementos accidentales acordados con cada cliente: p.e. plan pospago o prepago elegido por el cliente, equipo terminal elegido por el cliente (teléfono celular o Sim Card), valor de activación del plan pospago o prepago, valor del equipo terminal, condiciones de financiación del equipo terminal cuando COMCEL lo financiaba, etcétera.
  - Una vez LA DEMANDANTE y el respectivo cliente/suscriptor concertaban los elementos accidentales de los negocios, se suscribían, DE MANERA SIMULTÁNEA, el contrato de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y el contrato de "Venta de Equipo Terminal". En los planes pospago y en la venta de equipos terminales financiados (Pospago y Prepago), los clientes/suscriptores, además de estos contratos, suscribían a favor de COMCEL un pagaré en blanco con su respectiva carta de instrucciones.
  - LA DEMANDANTE, una vez suscritos los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipo Terminal": (i) Activaba en la red celular de COMCEL la respectiva línea de telefonía móvil celular; esta activación la realizaba directamente LA DEMANDANTE a través del sistema POLIEDRO. (ii) Le entregaba al cliente/suscriptor el respectivo equipo terminal debidamente activado. A partir de la activación, el cliente/suscriptor accedía al plan pospago o prepago de Telefonía Móvil Celular contratado con COMCEL y desde este momento podía realizar y recibir

llamadas, enviar y recibir mensajes de texto, etcétera. **(iii) LA DEMANDANTE, finalmente, le enviaba a COMCEL los contratos físicos que acordó con cada cliente/suscriptor y los demás documentos exigidos por COMCEL: Copia de la cédula del cliente, copia del certificado de existencia y representación (cuando es persona jurídica) con copia de la cédula del representante legal, los pagarés en blanco con sus cartas de instrucciones (planes pospago y venta de equipos terminales financiados), etcétera.**

- **El provecho fue de COMCEL: Los dineros que los clientes/suscriptores de COMCEL pagaron en virtud de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales" constituyeron ingresos operacionales de COMCEL. Por expresa disposición contractual, estos dineros (servicios y productos) eran propiedad de COMCEL.**

- ✓ **Los ingresos de LA DEMANDANTE, en contraste, provenían del sistema remuneratorio pactado en el CONTRATO.**
- ✓ **Los riesgos fueron de COMCEL: Porque los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales Financiados" vincularon a COMCEL con sus clientes/suscriptores, fue COMCEL la parte que asumió, directa y jurídicamente, los respectivos riesgos, entre ellos los riesgos de cartera y los operativos relacionados con la** correcta prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular y correcto funcionamiento de los Equipos Terminales -teléfonos celulares y Sim Cards-.
- ✓ **La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue la clientela de COMCEL:** Con la celebración de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipo Terminal", los clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE quedaron vinculados contractualmente con COMCEL, no con LA DEMANDANTE. Estos clientes/suscriptores, en consecuencia, pasaron a ser clientes directos de COMCEL.

1.2. LA SENTENCIA DEBERÍA HABER DECLARADO QUE EL CONTRATO FUE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL POR REUNIR LOS ELEMENTOS DE LA ESENCIA DE ESTE TIPO DE CONTRATO Y POR HABER SIDO LA REAL INTENCIÓN DE LAS PARTES

1.2.1. El CONTRATO, al reunir los elementos esenciales de la Agencia Comercial fue un típico negocio de Agencia Comercial y así se ha debido declarar la SENTENCIA.

COMCEL, como lo demuestran las pruebas que la SENTENCIA no tuvo en cuenta, fue la parte que redactó y extendió el CONTRATO; LA DEMANDANTE se adhirió al CONTRATO.

La cláusula 4, la cláusula 15 y todas las demás estipulaciones del CONTRATO en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio celebrado, o en las que lo denominó un atípico negocio de distribución, de comisión o de "compras para la reventa", están amparados por el principio *pacta sunt servanda* (Art. 1602 CC). Asimismo, las otras cláusulas del CONTRATO en las que se hallan los elementos esenciales de la Agencia Comercial también están amparadas por el principio *pacta sunt servanda*.

Del texto contractual extendido por COMCEL (cláusula 4ª, cláusula 15, etcétera), por una parte, y de los elementos esenciales del CONTRATO, por la otra, se pueden deducir DOS VOLUNTADES NEGOCIALES que son contradictorias y excluyentes entre sí: (i) Una primera voluntad negocial que intenta derrotar toda posibilidad de una Agencia Comercial, bien sea mediante su exclusión expresa o mediante una velada calificación del CONTRATO como un atípico negocio de Distribución, de Comisión o de "Compras para la Reventa". (ii) Una segunda voluntad negocial que se extrae a partir de la causa originadora, del objeto estructural y de las obligaciones emanadas del contrato celebrado y ejecutado, y que permite deducir que el CONTRATO incorpora todos y cada uno de los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

Estas voluntades contradictorias y excluyentes entre sí, en preciso lenguaje jurídico, configuran una "antinomia".

Con fundamento en los Arts. 1501 CCO, 1618 CC, 1622 CC, 1624 CC, 8º de la Ley 153 de 1887 y 23 del CST (ora por analogía, ora por incorporar un principio general de derecho**), y a partir del principio del "Contrato Realidad" que las subyace, la referida antinomia se resuelve a favor de la calificación del CONTRATO como un típico negocio de Agencia Comercial.**

Como fundamento complementario se tiene: Según el Art. 898 CCO (Inciso 2º), un contrato solamente se puede declarar inexistente cuando falte alguno de sus elementos

esenciales. En el presente caso, la SENTENCIA declaró la inexistencia de una Agencia Comercial, esto a pesar de que el CONTRATO, como resultó probado, reunió todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

- Del error de derecho cometido por las partes en cuanto a la calificación del CONTRATO:

  - ✓ COMCEL, se reitera, fue la parte que redactó y extendió el CONTRATO. COMCEL, como predisponente del CONTRATO, incorporó cláusulas en las que denominó el negocio como un atípico negocio de distribución y, además, incorporó otras que excluyeron expresamente a la Agencia Comercial como calificación suya.
  - ✓ Al clausulado así concebido se adhirió LA DEMANDANTE.
  - ✓ Al resultar probado que entre las partes se celebró y se ejecutó un típico negocio de Agencia Comercial, las cláusulas que COMCEL extendió y a las que LA DEMANDANTE se adhirió, y en las que el negocio se calificó como un atípico contrato de distribución, o en las que se excluyó expresamente una Agencia Comercial, fueron cláusulas que incorporaron un "Error de Derecho" (NO UNA FALSEDAD IDEOLÓGICA).

    Este error de derecho, en voces del Art. 1509 CC, no vició el consentimiento:

    > ARTICULO 1509 CC: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

    El error de derecho incorporado en el texto contractual que COMCEL extendió, y el silencio que frente a él mantuvo LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO, en nada afectaron la naturaleza jurídica ni la validez de la Agencia Comercial realmente celebrada.

Respecto de la espera de LA DEMANDANTE para reclamar el pago de la Prestación Mercantil del Inciso 1º del ART. 1324 CCO, hasta la finalización del CONTRATO y no durante los 7 años de su vigencia, deberá señalarse lo siguiente:

- Durante la ejecución del CONTRATO, ninguna de las partes le elevó a su co-contratante reclamación alguna relacionada con algún elemento natural de la Agencia Comercial, motivo por el cual, durante su ejecución, nunca surgió la necesidad de develar la verdadera naturaleza jurídica del CONTRATO.
- LA DEMANDANTE, durante la ejecución del CONTRATO, se ocupó enteramente de cumplir con las obligaciones de dar, hacer y no hacer que tuvieron por fuente al CONTRATO, las cuales debía cumplir en armonía con las instrucciones que COMCEL le enviaba periódicamente a través de las denominadas "Circulares" y "Cartas de Comisiones".

- Las principales consecuencias económicas y normativas de la Agencia se desatan al momento de su terminación: (i) Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) Derecho de retención del Art. 1326 CCO. (iii) Indemnización especial del inciso 2º y Art. 1324 CCO, cuando hay lugar.
- Por este motivo, solamente hasta el momento de la terminación del CONTRATO fue cuando LA DEMANDANTE ejerció el derecho de retención del Art. 1326 CCO y le reclamó a COMCEL la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO y la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO. Solamente al momento de la terminación del CONTRATO, entonces, surgió entre las partes una controversia relativa a la verdadera naturaleza jurídica del CONTRATO.

La espera de siete (7) años es, jurídicamente, irrelevante: Ninguna prescripción se generó al respecto. En efecto, la Prestación Mercantil y la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO que LA DEMANDANTE reclama, se hicieron exigibles al momento de la terminación del CONTRATO, de tal manera que el respectivo término de prescripción se empieza a contar a partir de la fecha de su terminación:

> ARTÍCULO 2535 CC: La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

En los subsiguientes subtítulos se desarrolla el Principio del Contrato Realidad, se demuestra que COMCEL, como predisponente del CONTRATO intentó eludir las consecuencias naturales de la Agencia Comercial, se demuestra que el CONTRATO no reunió los elementos esenciales de un típico contrato de COMISIÓN y se demuestra que el "Error de Derecho" en que incurrió COMCEL y al que se adhirió LA DEMANDANTE relativo a la calificación del CONTRATO, no vició el consentimiento de las partes ni tampoco generó consecuencia jurídica alguna.

1.2.2. Principio del "Contrato Realidad".

Este principio, en materia civil y por ende comercial[1], se deriva de los artículos 1501 y 1618 del CC:

[1] ART. 822 CCO: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa."

ART. 1501 CC: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

ART. 1618 CC: Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Según este principio, una vez reunidos los elementos esenciales de un contrato en particular, se entiende que existe tal contrato y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen, por ejemplo, a través de elementos accidentales.

El principio del "Contrato Realidad", así concebido, está perfectamente enunciado en la ley laboral:

Numeral 2º del artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo: (…) 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por vía del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 también se explica la aplicación de este principio claramente incorporado en la ley laboral a la cuestión sub iúdice, ora por analogía, ora por ser una regla general del derecho:

Ley 153 de 1887. Art. 8º: Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

En suma, a partir de los artículos 1501 y 1618 del CC por una parte, y de los artículos 22 del CST y 8º de la Ley 153 de 1887 por la otra, se predica que sobre el CONTRATO rige el principio del "Contrato Realidad".

Principio del "Contrato Realidad". Aproximación jurisprudencial: La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, en los siguientes términos, frente a este principio:

Este principio ha sido reiteradamente consagrado en nuestra jurisprudencia, la cual ha afirmado:

> *"La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre" (Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, Pág. 128).*

Igualmente ha dicho "los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde" (Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 574)

En las siguientes sentencias también sostuvo:

Sentencia de diciembre 14 de 2005. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-023-1997-24529-01. Páginas 17 y 18: Desde luego que para abatir su juicio al respecto no bastaba afirmar que el contrato suscrito fue de agencia comercial, porque así se le designó en el documento otorgado unos meses después para clausurarlo, puesto que lo que le da fisonomía a un negocio jurídico no es la denominación que le asignen las partes, sino los elementos que le confieren una determinada estructura negocial, típica o atípica y la función económica que pretenden cumplir los contratantes. Los pactos, tiene dicho la Corte, "no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales" (G.J. t. L, pág. 27), luego para salir victorioso en su aspiración el recurrente tenía que desarrollar una labor mucho más exigente, que necesariamente lo apremiaba a comprobar que en el mencionado convenio se conjugan los elementos esenciales de contrato de agencia comercial que dice haber concluido con la demandada, sacando a flote, de paso, el desacierto el Tribunal por hacer tabla rasa de ellos, laborío en el que se quedó corto.

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: En tales casos, cuando surgen diferencias que son sometidas al arbitrio judicis, surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se la haya asignado, dejando el camino despejado de dudas, sin que para ello sea indispensable que quien formule el libelo invoque la existencia de acuerdos simulatorios como paso previo al reconocimiento de los derechos en su favor y las obligaciones a cargo. Ese proceder, a pesar de ser viable, se hace innecesario si se tiene en cuenta que el calificativo, erróneamente acordado o impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de acción, sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica. Sobre este punto la Corte tiene precisado que "es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o

probidad-. (…) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. (…) Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos. (…) Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partis quam verbis discernuntur), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica" (sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 2000-01474). (…) Por tal razón, cuando un nexo de esa índole se hace constar por escrito y se aduce que éste no contiene la real voluntad de los concertantes o que simplemente el apelativo dado para identificarlo no corresponde al contenido de sus estipulaciones, es imprescindible hacer un contraste entre ambas figuras para que, dejando de lado los puntos en que convergen y delimitadas sus divergencias, se encamine el esfuerzo probatorio a develar la presencia de estas últimas en la forma como se desarrollan las relaciones entre sus intervinientes, sin que se requiera de un pronunciamiento previo sobre la existencia de un concierto simulatorio.

CONCLUSIONES: **(i) La calificación de un negocio con fundamento en el Principio del Contrato Realidad es un acto de interpretación jurídica que no requiere el ejercicio de la acción simulatoria. (ii) Según este principio interpretativo, una vez reunidos los elementos esenciales de un contrato en particular, se entiende que existe tal contrato y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (iii) El CONTRATO, al reunir los elementos esenciales de un típico contrato de Agencia Comercial y al margen de la denominación equivocada que COMCEL extendió como predisponente del negocio, debe ser calificado como un típico agenciamiento comercial. (iv) En consecuencia, entre COMCEL como agenciado y LA DEMANDANTE como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídica patrimonial típica y nominada de Agencia Comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.**

1.2.3. El CONTRATO, según la real intención de las partes, fue de Agencia Comercial.

Las cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO, en su literalidad, rehúyen una Agencia Comercial como calificación jurídica del CONTRATO. Sin embargo, según el Art. 1628 CC, prevalece la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras.

> ARTICULO 1618 CC: Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

En el presente proceso, y a partir de las pruebas que el Juez ad quo pretermitió, resultó probado que las partes celebraron y ejecutaron una típica Agencia Comercial.

Entonces, al resultar probado que la causa y la finalidad común que motivó la celebración del CONTRATO, y que el objeto, contenido y alcance de las obligaciones contractuales que las partes asumieron y ejecutaron, corresponden todos con la esencia de una Agencia Comercial, no queda duda alguna que la intención común de COMCEL y LA DEMANDANTE fue la de celebrar y ejecutar una típica Agencia Comercial, intención que, jurídicamente, prevalece sobre la literalidad de las cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) que COMCEL extendió.

1.2.4. COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió cláusulas con las cuales intentó eludir las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial.

COMCEL, como predisponente del modelo contractual al que se adhirieron los miembros de su red de agentes/distribuidores (LA DEMANDANTE incluida), v. gr. como predisponente del CONTRATO, realizó ingentes esfuerzos para eludir las consecuencias económicas que son connaturales al contrato de Agencia Comercial, entre ellas la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO, la indemnización especial que regula el inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO y el derecho de retención que regula el Art. 1326 CCO.

Hicieron parte de estos intentos los siguientes:

- COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución y excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice: Cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO.

- COMCEL impuso cláusulas de renuncia de prestaciones e indemnizaciones en perjuicio de LA DEMANDANTE: Cláusulas 5.3 del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas de indemnidad a su favor: Cláusula 17.4 del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas que simulan el pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones: Cláusulas 30 (inciso 3º) del CONTRATO.
- COMCEL extendió cláusulas que simulan débitos a su favor que se causarían al momento de la terminación del CONTRATO, débitos que están llamados a compensarse con la Prestación Mercantil que legalmente se causó a favor de LA DEMANDANTE: Cláusula 15, inciso 2º, Anexo C, Núm. 5º del CONTRATO.

De estos intentos elusivos de COMCEL, por su pertinencia, únicamente se hará referencia, en el presente cargo, al siguiente: COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución y excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice: Cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO. Respecto de los otros intentos elusivos, en el Cargo Segundo de la presente demanda se atacará la SENTENCIA por no haber anulado, como ha debido hacerlo, las respectivas cláusulas elusivas y abusivas extendidas por COMCEL.

COMCEL, se reitera, fue la parte que extendió el CONTRATO; son diversas las implicaciones que acarrea el que COMCEL haya extendido o dictado el CONTRATO; una de ellas versa sobre su interpretación:

> ARTICULO 1624 CC: (...) Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

La ambigüedad a que se refiere el Art. 1624 CC se tipifica, por ejemplo, en los siguientes casos:

a) Caso 1. Un texto oscuro: Del texto incorporado en una misma estipulación (p. e. en una única cláusula) se pueden extraer dos reglas diferentes, esto según la interpretación que se les dé a las palabras extendidas. En este caso se debe preferir la regla que se extraiga del entendimiento que el adherente hizo de la respectiva cláusula.

b) Caso 2. Dos textos claros, pero antinómicos: Del texto claro e inequívoco de una primera cláusula se extrae una primera regla, pero, del texto también claro e inequívoco de una segunda cláusula, se extrae una segunda regla que contradice a la primera. Frente a esta antinomia contractual se debe preferir la regla o precepto que favorezca al adherente.

Sentencia de mayo 8 de 1974 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria:

No todos los autores admiten la posibilidad de adoptar sistemas nuevos originales o especiales de interpretación para los contratos de adhesión, pero sí están todos de acuerdo, en cambio, en reconocer que constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente.

En el presente caso, resultó probado que COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió unas cláusulas que rehúyen la calificación del contrato como un típico negocio de Agencia Comercial, pero simultáneamente extendió otras que incorporan todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

Ante la ambigüedad del texto así concebido por COMCEL, la interpretación del CONTRATO se debe hacer en contra de COMCEL, es decir, en contra de sus inicuos intentos que, como predisponente del texto contractual, realizó por eludir las consecuencias naturales de la Agencia Comercial.

CONCLUSIÓN: La SENTENCIA al no tener en cuenta las pruebas que han sido referidas en los anteriores numerales que probaron que el CONTRATO reúne todos y cada uno de los elementos de la esencial del contrato de agencia comercial y no aplicar a la interpretación y definición sobre la naturaleza del CONTRATO los principios del Contrato Realidad y la interpretación del clausulado antinómico del CONTRATO en favor de LA DEMANDANTE como adherente y en contra de COMCEL como predisponente del texto contractual:

a) No declaró en la SENTENCIA que el CONTRATO fue un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, con lo cual se violaron los Arts. 27 (inciso 2º) CC, 1501 CC, 1509 CC, 1618 CC, 1622 CC, 1624 CC, 1509 CC, 822 CCO, 898 (Inciso 2º) CCO, 1317 CCO, 8º de la Ley 153 de 1887 y 23 (Núm. 2º) Código Sustantivo del Trabajo).

b) Este yerro cometido por el Juez A quo, asimismo, conllevó a una violación del inciso 1º del Art. 1324 CCO, el Art. 1326 CCO y los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 (Núm. 3) CC y 94 CGP; en efecto, la violación de estas normas impidió:

- Que en la SENTENCIA se condenara a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO, lo que constituyó una violación indirecta y consecuencial de esta norma.
- Que en la SENTENCIA se condenara a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil

se han venido causando desde la notificación a COMCEL del auto admisorio de la demanda, lo que constituyó una violación indirecta y consecuencial de los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 (Núm. 3) CC y 94 CGP.

- Que en la SENTENCIA se declarara que LA DEMANDANTE ejerció, válidamente, el derecho de retención, lo que constituyó una violación indirecta y consecuencial del Art. 1326 CCO.

1.3. LA DEMANDANTE SI PROMOCIONABA EL NEGOCIO DE COMCEL BAJO LA MARCA DE COMCEL

La SENTENCIA, en su parte motiva, niega la existencia de un contrato de agencia comercial, entre otros aspectos, fundamentalmente porque, según la juez a quo, la DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO no efectuó una gestión, encargo y labor de promoción efectiva del negocio de COMCEL. Al respecto la SENTENCIA, en su parte motiva, señaló lo siguiente:

> (...) En el mismo sentido afirmó el señor Álzate haber efectuado un pago parcial de los gastos incurridos dentro de la estrategia de promoción, los cuales son soportados con la experticia rendida por la sociedad JEGA la cual da cuenta de un pago de más de Seiscientos millones ($600.000.000) por concepto de promoción de los servicios y productos de Comcel S.A., pero pese a lo anterior para esta sentenciadora tales actos no resultan suficientes para denotar la configuración del presupuesto estudiado pese a evidenciarse que hubo una serie de ventas efectuadas por la sociedad demandante y como consecuencia de las mismas Comcel se benefició sí por cuanto pudo abrir su mercado, llegar a nuevos clientes y su marca creció como consecuencia de las ventas que pudo realizar Distritek, sin embargo, para esta juzgadora no se encuentra acreditado el porcentaje en el cual Distritek ayudó a fortalecer la marca de Comcel, para nada está acreditado.
>
> En esta ocasión la parte demandante trajo un consolidado del crecimiento que tuvo la sociedad demandada durante la vigencia del contrato, así como también un informe que daba cuenta de la importancia de los distribuidores en las ventas de los servicios y productos convirtiéndose en la fuente más relevante de ingresos, sin embargo, nada se menciona de forma específica respecto al porcentaje que Distritek aportó para que esto ocurriera. Obsérvese que la palabra promover es definida de manera más específica y la jurisprudencia establecido que la promoción y explotación del negocio agenciado debe realizarse de manera calificada y digo yo también y así lo entendemos en este despacho calificada, especializada, hasta puede decirse profesional, puesto que por la naturaleza y esencia del contrato de agencia se le exige al agente una estructura superior a la que lleva a cabo el distribuidor si es diferente o sea es más exigente, es, debe tener una estructura superior a la que lleva a cabo el distribuidor quien también el distribuidor también promociona los productos de su proveedor para ello el agente, entonces debe adelantar las medidas para que se logre concretar el objeto del contrato, esto implica elaborar informes de comportamiento del

mercado, envuelve la obligación de crear bases de datos de los clientes, fidelizarlos, estudiar el mercado, identificar y crear y miren esto, proponer estrategias de comercio, proponer estrategias de comercio, programar jornadas de impacto e incluso se encuentra facultado para realizar labores de postventa que no incluyan la garantía o servicio técnico como en este caso ocurrió, sino que están destina, estén destinadas a la consecución de nuevos clientes, mantener los existentes en favor de la agenciado, pero esto tampoco se encuentra probado.

Sí es cierto que escuchada la declaración del representante legal de Comcel archivo número 30 y de la señora Patricia Martínez Acevedo en su calidad de líder de agente, de agentes comerciales punto de venta Claro archivos 31 y 32 y Juan Carlos Villescas Cuervo quien fungió como gerente de marketing y Evelio Arévalo en su calidad de abogado de Comcel, entre otros, se deduce que fueron ejercidas labores de publicidad o promoción de productos específicos ofertados por Comcel S.A. y como consecuencia de eso se llevaron a cabo un número importante de ventas, no obstante, no se evidencia que tales estrategias hubieren sido ideadas y definidas de manera autónoma por Distritek o que las mismas hubieren sido sugeridas por dicha sociedad sí a Comcel, a modo de ver de esta sentenciador su actuar el de Distritek fue pasivo en comparación al que se demanda de un agente.

No es clara la forma autónoma en la cual Distritek promocionaba y explotaba la marca de Comcel, pareciera que solo se dedicaba a las labores de volanteo, payasos, modelos y puntos gemelos, es decir a realizar actividades en sus establecimientos de comercio o en los alrededores de los mismos que de por sí no se tiene certeza cuántos eran, aquí no se probó eso.

El argumento de la SENTENCIA para considerar que el CONTRATO no fue de agencia comercial, se vinculó con el tema del encargo de promoción del negocio de COMCEL. La H. Jueza a quo al respecto manifestó lo siguiente: (i) Que no era claro que LA DEMANDANTE hubiese asumido el encargo de promoción del negocio de COMCEL. (ii) Que a pesar de que LA DEMANDANTE, en los términos del CONTRATO, con autorización de COMCEL efectivamente podía realizar las referidas actividades de promoción, no se probó en el proceso que LA DEMANDANTE hubiese ejecutado el referido encargo de promoción. (iii) Que a pesar de que LA DEMANDANTE hubiese realizado las referidas labores promocionales en ejecución del encargo de promoción, no se probó en el proceso que dichas labores de promoción hubiesen sido eficaces y determinantes para la consecución de negocios y clientes para COMCEL en la zona asignada.

Contrariamente a lo sostenido en la SENTENCIA respecto del encargo de promoción, en el presente proceso:

(i) Resulto probado que COMCEL si le encargó la promoción de su negocio a la DEMANDANTE. Lata posición de la H. Jueza que plantea algo diferente,

resulta abiertamente contraria a los hechos que resultaron probados en el presente proceso.

(ii) Resultó probado que LA DEMANDANTE en efecto SI ejecutó dicho encargo de promoción.

(iii) Resultó probado que las actividades de promoción adelantadas por LA DEMANDANTE fueron eficaces, pues LA DEMANDANTE **entre enero 1 del 2014 y el 31 de diciembre de 2017** según el DICTAMEN (Páginas 29 a 31): (i) Legalizó 66.271 Kits Prepago, (ii) Activó 137.733 Planes Pospago, (iii) Legalizó 329313 Planes Welcome Back (Sim Cards), y (iv) Realizó 384.324 transacciones de recaudo de dineros que los clientes de COMCEL le pagaron a esta última.

Sin perjuicio de lo anterior, una vez se ha probado respecto del CONTRATO, tal y como arriba se ha expuesto, el encargo de promoción, su ejecución y la eficacia de las actividades promocionales realizadas, es preciso aclarar que el encargo de promoción como elemento de la esencia del contrato de agencia comercial, no tiene el alcance de una obligación de resultado, tal y como lo entiende la SENTENCIA y la juez a quo, según las cuales este elemento únicamente existe cuando se demuestra la relevancia de las labores de promoción realizadas, lo cual excede por completo lo establecido al respecto en la ley

Seguidamente algunas de las pruebas que el juez a quo dejó de valorar y a partir de las cuales se concluye que la DEMANDANTE en ejecución del Contrato promocionaba y explotaba del negocio de COMCEL bajo la marca de COMCEL posteriormente denominada CLARO:

a) <u>Pruebas documentales:</u>

- Cláusulas del CONTRATO:

> 7.17. EL DISTRIBUIDOR, **se obliga a observar y ajustarse al Manual de imagen corporativa de COMCEL** que en la fecha de la firma de este contrato de distribución ha recibido de COMCEL, para el manejo de la publicidad, manejo institucional, logotipos impresos a color y en blanco y negro y avisos publicitarios.
> El DISTRIBUIDOR se obliga a observar y ajustarse a las modificaciones que en el futuro COMCEL introduzca al Manual de Imagen Corporativa de COMCEL.
>
> Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- Circulares:

Para	Distribuidores Comcel
De	María del Pilar Suárez G.
Asunto	**MANTENIMIENTO DE AVISOS**

Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.

Adicionalmente es responsabilidad de los distribuidores mantener estos avisos en perfecto estado tanto de limpieza como en la parte de iluminación.

Para	Distribuidores Claro Móvil
De	María del Pilar Suárez G.
Asunto	**MANUAL DE IMAGEN CORPORATIVA**

ASPECTOS A TENER EN CUENTA SOBRE LA IMAGEN CORPORATIVA Y EL USO DE POP EN LOS PDV:

1. De acuerdo a lo estipulado en el contrato de distribución en los numerales 7.16 7.17 y 7.18 en los cuales indica que el distribuidor se compromete a ajustarse al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, para el manejo de la publicidad, manejo institucional, logotipos impresos a color y en blanco y negro y avisos publicitarios, *el distribuidor se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que le entregue CLARO o que se apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, de igual forma en ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización, el distribuidor podrá colocar aviso al lado o encima del de CLARO.*

Por tanto cualquier material fuera de lo autorizado deberá ser retirado de los puntos de venta.

Recuerden que para la implementación de campañas cuentan con el apoyo del Plan Coop a través del ítem 49-Comunicaciones Trade y del área de G2M para el diseño de piezas acorde a sus necesidades.

2. De igual forma es importante el aseo y mantenimiento de los puntos, así como de los avisos, mobiliario y stands de acuerdo al numeral 7.19 deben cumplir con todos los requerimientos que establezca CLARO para las instalaciones de exhibición y demostración y con los requisitos para la apariencia y acceso al establecimiento, local, oficina, punto de venta, etc.

VER Prueba Circular 2016-GSDI01-S127089 de mayo 3 de 2016 exhibida por LA DEMANDANTE, Punto 7.

b) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, muchas gracias doctora Patricia, bueno digamos que yo con esto terminaría mis preguntas respecto de las labores de venta y comercialización y quisiera ir a un segundo punto usted nos refirió que DISTRITEK realizaba lo que usted denominó actividades comerciales o activaciones comerciales, usted podría explicarle al Despacho ¿En qué consistían esas actividades comerciales que realizaba DISTRITEK?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: No puedo hablar, referirme puntualmente a las actividades de ellos porque no las conocí, pero sí puedo hablar de modo general de las actividades comerciales, la mayoría de nuestra red de distribución nos enviaban, consolidaban informa, consolidaban sus actividades que iban a hacer, que hacían en los, a través de los puntos de venta, que hacían con perifoneos, camionetas, puntos gemelos que eran puntos en frente o carpas en frente de sus locales, eso lo hacían a través de un fondo cooperativo que se llama fondo COP y por cada venta que ellos hacían se acumulaba un dinero, un dinero que estaba destinado, que comúnmente en la red de distribución se conoce como COP, dinero destinado para este tipo de actividades, actividades de volanteo, de modelos de perifoneo, podían imprimir volantes, brochures, pasacalles, para eso estaba destinado ese, ese COP y pues cada agente perdón, cada distribuidor debía entregarnos esa planificación mensual, trimestral o semanal a como ellos la necesitaran.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, ¿cuál era el objetivo o la finalidad de esas actividades comerciales que, que debía realizar los miembros de la red incluido DISTRITEK? ¿Cuál era el objetivo, la finalidad de esas actividades?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Vender, captar clientes para venta.

Testimonio de Juan Carlos Villescas. Gerente de Marketing de COMCEL.	
[APODERADO DISTRITEK SAS]: Juan Carlos, tú podrías explicarle por favor al despacho ¿Cuáles son las labores que se realizan en esa gerencia de mercadeo? En la que tú te has desempeñado, por favor.	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: Así es, nosotros como el área o la gerencia de marketing, eh, nos encargamos de hacer las políticas establecidas, las campañas que genera la compañía en cada uno de los diferentes productos que vende a los clientes, nos encargamos de hacer todo el plan de medios, que medios se le dicen a los medios masivos, televisión, radio, revistas en medios impresos, como también la organización de actividades BTL, que son actividades comerciales, como las campañas digitales, eh, organizamos y estructuramos lo, todo lo que tiene que ver con las investigación de mercado y organizamos para que efectivamente el distribuidor tenga las herramientas

	pertinentes para la ejecución, eh, efectiva de cada una de esas de esos frentes.
[APODERADO DISTRITEK SAS]: Juan Carlos, ¿tú podrías explicarle al despacho específicamente respecto de las que tu denominas, actividades BTL, actividades comerciales? ¿Y en qué consisten esas actividades, cuáles son?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: Las actividades BTL, son actividades que hacen la compañía o el distribuidor con el objetivo de fortalecer los productos, de los diferentes productos, esos son volanteadores, perifoneo, modelos, eh, actividades en plazas públicas, si se trata de los distribuidores, esas son las actividades comerciales que el distribuidor utiliza para llevar clientes a sus puntos de venta, que es principalmente las acciones que el distribuidor, eh, utiliza para ese fin.
[APODERADO DISTRITEK SAS]: Juan Carlos, yo te pregunto, eh, ¿Esas actividades comerciales mercadotécnicas, las ejecuta en parte, las ejecutan en parte esos que tú denominas distribuidores y que nosotros denominamos agentes?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: Así es, nosotros le damos los parámetros al distribuidor, los parámetros, para el uso de las campañas, los parámetros de uso de marca. También damos unas opciones de esas diferentes actividades, como lo mencioné, ya sea perifoneo, volanteo, modelos de uniformes, todo eso que ellos utilizan para llevar tu clientes a su punto de vez de venta y el distribuidor las ejecuta.

(…)

[APODERADO DISTRITEK SAS]: Okey, y ¿Cuál es el objetivo que se busca con esas actividades mercadotécnicas y comerciales a las que nos estás refiriendo?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: El objetivo es, el distribuidor que las hace para efectivamente llevar, clientes a sus puntos de venta o para adquisición de clientes nuevos.
[APODERADO DISTRITEK SAS]: OK, y esas actividades tienen por objeto hacer mercadotecnia, promoción y comercialización, ¿de qué productos y servicios?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: De los productos que venda el distribuidor y que Claro, pues ponga a disposición que, pues efectivamente es prepago, pues pago hogares, eh, la mayoría de veces esta comunicación y nosotros de acuerdo al lineamiento que tenemos de marca, el distribuidor eh, ya sean volantes o diferentes piezas, pues vaya con la mención de que son distribuidores oficiales de Claro que efectivamente eso le genera valor al distribuidor para la consecución de clientes.
[APODERADO DISTRITEK SAS]: ¿Dentro de esas actividades que tú refieres Mercadotécnicas, eh, se buscaba promocionar los denominados, los denominados planes post pago en algunas de ellas?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: Sí, si el distribuidor está vendiendo el portafolio de Comcel, efectivamente si, debe comunicar las promociones, ya sean post pago, hogares o prepago.

[APODERADO DISTRITEK SAS]: Okey y en esas actividades, mercadotécnicas promocionales y publicitarias que tú has referido, BTL, te pregunto, Juan Carlos, ¿Cuál es la marca que se asocia a esas actividades?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: "Claro".
[APODERADO DISTRITEK SAS]: ¿Cuándo te refieres a Claro, estás haciendo referencia a la a la marca de Comcel?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: Así es, así es, aquí, quiero anotar y es que para el cliente es transparente el momento de comprar los servicios y pues el distribuidor en su momento de hacer alguna pieza, pues la marca Claro que tiene un posicionamiento en el país, el posicionamiento y se le dice mercadeo Top of Mind, que es el nivel de recordación del cliente por las marcas, efectivamente, Claro tiene, está en el número uno en posicionamiento, si uno lo compara con otros con otras marcas, entonces para el distribuidor es un beneficio, Y para el cliente es una garantía que se use la marca Claro en las comunicaciones.
[APODERADO DISTRITEK SAS]: te pregunto Juan Carlos, y cuando tú te refieres a esos clientes a los que busquen, se busca llegar, ¿esos son clientes de la marca Comcel de la marca Claro, o potenciales clientes de la marca Claro?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: Son clientes de Comcel marca Claro, esto lo digo porque el distribuidor no solamente es el encargado, pues es el que vende y su objeto final es vender, pero Claro, cómo es él se encarga de hacer todas esas acciones de fidelización para retener el cliente en caso de que él tome la decisión de irse a otro operador o de o de cancelar sus productos, entonces para Claro, es importante en mantener ese cliente y por ende pues hacer inversiones de investigación, como de promociones para retención y beneficios.

(…)

[APODERADO COMCEL SA]: Muchas gracias, señor juez, Juan Carlos, usted quiere, Por favor, ampliar un poco la respuesta que dio al doctor Argáez hace un momento, respecto de lo que son las actividades BTL, ¿en qué consisten las actividades BTL?	[TESTIGO JUAN VILLESCAS]: Las actividades BTL tienen como objetivo generar clientes, más clientes o tráfico a los puntos de venta. En el caso del distribuidor, efectivamente estos los distribuidores como están en poblaciones recurren a estas actividades para generar tráfico a sus puntos de venta. Entonces lo hacen en plazas públicas, en centros comerciales, en puntos de alto tráfico, efectivamente, pues para, como lo digo, llevar tráfico a su punto de venta y generar clientes.

HECHO PROBADO: La marca utilizada y posicionada en ejecución del Contrato para cumplir con el encargo de promoción y explotación dado a la DEMANDANTE, fue la marca de COMCEL. La DEMANDANTE en ejecución del contrato, al promocionar y explotar los servicios y productos del portafolio de COMCEL debía hacerlo ciñéndose al manual de marca e imagen corporativa de COMCEL según las instrucciones precisas de esta última.

c) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Juan Carlos Villescas. Gerente de Marketing de COMCEL.	
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, gracias Juan Carlos, cuál era ese manual de, mejor ¿Cuál era la marca que estaba detrás de esas actividades comerciales y detrás de ese manual de imagen corporativo que tú refieres?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: "Claro", precisamente por lo que les confirmo y es porque para el cliente o un transeúnte que ve una activación pues le es más familiar y más seguro y le genera más tranquilidad en poder comprar los, sus servicios o sus productos a Claro, a Claro entonces la marca que predomina en toda la comunicación, en los avisos del punto de venta del distribuidor es "Claro", precisamente para facilitarle al distribuidor ese acercamiento de la marca con el cliente.
[APODERADO_DISTRITEK]: Ok ¿Tú sabes si esa marca que has referido como Claro marca Claro en un momento dado fue la marca Comcel en esos años?	[TESTIGO_JUAN_CARLOS_VILLESCAS]: Sí claro, eso fue Comcel y después cambió a Claro que nosotros hicimos todo el cambio de la marca a nivel nacional en su momento y le hicimos adecuaciones a los distribuidores, ya sea la inversión en avisos nuevos como también en punto de venta.

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Gerente Comercial de COMCEL.	
[APODERADO_DISTRITEK]: ¿En todas esas actividades DISTRITEK y los demás miembros de la red debían sujetarse al manual de imagen corporativo de la marca de Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Sí señor.

Testimonio de Alejandro Enrique Beltrán. Coordinador CPS de COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, quisiera preguntarte Alejandro en relación con esos puntos de venta que ustedes visitaban ¿tú recuerdas como era toda la imagen corporativa de esos puntos miembros de la red incluidos DISTRITEK?	[ALEJANDRO BELTRÁN]: Pues básicamente tenían la imagen corporativa, de lo que yo recuerdo y pues el aviso normal que se exigía, pero nomás, no recuerdo nada más.

[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿La imagen corporativa de quién?	[ALEJANDRO BELTRÁN]: La imagen corporativa de Comcel.

Testimonio de María del Pilar Suarez. Gerente Universidad Claro de COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, doctora María del Pilar en relación con las capacitaciones que ustedes realizan a los miembros de la red quiero preguntar específicamente sobre los puntos de venta ¿usted sabe si en esas capacitaciones a los miembros de la red incluido DISTRITEK se les daba alguna indicación sobre el manejo de la marca en los puntos de venta, en los documentos, las informaciones?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: En capacitación puntualmente no manejamos ese tema de marca, pero ellos cuentan con un manual de procedimientos que está publicado en el portal de información e distribuidor y ellos tienen acceso también al manual de marca y a las condiciones digamos de marca que deben tener en cuenta para el manejo de sus oferta comercial, la oferta comercial.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿La imagen corporativa de quién?	[MARÍA SUAREZ GARCÍA]: Comcel o claro, lo que está actualmente.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE tenía la obligación de mantener en sus establecimientos avisos con la marca COMCEL-CLARO. (ii) Estos avisos exteriores instalados por COMCEL le garantizaron al cliente de COMCEL la seguridad de estar en un punto de venta de COMCEL.

Sobre la eficacia y efectividad de las actividades promocionales de LA DEMANDANTE.

(i) La existencia y ejecución del encargo de promoción, a diferencia de lo referido por la SENTENCIA, no depende de que las actividades promocionales realizadas efectivamente sean determinantes y fundamentales para la consecución de negocios y clientes para el empresario agenciado. Si existió el encargo de promoción y si se efectuaron las actividades promocionales, ello no pierde efectos por el hecho de que ese encargo y esas labores no hubiesen sido altamente eficaces para la consecución de objetivos pretendidos. El agente no deja de ser agente y el contrato no deja de ser agencia porque el agente no hubiese logrado cumplir a cabalidad con los objetivos del encargo que le fue dado y que ejecutó. En otras palabras, la existencia del encargo de promoción (que es lo que debe probarse y lo que a la postre fue probado), se concluye a partir de que se hubiese

conferido el encargo y se confirma con las labores de promoción desarrolladas, pero no depende, como lo plantea la SENTENCIA, a partir de la efectividad y productividad de las labores promocionales. Este es a todas luces, un grave error lógico, interpretativo y jurídico de la SENTENCIA. Yerro este ciertamente medular, puesto que como se dijo antes, los tres planteamientos de la SENTENCIA en materia de promoción conducen a la postre a que el argumento basal y final de la SENTENCIA para negar la existencia del encargo de promoción está cifrado en buena medida en esa supuesta falta de prueba respecto de la eficacia y efectividad de las labores promocionales, toda vez que los otros planteamientos de la SENTENCIA respecto de la promoción, son relativizados y desvirtuados por la propia SENTENCIA, cuando la misma deja sentado que sí pudo haber encargo de promoción en el contrato y que sí pudieron haber actividades promocionales ejecutadas por LA DEMANDANTE, pero señala que no se corroboró que dichas actividades fueran efectivas, eficaces, determinantes y definitivas para consecución de negocios y clientes (lo cual, además es falso como se explica a continuación).

(ii) AHORA BIEN, en cualquier caso, en el presente proceso quedó completamente probado que ese encargo de promoción dado a LA DEMANDANTE por COMCEL y las actividades promocionales ciertamente realizadas por LA DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO: (a) Generaron la celebración de negocios por parte de COMCEL con terceros clientes que suscribieron los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular, que vincularon a COMCEL con sus clientes; (b) Generaron la consecución de clientes para COMCEL (todos los clientes derivados de la ejecución del contrato sub iúdice fueron clientes para COMCEL); (c) Se realizaron e identificaron bajo las marcas de propiedad de COMCEL, suscitando el posicionamiento y mantenimiento de dichas marcas en el mercado. En relación con lo anterior, obran en el expediente Pruebas documentales como el CONTRATO y las Circulares emitidas por COMCEL, las confesiones de COMCEL en la contestación de la Demanda Reformada, los testimonios rendidos por los funcionarios de COMCEL y el DICTAMEN en el cual se concluyó cuál fue el volumen y la extensión de las labores de promoción y explotación del negocios de COMCEL efectuadas por LA DEMANDANTE, concluyéndose que LA DEMANDANTE en los municipios de Remedios, Puerto Berrio, Quibdó, Rionegro y Medellín, activó para clientes de COMCEL un total de 137.733 planes pospagos, legalizó para cliente de COMCEL un total de 66.271 kits prepago, legalizó para cliente de COMCEL un total de 329.313 Sim Cards y realizó para cliente de COMCEL un total de 384.324 transacciones de recaudo en servicios de posventa (Ver Páginas 29 a 31 del DICTAMEN).

1.4. LA DEMANDANTE SI TENÍA ASIGNADA Y PREFIJADA UNA ZONA TERRITORIAL

La SENTENCIA, en su parte motiva, niega la existencia de un contrato de agencia comercial, además de lo expuesto en los anteriores numerales, porque, según la juez a quo, no se prefijó a la DEMANDANTE una zona territorial en el Contrato. Al respeto la SENTENCIA en su Parte Resolutiva señaló:

> (…) En el mismo sentido, tampoco se encuentra aprobado que la promoción y explotación del servicio y productos ofrecidos por Comcel hubiere sido llevada a cabo en un área o región específica, en esta oportunidad, las partes fueron unánimes en afirmar que el objeto del contrato se llevaría a cabo en la región oriente de Colombia, pero qué municipios conforman la región oriente o conformaban la región oriente, pues la verdad no se sabe, ello no es claro o por lo menos no se probó, así como tampoco que la sociedad demandante Distritek SAS tuviere la exclusividad de ofertar tales servicios en dicha zona, por el contrario, se encuentra a probado y demostrado con la declaración de Patricia Martínez Acevedo que en la misma región específicamente en Medellín otros distribuidores prestaban el mismo servicio y que las ventas reportadas por la demandante eran inferiores a la de otros distribuidores (…)

Este tópico ha sido analizado en detalle en el presente memorial el exponer en la Sección precedente 1.1.1.9. la prueba en el Contrato de cada uno de los elementos de la esencia de una agencia comercial, incluida la Zona Prefijada. Se remite, entonces, a esa Sección 1.1.1.9. de la presente sustentación para desvirtuar el errado argumento de la SENTENCIA en este tema. Seguidamente algunas de las pruebas que el juez a quo dejó de valorar y a partir de las cuales se concluye que en el Contrato fue prefijada para DEMANDANTE una determinada zona territorial:

a) <u>Confesión de COMCEL:</u>

En los hechos 49 y 50 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 49. El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó en el ÁREA OCCIDENTE.
>
> 50. LA DEMANDANTE, dentro del ÁREA OCCIDENTE, únicamente podía abrir establecimientos y puntos de venta en los puntos que COMCEL le autorizaba previamente; así se estableció en el CONTRATO SUB IÚDICE.
>
> Demanda reformada, Págs. 37

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 14:

b) Pruebas documentales:

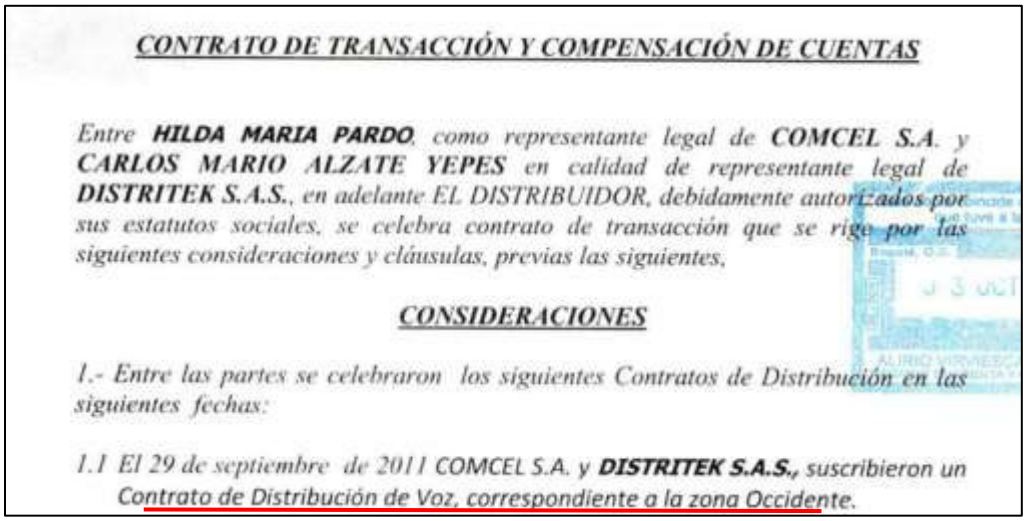
- Cláusulas del CONTRATO:

7.2. EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios; mantendrá locales, oficinas, establecimientos de comercio, instalaciones, salones de exhibición, puntos de ventas o espacios del tamaño, calidades, cantidades, especificaciones, características, tipo y por el término que a juicio de COMCEL sean convenientes o satisfactorios para propiciar la penetración, los volúmenes de ventas de los productos y de los servicios y para asegurar la eficiencia e idoneidad de la comercialización y la calidad del servicio. EL DISTRIBUIDOR, observará estrictamente las instrucciones que se le impartan por COMCEL sobre las materias anteriores… y, en todo caso requerirá de la previa autorización escrita… en particular para la apertura de agencias o sucursales, puntos de ventas, locales, establecimientos comerciales, etc., o para trasladar cualquier parte de su negocio a un sitio o local distinto del autorizado. COMCEL, se reserva el derecho a autorizar estos aspectos.

19. Exclusividad. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente que COMCEL se reserva el derecho de celebrar convenios con terceros para desarrollar el mismo objeto del presente contrato o para la venta, distribución, comercialización, mercadeo o promoción del Servicio, en las mismas áreas de servicio o en áreas de servicio diferentes. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente la discrecionalidad absoluta de COMCEL con respecto al mercadeo del servicio.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- Actas de conciliación de cuentas:



CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre ***HILDA MARIA PARDO****, como representante legal de* ***COMCEL S.A.*** *y* ***CARLOS MARIO ALZATE YEPES*** *en calidad de representante legal de* ***DISTRITEK S.A.S.****, en adelante EL DISTRIBUIDOR, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra contrato de transacción que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas, previas las siguientes,*

CONSIDERACIONES

1.- Entre las partes se celebraron los siguientes Contratos de Distribución en las siguientes fechas:

1.1 El 29 de septiembre de 2011 COMCEL S.A. y ***DISTRITEK S.A.S.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Occidente.*

Prueba aportada con Contestación de la Demanda: Actas Conciliación de Cuentas.

c) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Gerente Comercial de COMCEL.	
[APODERADO_DISTRITEK]: Aunque usted ya lo refirió doctora Patricia quisiera preguntarle lo siguiente, ¿Esas labores de venta las debía realizar DISTRITEK única y exclusivamente en la zona que le había sido autorizada y en los puntos que previamente le habían sido autorizados por parte de Comcel?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: Sí señor en los puntos de venta el, de la red de distribución la mayoría de los, de los puntos de venta eran autorizados por nosotros de acuerdo a la solicitud que previamente hacía el distribuidor.
[APODERADO_DISTRITEK]: Usted nos refería que, pues DISTRITEK era un, un miembro de la red pequeño y que en la misma zona donde funcionaba DISTRITEK había otros que incluso eran más grandes, yo le quiero preguntar específicamente si en el municipio de Remedios Antioquia donde funcionaba DISTRITEK, cuando DISTRITEK empezó su labor en ejecución del contrato ¿Usted recuerda que hubiera algún otro miembro de la red que tuviera puntos de venta en Remedios Antioquia?	[TESTIGO_OLGA_PATRICIA_MARTINEZ]: No, no tengo tan buena memoria, sí sé que estaba en, en esa zona en, en occidente puedo decir que habían unos distribuidores más grandes, pero ir al detalle de en Remedios si tenía operación no lo tengo presente.

d) Interrogatorio de Parte - COMCEL:

Interrogatorio de Parte Representante Legal de OMCEL.	
[JUEZ]: ¿En qué zona?	[FELIPE GARCÍA]: Digamos que para las zonas había varios distribuidores porque digamos que no todos los distribuidores tenían un mismo campo de acción o una misma fuerza ¿sí? Entonces digamos para poder digamos realizar las actividades que la empresa requería pues se apoyaban varios distribuidores, en este caso fue la zona occidente, la zona occidente tengo entendido que hace referencia a Medellín, a puerto Berrío y a otros municipios digamos del departamento de Antioquía, creo que DISTRITEK también alcanzó a estar en Quibdó, en hecho, entonces digamos que también en esa zona se tenían otros distribuidores.

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área OCCIDENTAL y, dentro del área OCCIDENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

1.5. LA DEMANDANTE SI CUMPLIÓ CON EL REQUISITO DE LA INDEPENDENCIA

La Jueza a quo sostuvo en la SENTENCIA que LA DEMANDANTE no fue independiente de COMCEL, pues durante la ejecución del CONTRATO, LA DEMANDANTE estuvo permanentemente sometida a las instrucciones que COMCEL le impartió. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

> (…) Esta sede judicial no desconoce el contenido del Artículo 1321 del Código de Comercio ni tampoco la posición de la Corte Suprema de Justicia en casos como el presente respecto a la injerencia que tiene la empresa en la forma en la cual se promocionan sus productos, la uniformidad y demás criterios propios del negocio de marca, pues que otra persona jurídica, pues se pregunta qué otra persona jurídica o natural estaría más interesada en llegar de forma asertiva a los consumidores sino la empresa o la agente, pero es claro que la forma en la cual se promocionan los productos o servicios debe ser ejercida con cierta independencia o autonomía pero en este evento, en este caso, esto no se probó o por lo menos a tal conclusión no se llega con los medios de prueba recaudados (…)
>
> Lo anterior resulta relevante en aras de establecer concretamente la labor de agencia, puesto que uno de sus pilares es la forma autónoma o independiente en la cual se cumple la promoción y explotación del encargado. De la declaración rendida por el señor Álzate en su calidad de representante legal de la demandante, se puede colegir que su único socio era su hijo y junto a él lograron consolidar una o más, uno o más establecimientos de comercio en Antioquia, en el mismo sentido quedó demostrado que Comcel S.A no incurrió en ningún gasto para cubrir la nómina de personal que laboró en Distritek y tampoco tuvo injerencia en el proceso de selección del mismo, que respecto al mismo no establecía obligaciones laborales, pero vuelve y emerge la duda, aquí vuelve y nos asalta la duda, respecto a la forma autónoma en la cual ejecutaba el contrato de agencia, no el de distribución el de agencia, no el de distribución sino, el de agencia, pues justamente ese es el que se pretende declarar como probado en esta oportunidad, pero nada se probó (…)

Esta posición constituye un yerro jurídico que proviene del equivocado entendimiento que se le asigna al elemento "Independencia" de la Agencia Comercial; veamos: El cumplimiento por parte de LA DEMANDANTE de las instrucciones que COMCEL le impartió a lo largo del CONTRATO, tanto en el texto contractual -contenido estático del

encargo-, como las incorporadas en las denominadas circulares y cartas de comisiones -contenido dinámico del encargo-, no desnaturalizó el agenciamiento comercial que existió entre las partes y, por el contrario, confirmó que entre ellas se celebró este tipo negocial. Veamos:

El sometimiento del agente a las instrucciones del empresario agenciado es un elemento natural de la Agencia Comercial: El artículo 1321 del CCO establece:

> ARTÍCULO 1321 CCO: El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, …

En voces de la Corte Suprema, salas de casación civil y laboral, la impartición de instrucciones por parte del empresario agenciado no diezma la independencia del agente:

> Sentencia de marzo 15 de 2015. Sala de Casación Laboral. Expediente 45.484. Páginas 18 a 21: "Tales condiciones contractuales, de rendir informes de mercado o sujetarse a unas precisas instrucciones y directrices, como bien lo dedujo el Tribunal, son absolutamente normales o esenciales en el desarrollo de un contrato de agencia comercial como el que aquí se analiza, pues no tienden a promover la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que velan por la adecuada distribución de los productos, el conocimiento y análisis de las condiciones del mercado, y, con ello, la defensa de los intereses, marcas, productos e imagen del empresario. Además de ello, tales reglas y directrices encuentran respaldo en las prescripciones de los artículos 1317 y 1321 del Código de Comercio (…) En efecto, si bien todos los referidos documentos revelan el hecho de que el actor recibía instrucciones y directrices para el desarrollo de sus labores, o que debía asistir a reuniones y tener una cierta disponibilidad de comunicación con la empresa, lo cierto es que, como lo dedujo el Tribunal, todos esos ejercicios resultaban consustanciales al cumplimiento de los contratos de agencia comercial suscritos, en los que resulta legítimo que el empresario resguarde la integridad de sus productos, promueva el desarrollo de una imagen y un estándar de calidad ante los consumidores y mantenga relaciones de confianza empresarial para con los respectivos clientes, a través de reglas precisas en torno a la colocación, distribución y venta de sus artículos. En tal caso, la autonomía con la que actúa el agente comercial no se desvirtúa por el hecho de que el empresario trace reglas de mercadeo para la colocación de sus productos, que, se insiste, son absolutamente normales y legítimas, dentro del ejercicio de relaciones comerciales de distribución y venta de productos y que no implican, para nada, el ejercicio del algún poder subordinante propio de las relaciones laborales. También debe hacer notar la Sala que todas esas instrucciones y directrices en las que recaba el censor estaban orientadas hacia la correcta distribución y venta de los productos por todos sus

agentes, o el trato con los clientes, y nunca hacía el actor, a título personal, para que cumpliera con una determinada labor… bajo la dependencia y subordinación del empleador."

Sentencia de diciembre 15 de 2006. Sala de Casación Civil. Expediente 76001 3103 009 1992 09211 01. Página 25: "Es claro, además, que el agente desarrolla su gestión con independencia y autonomía, en la medida en que no está vinculado con el productor mediante lazos de subordinación o dependencia (…) Como actúa como un profesional independiente, hace suyos los riegos por los costos que su operación de promoción le demande. (…) No obstante, esto no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra (…) En fin, lo cierto es que el agente asume el deber de organizar, en condiciones de autonomía y asumiendo los riesgos de la empresa, la colocación de los productos del empresario, (…)."

Sentencia de julio 24 de 2012. Sala de Casación Civil. Expediente 110131030261998-21524-01. Páginas 20 y 21: El agente obra con independencia y autonomía, por cuanto asume "la promoción y explotación de la actividad" del otro contratante sin estar subordinado a éste, ni hacer parte de su organización. (…) sin embargo, el agenciado puede impartirle ciertas instrucciones (artículo 1321 del estatuto mercantil), relativas a las condiciones de la ejecución del pacto, sin que ello atente contra las susodichas potestades.

La justicia arbitral, al respecto, ha dicho:

Laudo Arbitral de febrero 4 de 2016. Tribunal de Arbitraje de MELTEC S.A. Vs COMCEL S.A. Páginas 51 y ss.: El Código de Comercio prevé que el agente comercial debe ser independiente, en cuanto se trata de una relación entre comerciantes, y por ello, cada uno tiene su propia infraestructura empresarial, comercial y operativa. Empero, también se ha sostenido que la independencia del agente es una independencia meramente relativa, pues la existencia de parámetros o condiciones mínimas, incorporadas por el empresario son viables y usuales, cuando por ejemplo se trata de la política de mercadeo en la cual puede incidir vigorosamente el empresario. Con apoyo en lo anterior, se ha entendido que la independencia del agente implica una mezcla de independencia empresarial y dependencia operativa que coexisten y se armonizan, so pena de degenerar en otro tipo de negocio jurídico. En relación con la independencia empresarial se ha dicho que se sustenta en tres bases esenciales, cuales son la autonomía jurídica del agente, es decir, su existencia como persona jurídica independiente del ente establecido por el Empresario agenciado, la autonomía patrimonial que supone que el agente cuenta con los activos y recursos propios para el desarrollo de su gestión, y la autonomía administrativa, que exige que el agente tenga sus propios órganos de administración y dirección, separados de los del empresario agenciado. Así las cosas, aunque el agente mantenga una cercana dependencia operativa respecto al Empresario, en la medida

en que se respeten los tres tipos de autonomía ya reseñados, no se desvirtúa la independencia del agente. En los contratos examinados la visible autonomía empresarial de MELTEC se traduce en un conjunto de previsiones, como por ejemplo, las establecidas en la cláusula 7.2 del contrato oriente y 7.3 del contrato occidente, donde se señala que MELTEC "organizará su empresa"; en la cláusula 19 del contrato oriente y 20 del contrato occidente, donde se estipula que el distribuidor tiene plena libertad para contratar con los proveedores que según su criterio le convenga, o la cláusula 20 del contrato oriente y 21 del contrato occidente, donde se establece que MELTEC es el patrono único y exclusivo de sus trabajadores. Para el Tribunal las tres previsiones contractuales antes reseñadas confirman la independencia del agente pues la actuación en los negocios con su propia organización, la contratación discrecional de su propio personal al igual que el compromiso jurídico frente a quienes vinculó laboralmente, sin nexo con COMCEL, al igual que la selección de sus proveedores conforme a su propio criterio constituyen inequívocas facultades que ratifican la condición de independencia que ostentó MELTEC frente a COMCEL, pues contó con su propia empresa constituida legalmente y debidamente inscrita en el registro mercantil, lo cual se halla documentalmente acreditado mediante el certificado pertinente; también se evidenció en el expediente el reconocimiento y pago de las liquidaciones laborales, respecto a sus empleados, a la terminación de los contratos objeto de este debate; asimismo, corroboró el Tribunal que la convocante llevaba sus propios libros de contabilidad, los que fueron exhibidos durante la práctica de la inspección realizada en sus instalaciones. (…) En el caso que nos concierne, la existencia de instrucciones por parte de COMCEL sobre MELTEC no desvirtúa su independencia empresarial, entre otras cosas porque las instrucciones que COMCEL se reservó dentro de los contratos persiguen el cumplimiento del encargo confiado, pues las facultades de control y supervisión no implican suplantar los órganos del agente al momento de tomar decisiones y, por tanto, no vulneran su autonomía empresarial.

En franco desarrollo del Art. 1321 CCO, y en relación con las instrucciones que COMCEL le impartía a LA DEMANDANTE como parte del encargo hecho (v. gr. el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL)**, en el CONTRATO se pactó:**

7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del "Servicio"; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. (…) Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. CONTRATO.

CONCLUSIÓN: La ausencia de un vínculo de subordinación entre las partes y la obligación natural (Art. 1321 CCO) de cumplir las instrucciones que COMCEL le impartió, demuestran, todos, la presencia del elemento esencial "independencia del agente" en el contexto de un típico agenciamiento comercial.

CONCLUSIONES FINALES: Con fundamento en la Exposición de Motivos del Código de Comercio y la doctrina probable de la H. Corte Suprema de Justicia, se tiene:

- La independencia en el contexto de la Agencia Comercial significa la ausencia de un vínculo de "subordinación" entre el empresario agenciado (COMCEL) y el agente comercial (LA DEMANDANTE).

- Un elemento connatural de la Agencia Comercial es la posibilidad de que el empresario agenciado le imparta instrucciones a su agente comercial, elemento que no desdice ni afecta la independencia del agente comercial y que, por el contrario, confirman la existencia de un agenciamiento comercial.

- El elemento esencial "independencia del agente", tal y como fue probado en el presente proceso, se halla inmerso en el CONTRATO.

1.6. LA EXCLUSIVIDAD EN FAVOR DEL AGENTE NO ES REQUISITO DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

La juez a quo sostuvo en la SENTENCIA que no se había probado que a LA DEMANDANTE hubiese sido conferida una exclusividad por parte de COMCEL en las labores encomendadas en una determinada zona y, por lo mismo, debido a esa inexistencia de exclusividad negó la existencia de una agencia comercial.

Al respeto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

(…) pero qué municipios conforman la región oriente o conformaban la región oriente, pues la verdad no se sabe, ello no es claro o por lo menos no se probó, así como tampoco que la sociedad demandante Distritek SAS tuviere la exclusividad de ofertar tales servicios en dicha zona, por el contrario se encuentra a probado y demostrado con la declaración de Patricia Martínez Acevedo que en la misma región específicamente en Medellín otros distribuidores prestaban el mismo servicio y que las ventas reportadas por la demandante eran inferiores a la de otros distribuidores.

Se torna mucho más difícil estructurar o entender que la exclusividad de la oferta del producto encargado si en cuenta se tiene que no existe certeza de cómo Distritek procuraba concretar nuevas

ventas o incursionar en nuevos mercados, con qué logística contaba, cuántas personas ayudaban a cumplir sus objetivos, cuáles fueron las estrategias creadas para esto, (…)

La exclusividad en favor del agente no es un elemento de la esencia del contrato de agencia comercial. El propio artículo 1328 del C.CO citado por la SENTENCIA indica que las Partes podrán limitar o eliminar de dicha exclusividad; situación esta última que fue precisamente la acontecida en el CONTRATO en su Cláusula 19, en la cual, en la línea del artículo 1328 del C.CO, las Partes convinieron que COMCEL tendría la facultad de designar otros agentes en la misma zona prefijada a LA DEMANDANTE:

> 19. Exclusividad. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente que COMCEL se reserva el derecho de celebrar convenios con terceros para desarrollar el mismo objeto del presente contrato o para la venta, distribución, comercialización, mercadeo o promoción del Servicio, en las mismas áreas de servicio o en áreas de servicio diferentes. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente la discrecionalidad absoluta de COMCEL con respecto al mercadeo del servicio.

1.7. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM

Teniendo en cuanto los referido en los anteriores acápites 1.1. a 1.6. el H. Tribunal Superior de Bogotá al decidir la presente apelación, deberá revocar los siguientes segmentos de la parte resolutiva de la SENTENCIA:

RESUELVE

1. Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del Contrato de Agencia Comercial por ausencia de los elementos esenciales".
2. Negar las Pretensiones de la Demanda.
3. Se ordena el levantamiento de las medidas cautelares que se hubiesen decretado si así fue.
4. Condenar en costas a la parte demandante fijando como agencias en derecho la suma de Veinticuatro millones

Y en su lugar, el H. Tribunal Superior de Bogotá, deberá declarar probadas y la prosperidad de las pretensiones **PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA y SEXTA** de la Demanda, en el sentido de declarar que el CONTRATO que rezan lo siguiente:

1. PRIMERA: Declarar que con el CONTRATO SUB IÚDICE, se constituyó entre LA DEMANDANTE y COMCEL la relación jurídica patrimonial objeto del presente proceso.

2. SEGUNDA: Declarar que las cláusulas que integraron el CONTRATO SUB IÚDICE fueron extendidas y dictadas por COMCEL, de tal manera que, respecto de LA DEMANDANTE, el CONTRATO SUB IÚDICE fue de adhesión.

3. TERCERA: Declarar que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne los elementos esenciales de un contrato típico de Agencia Comercial, regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

4. CUARTA: Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

    a) Declarar que el CONTRATO SUB IÚDICE es igual, en su texto y manera de ejecución, a los contratos objeto de los Precedentes Judiciales referidos en los Fundamentos Generales de Derecho de la presente Demanda (Capítulo VII).
    b) Declarar que los Precedentes Judiciales referidos en los Fundamentos Generales de Derecho de la presente Demanda (Capítulo VII), decidieron que los contratos referidos en el anterior literal a) fueron típicos y nominados contratos de Agencia Comercial regulados en los Arts. 1317 y s.s. del Código de Comercio.

5. QUINTA: Declarar que la decisión sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE debe ser resuelta de conformidad con los Precedentes Judiciales referidos en los Fundamentos Generales de Derecho de la presente Demanda (Capítulo VII).

6. SEXTA: Con fundamento en la interpretación hecha a favor del adherente, en la manera como las Partes ejecutaron el CONTRATO SUB IÚDICE, en la recta aplicación del principio del Contrato Realidad y/o en el principio de confianza legítima y el derecho fundamental a la igualdad, declarar que entre COMCEL como agenciado y LA DEMANDANTE como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídica patrimonial típica y nominada de Agencia Comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

2. GRUPO DE REPAROS relativos a la inoperancia de cláusulas que COMCEL predispuso para eludir las consecuencias económicas y normativas del Contrato de Agencia.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA de la demanda reformada, relativas a la inoperancia de determinadas cláusulas del CONTRATO

La SENTENCIA negó la prosperidad de las pretensiones SEPTIMA, OCTAVA y NOVENA de la demanda reformada, relacionadas con la declaratoria de inoperancia de una serie de cláusulas abusivas del contrato, extendidas por COMCEL en ejercicio de su posición dominante con el objeto de eludir las consecuencias económicas y normativas del contrato de agencia.

2.1. PRUEBAS QUE DEMUESTRAN QUE COMCEL, COMO PREDISPONENTE DEL CONTRATO, EXTENDIÓ CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE TUVIERON POR OBJETO O COMO EFECTO LA ELUSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA AGENCIA COMERCIAL

2.1.1. Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se demuestra que COMCEL diseñó y extendió el modelo contractual que utilizó para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores y, también, para ser suscrito por los miembros de las redes de agentes/distribuidores de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., circunstancia que le permitió, una vez consolidada la fusión con OCCEL y CELCARIBE, operar, bajo un mismo modelo contractual, una única red de agentes/distribuidores en las tres áreas en las que la Ley 37 dividió el territorio nacional: Oriente (Comcel), Occidente (Occel) y Costa (Celcaribe).

a) Pruebas documentales:

- Informes anuales de COMCEL correspondientes a los años 2002 y 2003.

Operaciones de mayor importancia concluidas durante 2002 entre COMCEL S.A. y OCCEL S.A.:

La Compañía firmó con Occidente y Caribe Celular S.A. (OCCEL S.A.), un acuerdo de administración el 2 de octubre de 1998 retroactivo al 1 de julio de 1998, por medio del cual los negocios de Occel son manejados por la Compañía. Los honorarios mensuales

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 11.

más avanzados. Adicionalmente, nuestro posicionamiento como empresa con cobertura nacional se concretó con la adquisición del 93.37% de las acciones de CELCARIBE realizada el 12 de febrero de 2003.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 6.

La sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. ejerce a su vez control sobre las sociedades Occidente y Caribe Celular S.A. Occel S.A. y Empresa Regional de Comunicaciones de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A. mediante su participación en los órganos decisorios y a través del contrato de administración que ha suscrito con dichas sociedades. (Ver nota 4).

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2003, página 65.

- Fusión de COMCEL (absorbente) con OCCEL y CELCARIBE. Pruebas No. 1 y 4 aportada con la demanda: COMCEL, mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá cuya copia obra en el expediente, se fusionó y absorbió a OCCEL y a CELCARIBE. Este acto de Fusión se inscribió el 27 de diciembre de 2004 en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de COMCEL que obra en el expediente.

- Contratos suscritos por OCCEL, CELCARIBE y COMCEL con sus respectivos agentes/distribuidores. Prueba No. 8 aportada con la demanda.

  (i) Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental), entre los años 2004 y 2003. Al comparar estos veintidós (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.

  (ii) Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada OCCEL: Esta carpeta se subdivide en dos subcarpetas, así: (i) Modelo 1995 a junio de 1998: En esta carpeta están los contratos 297 de 1995, 652 de 1997, 726 de 1997 y 783 de 1998. Son contratos que OCCEL celebró con cuatro exmiembros de su red de agentes/distribuidores; estos contratos, en su texto, son diferentes al modelo que COMCEL extendió, v. gr. son diferentes al CONTRATO. Estos modelos contractuales

fueron los que OCCEL originalmente extendió por sí misma, es decir, con anterioridad al momento en que COMCEL asumió la administración de su operación en junio de 1998. (ii) Modelo julio de 1998 a 2001: En esta carpeta están los contratos 819, 839, 840, 846 y otros tres contratos celebrados en el 2001. Se trata del modelo de contrato que OCCEL empezó a utilizar cuando COMCEL asumió la administración de su operación. Al comparar estos siete contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que OCCEL empezó a utilizar a partir de julio de 1998.

(iii) Prueba No. 8. aportada con la demanda. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco (5) contratos suscritos entre 2003 y 2005 por CELCARIBE con los miembros de su propia red de agentes/distribuidores, es decir, contratos que CELCARIBE extendió cuando se hallaba bajo el control accionario y administrativo de COMCEL. Al comparar estos cuatro contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y CELCARIBE (hoy COMCEL), se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que CELCARIBE empezó a utilizar a partir del año 2003.

b) Confesión de COMCEL:

A la que el Tribunal, en franca violación del Art. 193 CGP, le restó toda eficacia probatoria y en la cual se demostró que (i) El 21 de diciembre de 2004, y en virtud del acto de fusión con absorción celebrado por COMCEL (absorbente), con OCCEL S.A. y con CELCARIBE S.A. (absorbidas), COMCEL sumó a su clientela los otrora suscriptores de OCCEL y CELCARIBE y, desde entonces, empezó a explotar directamente en las áreas occidental (Comcel), oriental (antes Occel) y Costa (antes Celcaribe), los servicios de telefonía móvil celular y la venta de equipos terminales que constituyen su negocio. (ii) A partir de la fusión de COMCEL con OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., COMCEL, como único operador del servicio de telefonía móvil celular, consolidó, para las tres áreas (Oriental, Occidental y Costa), una única red de agentes/distribuidores que funcionó bajo el mismo modelo contractual. (iii) LA DEMANDANTE hizo parte de dicha red de agentes/distribuidores, y el CONTRATO corresponde con el modelo contractual diseñado y extendido por COMCEL.

En los hechos 7 y 8 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

> 7. Mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de 2004, se formalizaron los acuerdos de fusión con absorción celebrados entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas). El 27 de diciembre de 2004, se inscribió esta Escritura Pública en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

8. En virtud de los referidos actos de fusión, COMCEL asumió los derechos y obligaciones de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. y, entre otras consecuencias, sumó a su clientela los otrora suscriptores de estas últimas. Desde entonces, COMCEL presta directamente los servicios de telefonía móvil celular en las tres áreas en las que se dividió el territorio nacional bajo el régimen de la Ley 37: Oriental, Occidental y Costa.

Demanda Reformada. Pág. 20

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que estos hechos son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 12:

2.1.2. Cláusulas Abusivas del CONTRATO.

Al comparar los contratos que COMCEL, y que OCCEL y CELCARIBE desde que COMCEL adquirió su control administrativo para posteriormente fusionarse con ellas, celebraron con los miembros de sus respectivas redes de agentes/distribuidores, se constata que todos comparten las siguientes cláusulas:

1. **Cláusulas del Contrato en las que COMCEL: (i) Denominó el CONTRATO como un negocio de distribución. (ii) Denominó a LA DEMANDANTE como distribuidor. (iii) Excluyó a la Agencia Comercial como denominación del CONTRATO. (iv) Además de distribución, simultánea y contradictoriamente, intentó calificar el CONTRATO como un contrato de comisión (que lo define como corretaje) y también de "compras para la reventa":**

4. Naturaleza y Relaciones entre las Partes. El presente contrato es de distribución. Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen.

14 o 15. Marcas. Las partes han excluido expresamente toda relación jurídica de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, en cuanto, el DISTRIBUIDOR respecto de los productos adquirirá su dominio o propiedad y los revenderá en el mercado, a su propio costo, riesgo y con su propia organización e infraestructura y a los precios establecidos por COMCEL. Respecto de los servicios, EL DISTRIBUIDOR, quien es un profesional independiente, experto y conocedor del mercado, será un comisionista y, por consiguiente, lo pondrá en contacto con CELCARIBE para la celebración del respectivo contrato de prestación de servicios de telefonía en los términos y condiciones pactados en este contrato.

2. **Cláusula del Contrato de exclusión de la responsabilidad contractual de COMCEL:**

17.4 COMCEL no será responsable para con EL DISTRIBUIDOR… por concepto de costos, reclamos, daños y perjuicios o gastos de ninguna clase, incluyendo, entre otras, la pérdida de utilidades (lucro cesante) como resultado de la terminación o expiración de este Contrato.

3. **Cláusulas del Contrato en las que COMCEL intenta crear un crédito a su favor que estaría llamado a ser compensado con la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO.**

14 o 15. Marcas. (Inciso 2º). Las partes de manera expresa, voluntaria y con pleno entendimiento acuerdan que a la terminación de este contrato por cualquier causa, si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en otro tipo contractual, en especial, de agencia comercial o también en el caso en que CELCARIBE deba reconocerle al DISTRIBUIDOR cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago de éste y del aprovechamiento del nombre comercial de CELCARIBE , de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR- CELCARIBE y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a CELCARIBE o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibidos por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres (3) años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante.

Nótese la similitud que existe entre la fórmula matemática establecida en esta cláusula y la fórmula a partir de la cual se calcula la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO:

ARTÍCULO 1324 CCO: (INCISO 1º) El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

4. **Cláusulas del Contrato en las que COMCEL simula el "pago anticipado" de toda prestación, bonificación y/o indemnización.**

30 o 31. Conciliación, compensación, deducción y descuentos. (Inciso 3º). Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR, durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.
Anexo A. Num. 5 o 6. Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR, durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto, sea exigible

> o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.

Con esta disposición contractual, COMCEL intentó que los dineros remuneratorios pagados a sus agentes/distribuidores, además de extinguir las obligaciones que se pactaron a cargo de COMCEL y a favor de ellos en el Anexo A del CONTRATO (comisiones), extinguieran, simultánea e indeterminadamente, toda prestación, bonificación y/o indemnización "que, por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza".

La actitud abusiva, elusiva y antinómica de dichas cláusulas salta a la vista: COMCEL, primero excluyó de la calificación a la Agencia Comercial, posteriormente extendió cláusulas de renuncia de las prestaciones que la Ley disciplina para el contrato de Agencia Comercial, seguidamente extendió cláusulas con las cuales pretende crear créditos a su favor, créditos que están llamados a compensarse con la Prestación Mercantil al momento de la terminación del CONTRATO y, en un actuar completamente contradictorio, creó un artificioso pago anticipado de la Prestación Mercantil, todo esto mientras denominó el contrato como un atípico contrato de distribución que "supuestamente "se ejecutó mediante compras para la reventa", que se celebró simultáneamente con un contrato de comisión, pero que al definir el de comisión lo trató como de corretaje.

2.2. CONCLUSIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO QUE TUVIERON POR OBJETO O COMO EFECTO LA ELUSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA AGENCIA COMERCIAL

Si el juez a quo hubiese valorado en su integridad las cláusulas del CONTRATO y las demás pruebas arriba referidas:

1. Habría concluido que el CONTRATO corresponde con el modelo contractual que COMCEL, extendió.

2. Habría concluido que en el CONTRATO se hallan presentes las cláusulas con las que COMCEL intenta eludir las consecuencias económicas (Prestación Mercantil e Indemnización especial del Art. 1324 CCO) y normativas (Derecho de Retención) de la Agencia Comercial.

3. Habría anulado dichas cláusulas por su evidente carácter abusivo: Estas cláusulas, "interpretadas" sistemáticamente, dejan en evidencia la intención de COMCEL de

eludir, como predisponente del CONTRATO, las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial. COMCEL, de manera premeditada, incorporó estas cláusulas en el CONTRATO con el fin de evitar que LA DEMANDANTE, directamente o por conducto del juez natural del CONTRATO, le reclamase la Prestación Mercantil y los demás derechos que le otorgan la Agencia Comercial y las normas que la regulan.

El Art. 95-1 CP establece:

ARTÍCULO 95 CP: "(…) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;"

Por su parte, los Arts. 6º CC, 899 CCCO y 1741 CC señalan:

ARTICULO 6º CC: "La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos."
ARTÍCULO 899 CCO: Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; … ARTICULO 1741 CC: (Inciso 1º) La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

COMCEL, en el acto de concebir y extender el clausulado del CONTRATO, abuso de sus derechos, v. gr. actuó en contra de una expresa prohibición de Ley (está prohibido abusar de los derechos). Estos actos, en voces de los Art. 6º y 1741 del CC y 899 CCO, se sancionan con la pena de nulidad.

Como complemento de lo anterior, se tiene: Los Arts. 830 y 871 CCO establecen:

ARTICULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.
ARTICULO 871 CCO: 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.

COMCEL, como predisponente del CONTRATO, y en franco abuso de su posición de dominio contractual e incumpliendo su deber de dictar y celebrar el CONTRATO de buena fe, extendió las cláusulas a que se refiere el presente cargo, cláusulas con las cuales, en detrimento de la DEMANDANTE, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas que por vía de sus elementos naturales le pertenecen al contrato de Agencia Comercial. Las cláusulas abusivas y elusivas que COMCEL extendió, entonces, deben ser anuladas: de esta manera se restituye a la legalidad el negocio celebrado, y se sancionan los abusos y faltas a la buena fe imputables a COMCEL. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido:

Ante la existencia de cláusulas abusivas no queda al operador jurídico otra posibilidad que abstenerse de aplicarlas. Al respecto se ha señalado que "[l]o que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en este tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, lo cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez de la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2011, Radicación C-110131030142001-01489-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar

Esta misma sentencia se cita en los siguientes laudos arbitrales: Tribunal arbitral de CONCELULAR S.A. en liquidación v. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Laudo de 1° de diciembre de 2006. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo. Tribunal arbitral de BONNCEL S.A.S v. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Laudo de 18 de marzo de 2021. Árbitros: Arturo Solare Rodríguez, Orlando José García Herreros y José Guillermo Peña.

2.3. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM

Teniendo en cuanto los referido en los anteriores acápites 2.1. a 2.2. el H. Tribunal Superior de Bogotá al decidir la presente apelación, deberá revocar los siguientes segmentos de la parte resolutiva de la SENTENCIA:

RESUELVE

1. Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del Contrato de Agencia Comercial por ausencia de los elementos esenciales".
2. Negar las Pretensiones de la Demanda.

Y en su lugar, el H. Tribunal Superior de Bogotá, deberá declarar probadas y la prosperidad de las pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA Y NOVENA de la Demanda, en el sentido de declarar la inoperancia por ineficacia de las cláusulas 4, 5.1., 5.3., 15, 17.2 Inciso 2, 17.4, 17.5, 30 Inciso 2, 30 Inciso 3, Anexo A Numeral 6, Anexo c Numeral 5, Anexo F Numeral 4 del CONTRATO.

3. GRUPO DE REPAROS relativos a la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

3.1. LA SENTENCIA DEBERÍA HABER CONDENADO A COMCEL AL PAGO DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL

La Prestación Mercantil está regulada en el inciso 1º del Artículo 1324 CCO, así:

> ARTÍCULO 1324 CCO: (INCISO 1º) El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

La Prestación Mercantil es una obligación de fuente legal que, según el propio Art. 1324 del CCO:

- Se hace exigible a partir de la terminación de un contrato de Agencia Comercial.
- Se hace exigible por el solo hecho de la terminación.

La Corte Suprema de Justicia, al respecto, ha sostenido:

> Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Páginas 35 y 36: "La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, "cesantía comercial", prestación "por clientela", "retributiva", "suplementaria", "extraordinaria" o "diferida", ostenta rango contractual, dimana del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin éste. La fuente del derecho del agente y deber obligatorio correlativo del empresario, es el contrato de agencia comercial, a cuya "terminación el agente tendrá derecho" a su pago (artículo 1324 [inciso 1º], Código de Comercio), sin calificación ninguna de la causa, motivo o circunstancia de extinción del vínculo, ni condicionamiento adicional alguno."

> Sentencia de marzo 18 de 2003. Sala de Casación Civil. Expediente 6892. Página 16: "No obstante lo anterior, debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo del contrato fuere menor, tiene venero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la otra obligación de que trata el inciso segundo del mismo artículo 1324 del Código de Comercio, en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso."

En el presente proceso resultó probado que (i) el CONTRATO es un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, y (ii) que la relación jurídica patrimonial terminó el 01 DE MARZO DE 2018. A partir del 01 DE MARZO DE 2018, entonces, se hizo exigible la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE, prestación que, como resultó probado en el proceso, COMCEL aún no le ha pagado.

LA DEMANDANTE, en el hecho 61 de la demanda reformada, alegó:

> 61. LA DEMANDANTE, durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue remunerada por COMCEL. El sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.
>
> Demanda reformada, Pág. 44

El gerente de comisiones de COMCEL, Andrés Francisco Martínez, al testificar, declaro que efectivamente las remuneraciones pagadas por COMCEL a LA DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO fueron precisamente, por una parte, las comisiones y, por otra parte, los márgenes de utilidad otorgados a LA DEMANDANTE bajo el concepto de descuento comercial en el suministro de equipos con destino a la activación de planes prepago:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[JUEZ]: Del período comprendido del 2011 y entre el 2018 los que ustedes llaman distribuidores, las personas que fungían como y servidores que comisiones, que comisiones tenían derecho.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Mire, hay digamos varias partes entonces primero están las de post pago entonces por las ventas de la línea post pago lo que se genera es cumpliendo las condiciones que las condiciones la legalización de la línea dentro de los 30 días después de la firma después de la venta que se genera el cliente final entonces se genera un pago de un porcentaje sobre el cargo fijo mensual, sobre el valor que va a pagar el cliente antes de impuestos y se genera en cuatro pagos en el tiempo, en el mes uno, en el mes dos, en el mes tres, y en el mes seis ¿que se valía? Como le decía que la línea que legalizada es decir que contrato que firmó el cliente el cumple con todas las condiciones y para los meses dos, tres, y seis lo que se valida es que el cliente se encuentra al día sus pagos y que la niña se activa, entonces dependiendo cada mes entramos verificamos todas las líneas están cumpliendo eso dice General pago, eso para post pago que sería como la inicial. Ahí otro condición que se llaman residual que también obedece a post pago y es que los distribuidores con todas las líneas que hayan activado en su historia lo que se hace es que se les empieza pagar un porcentaje sobre los ingresos propios que le genere a la compañía, esa línea que vendió y es de pago se hace por toda la vida desde que la línea se encuentra activa y al día,

	entonces eso quiere decir que si un distribuidor me envía una línea voy y al año la línea seguía activa entonces lo que nosotros hacemos es que miramos que ingresos está generando esa línea y sobre eso se le pagó porcentaje de ese mes desde que la líneas de activa y al día, desde que la línea no tenga cambios o no se desactive pues digamos que el distribuidor que tuvieran contrato iba y recibiendo ese pago. (…) Tenemos otra modalidad que ya es para nuestro otro pregunto que se llama prepago que tenemos que está dividido en dos, el kit y el welcome Back, el producto y está concebido como la Sim Card de un equipo con un terminal y el welcome back es únicamente la Sim Card, entonces en el caso del que nosotros lo que liquidamos desde comisiones es un pago sobre las cargas que haga esa línea durante los seis meses siguientes al momento de la venta desde que la línea también haya quedado legalizada, entonces si el distribuidor vendía la línea O y entonces se contaba a partir de hoy 30 días y ahí lo que hacemos es sumar todas las recargas que haya hecho el cliente independiente de donde el cliente haya recargado medio virtual, la tiendita de la esquina o donde sea no importa, sumamos todas esas cartas y generamos una liquidación al distribuidor que corresponde al 30% de ese valor recargado y eso lo hacemos durante seis meses, ahí digamos que el distribuidor tenía un beneficio adicional que si bien lo liquidar las comisiones lo recibe y es que en el momento en que el compra del equipo kit la empresa se lo vende un menor valor que el precio del mercado. Entonces cuando el distribuidor se le aumente al cliente final pues gana y un margen de diferencia de precio de venta sobre el equipo ¿listo? Y cuando se trata solamente la Sim Card pues digamos que funciona muy parecido en el sentido de que se paga nuevamente sobre las recargas que tengan los seis meses pero en este caso ya no se líquida el 30% si no se líquida el 8% sobre la recarga durante los últimos seis meses. Tenemos otras que digamos no es el core de negocio porque no obedeció unas ventas sino a un servicio que la empresa Comcel le empezó digamos a pagar a los distribuidores y era el recaudó de las facturas de post pago de nuestros clientes, entonces se le dejo a que los distribuidores en alguno de sus puntos tuvieran puntos de recaudó y lo que hacíamos es que por este recaudo quisiera por cada transacción se les pagaba un valor, esto pues obviamente con ayudar a nuestros clientes, los clientes de Comcel a que tuvieran más puntos para poder hacer el recaudó, básicamente así por encima que es como el resumen de los principales condiciones que tenemos.
[JUEZ]: Si, ¿Hay una, buena venta es que se llama la bonificación doctor Argaez? si me colabora, bonificación por	**[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]:** Digamos que teníamos unas condiciones que era como buena venta y permanencia una para post pago y otra para kit entonces en la de post pago lo que consideraba es que si la línea se mantenía activa durante seis meses se generaba un valor dependiendo del cargo fijo mensual si estaba activa y al día y en prepago había una era que si la línea permanecía activa durante seis meses y tenía una carga vigente menor a seis meses dependiendo del

buena venta ¿usted que sabe sobre la bonificación por buena venta?	valor de quien también recibió monto de unificación, entonces digamos que estas fueron cambiando con el tiempo, la de post pago se eliminó, se eliminó cuando con una decisión del gobierno eliminaron las cláusulas de permanencia y entonces ya no se pagaba en un solo momento todo sino que se pagaba en varios meses como le explique al inicio y en el caso de quiste esas elimino hoy se ha vuelto activar para otros canales pero en su momento vez se eliminó también se colocó todo el tema de las recargas que hiciera los clientes a las líneas que venían los distribuidores.

(…)

[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Esto, no es un beneficio como lo explicaba que quedamos en comisiones como tal, pero básicamente cómo surge, entonces cuando DISTRITEK iba a comprarle un equipo, voy a decir uno 11 000 compraba a Comcel en cien mil pesos ($100,000), cuando DISTRITEK se lo iba a vender al cliente final el equipo a precio de cliente final era ciento veinte mil pesos ($120,000), entonces ahí DISTRITEK lo que se gana automáticamente por diferencia en precio eran los veinte mil pesos ($20,000), a eso me refiero con esa diferencia que surgían kit, porque pues al final es el distribuidor que le compra el equipo a Comcel y ya siendo su yo se lo vende a un cliente final.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Esto, no es un beneficio como lo explicaba que quedamos en comisiones como tal, pero básicamente cómo surge, entonces cuando DISTRITEK iba a comprarle un equipo, voy a decir uno 11 000 compraba a Comcel en cien mil pesos ($100,000), cuando DISTRITEK se lo iba a vender al cliente final el equipo a precio de cliente final era ciento veinte mil pesos ($120,000), entonces ahí DISTRITEK lo que se gana automáticamente por diferencia en precio eran los veinte mil pesos ($20,000), a eso me refiero con esa diferencia que surgían kit, porque pues al final es el distribuidor que le compra el equipo a Comcel y ya siendo su yo se lo vende a un cliente final.

Al incorporar en el cálculo de la Prestación Mercantil los factores de cálculo a que se refieren el Art. 1324 CCO (comisiones, utilidades y regalías) y el hecho 61 de la demanda (comisiones, utilidades y regalías), se tiene:

A.6.-TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL.

Si se suman los montos que el Perito estableció en las respuestas (A.1.b), (A.2.b), (A.3.b) y (A.4.b) y (A.5.b) se pregunta: ¿Cuál es el monto total de la prestación mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE?

RESPUESTA

De acuerdo con las respuestas (A.1.b), (A.2.b), (A.3.b), (A.4.b) y (A.5.b) anteriores, el monto total de la prestación mercantil es de **$579.902.422,** en el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PREGUNTA	CONCEPTO	MONTO
A.1.b	Prestación mercantil Comisiones	447.764.579
A.2.b	Prestación mercantil Descuentos Kits	100.588.528
A.3.b	Prestación mercantil Descuentos Sim Cards	10.102.057
A.4.b	Prestación mercantil Notas Crédito	17.806.451
A.5.b	Prestación mercantil Recargas	3.640.807
TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL		**579.902.422**

Ver Prueba: Pág. 27 del DICTAMEN.

3.2. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AQUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR los siguientes segmentos de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

RESUELVE

1. Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del Contrato de Agencia Comercial por ausencia de los elementos esenciales"
2. Negar las Pretensiones de la Demanda

Y, en su lugar, deberá declarar, en los términos de la Pretensión Undécima, que COMCEL no le ha pagado a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil del Inciso 1º del ART. 1324 del C.CO y deberá condenar a COMCEL con fundamento en la Pretensión Duodécima de la demanda reformada:

DUODÉCIMA: CONDENAR a COMCEL S.A. a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de Prestación Mercantil, la suma de COP $579.902.422

4. GRUPO DE REPAROS relativos a **los intereses moratorios** que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

Cuando se reclaman intereses no es necesario demostrar perjuicios: El Art. 1617 CC, en su numeral 2º, establece:

> ARTICULO 1617 CC: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: (…) 2ª.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

> CONCLUSIÓN: **LA DEMANDANTE no tiene necesidad de justificar perjuicios, pues solo pretende los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil.**

Aclarado lo anterior, tenemos:

4.1. La Prestación Mercantil es una obligación dineraria de carácter mercantil. Sobre ella se han venido causando intereses moratorios a partir de la constitución en mora de COMCEL.

1. La Prestación Mercantil es una obligación mercantil de carácter dinerario: La Prestación Mercantil es una obligación connatural al contrato de Agencia Comercial, contrato que corresponde con un típico negocio mercantil. La Prestación Mercantil, en voces de los Arts. 20 y 21 del CCO, es, para todos los efectos legales, una obligación de carácter mercantil:

> ARTICULO 20 CCO: Son mercantiles para todos los efectos legales: (…) 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.
>
> ARTICULO 21 CCO: Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, …

Por otra parte, la Prestación Mercantil, además de ser mercantil, es una obligación de carácter dinerario: En efecto, al aplicar la fórmula matemática incorporada en el inciso 1º del Art. 1324 CCO, se obtiene una SUMA LÍQUIDA DE DINERO. En el presente caso, la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE asciende a la suma de $579.902.422.

> **CONCLUSIÓN:** La Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dinerario.

2. Art. 65 de la Ley 45 de 1990. Los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 883 CCO, antes de que fuera derogado por el Art. 99 de la Ley 45 de 1990, establecía:

> ARTICULO 883 CCO: El deudor estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta, …

El Art. 65 de la Ley 45 de 1990, en los siguientes términos, sustituyó a la otrora regla del Art. 833 CCO, así:

> ARTICULO 65 de la LEY 45 DE 1990: Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

A propósito del Art. 65 de la Ley 45 de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, BOGOTÁ, D.C., VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001), REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 5876: De conformidad con este artículo 65 - Ley 45 de 1990-, que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otrora se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que se trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal.

CONCLUSIONES: (i) COMCEL, como resultó probado en el proceso, es deudora de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) Como quedó establecido en el presente memorial, la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dineraria. (iii) COMCEL, en consecuencia, está obligada a pagarle a LA DEMANDANTE intereses de mora sobre la Prestación Mercantil, intereses que se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora.

3. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora? El Código de Comercio no regula, de manera especial, la constitución en mora del deudor mercantil. Por este motivo, y con fundamento en los Arts. 2º y 822 CCO, la norma que regula la constitución en mora del deudor en asuntos mercantiles es la norma que se halla en el Art. 1608 CC:

ARTICULO 2º CCO: En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.
ARTICULO 822 CCO: Los principios que gobiernan… las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.
ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: (…) 3º.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En el presente caso, y según la regla del numeral 3º del Art. 1608 CC, COMCEL quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda; veamos: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

ARTICULO 94 CGP: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. (Inciso 2º) La notificación del auto admisorio de la demanda… produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin… Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

CONCLUSIÓN: COMCEL quedó constituida en mora el 2 DE AGOSTO DE 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda dictado en el presente proceso.

4.2. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ A QUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR los siguientes segmentos de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

RESUELVE

1. Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del Contrato de Agencia Comercial por ausencia de los elementos esenciales"
2. Negar las Pretensiones de la Demanda

Y, en su lugar, deberá condenar a COMCEL con fundamento en la PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA (LITERAL D) SUBSIDIARIO) de la demanda reformada:

DÉCIMA TERCERA: Se solicita al señor Juez:

b) Declarar que la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior es una obligación mercantil de carácter dinerario.

c) Declarar, con fundamento en el numeral 2º del Art. 1617 CC, que LA DEMANDANTE no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

d) Declarar, con fundamento en el Art. 65 de la Ley 45 de 1990, que COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior en caso de mora y a partir de ella.

e) SUBSIDIARIA AL LITERAL D) DE LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA: Si se rechaza el literal d) de la pretensión décima tercera principal, en subsidio se solicita: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente Demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia).

Condena a COMCEL por concepto de intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil: Únicamente a título informativo, se indica que los intereses moratorios sobre las Prestación Mercantil son aquellos los intereses moratorios que se han causado desde la fecha en la cual COMCEL quedó constituida en mora con la notificación del auto admisorio de la demanda el 2 DE AGOSTO DE 2019 y hasta que se dicte la sentencia de segunda instancia.

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiendo a COMCEL que los intereses moratorios se continuarán causando hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la Prestación Mercantil.

De la Excepción que COMCEL propuso relativa a los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, propuso la siguiente excepción de mérito en calidad de Excepción 5.21 de la Contestación de la Reforma de la Demanda:

> 5.21. IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. 5.21.1. Pretende DISTRITEK que, de darse el despacho favorable de sus pretensiones, se declare que COMCEL, se encuentra obligado al pago de intereses moratorios sobre el monto al que eventualmente se le condene, en relación a las indemnizaciones de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, que regula lo atinente a las prestaciones surgidas de la terminación del contrato de agencia comercial, desde el momento mismo en que se puso fin a la relación contractual que los vinculaba, olvidando que en ese momento COMCEL no estaba en mora según lo dispone el artículo 1608 del Código Civil. 5.21.2. Adicionalmente, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, no puede haber constitución en mora sobre una suma de dinero que no es líquida, como lo es el caso de las sumas aquí reclamadas, por cuanto se discute su existencia misma.

En el caso que nos ocupa, la constitución en mora de COMCEL es innegable: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990 establece que "En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella"; porque la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO es una "obligación mercantil" de "carácter dinerario", sobre ella se causan intereses moratorios a partir de la constitución en mora del deudor (COMCEL). El Art. 1608 CC establece que la constitución en mora se perfecciona, o "cuando no se ha cumplido la obligación dentro del término estipulado" (Num. 1), o "cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor" (Num. 3), reconvención que, según el Art. 94 CGP, se perfecciona con la notificación del auto

admisorio de la demanda. La autonomía judicial de la que gozan los Jueces no puede pretermitir el marco del Art. 1608 CC: o los intereses moratorios de la Prestación Mercantil se calculan a partir de la fecha de terminación del contrato (Num. 1 del Art. 1608), o se calculan a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (Num. 3 del Art. 1608 CC y Art. 94 CGP): La Ley no admite otra interpretación.

La Prestación Mercantil que LA DEMANDANTE reclama corresponde con una SUMA LÍQUIDA DE DINERO que se establece a partir de la fórmula matemática del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

COMCEL, en ejercicio de sus propias razones, decidió no pagarle a LA DEMANDANTE la suma líquida de dinero que se causó a título de Prestación Mercantil: la decisión de COMCEL no modifica las condiciones de existencia y exigibilidad de la obligación incumplida. COMCEL, con su negativa de cumplir con el pago de la Prestación Mercantil, obligó a LA DEMANDANTE a incoar el presente proceso. COMCEL, entonces, asumió el riesgo de la litis, es decir, el riesgo de que, en este caso, los efectos de la mora se retrotraigan a la etapa de la litis contestatio (Num. 3 del Art. 1608 CC). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia que sí resulta pertinente, sostuvo:

> Sentencia del 7 de julio 2005, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente rad. 1998-00174-01: "… "si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, "en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (…)".

Además de lo dicho, la excepción propuesta por COMCEL, por las siguientes razones complementarias, está llamada a fracasar:

- La Sentencia con la que se le pondrá fin al presente litigio, en cuanto a la naturaleza del CONTRATO, es DECLARATIVA: Las sentencias judiciales que se dictan en relación con la naturaleza de un contrato tienen siempre efectos DECLARATIVOS (ex tunc) y no CONSTITUTIVOS (ex nunc), pues en ellas simplemente se reconoce una situación jurídica anterior: en este caso, la existencia de un contrato válidamente celebrado que incorpora unos determinados elementos esenciales; así lo confirma la Corte Suprema de Justicia:

  > Sentencia de julio 30 de 2019, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Expediente SL3133-2019: "… en tanto, que las sentencias 'declarativas', como lo ha entendido la

jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, … por manera que, sus efectos devienen 'ex tunc', esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanan, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención… los derechos y obligaciones que le son propios (CSJ SL3169-2014)."

<u>CONCLUSIONES:</u> (i) Porque la naturaleza jurídica del CONTRATO fue de Agencia Comercial, situación que se deberá declarar con efectos declarativos ex tunc (desde siempre), (ii) porque la Prestación Mercantil pertenece al Contrato de Agencia Comercial por vía de un elemento de su naturaleza, (iii) porque la Prestación Mercantil se hizo exigible al momento de la terminación del CONTRATO, (iv) porque COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda, y (v) porque COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios en caso de mora y a partir de ella (Art. 65 de la Ley 45 de 1990), se debe condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han causado desde la fecha en que COMCEL quedó constituida en mora, v. gr., desde la fecha en la cual se le notificó el auto admisorio de la demanda.

- <u>La Sentencia no es el acto jurídico a partir del cual COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil:</u> Por regla residual, el deudor de una obligación mercantil de carácter dinerario queda constituido en mora desde el momento en que se le notifica la demanda (Art. 94 CGP). Esta regla residual se aplica en los casos en los que no opera directamente alguna de las reglas especiales de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC:

ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: 1º.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2º.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

En el presente proceso, bien sea que se aplique la regla residual, o bien sea que opere alguna de las dos reglas especiales, la constitución en mora de COMCEL, en todos los casos, es un acto jurídico que se perfeccionó en un MOMENTO MUY ANTERIOR al momento en que se dictará la Sentencia definitiva con la cual se le pondrá fin al presente proceso. Por este motivo, sostener, directa o implícitamente,

que los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se causarán a partir de la ejecutoria de la Sentencia, es desconocer, abiertamente, lo establecido en los Arts. 1608 CC, 94 CGP y 65 de la Ley 45 de 1990.

La justicia ordinaria, en un caso idéntico al sub examine y con fundamento en las siguientes razones, condenó a COMCEL a pagar los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se causaron desde que se le notificó a COMCEL el respectivo auto admisorio de la demanda, v. gr. desde que COMCEL quedó constituida en mora con fundamento en el numeral 3º del Art. 1608 CC y el inciso 2º del Art. 94 CGP:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES. Proceso ordinario de Comunidad Celular SA Vs COMCEL. Expediente: 17001-40-03-002-2017-00188-02: Sobre este particular asunto podemos comenzar diciendo que las providencias judiciales, según la naturaleza de lo pretendido, pueden ser clasificadas en tres grupos a saber: (i) las condenatorias, (ii) las declarativas o recognoscitivas y (iii) las constitutivas o modificativas. Las primeras, se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de aquel reconocimiento. (…) Cuando la sentencia es de aquellas condenatorias, la Honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al momento desde el cual deben reconocerse intereses moratorios tiene sentado: "(…) El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser noticiada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 de julio 2005, rad. 1998-00174-01, "si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, "en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (…)". Aterrizando la anterior jurisprudencia, que entre otras cosas ha sido acogida reiteradamente en pretéritas oportunidades por esta Sala de decisión, sin que se vislumbren elementos que ahora la hagan variar su criterio, dentro de los contornos de este conflicto, se tiene que la demandada debe reconocer intereses moratorios mercantiles (ambas partes son comerciantes) desde el momento en que fue notificada de la existencia de la controversia; esto es, 19 de diciembre de 2017, data en la cual fue constituida en mora según las luces del inciso 2° del artículo 94 del Código General del Proceso. (…) Consecuencialmente, habrá de confirmarse la decisión impugnada, modificándola en su numeral decimoquinto, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios y la exclusión de la corrección monetaria.

5. GRUPO DE REPAROS relativos a los incumplimientos contractuales y/o abusos del derecho imputables a COMCEL.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que COMCEL: (i) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes pospago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia pospago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

5.1. Marco teórico:

En el Anexo A del CONTRATO se pactó:

1. Para los planes Postpago, con respecto a cada Abonado activado en el Servicio, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión, que de tiempo en tiempo y de acuerdo con las características de cada plan determine COMCEL, y de acuerdo al Plan Postpago escogido por el Abonado, independientemente del número total de líneas activadas en Postpago por EL DISTRIBUIDOR durante el periodo.

(…)

8. En relación con los planes prepago, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones que de tiempo en tiempo, determine COMCEL para ese efecto, independientemente del número total de activaciones en planes prepago.

Ver Prueba 7 CONTRATO SUB IÚDICE aportada con la demanda.

COMCEL, según el Anexo A del CONTRATO, tenía la facultad de establecer unilateralmente las comisiones remuneratorias de LA DEMANDANTE. Al respecto, COMCEL, al contestar la demanda, así lo confesó; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada en la contestación del hecho 141, Página 33:

> **Hecho 141:** Es cierto.
>
> a) Es irrelevante hablar de una comunicación del año 2006 que no aplicaba a DISTRITEK quien no estaba vinculado como distribuidor sino hasta septiembre de 2011.
> **b)** Teniendo en cuenta que las partes acordaron que se trataba de facultades a favor de Comcel (Anexo A), para el manejo del mercado de telefonía móvil. La determinación de las remuneraciones era una facultad de Comcel. Así lo contempló el contrato desde el inicio, por lo que las partes conocían y comprendían el alcance y efectos que tenía esta disposición.

Frente a la facultad que tenía COMCEL de establecer unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, el artículo 871 CCO establece:

> ARTÍCULO 871 CCO: 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.

El contenido y alcance de la obligación que tenía COMCEL de ejecutar el CONTRATO de buena fe, según la ley y la equidad natural, se establece en el siguiente marco:

(i) LA DEMANDANTE ejecutó el negocio en su calidad de empresario independiente, circunstancia que refleja un elemento esencial del CONTRATO (Agencia Comercial). Como empresario independiente, LA DEMANDANTE organizó su empresa con el único fin de ejecutar el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, encargo que también hizo parte esencial de la naturaleza del CONTRATO.

(ii) La empresa que LA DEMANDANTE organizó para ejecutar el encargo hecho por COMCEL se ajustó a los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta organización trajo consigo una estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener constantemente a lo largo de la relación contractual para, precisamente, cumplirla al tenor de lo pactado (contenido estático del encargo) y de las instrucciones impartidas (contenido dinámico del encargo).

(iii) La estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener a lo largo del CONTRATO se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor suyo, remuneración que también constituye un elemento esencial del CONTRATO.

(iv) El CONTRATO fue un negocio oneroso en el que se pactó una remuneración a favor de LA DEMANDANTE y una exclusividad a favor de COMCEL (cláusula 7.15 del CONTRATO); así las cosas, el 100% de los ingresos operacionales que LA DEMANDANTE generó con la empresa que organizó para ejecutar el CONTRATO, provinieron de la remuneración contractual que COMCEL le pagó. Con estos ingresos (v. gr. con su remuneración) LA DEMANDANTE sufragó el 100% de sus gastos operacionales (v. gr. los gastos de agencia) con la esperanza de obtener una rentabilidad empresarial al final de cada ejercicio.

(v) COMCEL, como la parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó el ANEXO A para establecer las cuantías de las comisiones que LA DEMANDANTE recibiría por cumplir el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Sin embargo, y como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), decisiones que extendió en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE; veamos: En los años comprendidos entre 2005 (año siguiente a la fusión de COMCEL con OCCEL y CELCARIBE) y 2018, la penetración del mercado (v. gr. la proporción entre el número de líneas celulares activas y el número de habitantes del país) por una parte, y la participación de COMCEL en este mercado, su cantidad de suscriptores y sus ingresos operacionales, por la otra, fueron los siguientes:

AÑO	% PENETRACIÓN DEL MERCADO CELULAR	% PARTIPACIÓN DE COMCEL EN EL MERCADO	NÚMERO DE SUSCRIPTORES DE COMCEL	INGRESOS OPERACIONALES DE COMCEL
2018	126%	46.36%	29.166.426	$8.305.180.262.000
2017	122%	48.91%	29.224.927	$8.124.364.000.000
2016	120.4%	49.34%	28.953.884	$8.049.653.000.000
2015	118.9%	52.46%	28.973.124	$8.669.934.203.000
2014	116.1%	54.66%	29.775.739	$8.953.628.062.000
2013	106.7%	58.32%	28.977.299	$8.378.464.593.000
2012	105.3%	61.52%	30.371.083	$7.747.563.524.000
2011	100,3%	65.34%	28.818.791	$7.055.871.602.000
2010	97.7%	65.98%	29.264.339	$6.270.009.238.000
2009	91.5%	67.24%	27.673.546	$5.388.371.079.000
2008	92%	66.2%	27.389.566	$5.810.675.636.000
2007	79.6%	65.8%	22.334.510	$5.520.968.733.000
2006	69.8%	64.27%	19.521.262	$4.588.407.345.000
2005	47.5%	62.9%	13.774.657	$3.277.813.000.000

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Información interna de COMCEL.

Como COMCEL misma lo admite, su participación de mercado y los consecuentes ingresos operacionales que ha obtenido, han provenido mayoritaria e históricamente del esfuerzo hecho por los miembros de su red de agentes/distribuidores, red de la cual LA DEMANDANTE hizo parte:

4.5. Ventas y Distribución COMCEL

Ventas Directas. Las ventas directas en el año 2002 representaron el 7.0% del total de las ventas.

Distribuidores Exclusivos Independientes. El 93.0% de las ventas se realizaron a través de la red de distribuidores independientes. Luego de una estrategia de crecimiento masivo la red de distribución de COMCEL y OCCEL pasó de 1,424 puntos en oriente a 2,351 puntos y de 727 puntos en occidente a 1,236 puntos, para un total de 3,587 puntos a nivel nacional, presentando así un de incremento del 67% con respecto al año anterior, así como una fuerza de ventas de 9.400 profesionales al final del año 2002.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe anual COMCEL de 2002, página 25

Nuestra red de distribución es el canal más representativo en la comercialización de productos de voz y datos de soluciones móviles, ya que aporta el 70 % de participación de ventas de la empresa, por lo que en muchas ocasiones los distribuidores son nuestra cara frente al cliente.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2014, página 60

En este punto resulta fundamental señalar que en el año 2002 la participación de la red de agentes/distribuidores en el porcentaje de ventas de COMCEL era del 93%; y que este porcentaje, para el año 2014, ya había bajado al 70%. La razón que explica ese decrecimiento es muy sencilla: COMCEL, con los años, ha generado mecanismos para atender directamente su clientela, cuestión que le ha permitido reducir su principal gasto operacional de ventas: LA REMUNERACIÓN de los miembros de su red de agentes/distribuidores.

COMCEL, a pesar de los riesgos que asumió como operador del Servicio de Telefonía Móvil Celular (p.e. la competencia del mercado y la consecuente reducción de tarifas al cliente final, las medidas regulatorias, la fluctuación de tasas de cambio, las condenas judiciales, etcétera), incrementó, a lo largo de los años y de manera importante, sus ingresos operacionales, al punto que, desde el año 2013, ha mantenido ingresos sostenidos por más de $8 billones al año. Estos impresionantes logros empresariales se explican, en buena medida, gracias a los buenos resultados que LA DEMANDANTE y los demás miembros de su red de agentes/distribuidores tuvieron en la promoción y explotación de los servicios de telefonía móvil de COMCEL.

COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para señalar unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, y como resultó probado en el presente proceso, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), cuestión que, en sí misma, fue **inequitativa**; veamos:

Presupuesto que resultó probado: Las decisiones impuestas por COMCEL generaron un efecto positivo en COMCEL (a menores gastos operacionales, mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (a menor remuneración, menores ingresos).

Obiter dicta: Una reducción habría sido equitativa si hubiera sido producto de un sacrificio conjunto que resultaba necesario para mantener el equilibrio económico del CONTRATO en el contexto micro-económico del mercado; se explica: Supongamos que la competencia del mercado hubiera llevado a COMCEL a reducir las tarifas de sus servicios ante el cliente final, y que tal reducción hubiera significado una reducción de sus ingresos operacionales y de sus utilidades operacionales; en este caso, habría resultado equitativo que COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para establecer la remuneración de LA DEMANDANTE, hubiera reducido la cuantía originalmente establecida para trasladarle equitativamente a LA DEMANDANTE una parte de las consecuencias negativas asociadas a la situación micro-económica; con esta reducción, COMCEL habría mermado el impacto en su utilidad operacional (la que de todas maneras se habría reducido) y LA DEMANDANTE, con menores ingresos, habría

asumido su cuota de sacrificio también reflejada en una reducción en su utilidad operacional. Sin embargo, y a partir de lo que resultó probado, se deduce que esta no fue la situación. Sin importar las tarifas que COMCEL finalmente estableció para el cliente final, y gracias mayoritariamente a los esfuerzos de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, COMCEL logró incrementar anualmente el número de suscriptores, sus ingresos operacionales y, lo que resulta más importante, sus utilidades operacionales.

Gracias a la labor y esfuerzos empresariales de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores, COMCEL pasó de tener 2 billones anuales de ingresos operacionales, a tener niveles sostenidos de $8 billones de pesos anuales, y pasó de tener 13 millones de suscriptores a tener 29 millones. Resulta completamente inicuo que COMCEL, precisamente en los años más productivos y boyantes, haya tomado decisiones tan drásticas que afectaron sustancialmente la remuneración de LA DEMANDANTE.

CONCLUSIÓN: COMCEL incumplió el CONTRATO por vía de la infracción a las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual, por cuanto las decisiones que tomó frente a las comisiones por residual (eliminar tres meses de causación), por permanencia pospago (eliminarla completamente) y por transacción de recaudo (reducirlas en un 45%), NO FUERON EQUITATIVAS.

Abuso del derecho imputable a COMCEL: Finalmente, si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá considerara que los actos contractuales a través de los cuales COMCEL eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), v. gr. las Cartas de Comisiones que COMCEL extendió, fueron actos que incorporaron obligaciones **expresas** para las partes, de tal manera que, al no existir un vacío negocial que pudiera ser suplido con fundamento en la fuerza integradora del Art. 871 CCO (buena fe, naturaleza del negocio y equidad), lo cierto es que, bajo esta hipótesis subsidiaria, COMCEL, indiscutiblemente, abusó de sus derechos. En otras palabras, si el H. Tribunal estimara que las Cartas de Comisiones establecieron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual[2], lo cierto es que, bajo este

[2] La buena fe en el Código de Comercio y en el Código Civil únicamente cumple las funciones (i) interpretativa e (ii) integradora de los contratos. En virtud de la primera, la buena fe dirige el proceso interpretativo de los acuerdos negociales en los que se prefieren los significados normativos que más se acompasen a los mandatos de la buena fe y la equidad. Por su parte, con la fuerza integradora de la buena fe se llenan vacíos contractuales, es decir, se resuelven cuestiones que las partes no previeron expresamente en sus acuerdos negociales. Excepcionalmente, por ejemplo a través de la teoría de la imprevisión, la cláusula penal enorme, la reducción de intereses, etcétera, la buena fe inspira normas especiales que "corrigen" los acuerdos celebrados entre las partes, es decir, normas que se aplican de manera preferente sobre reglas que expresamente acordaron los co-contratantes, estipulaciones estás últimas que, en consecuencia, son derogadas por normas imperativas fundadas en la buen fe correctiva. Esta función de la buena fe se denomina "función correctiva"; en el ordenamiento jurídico colombiano, esta función no se estatuyó bajo una regla general y la misma, en todos los casos, solamente se halla en normas especiales.

supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos: Las razones que justifican la existencia del abuso del derecho, son las mismas que explican, a la luz de la buena fe contractual, la inequidad de las decisiones adoptadas por COMCEL.
COMCEL, entonces, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que LA DEMANDANTE le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

> ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En efecto, LA DEMANDANTE, en sus pretensiones, solicitó, de manera principal, condenar a COMCEL civilmente por los incumplimientos que le son imputables (incumplimientos que pueden provenir de cláusulas del CONTRATO o de las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual) y, subsidiariamente, le solicitó condenarla civilmente por los daños que provienen del abuso de sus derechos.

5.2. Pretensión Décima Séptima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Exclusión de los tres primeros meses del cálculo de la denominada comisión por residual:

PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA:

a) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, estableció que la comisión por residual únicamente se empezaría a causar a partir del tercer mes de cada activación.
b) Declarar que la exclusión de los tres primeros meses de causación, no aparejaron una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco significaron una reducción correlativa de sus gastos operacionales.
c) Declarar que COMCEL, al haber excluido unilateralmente de su liquidación los tres primeros meses de causación, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

En el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por residual:

2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" la cuál será determinada de tiempo en tiempo por COMCEL e informada AL DISTRIBUIDOR, comisión que variará dependiendo si el distribuidor está calificado como centro de ventas o como centro de ventas y servicios. Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente. Está comisión se causará y será pagadera siempre que el contrato de distribución esté vigente y continuará causándose si el DISTRIBUIDOR mantienen abierto al menos un punto de venta capaz de atender las necesidades de los abonados de la región que sirve. (...) Para los efectos del cálculo de las comisiones pagaderas al DISTRIBUIDOR los "ingresos que generen efectivamente comisión" significarán los ingresos que correspondan a COMCEL y realmente recaude e ingresen efectivamente a su patrimonio, de los siguientes cargos al Abonado: 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por COMCEL y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan. La causación de comisiones, se hará dentro de los periodos mensuales que fije COMCEL, indicando el día de iniciación y de cierre de cada periodo.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice

1. La comisión por residual, según el CONTRATO, se causaría: (i) Sobre los ingresos recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte de los "Abonados" cuya vinculación contractual con COMCEL fue gestionada por LA DEMANDANTE, y (ii) mientras LA DEMANDANTE tuviera por lo menos un punto de venta abierto capaz de atender las necesidades de los abonados en la región que le fue prefijada por COMCEL. El CONTRATO define el concepto "Abonado", así:

1.13. "Abonado" -significa una persona, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de telefonía móvil celular mediante un contrato celebrado con CELCARIBE y permanezca con ésta por un término mínimo de doce (12) meses contados desde la activación.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

Los ingresos recibidos por COMCEL que se tenían en cuenta para calcular la comisión por residual, según lo pactado en el numeral 2º del Anexo A, eran: 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por CELCARIBE y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan.

2. COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, incumplió lo pactado en el Anexo A; veamos:

a) En las Cartas de Comisiones que COMCEL le extendió a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, COMCEL estableció que la comisión por residual únicamente se causaría sobre los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado:

> **1.2 Residual y Anticipo**
> Las líneas activas en los planes y paquetes mencionado en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.67% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen al patrimonio de COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.33% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 2.00%.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

> **1.3 Residual y Anticipo**
> Las líneas activas en los planes mencionados en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.25% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen a COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.25% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 1.5%.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

b) La regla que COMCEL aplicó durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, según la cual los tres primeros meses de consumo del cliente pospago no generarían una comisión por residual, constituye una violación del CONTRATO, v. gr. un incumplimiento contractual de COMCEL. En efecto, en el Anexo A, la comisión por residual se ha debido calcular a partir de todos los consumos que realice el cliente pospago; en el Anexo A no se estipuló la exclusión de los tres primeros meses que COMCEL, a la postre, aplicó motu proprio:

> 2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" … Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos… que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

3. <u>CONCLUSIÓN</u>: En el presente proceso resultó probado el literal © de la Pretensión Décima Séptima, motivo por el cual el H. Tribunal deberá declarar probado el consecuente literal e) de dicha Pretensión, v. gr., deberá declarar que COMCEL, al haber excluido de su liquidación los tres primeros meses de causación de la comisión por residual, incumplió el CONTRATO.

5.3. Pretensión Décima Novena: Incumplimiento contractual de COMCEL: Eliminación de la comisión por permanencia pospago.

PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA: En cuanto a las comisiones por permanencia y buena venta en planes pospago y prepago, así denominadas respecto del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita: a) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia (planes pospago) y buena venta (Kits prepago) a que tenía derecho LA DEMANDANTE. (...) c) Declarar que COMCEL, al haber eliminado las comisiones por permanencia y buena venta, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.
SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA, en subsidio se solicita DECLARAR que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL

1. Respecto de los planes normales (todos aquellos diferentes a prepago) cuya activación gestionó LA DEMANDANTE, en el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por permanencia:

> Numeral 1, inciso 3º: Sin perjuicio de la anterior regla general, se entiende y acuerda que las comisiones de planes normales (todos aquellos diferentes de prepago) podrán tener causación total o parcial, según que el abonado permanezca activado en la red dentro de los doce (12) meses siguientes al mes de activación o por un período inferior a dicho lapso, respectivamente.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

2. COMCEL, a través de las Cartas de Comisiones que le envió a LA DEMANDANTE, determinó, en los siguientes términos, la cuantía de la comisión por permanencia:

1.2 Bonificación por Permanencia

Por las líneas nuevas que se activen en postpago y que tengan una permanencia de 6 meses a partir de la fecha de activación, el Distribuidor recibirá una Bonificación por Permanencia de acuerdo al siguiente rango de cargo fijo mensual del plan postpago que activó el usuario:

CARGO FIJO MENSUAL	ANTICIPO 20%	COMISIÓN	TOTAL
Si es menor o igual a $70.000	$ 2.000	$10.000	$12.000
Si es mayor a $70.000	$ 5.000	$25.000	$30.000

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones.

3. A partir del 1º de julio de 2014, COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, eliminó la comisión por permanencia en planes pospago. Al respecto, obran en el expediente las cartas de comisiones de POSPAGO emitidas por COMCEL en las

cuales consta la eliminación de la comisión por permanencia pospago e igualmente así lo declaró el testigo Andrés Francisco Martínez Gerente de Comisiones de COMCEL.

4. COMCEL, al haber eliminado la comisión por permanencia pospago, incumplió el CONTRATO: Para sustentar lo pretendido, se prohíjan los argumentos que el Tribunal de Arbitraje de COMPAÑÍA CELL NET DE OCCIDENTE S.A. Vs COMCEL expuso frente a los mismos hechos en el reciente Laudo del 3 de febrero de 2020, así:

CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO.
TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Como consecuencia de la terminación del contrato de agencia comercial y de los incumplimientos imputables a COMCEL S.A., condenar a esta última a pagarle a la CELL NET DE OCCIDENTE S.A., las siguientes sumas de dinero: (…) 37.5.- A título de lucro cesante, la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL NOVEOENTOS ONCUENTA Y SEIS PESOS ($667.470.956), que corresponde a la comisión por permanencia de planes pospago que CELL NET DE OCCIDENTE S.A. dejó de percibir.

Esta decisión, en la parte motiva del laudo, se motivó de la siguiente manera:

CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. PÁG. 225.
Por lo dicho, resulta evidente que COMCEL incumplió el contrato, no por la modificación de la comisión por permanencia en los planes prepago en sí mismas, para la que estaba facultada, sino por su eliminación. (…) Por tanto, el Tribunal concluye que estamos en presencia de un claro incumplimiento contractual. Debe tenerse presente que la atribución conferida no es absoluta porque lo que se pretende es hacer simples ajustes en función de las necesidades del mercado, siempre cambiante, pero sin desconocer los intereses legítimos del distribuidor o agente que en ningún caso pueden entenderse tenidos en cuenta con la eliminación de la prestación convenida. En mayor medida cuando no aparece acreditado que respecto de esta eliminación se hubiere establecido compensación alguna, así fuera con ajustes a su favor respecto de otra prestación. (…) Por consiguiente la eliminación no solo no estaba prevista en el contrato ni en los otrosíes firmados por las partes, sino que no correspondía a las expectativas naturales de CELL NET al convenir que COMCEL hiciera los ajustes necesarios a la comisión por permanencia en planes pospago y prepago para adecuarse a las realidades del mercado y soportar su competencia, y esa eliminación privaba a la Convocante por completo de una contraprestación legítima que estaba prevista de manera expresa en el contrato y sus anexos. Dadas las anteriores consideraciones el Tribunal declara… que Comcel al haber eliminado las comisiones por permanencia incumplió el contrato celebrado con CELL NET.

De manera complementaria, en el Laudo Arbitral dictado el 4 de abril de 2019, el Tribunal de Arbitraje de CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL sostuvo:

CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. Págs 278 y ss

Observa el Tribunal que esta Comisión por Permanencia en Planes Postpago, dejó de ser incluida por COMCEL dentro del "Plan de Comisiones' a partir del 1° de Julio de 2014; en efecto, mediante la comunicación N° 2014-DIME01-S188096, de fecha 2 de julio de 2014233, COMCEL le manifestó a CELUTEC que "[a] continuación presentamos el Plan de Comisiones, Anticipos que COMCEL aplica a su red de Distribuidores desde 01 de Julio de 2014", listado de comisiones en la que se prescindió, sin explicación alguna, de la denominada "Bonificación por Permanencia" en planes pospago. Así, pues, esta comisión de Permanencia en Planes Pospago, dejó de ser reconocida y pagada por COMCEL a CELUTEC a partir del 1° de julio de 2014. Así las cosas, el Tribunal encuentra que le asiste la razón a la CONVOCANTE cuando solicita que se declare que "COMCEL de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia y buena venta a que tenía derecho LA CONVOCANTE" y de allí resulta evidente que la eliminación de tales comisiones redujo los ingresos de CELUTEC y constituyeron un incumplimiento contractual por parte de COMCEL, por lo cual prospera la petición de que trata la letra a) de la pretensión Vigésima Novena. No obstante, se hace la precisión en el sentido que el incumplimiento contractual por el no pago de la Comisión por Permanencia en Planes Postpago aconteció a partir del 1° de Julio de 2014;... Así las cosas, el Tribunal ... declara (a) "que la eliminación de estas comisiones significó una merma en los ingresos de LA CONVOCANTE"; (b) que tal eliminación no "significó una reducción correlativa en sus gastos operacionales". (...) Para el Tribunal es evidente que la eliminación (no modificación) de la remuneración por cuenta de estas comisiones constituye un incumplimiento contractual y por tanto procede la pretensión c), en su primera parte, de esta pretensión Vigésima Novena

5.4. Pretensión Vigésima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Reducción de la comisión por transacción de recaudo.

VIGÉSIMA: En relación con los Centros de Pagos y Servicios (CPS), así denominados respecto del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita: (...) e) Declarar que COMCEL, al haber modificado las condiciones de liquidación y pago de las comisiones por recaudo de CPS, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE. SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA LITERAL E): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL e) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

1. En el año 2013, COMCEL y LA DEMANDANTE celebraron una convención con la cual se modificó la cláusula 7.8. del CONTRATO. En esta convención (Otrosí CPS 20130626) se pactó:

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.8. del contrato de distribución deberá quedar así:

7.8.1. Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, para actuar como Centros de Centros de Pago y Servicio, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL … Igualmente EL DISTRIBUIDOR está en la facultad de atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores, de acuerdo con los procedimientos establecidos a través de las herramientas tecnológicas proporcionadas por COMCEL.

7.8.1.17 EL DISTRIBUIDOR se obliga a seguir las instrucciones y cumplir los procedimientos que COMCEL le señale para efectos del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente cláusula.

7.8.1.18. Las anteriores cláusulas nacen como consecuencia de haber sido ELDISTRIBUIDOR autorizado por parte de COMCEL, para actuar como Centros de Pago y Servicios (…)

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2007, Otrosí CPS.

2. De la comisión por transacción de recaudo: En la convención CPS 2013 se pactó, de la siguiente manera, la comisión por transacción de recaudo que LA DEMANDANTE recibiría por cada operación de recaudo:

7.8.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

VER Prueba No. 7 de la demanda. **Otrosí CPS 20130626**.

COMCEL, en ejercicio de las facultades que como predisponente de la convención CPS 2013 se otorgó a sí misma, le pagó a LA DEMANDANTE, durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO y a título de comisión por transacción de recaudo un promedio de **$1.628** por cada transacción realizada en sus CPS; al respecto, en el DICTAMEN se sostuvo:

C.3.b)

Entre enero 1 de 2014 y la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, y en relación con la comisión por transacción de recaudo, se pregunta: ¿cuál fue el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE?

RESPUESTA

De acuerdo con la revisión a la información suministrada por **LA DEMANDANTE**, entre enero 1º de 2014 y la terminación del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que **COMCEL** le pagó a **LA DEMANDANTE** es de **$1.628** por transacción de recaudo ($625.610.271 ÷ 384.324). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PERIODO	CANTIDAD DE TRANSACCIONES	VALOR FACTURADO
Enero 1 a 31 diciembre de 2014	53.348	80.277.231
Enero 1 a 31 diciembre de 2015	98.445	165.890.640
Enero 1 a 31 diciembre de 2016	116.467	196.655.760
Enero 1 a 31 diciembre de 2017	116.064	182.786.640
TOTAL	**384.324**	**625.610.271**
PROMEDIO		**1.628**

VER Prueba: Pág. 39 DICTAMEN.

3. <u>Reducción de la comisión por transacción de recaudo:</u> COMCEL, el 26 de diciembre de 2017 y a través de la siguiente circular, le informó a su red de agentes/distribuidores las nuevas tarifas que empezarían a regir a partir del 1º de enero de 2018, tarifas que representaron una reducción significativa de la remuneración por concepto de comisión por transacción de recaudo:

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUDIORES**

Para su información a partir del 1 de enero de 2018 las nuevas tarifas por transacción de recaudo son:

Trimestre	% Cumplimiento Ppto Vtas			
	0% 89,99%	90% 99,99%	100% 119,99%	>= a 120%
1er.Q	$ 1.200	$ 1.400	$ 1.450	$ 1.600
2do.Q	$ 950	$ 1.100	$ 1.150	$ 1.250
3er.Q en adelante	$ 700	$ 800	$ 850	$ 950

(...)

2017-GSDI01-S345350 1
26 DE DICIEMBRE DE 2017 INFORMACION CONFIDENCIAL

VER Prueba No. 24, 2017 12 26, CPS, Circular cambio tarifas

Esta reducción impuesta unilateralmente por COMCEL se realizó con fundamento en la facultad que ella misma se otorgó como predisponente de la convención CPS 2014 para establecer la remuneración de LA DEMANDANTE.

Por otra parte, según la Cláusula 34 del CONTRATO las instrucciones impartidas por COMCEL de manera unilateral en las Circulares, eran de obligatorio cumplimiento para LA DEMANDANTE y hacían parte del CONTRATO.

4. Incumplimiento y/o abuso imputable a COMCEL por la reducción en la comisión por transacción de recaudo: Como resultó probado en este proceso, COMCEL estableció que la cuantía de la comisión por transacción de recaudo sería entre $1.200 y $2.240 por transacción, pagándole a LA DEMANDANTE un promedio de $1.628 durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO. Posteriormente, y a partir del 1 de enero de 2018, COMCEL redujo la cuantía de dicha comisión así: Una escala de $1.200 a $1.600 para los meses de enero a abril de 2018, de $950 a $1.250 para los meses de mayo a agosto de 2018, y de $700 a $950 de septiembre de 2018 en adelante.

Incumplimiento del contrato por vía de las obligaciones que emanan de la buena fe contractual: El artículo 871 CCO establece:

> ARTÍCULO 871 CCO: 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.

En el presente proceso, entonces, resultó probado:

- LA DEMANDANTE, para poder ejecutar las operaciones de recaudo en sus CPS, tuvo que realizar inversiones y tuvo que incrementar su estructura de costos y gastos de tal manera que sus locales y servicios cumplieran con los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta nueva estructura de gastos y costos se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor de LA DEMANDANTE.

- COMCEL, como parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó la convención CPS 2014 para establecer la cuantía de la comisión por transacción de recaudo, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad, en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE, , a partir de enero de 2018 redujo de manera sustancial dicha comisión, con lo cual rompió el equilibrio económico del CONTRATO, v. gr. la equivalencia entre las obligaciones que LA DEMANDANTE debía ejecutar (para lo cual incurre en unos costos y gastos) y la remuneración a que tiene derecho (en este caso la que proviene de la comisión por transacción de recaudo).

¿Por qué las decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE al reducir o eliminar las comisiones debida a la DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO? Las decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO:

> ARTÍCULO 871 CCO: 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.

Abuso del derecho imputable a COMCEL; análisis general: Si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá estimara que la comisión por transacción de recaudo que COMCEL determinó fueron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual, lo cierto es que, bajo este supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos. Las razones que explican el abuso del derecho imputable a COMCEL son las siguientes:

- A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de $2.240 a $950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de $1.200 a $700).

- Las reducciones impuestas a partir de 2018 por COMCEL, generaron un efecto positivo en COMCEL (mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (menores ingresos).

- Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL; a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores utilidades para COMCEL), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores.

CONCLUSIÓN: COMCEL, al romper injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo perjuicio de LA DEMANDANTE, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que LA DEMANDANTE le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

> ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

5.5. Pretensión Vigésima Segunda: Incumplimiento contractual de COMCEL: No liquidación ni pago de comisiones causadas durante últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

> PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA: DECLARAR que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE todas las comisiones, remuneraciones y descuentos generados a favor de LA DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE durante el último mes del periodo contractual.

Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que se causaban a favor de LA DEMANDANTE.

E.1.a)

¿Qué parte, si COMCEL o LA DEMANDANTE, liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL?

RESPUESTA

De acuerdo con las verificaciones efectuadas a la información contable entregada por **LA DEMANDANTE**, se evidenció que antes de facturar y registrar los ingresos por comisiones, **LA DEMANDANTE** recibía de **COMCEL**, un reporte (vía correo electrónico) donde se indicaban las sumas por cada concepto que **LA DEMANDANTE** debía facturar.

(…)

Se aprecia que **LA DEMANDANTE,** con fundamento en el correo electrónico de noviembre 25 de 2015 enviado por **COMCEL**, facturó y efectuó los registros contables por los mismos conceptos y montos. En el anexo siguiente se adjuntan los documentos que sustentan lo indicado anteriormente:

Anexo electrónico No. 45-E.1.a-Correo electrónico noviembre 25 de 2015, soportes y registros contables

Con base en lo anterior, se puede indicar que COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE, le facturó a esa sociedad.

VER Prueba: Pág. 55 y 56, DICTAMEN.

COMCEL, durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO no liquidó las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE. COMCEL, asimismo, no le pagó a LA DEMANDANTE las comisiones que se causaron durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

ARTÍCULO 167 CGP. CARGA DE LA PRUEBA. (INCISO 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Según resultó probado con el DICTAMEN, las comisiones que COMCEL no le liquidó ni tampoco le pagó a LA DEMANDANTE, ascienden a:

C.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS

C.1.a)

Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE?

RESPUESTA

De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por **LA DEMANDANTE**, se estableció que las comisiones que **COMCEL** no liquidó ni le pagó a **LA DEMANDANTE**, en relación con el contrato de voz es de **$8.402.248**, en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:

CONCEPTO	MONTO
COMISIÓN POSPAGO	1.943.629
COMISIÓN RESIDUAL	3.947.884
COMISIÓN POR LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS	2.510.735
TOTAL COMISIONES PENDIENTES DE PAGO	8.402.248

VER Prueba: Pág. 34 DICTAMEN.

CONCLUSIÓN: El H. Tribunal Superior de Bogotá deberá declarar probada la pretensión vigésima segunda de la demanda.

5.6. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ A QUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR los siguientes segmentos de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

RESUELVE

1. Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del Contrato de Agencia Comercial por ausencia de los elementos esenciales"

2. Negar las Pretensiones de la Demanda

En el sentido de declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por los incumplimientos y abusos de COMCEL y como consecuencia conceder prosperidad a la PRETENSIONES 17, 19, 20 y 22 en los términos arriba expuestos.

6. GRUPO DE REPAROS relativos a la terminación del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que COMCEL: (i) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes pospago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia pospago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima tercera de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 1 de MARZO de 2018.

6.1. Pretensión Vigésima Tercera: Terminación del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 01 DE MARZO DE 2018.

1. Del Preaviso de Terminación del CONTRATO: LA DEMANDANTE, el 15 DE FEBRERO DE 2018, le envió a COMCEL el preaviso de terminación del CONTRATO. En este preaviso se manifestó:

3. Muy a nuestro pesar, **DISTRITEK** optó por no renovar y terminar los contratos por la insostenibilidad económica que surge de la conducta contractual reiterada de COMCEL S.A. Las decisiones empresariales y las imposiciones contractuales de COMCEL S.A., hicieron inviable la continuidad de la relación contractual.

4. La más reciente iniciativa de COMCEL S.A. de modificar unilateralmente y sin consulta o negociación previa con **DISTRITEK** los términos que rigen la relación, en forma lesiva a los intereses de **DISTRITEK**, y la inexistencia de

(...)

6. COMCEL ha incurrido en otros graves incumplimientos de sus obligaciones contractuales bajo los contratos, tales como: (a) a ejecución de conductas al amparo de cláusulas abusivas que rompieron el equilibrio económico y contractual; (b) abstenerse de pagar a **DISTRITEK** la totalidad de las comisiones por activación y por recargas a que éste tenía derecho; (c) disminuir el valor de las comisiones a través de un elevado y sistemático incremento del costo de la operación administrativa al imponer a **DISTRITEK** cargas que no fueron pactadas contractualmente; (d) no pagó de la totalidad de las comisiones que se causaron a favor de **DISTRITEK** según las reglas contractuales; y, (e) la imposición de penalizaciones no previstas contractualmente o en exceso de lo establecido en los contratos.

VER Prueba No. 09 aportada con la demanda. Preaviso de terminación del CONTRATO.

2. Las justas causas de terminación del contrato de Agencia Comercial por parte de LA DEMANDANTE están consagradas en el numeral 2º del ART. 1325 CCO, así:

> ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;.

Tal y como lo establece el Art. 1325 del CCO, el agente puede terminar el contrato de agencia comercial por justa causa, (i) o en caso de incumplimientos del empresario agenciado (Numeral 2º, literal a)), o (ii) en caso de que las decisiones tomadas por el empresario agenciado, sin ser incumplimientos contractuales, afecten gravemente sus intereses (Numeral 2º, literal b).

3. Al respecto, en el presente proceso resultó probado que:

- COMCEL excluyó los tres primeros meses de causación de la comisión por residual.
- COMCEL eliminó la comisión por permanencia pospago.
- COMCEL, una vez recibió el preaviso de terminación del CONTRATO, en lugar de solventar los abusos e incumplimientos que LA DEMANDANTE le reclamó y continuar así con la recta ejecución del CONTRATO, decidió, en un acto soberbio y vengativo, no liquidar ni pagar las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE durante las últimas semanas de ejecución del contrato.
- COMCEL redujo prácticamente a la mitad la denominada comisión por transacción de recaudo. A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión, incluso, se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de $2.240 a $950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de $1.200 a $700). Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL; a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores utilidades para COMCEL y sus accionistas), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de LA DEMANDANTE. COMCEL, entonces, rompió injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo y correlativo perjuicio de LA DEMANDANTE.

CONCLUSIÓN: Los probados cambios unilaterales impuestos por COMCEL en la remuneración de LA DEMANDANTE, afectaron gravemente los intereses de la DEMANDANTE, afectación que, en voces del literal b) del numeral 2º del Art. 1325 CCO, legitimaron a LA DEMANDANTE a dar por terminado el CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL. El H. Tribunal Superior de Bogotá, entonces, deberá declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL.

7. GRUPO DE REPAROS relativos a la indemnización especial del inciso 2º y ss del art. 1324 CCO y a la responsabilidad civil de COMCEL.

Se le solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar la prosperidad de la pretensión Vigésima Cuarta de la Demanda reformada y en consecuencia declarar que: COMCEL es (i) responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO y (ii) civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables y, en consecuencia, con fundamento en la pretensión Vigésimo Quinta de la Demanda reformada:

- Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO, la suma de **$623.444.400** (Ver Dictamen de COMCEL, páginas 32 y 33 y Anexo C del CONTRATO)
- Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, comisiones que COMCEL no liquidó ni pagó, la suma de **$8.402.248** (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, página 34).
- Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la comisión por residual que COMCEL eliminó de manera unilateral y sin estar facultada para ello, la suma de **$98.638.317** (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 34 a 37).
- Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la comisión por permanencia pospago que COMCEL eliminó de manera unilateral y sin estar facultada para ello, la suma de **$211.986.660** (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 43 a 45).
- Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, la suma de **$631.556.076** en calidad de lucro cesante (Ver DICTAMEN, páginas 46 y 47), equivalente a las comisiones que LA DEMANDANTE debería haber recibido y no recibió como consecuencia de la finalización del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL, desde la fecha de terminación del CONTRATO el 1 de MARZO de 2018 y hasta la fecha en la cual finalizaría su vigencia anual el 29 de SEPTIEMBRE de 2018.

7.1. Pretensión Vigésima Cuarta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL.

En la Pretensión Vigésima Tercera de la demanda reformada, LA DEMANDANTE solicitó:

> PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 01 DE MARZO DE 2018.

Como consecuencia de la Pretensión Vigésima Tercera y de lo que resultó probado en el proceso en el presente caso se debe acceder a los solicitado en la Pretensión Vigésima Cuarta que reza:

> PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA: Declarar, en consecuencia, que: a) COMCEL es responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO. b) COMCEL es civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables.

1. En los anterior numerales del presente memorial de sustentación, se identificaron los abusos e incumplimientos imputables a COMCEL que provocaron la terminación del CONTRATO por configurar las justas causas de terminación que regulan los numerales (2 a) y (2 b) del Art. 1325 CCO, así:

   > ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; ...

   Indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO: Porque el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, ésta deberá pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial prevista a partir del inciso 2º del Art. 1324 CCO; así lo ordena el Art. 1327 CCO:

   > ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.

2. Responsabilidad por Abuso del Derecho: Los Arts. 95 CP y 830 CCO establecen:

ARTICULO 95 CP: (…) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
ARTICULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En la responsabilidad por abuso del derecho el título de imputación no es la culpa, ni el dolo, ni uno de naturaleza objetiva; el título de imputación es el abuso de un derecho. Habrá abuso del derecho cuando se excede el interés jurídicamente reconocido en el derecho, sin importar si el titular obró con o sin culpa, con o sin dolo. Los derechos subjetivos tienen un núcleo esencial sin el cual no existirían; el interés jurídicamente tutelado en un derecho subjetivo encuentra en su núcleo el interés disponible por excelencia y a medida que el ejercicio del derecho por parte de su titular se va alejando de dicho núcleo, se va encontrando con otros derechos subjetivos cuyos titulares son terceras personas; entonces, a medida que el ejercicio de un derecho se aleja de su núcleo esencial y se enfrenta a derechos de terceros, aquel se va relativizando. Habrá abuso del derecho cuando en una relación intersubjetiva en concreto, el titular de un derecho, excediendo el interés jurídicamente tutelado por su derecho para dicha situación en particular, afecta el núcleo esencial del derecho de un tercero y, por esta vía, le causa un perjuicio.

En materia contractual (derechos contractuales) los casos de abuso del derecho suceden, principalmente, cuando una de las partes ostenta una posición de dominio contractual (circunstancia que en sí misma no es reprochable); una parte tendrá posición de dominio contractual cuando tiene el poder de extender el reglamento contractual y agregar, modificar o suprimir cláusulas durante su ejecución. En estos casos, habrá abuso del derecho cuando en ejercicio de su posición de dominio contractual, una de las partes le impone a las otras reglas contractuales que rompen el equilibrio económico del contrato en beneficio de quien ostenta el poder contractual y, por esta vía, se le causan daños antijurídicos a la parte débil de vínculo negocial, surgiendo así una responsabilidad civil por abuso del derecho.

3. Responsabilidad civil de COMCEL: A partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL, con fundamento en los Arts. 1608 CC y 94 CGP, quedó constituida en mora y, a partir de los incumplimientos y abusos que le son imputables (Ver numerales 4º y 5º del presente memorial), está obligada a indemnizar los perjuicios que LA DEMANDANTE sufrió y que son consecuencia directa y previsible de dichos incumplimientos y abusos del derecho:

ARTÍCULO 1613 CC: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
ARTICULO 1615 CC: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.
ARTÍCULO 870 CCO: En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

Pretensión Vigésima Quinta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, correspondientes a las comisiones causadas durante la última etapa contractual.

c) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación.

f) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.

k) A título de lucro cesante, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido si el CONTRATO SUB IÚDICE se hubiera ejecutado, por lo menos, hasta el día en que vencían las pólizas que COMCEL le exigió constituir a LA DEMANDANTE SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA LITERAL K): Si se rechaza la condena peticionada como principal en el LITERAL K) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA, en subsidio de peticiona, a título de lucro cesante, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido si el CONTRATO SUB IÚDICE se hubiera ejecutado, por lo menos, hasta la terminación de su vigencia anual el 18 DE NOVIEMBRE DE 2018.

7.2. Pretensión Vigésima Quinta. Literal a). Indemnización especial del Art. 1324 CCO:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:
a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

Frente a la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Páginas 31 y 32: "En efecto, la prestación remuneratoria prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según se precisó, es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de agencia. En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización "equitativa" y "retributiva". (…) Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios, considerando los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra."
Sentencia de junio 22 de 2011. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial Número 11001-3103-010-2000-00155-01. Páginas 28 y 51: "Conforme a lo dicho, los motivos que antecedan la terminación del contrato de agencia, en nada afectan el pago de la cesantía comercial a favor del intermediario, pues ésta se fija de acuerdo a las ventas o la gestión de promoción y acreditación concreta del producto para uno o varios proyectos de venta en particular, efectuadas durante el lapso determinado en la norma; pero no sucede lo mismo con la ruptura anticipada o terminación abrupta del convenio, a instancia de una de las partes y sin razones valederas para ello, pues, si a dicha decisión le precede una causa injusta, se abona el camino para la prestación prevista en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, esa sí una verdadera indemnización pues resulta de imputar la causa de la ruptura al abuso de una de las partes. Por lo demás, el empresario podría pedir una indemnización, jamás cesantía, mientras que el Agente puede pedir ambas."

A partir de los incisos 2º y 3º del Art. 1324 CCO y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se pueden extraer las siguientes reglas: La indemnización especial del Art. 1324 CCO se causa en cualquiera de las siguientes tres hipótesis: (i) Cuando el empresario agenciado (COMCEL) revoque o de por terminado unilateralmente el

contrato, sin justa causa comprobada. (ii) Cuando el agente comercial (LA DEMANDANTE) de por terminado el contrato por justa causa I M P U T A B L E al empresario agenciado. (iii) Cuando el agente comercial de por terminado el contrato por justa causa P R O V O C A D A por el empresario agenciado (Art. 1327 CCO). (iv) El agente comercial (LA DEMANDANTE) puede reclamar la indemnización especial del Art. 1324 CCO juntamente con la Prestación Mercantil y con los demás perjuicios complementarios (daños emergentes y lucros cesantes).

La indemnización especial del Art. 1324 CCO es una indemnización "equitativa" con la cual se le retribuyen al agente comercial los esfuerzos que realizó para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. Para establecer el quantum de la indemnización especial del Art. 1324 CCO, la norma, originalmente, delegaba en un perito su tasación; veamos:

> ARTICULO 1324 CCO: (INCISO 2º y ss) Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato. Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.

Sin embargo, la H. Corte Constitucional, en la Sentencia C-990 de 2006, declaró inexequible el respectivo aparte:

> El Legislador reguló el tema de la terminación del contrato de agencia y sus efectos en dicha hipótesis de controversia y de actuación ante la jurisdicción de manera tal que asignó a los peritos una función que ellos de acuerdo con la Constitución (art 116 C.P.) no pueden cumplir. Con lo que desplazó además la función del juez y limitó su labor a un simple role de verificación de lo ya decidido por los peritos. En efecto en el segundo inciso del artículo 1324 el Legislador señaló imperativamente que la indemnización equitativa debida en esas circunstancias será "fijada por peritos". Empero es claro que al aludirse a una indemnización y además a una indemnización equitativa el Legislador no podía atribuir a los peritos la posibilidad de fijar dicha indemnización pues como se señaló en los apartes preliminares de esta sentencia los peritos en ningún caso pueden ser investidos de la función de administrar justicia. Es que en el presente caso se trata, como lo afirma el actor, de la determinación de una indemnización como consecuencia de la verificación de un daño o perjuicio antijurídico, así como de la existencia o no de justa causa comprobada para la terminación del contrato, por lo que la posibilidad de establecer el derecho a dicha indemnización y además su carácter equitativo son aspectos que solo quien está investido de la potestad de administrar justicia puede hacer. Si a ello se suma que el Legislador en este caso señaló que debería tratarse de una indemnización equitativa, es claro que introdujo un elemento

que como la equidad está por fuera de las reglas de valoración puramente objetiva y que solo corresponde establecer a los jueces.

En el caso sub iúdice, el Dictamen Pericial aportado por COMCEL se abstuvo de cuantificar la indemnización especial del Art. 1324 CCO reclamada por la convocante. En el DICTAMEN, en cambio, el perito constató los criterios que la propia norma extendió para que sea el H. Tribunal Superior de Bogotá quien, administrando justicia, determine el quantum equitativo. Estos criterios se hallan el inciso 3º del Art. 1324 CCO, así:

ARTICULO 1324 CCO: (Inciso 3º) Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Según resultó probado con el DICTAMEN, LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió **$623.444.400** en actividades mercadotécnicas que COMCEL verificó y aprobó, actividades con las cuales se promocionaron las marcas "Comcel" y "Claro" y se acreditaron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL, Veamos:

En el DICTAMEN aportado por LA DEMANDANTE rendido por el perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA se concluyó lo siguiente:

B.2.b)

¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió LA DEMANDANTE en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de COMCEL que fueron verificadas y aceptadas por esta última?

RESPUESTA

Siguiendo la metodología propuesta, si **COMCEL** le pagó a **LA DEMANDANTE** la suma de **$311.722.200** por concepto de comisión Plan Coop, es porque **LA DEMANDANTE**, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de **$623.444.400 ($311.722.200** X 2) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por **COMCEL**. La metodología propuesta en la pregunta coincide con la regla pactada en el numeral 4º del Anexo C del contrato(Anexo electrónico No. 7), así :

Prueba Dictamen Pericial aportado por LA DEMANDANTE, Páginas 32 y 33.

Lo anterior significa que LA DEMANDANTE como mínimo invirtió de su propio patrimonio en actividades promocionales y publicitarias para promover los productos y servicios de COMCEL, la suma de **$623.444.400**, puesto que el Anexo C del CONTRATO, se estableció que COMCEL le pagaría a LA DEMANDANTE por concepto de Comisión de Plan Co-op el 50% de los dineros que LA DEMANDANTE hubiese invertido en dichas actividades promocionales, una vez las mismas hubieran sido aprobadas y verificas por COMCEL:

ANEXO C

PLAN CO-OP PUBLICIDAD

13 DIC 2017
EUGENIO GIL GIL
NOTARIO 52 TITULAR
BOGOTA D.C.

El DISTRIBUIDOR calificado como Centro de Ventas y Servicios o Centro de Ventas y COMCEL han llegado a un acuerdo, para la creación de un fondo destinado a actividades de mercadeo y publicidad, dentro de las siguientes condiciones:

1. OBJETIVOS.

1.1 El Plan CO-OP ha sido establecido para motivar al Centro de Ventas y Servicios o Centros de Ventas a promover los productos y servicios.

(…)

4. DESTINO DEL FONDO DEL PLAN CO-OP.

Los dineros que conforman el Plan CO-OP se destinarán exclusivamente al pago del 50% de los costos en que incurra el Distribuidor en las siguientes actividades, previo cumplimiento de los requisitos previstos en este Anexo C:

COMO NOTARIO 52 DE ESTE CIRCULO HAGO CONSTAR QUE ESTA FOTOCOPIA COINCIDE CON EL ORIGINAL CON QUE HA SIDO CONFRONTADO.
13 DIC 2017
EUGENIO GIL GIL
NOTARIO 52 TITULAR
BOGOTA D.C.

4.1	Volantes
4.2	Publicidad interior
4.3	Publicidad exterior
4.4	Medios impresos
4.5	Merchandising
4.6	Radio
4.7	Televisión
4.8	Ferias y eventos
4.9	Paginas amarillas

Para actividades no incluidas en la lista de este numeral 4 el Distribuidor deberá solicitar la aprobación previa, expresa y escrita de la Vicepresidencia de Ventas, para que los dineros que conforman el fondo del Plan CO-OP sean aplicables a esas actividades no incluidas.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

Teniendo en cuenta (i) que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, (ii) que con su terminación LA DEMANDANTE perdió su fuente de ingresos operacionales, (iii) que con su terminación LA DEMANDANTE clausuró la empresa que organizó exclusivamente para ejecutarlo y (iv) que COMCEL continúa lucrándose de los ingresos provenientes de los clientes que LA DEMANDANTE vinculó a los Servicios de Telefonía Móvil Celular que la primera presta, nada resulta más equitativo que COMCEL le restituya a LA DEMANDANTE, a título de la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO, los **$623.444.400** con los cuales se retribuyen los esfuerzos de LA DEMANDANTE hizo para acreditar la marca y los servicios objeto del CONTRATO. Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por la indemnización especial y en equidad que según el inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO aquella le debe pagar a LA DEMANDANTE; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de $623.444.400

7.3. Pretensión Vigésima Quinta. Literal b). Comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, incluidas las comisiones causadas durante la última etapa contractual.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

DICTAMEN

C.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS

C.1.a)

Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE?

RESPUESTA

De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por **LA DEMANDANTE**, se estableció que las comisiones que **COMCEL** no liquidó ni le pagó a **LA DEMANDANTE**, en relación con el contrato de voz es de **$8.402.248**, en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:

CONCEPTO	MONTO
COMISIÓN POSPAGO	1.943.629
COMISIÓN RESIDUAL	3.947.884
COMISIÓN POR LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS	2.510.735
TOTAL COMISIONES PENDIENTES DE PAGO	8.402.248

VER Prueba: Pág. 34, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de $8.402.248

7.4. Pretensión Vigésima Quinta. Literal c). Comisiones por residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:
c) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

DICTAMEN
C.2.a) **Entre enero 1 de 2014 y la terminación del CONTRATO SUBIÚDICE, si COMCEL le hubiera pagado a LA DEMANDANTE la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, ¿cuál es la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir?** **RESPUESTA** Para establecer la cuantía de la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, que **LA DEMANDANTE** dejó de percibir, se consideran los siguientes supuestos (variables):

NOMBRE DE LA VARIABLE	VALOR DE LA VARIABLE
Fecha inicial:	Enero 1 de 2014
Fecha final:	Marzo 1 de 2018
Fuente de la información:	Ingresos por comisión residual de LA DEMANDANTE
Periodo pagado:	9 meses = 75%
Periodo por pagar:	3 meses = 25%

De acuerdo con las evaluaciones realizadas a **97 facturas**, los registros contables de **LA DEMANDANTE**, en el periodo comprendido entre enero 1° de 2014 y marzo 1° de 2018 recibió la suma de **$295.914.952.** En el siguiente cuadro se muestran las sumas contables recibidas en cada periodo:

PERIODO	MONTO RECIBIDO
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	72.909.630
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	92.558.952
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	67.297.937
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	55.252.666
Enero 1 a marzo 1 de 2018	7.895.767
TOTAL	**295.914.952**

¿Cuál es la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir?

Para establecer la cuantía de la comisión por residual que **LA DEMANDANTE** dejó de percibir, se calcula la diferencia entre el monto que habría recibido y el monto recibido según la contabilidad**.** El resultado de esta operación es de **$98.638.317** (**$394.553.269** - **$295.914.952**). En el siguiente cuadro se muestran las diferencias en cada periodo:

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)	MONTO RECIBIDO SEGÚN CONTABILIDAD (75%)	DIFERENCIA (25%)
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	97.212.840	72.909.630	24.303.210
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	123.411.936	92.558.952	30.852.984
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	89.730.583	67.297.937	22.432.646
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	73.670.221	55.252.666	18.417.555
Enero 1 a marzo 1 de 2018	10.527.689	7.895.767	2.631.922
Total	**394.553.269**	**295.914.952**	**98.638.317**

VER Prueba: Pág. 34 a 37, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora. Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de $98.638.317

7.5. Pretensión Vigésima Quinta. Literal f). Comisiones por permanencia: Eliminación de la comisión.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:
f) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

DICTAMEN
C.4.b) **Si COMCEL no hubiera eliminado esta comisión, ¿cuánto habría devengado LA DEMANDANTE por dicho concepto desde la fecha de su eliminación y hasta la fecha de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE?** **RESPUESTA** Para establecer cuánto habría devengado **LA DEMANDANTE** por dicho concepto, el perito elaboró y ejecutó el siguiente procedimiento de cálculo: - Se establece el monto total de las comisiones por permanencia pagadas por **COMCEL** a **LA DEMANDANTE**, en los últimos doce meses antes de su eliminación. - Se determina el promedio diario recibido por **LA DEMANDANTE**, en los últimos doce meses antes de su eliminación.
- Se calcula el monto de las comisiones que habría recibido **LA DEMANDANTE** entre julio 1º de 2014 y marzo 1º de 2018, multiplicando el número de días entre las dos fechas anteriores y el promedio diario recibido por **LA DEMANDANTE** en los últimos doce meses antes de su eliminación.

3-Valor que habría recibido LA DEMANDANTE, entre julio 1º de 2014 y marzo 1º de 2018. El monto de las comisiones por permanencia que habría recibido **LA DEMANDANTE** es de **$211.986.660** *($158.199 x 1.340 días)*. En el siguiente cuadro se muestra el detalle del cálculo:

NOMBRE DE LA VARIABLE	VALOR DE LA VARIABLE
Promedio diario: $57.742.515 ÷ 365 =	**158.199**
Fecha eliminación de la comisión:01/07/2014	1/07/2014
Fecha terminación del contrato:01/03/2018	1/03/2018
Número de días entre: 01/07/2014 y 01/03/2018	1.340
COMISIÓN POR PERMANENCIA QUE HABRÍA RECIBIDO: $158.199 x 1340 días =	**211.986.660**

En el anexo siguiente, se muestran los libros auxiliares de contabilidad y cálculos anteriores:

Anexo electrónico No. 36-C.4.b-Facturas y libro auxiliar de contabilidad de permanencia en pospago

Con fundamento en lo anterior, se puede indicar que, si COMCEL no hubiera eliminado esta comisión, LA DEMANDANTE habría devengado por dicho concepto desde la fecha de su eliminación (julio 1 de 2014) y hasta la fecha de terminación del contrato (marzo 1º de 2018), la suma de $211.986.660.

VER Prueba: Pág. 43 a 45, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora. Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de $211.986.660

7.6. Pretensión Vigésima Quinta. Literal k). Lucro Cesante.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:
k) A título de lucro cesante, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido si el CONTRATO SUB IÚDICE se hubiera ejecutado, por lo menos, hasta el día en que vencían las pólizas que COMCEL le exigió constituir a LA DEMANDANTE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA LITERAL K): Si se rechaza la condena peticionada como principal en el LITERAL K) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA, en subsidio de peticiona, a título de lucro cesante, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido si el CONTRATO SUB IÚDICE se hubiera ejecutado, por lo menos, hasta la terminación de su vigencia anual el 18 DE NOVIEMBRE DE 2018.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

DICTAMEN

C.5.b)

Calcular las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido con la normal ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, daño que deberá abarcar el periodo comprendido entre fecha en la que se terminó el contrato (1 de marzo de 2018) y la fecha de terminación anual prevista inicialmente en el contrato (29 de septiembre de 2018).

RESPUESTA

Para calcular las comisiones y utilidades que **LA DEMANDANTE** hubiera percibido con la normal ejecución del contrato, a nuestro juicio se consideraron las siguientes variables, supuestos, fuentes de información y fórmulas:

NOMBRE DE LA VARIABLE	VALOR DE LA VARIABLE
Fecha inicial del cálculo: Terminación del contrato	1 de marzo de 2018
Fecha final del cálculo: Terminación anual prevista en el contrato	29 de septiembre de 2018
Número de días entre terminación del contrato (01/03/2018 y la fecha en la que vencía su prórroga anual 29/09/2018)	213
Promedio de las comisiones de los últimos tres años	$835.641.520
Promedio de los descuentos por kits prepago de los últimos tres años	$187.723.533
Promedio de los descuentos por sim cards de los últimos tres años	$18.852.988
Promedio de ingresos por concepto de notas crédito de los últimos tres años	$33.231.321
Promedio de los ingresos por recargas de los últimos tres años	$6.794.667
Total promedios de comisiones, descuentos e ingresos de los últimos tres años:$835.641.520+$187.723.533+$18.852.988+$33.231.321+$6.794.667=	$1.082.244.029
Promedio diario: Total promedios de comisiones, descuentos e ingresos:$1.082.244.029 ÷ 365 =	$2.965.052
Total valor que habría recibido: Promedio diario por el número de días entre la fecha inicial y la fecha final:$2.965.052 x 213 días =	**$631.556.076**

Con sustento en lo anterior, se puede indicar que el cálculo de las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido con la normal ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, desde el periodo comprendido entre fecha en la que se terminó el contrato (marzo 1º de 2018) y la fecha de terminación anual prevista inicialmente en el contrato (septiembre 29 de 2018), es de $631.556.076.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora. Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño

directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de $631.556.076

7.7. Pretensión Vigésima Sexta: Intereses Moratorios sobre las indemnizaciones reclamadas.

VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

1. Las condenas a que se refieren los literales a) b), c), f) y k) de la Pretensión Vigésima Quinta provienen de obligaciones mercantiles de carácter dinerario: En efecto, las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó, las comisiones por residual que COMCEL no liquidó ni pagó por haber excluido los tres primeros de causación y las comisiones por permanencia pospago que COMCEL no liquidó ni tampoco pagó a partir del 1º de julio de 2014 y hasta la terminación del CONTRATO, son todas ellas obligaciones mercantiles por cuanto las mismas tuvieron por fuente un contrato de Agencia Comercial, contrato que está nominado y regulado en el estatuto mercantil; estas comisiones son, asimismo, obligaciones dinerarias.

2. Art. 65 de la Ley 45 de 1990. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refieren los literales b), c), f) y k) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990, establece:

   ARTICULO 65 de la LEY 45 DE 1990: Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

   A propósito del Art. 65 de la Ley 45 de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, BOGOTÁ, D.C., VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001), REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 5876: De conformidad con este artículo 65 -Ley 45 de 1990-, que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, **se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles**, como otrora se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que se trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal.

3. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refieren los literales a), b), c), f) y k) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 1615 CC, establece:

> ARTICULO 1615 CC: **Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora**, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

4. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora?: Regla del numeral 3º del Art. 1608 CC: COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil desde que se le notificó el Auto Admisorio de la demanda: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

> ARTICULO 94 CGP: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. (Inciso 2º) La notificación del auto admisorio de la demanda… produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin… Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

COMCEL, con fundamento en el numeral 3º del Art. 1608 CC y el inciso 2º del Art. 94 CGP, quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

> **CONCLUSIÓN: COMCEL quedó constituida en mora el 2 DE AGOSTO DE 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda.**

5. Cuantificación de los intereses moratorios: El Juez A quem, deberá REVOCAR e la Parte Resolutiva de la SENTENCIA, y en su lugar, deberá declarar la prosperidad de la Pretensión Vigésima Sexta de la demanda reformada:

VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiendo que se continuarán causando hasta la fecha del pago.

7.8. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR los siguientes segmentos de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

RESUELVE

1. Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del Contrato de Agencia Comercial por ausencia de los elementos esenciales"
2. Negar las Pretensiones de la Demanda

Y en su lugar, CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas de dinero:

1. Indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO, (literal a de la Pretensión 25): **$623.444.400.**
2. Comisiones causadas y no pagadas durante la última etapa contractual (literal b de la Pretensión 25): **$8.402.248.**
3. Comisión por Residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación (literal c de la Pretensión 25): **$98.638.317.**
4. Comisión por Permanencia pospago: Eliminación de la comisión (literal f de la Pretensión 25): **$211.986.660.**
5. Lucro Cesante, comisiones que se habrían percibido en caso de que el contrato estuviese vigente hasta la finalización de su vigencia anual: (literal k de la Pretensión 25): $**631.556.076.**
6. Intereses moratorios causados sobre las anteriores sumas de dinero, causados desde la notificación del auto admisorio de Demanda y hasta el pago (Pretensión 26).

8. GRUPO DE REPAROS relativos a las actas de conciliación de cuentas que las partes suscribieron con fundamento en el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO.

Se solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima séptima de la demanda reformada y, en consecuencia, DECLARAR: (i) Que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. (ii) Que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, "expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes", y (ii) por efecto, el otorgar "un paz y salvo parcial". (iii) Que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer "paz y salvos parciales".

8.1. Pretensión Vigésima Séptima: Pretensión relativa a las denominadas "actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita: a) Declarar que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron acuerdos conciliatorios en los términos de la Ley 640 de 2001. b) Declarar que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. c) Declarar que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, "expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes", y (ii) por efecto, el otorgar "un paz y salvo parcial". d) DECLARAR que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer "paz y salvos parciales".

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: Si se considera que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación" suscritas por las partes fueron verdaderos negocios de

transacción, se solicita en subsidio lo referido en los siguientes literales (i) y (ii): (i) DECLARAR que tales transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activaciones en planes pospago y por legalizaciones de Kits Prepago. (ii) DECLARAR, en consecuencia, que todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron objeto de transacción".
SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL En caso de que se niegue prosperidad a la anterior pretensión denominada PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SEXTA LITERAL D, en subsidio se solicita declarar, con fundamento en el artículo 2475 del C.C. y en el artículo 2475 del Código de Comercio y en los Precedentes Judiciales, que la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, era renunciable únicamente desde la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, de tal manera que no resultan válidas aquellas transacciones celebradas entre las Partes antes de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE que hubiesen tenido por objeto la Prestación Mercantil.

8.2. Pruebas que no fueron valoradas por el Juez a quo al decidir el problema jurídico sobre la inexistencia de contrato de transacción.

A continuación, son referidas las pruebas obrantes en el expediente sobre las cuales el Juez a quo erró al no efectuar la valoración en conjunto ordenada por el Art. 176 CGP, cuando analizó el problema jurídico relativo a la existencia de contratos de transacción suscritos por las Partes con objeto del CONTRATO:

a) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas" correspondían y se identificaban con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, las cuales tenían: (i) por objeto, "expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes", y (ii) por efecto, el otorgar "un paz y salvo parcial".

- **CONTRATO**:

El CONTRATO en su inciso 2º de la cláusula 30 estableció que COMCEL y LA DEMANDANTE cada doce meses suscribirían actas de conciliación de cuentas para expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes, otorgando un paz y salvo parcial:

Cláusula 30. Inciso 2º del CONTRATO: Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Diez (10) días antes de los doce (12) meses, COMCE, remitirá el acta de conciliación y, si no recibiere observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores, caducará el derecho del DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo y, será firme y definitiva.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. CONTRATO

- **INTERROGATORIO DE PARTE DE COMCEL.**

En el interrogatorio de parte de COMCEL rendido por su representante legal Felipe García, obrante en el expediente del proceso, se confirma que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas" correspondían y se identificaban precisamente con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO:

Interrogatorio de parte de COMCEL- Representante Legal	
[APODERADO DISTRITEK]: El contrato dice lo siguiente en ese inciso segundo es "durante la vigencia de este contrato cada 12 meses las partes suscribirán actas de conciliación de cuentas en las que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial, yo le preguntó doctor Felipe esos documentos adosados al expediente que tienen el título de transacciones ¿corresponden a estas actas de conciliación de cuentas establecidas en el inciso segundo de la cláusula 30 el contrato?	[FELIPE GARCÍA]: Perdón, si, si señor, así es.

- **TESTIMONIO DE EVELIO ARÉVALO.**

En el testimonio rendido por Evelio Arévalo Duque, obrante en el expediente del proceso, se confirma que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas" correspondían y se identificaban precisamente con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO DISTRITEK]: En relación con esta acta y con las demás similares que obran en el expediente yo quisiera ponerle presente la cláusula 30 inciso segundo del contrato que dice lo siguiente: si, ya la busco, de hecho busquémosla desde acá. Listo, mi pregunta es la siguiente en esa cláusula cito el segundo inciso que dice lo siguiente: "*durante la vigencia de este contrato cada 12 meses las partes suscribirán actas de conciliación de cuentas en las que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial*", mi pregunta doctor Evelio si ¿esas actas de conciliación de cuentas que se refieren en el contrato inciso	[[TESTIGO EVELIO AREVALO DUQUE]: [EVELIO ARÉVALO]: Si.

segundo corresponden a estos documentos obrantes en el expediente titulados actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas?.	
[APODERADO DISTRITEK]: Doctor Evelio ¿usted recuerda si antes de la finalización del contrato DISTRITEK elevó algún tipo de queja o reclamo o controversia hacia COMCEL?	[EVELIO ARÉVALO]: ¿En la suscripción de estas actas o en la operación?
[APODERADO DISTRITEK]: En general, si le elevó algún tipo de reclamo, reclamación, queja, controversia antes de la terminación del contrato. [JUEZ]: La pregunta es en general, alguna reclamación en general.	[EVELIO ARÉVALO]: No, que recuerde no,

- **TESTIMONIO ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ.**

En el testimonio rendido por Andrés Francisco Martínez, obrante en el expediente del proceso, se confirma que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas" no tenían por objeto solucionar controversias entre las Partes o hacer concesiones recíprocas, sino que se remitían y firmaban periódicamente con paz y salvos parciales de cuentas:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, quiero hacerte una pregunta en relación Andrés Francisco con unos documentos denominados actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas ¿tú tuviste conocimiento de esos documentos en relación con DISTRITEK y los demás miembros de la red?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Si señor, digamos que ese documento desde el resorte de injerencia de comisiones lo que hacíamos era más o menos 2 veces al año enviarle una acta a los distribuidores para que dijéramos pudiéramos tener a la fecha que estuviera definido decir si todo está al día de los pagos que se habían hecho, si tenían reclamos o cosas pendientes, entonces como era el proceso digamos que abrir tica 17 de mayo más o menos estábamos diciéndole que las cuentas a junio del 2022 si estaban al día ¿por qué tan demorada en caso de que son como siete u ocho meses después? Era pues para haber dado tiempo que esos pagos que les dio que dio al en el tiempo de los seis meses y demás ya se hubiesen ejecutado, entonces decíamos al exterior mire, aquí está el acta donde dice que

	estamos con las cuentas al día hasta la fecha de junio del 2022, si no es así pues se envíenos los reclamos que usted tenga abiertos, entonces los distribuidores nos podrías decir listo o nos veían decir no se enviaba de reclamos, no mire usted por allá enero de 2022 debe todavía esto, nosotros revisamos ser reclamo, se lo respondíamos y le decíamos si ya se había apagado, sino se pagaba era porque no cumplía una condición que condición era, si esta por algún error de liquidación se generaba el pago y pues ya surtiendo esta tapa se buscaba que el distribuidor firmara. Había unos que podían firmar otros que no firmaban
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Gracias Andrés Francisco, ¿Andrés Francisco esos documentos se le remitían a DISTRITEK por alguna circunstancia específica o se remitían simplemente de manera periódica por ejemplo cada seis meses o cada 12 meses?.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Desde mi gerencia lo que hacíamos era remitirlos a todos los distribuidores más o menos tratábamos de que fuéramos dos veces al año en promedio para poder tenerlo como los periodos ya que las partes teníamos claros que se había ya generado los pagos a los que había lugar.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Es decir que se remitían en esos períodos que tú refieres a todos los miembros de la red indistintamente.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Si señor.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, ¿esos documentos se le remitían a DISTRITEK en virtud de que hubiera entre Comcel y DISTRITEK una controversia, un conflicto, una disputa?.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Lo que les digo o sea al final esto siempre podían tener un canal abierto de reclamos, lo que de la gerencia de comisiones buscábamos era poder saber que ya con la firma se habíamos que había ahí para atrás teníamos todas las cuentas claras entre ambas partes y pues de ahí en adelante ya sabíamos que estábamos todo el flujo de proceso, pero pues de ahí para atrás estaba cerrado, ese era el objetivo desde comisiones.

[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Okey, con la venia de su señoría quisiera ponerle presente al doctor Andrés Francisco que ese contrato para hacer una pregunta específica sobre una cláusula del mismo es la cláusula 30 inciso segundo. [JUEZ]: Si doctor, siga. [APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Gracias, bueno es ese contrato que fue aportado de la demanda 29 de septiembre de 2011 y quisiera preguntarle Andrés Francisco sobre la cláusula 30 inciso segundo, Aquí esta, entonces esta cláusula en el inciso segundo dice lo siguiente, Andrés Francisco disculpa ¿estas pudiendo observar el documento?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Si señor, sí.

[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Entonces aquí en el inciso segundo, segundo párrafo dice abro comillas "durante la vigencia de este contrato cada 12 meses las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que expresen los valores y conceptos recibidos de las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada uno y se otorgue un paz y salvo parcial", yo te pregunto Andrés Francisco ¿esos documentos de los que hemos venido hablando que obran en el expediente denominados acta de conciliación, transacción o compensación de cuentas se identifican con estas actas de conciliación de cuentas indicadas en el contrato de la cláusula de 30 inciso segundo?.	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Pues digamos que yo no manejo el contrato, pero entendería que sí, y digamos lo que si menciona es que como lo manejamos desde comisiones era sobre todos los saltos que general de comisiones, no manejaba digamos otros temas ya de cartera o algo que de pronto no tenga yo visual, pero entendería que si con lo que dice ahí.

b) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró respecto de las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" que no eran suscritas con el objeto de solucionar alguna diferencia litigiosa existente entre ellas, para terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual.

- **DECLARACIONES DE LAS PARTES.**

En la Declaración de Parte de LA DEMANDANTE se confirmó que los documentos "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" no eran documentos suscritos por COMCEL con los miembros de su red para solucionar alguna diferencia litigiosa o precaver un litigio, tal y como se requiere de un contrato de transacción, puesto que la primera vez que se suscitó entre las Partes con objeto del CONTRATO una diferencia o controversia litigiosa, fue al momento de la terminación del mismo y los documentos "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" fueros suscritos muchos años antes de la terminación del CONTRATO.

c) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró respecto de las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE: (i) que la última de las mismas fue suscrita con fecha de corte del 31 de diciembre de 2014, es decir, casi cuatro (4) años antes de la terminación del CONTRATO, (iii) que las mismas no tuvieron por objeto transar los asuntos referidos con las pretensiones de la Demanda:

- **EL ACTA DE CONCILIACIÓN DE CUENTAS CON CORTE 31 DE DICIEMBRE DE 2014.**

En el expediente, con la contestación de la demanda, COMCEL aportó la última de las actas suscritas por las partes denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", la cual indica que su fecha de corte es el 31 de diciembre de 2014, lo que comprueba que el último de estos documentos suscritos por las partes hacía referencia a cuestiones relativas al CONTRATO acontecidas hasta el 31 de diciembre de 2014. Dice la referida Acta lo siguiente:

> "(…) Entre las partes se han presentado discrepancias acerca de la causación y monto de las prestaciones, comisiones y bonificaciones que se mencionan en el numeral anterior y que según los Contratos se encuentran a cargo de COMCEL y a favor del Distribuidor, con corte a 31 de diciembre de 2014 (…)

VER Pruebas Actas – Contestación de la Demanda COMCEL.

Además, en esta acta, la misma circunscribe su objeto únicamente a "diferencias" en cuanto a comisiones por activación y por residual pospago y comisiones por legalización prepago, es decir, que de ninguna forma cobija asuntos relacionados con la prestación mercantil y la indemnización especial de la agencia comercial. Al respecto el Acta es clara cuando refiere lo siguiente:

"3. En dicho(s) contratos se estipuló que la labor del Distribuidor sería remunerada únicamente con las sumas de dinero que se pagarían por los siguientes conceptos:
a) En cuanto a los servicios postpago: comisiones por activación y por residual.
b) En cuanto a los servicios prepago: bonificaciones por legalización oportuna de documentos de venta de Kits Prepago.

4. Entre las partes se han presentado discrepancias acerca de la causación y monto de las prestaciones, comisiones y bonificaciones que se mencionan en el numeral anterior y que según los Contratos se encuentran a cargo de COMCEL y a favor del Distribuidor, con corte a 31 de diciembre de 2014"

VER Pruebas Actas – Contestación de la Demanda COMCEL

Las pruebas citadas en los anteriores literales, como parte de una valoración conjunta del acervo probatorio efectuada en relación con las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", corroboraron de forma manifiesta y evidente, los siguientes hechos, disímiles a los hechos que la SENTENCIA declaró probados:

1. Que los documentos suscritos por LA DEMANDANTE y COMCEL, obrantes en el expediente y denominados "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", corresponden y se identifican con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, las cuales sólo tenían por objeto expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias u deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada parte con el objeto de otorgarse paz y salvos parciales. Es decir, que eran documentos para consignar acuerdos sobre conciliaciones de cuentas y no contratos de transacción.

2. Que la primera vez que entre LA DEMANDANTE y COMCEL se presentó una diferencia o controversia litigiosa fue con la terminación del CONTRATO y no antes, por lo cual, los documentos suscritos por LA DEMANDANTE y COMCEL, obrantes en el expediente denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", suscritos varios años antes de la terminación del CONTRATO, no tuvieron por objeto resolver diferencias y conflictos litigiosos entre las partes y, en consecuencia, no fueron contratos de transacción. No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que los documentos denominados "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", se encuadren como contratos de transacción en los términos del Art. 2469 del Código Civil.

3. Que la última de las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", se firmó por las partes con corte a 31 de diciembre de 2014, por lo cual, estos documentos no tuvieron por objeto ningún asunto relativo a las prestaciones, comisiones y bonificaciones causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2014 o como

consecuencia de la terminación del CONTRATO. No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que los documentos las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", hubiesen transigido todas las cuestiones prestaciones, comisiones y bonificaciones causadas durante la ejecución del CONTRATO.

8.3. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta lo referido, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá revocar los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA y declarar la prosperidad de la Cláusula Vigésima Séptima de la Demanda Reformada.

9. GRUPO REPAROS relativos a la inexistencia de pagos anticipados de la Prestación Mercantil.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probadas las pretensiones décima cuarta a décima sexta de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar, con fundamento en el inciso 6º del Artículo 264 del CGP, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes (Art. 1622-3 del CC), que COMCEL, durante la ejecución del CONTRATO, nunca le pagó a LA DEMANDANTE, de manera anticipada, parte de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

9.1. Pretensiones Décima Quinta y Décima Sexta: Inexistencia de pagos anticipados de la Prestación Mercantil

PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA: Se solicita: a) Declarar que COMCEL, en el año 2007, le impartió la instrucción a LA DEMANDANTE de dividir en adelante su facturación en dos, una que representara el 80% de las comisiones liquidadas y otra que representara el 20% restante, estas últimas emitidas con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones". b) Declarar que COMCEL condicionó el pago de las facturas al cumplimiento de la susodicha instrucción. c) Declarar

que esta división en la facturación no significó un incremento del 20% en la remuneración que contractualmente venía recibiendo LA DEMANDANTE. d) Declarar que COMCEL contabilizó en la subcuenta 233520 que corresponde a "Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES", el ciento por ciento de las facturas que LA DEMANDANTE le emitió, incluidas aquellas emitidas con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", de tal manera que, según los propios registros contables de COMCEL, los pagos hechos a LA DEMANDANTE se hicieron siempre y en todo caso a título de comisiones propiamente dichas. e) DECLARAR que COMCEL, al momento de cancelar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", pagó el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a una tasa del 16% (19% a partir del 1º de enero de 2017) y practicó retenciones en la fuente a una tasa del 11%. f) DECLARAR que la Prestación Mercantil a que se refiere el inciso 1º del Art. 1324 CCO no tipifica un hecho generador del impuesto del IVA, y la misma corresponde con "otro ingreso tributario" cuya retención en la fuente se debe practicar a una tasa menor (del 2.5%) que la que se aplica cuando se pagan comisiones propiamente dichas. g) DECLARAR que COMCEL, al momento de pagar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", causó IVA y practicó retenciones en condiciones contables y tributarias que son propias del pago de comisiones y no de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO. h) DECLARAR, con fundamento en el Art. 1552 CC, que los pagos anticipados que se realicen por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, al estar dicha prestación sometida a un plazo que tiene el valor de una condición (v. gr. la terminación del contrato de agencia comercial), están sujetos a restitución, de tal manera que si COMCEL los hubiera hecho, los mismos constarían en los ACTIVOS de COMCEL y en los PASIVOS de LA DEMANDANTE. i) DECLARAR que en los ACTIVOS de COMCEL no hay registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados hechos a favor de LA DEMANDANTE por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO. j) DECLARAR que en los PASIVOS de LA DEMANDANTE no hay registro alguno que dé cuenta de pagos anticipados recibidos por parte de COMCEL por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

PRETENSIÓN DÉCIMA SEXTA: DECLARAR, con fundamento en el inciso 6º del Artículo 264 del CGP, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes (Art. 1622-3 del CC), que COMCEL, durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, nunca le pagó a LA DEMANDANTE, de manera anticipada, parte de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

9.2. Como resultó probado en el proceso, COMCEL, como predisponente del CONTRATO, intentó, de múltiples maneras, eludir las consecuencias económicas del contrato de Agencia Comercial.

Estos esfuerzos fueron concebidos y ejecutados mediante sofisticadas construcciones jurídicas que tienen apariencia de validez y que tienen el potencial de inducir a error a

los Jueces de la República. Uno de estos esfuerzos se halla en el inciso 3º de la cláusula 30 del CONTRATO, el cual reza:

> 30. Conciliación, compensación, deducción y descuentos. (Inciso 3º) Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza."

CONTRATO SUB IÚDICE. Exhibido por COMCEL.

COMCEL, a partir de esta cláusula, propuso la excepción de mérito de supuesto pago anticipado; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada Excepción:

5.13. PAGO DE TODAS LAS OBLIGACIONES A CARGO DE COMCEL

5.13.10. Inclusive, pagó de forma anticipada una eventual indemnización, prestación o cualquier suma de dinero que por cualquier circunstancia se llegase a deber a la finalización del contrato, mediante el 20% que se incluía en el reconocimiento de los valores que le eran cancelados a la demandante, tal y como constaba en el inciso 3 de la cláusula 30 del Contrato de Distribución el cual dispone que:

5.13.16. De tal forma, DISTRITEK no puede desconocer los valores que recibió a título de pago anticipado de indemnizaciones y prestaciones para solicitar que nuevamente le sean pagados los mismos conceptos, siendo que:

a) El pago anticipado se entiende como un pago real y efectivo porque entra al patrimonio del acreedor como propietario del mismo, es decir de DISTRITEK generando como efecto la extinción de las obligaciones a cargo del deudor, en este caso Comcel, siendo irrevocable el mismo.
b) DISTRITEK consintió desde el inicio de la relación contractual que el veinte por ciento (20%) del valor mensual que hubiera recibido por Comcel, constituía un pago anticipado de cualquier indemnización o prestación que fuera exigible a esta sociedad en virtud de la ejecución y terminación del Contrato de Distribución.
c) Además, los pagos que Comcel efectuó a DISTRITEK, de manera anticipada, cumplen con la totalidad de los requisitos legales y especialmente aquellos previstos en el Decreto 2649 de 1993, como se demuestra con la prueba pericial que se aportará, y Comcel los ha venido registrando en su contabilidad en la cuenta aplicable.
d) En esta medida, los pagos anticipados que se efectuaron a lo largo de la relación contractual entre DISTRITEK y Comcel, contablemente implican un ingreso efectivo a favor del patrimonio de DISTRITEK y un gasto efectivo a cargo de Comcel.

VER Prueba: Contestación de COMCEL.

9.3. El inciso 3º de la Cláusula 30 del CONTRATO es NULO:

Esta regla contractual, como se demostró en el REPARO SEGUNDO del presente escrito de sustentación, es NULA. Su invalidez derrota, ab initio, los intentos de COMCEL por eludir el pago completo de la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

Los argumentos que soportan su invalidez se hallan expuestos, entre otros, en los siguientes laudos arbitrales que LA DEMANDANTE aportó al expediente con la demanda:

PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL S.A.
Señala esta cláusula una inadmisible regulación negocial, ya que establece que, de cada pago que recibiera PUNTO CELULAR, el 20% del mismo cubriría, además de lo que naturalmente debía pagar, cualquier suma que llegare a adeudársele por cualquier causa y por cualquier concepto, entre los que se destacan prestaciones e indemnizaciones. Muy fácil resultaría eludir el cumplimiento de obligaciones si una cláusula de tal contenido fuese admitida. Constituiría patente de corso para que COMCEL incumpliera a su antojo sin ninguna consecuencia. Si se admitiera que dentro de lo pagado a PUNTO CELULAR, el 20% constituye la indemnización de perjuicios, anticipada, por cualquier incumplimiento ¿qué efectos jurídicos traería consigo la inejecución de las obligaciones a cargo de COMCEL? Ninguna. ¿Qué la compelería a cumplir? Nada. Si aflorara, como en efecto afloró, la verdadera naturaleza del contrato y se admitiera que dentro de lo pagado a PUNTO CELULAR el 20%, además de ser la indemnización anticipada de cualquier perjuicio, fuera también el pago, igualmente anticipado, de la prestación consagrada para los agentes en el artículo 1324, ¿cómo diferenciar y precisar la causa de las diversas obligaciones? ¿Cómo diferenciar qué se cubre por concepto de comisión y qué por cesantía comercial? Admitir la estipulación equivaldría al absurdo de permitir que lo pagado por comisiones por activación de clientes al Servicio de Telefonía Móvil Celular, fuera menor a lo debido, puesto que en tal caso lo pagado por esa causa sería solamente el 80% de tal rubro. Se trataría de un pago que, además de inexistente, resultaría todopoderoso como quiera que solucionaría cualquier incumplimiento, cualquier obligación por cualquier causa y por cualquier concepto. Y nótese que la cláusula en ningún momento dispone que a la totalidad de lo pagado a PUNTO CELULAR, se le deba calcular un 20% adicional para cubrir de esa manera la prestación señalada en el artículo 1324 del Código de Comercio u otros conceptos. Nada de eso. El texto de la cláusula es claro al decir que dentro de los valores que reciba el distribuidor el 20% es el mencionado pago que todo lo cubre. Pues esto es sencillamente inadmisible. Lo abusivo de la estipulación salta a la vista. El desmedido desequilibrio que genera contra el adherente, la reprochable y exorbitante ventaja que sin la mínima razonabilidad busca a favor del predisponente pone en evidencia lo vejatorio de la cláusula. No escapa al Tribunal la posibilidad, jurisprudencialmente reconocida, de pagar la cesantía comercial durante la vigencia del contrato, pero ni esto es lo que regula la cláusula que se comenta, ni está demostrado que se haya verificado el pago del referido porcentaje. Así lo declarará el Tribunal, con efecto de nulidad absoluta de la estipulación. (Páginas 117 a 120).

FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs COMCEL S.A.
Aunque es verdad que en torno del artículo 1324 el Código Civil la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad que las partes convengan su pago anticipado, no es menos cierto que la Corporación le ha negado valor a ese pago realizado con antelación al decir claramente que "esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas.civ. de 2 de febrero de 2001; exp.:5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló -en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co., como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere". (Sentencia de 26 de febrero de 2015). Estudiada esa estipulación, al confrontarla con los argumentos expuestos a lo largo de esta decisión y específicamente con las deducciones indicadas cuando se examinaron en conjunto las distintas circunstancias alrededor de la cláusula 12.2 del contrato 839 de julio de 1998, prontamente emerge la conclusión consistente en que, todas a una, establecen sin dubitación que con esta cláusula abusiva, como con muchas otras, se pretendía burlar la prestación reconocida en el citado artículo 1324 del Código de Comercio, como una manifestación más del abuso del derecho por parte de quien predispuso el pacto. Además, destaca el Tribunal, no deja de sorprender cómo es posible que si en la redacción de esta y otras estipulaciones la misma convocada expresaba que el vínculo negocial con Fase descartaba la agencia comercial, ahí mismo, extraña y paradójicamente se contemplaba la hipótesis contraria o sea el pago anticipado de la cesantía comercial. Luego, si en el contrato aducido como en otros documentos allegados, se avizora esa posición bifronte de la sociedad demandante, faltando así a la claridad, probidad, razonabilidad y buena fe debidas, por este solo aspecto habrá de invalidarse la estipulación transcrita con la consiguiente declaración de nulidad. Como se dijo en el laudo arbitral de Autos del Camino Ltda., contra Comcel S.A., proferido el 16 de diciembre de 2008: "*Sorprendente que se haya previsto el pago anticipado de una prestación que los mismos textos califican de jurídicamente imposible (reforzada esta posición con compensaciones por favores recibidos, obligaciones de renuncias futuras y multas liquidables con la misma fórmula de cesantía. Y decimos que sorprende, porque en todos los contratos hay manifestaciones explícitas, según las cuales la relación entre las partes jamás se podría considerar agencia. El Tribunal encuentra una contradicción estructural, en afirmar con tanta reiteración que el contrato no es de agencia, e incluir, al mismo tiempo, todas estas cláusulas que indican la convicción contraria. Leídas dichas disposiciones, es notoria la grande preocupación de quien concibió el texto, por el riesgo de una reclamación del agente. Y esto lleva al Tribunal a la reflexión de que si en realidad COMCEL, al concebir y elaborar el contenido del contrato, hubiera guardado la convicción inmaculada de que no se trataba de uno de agencia mercantil, tales previsiones habrían resultado inútiles o, por lo menos, tremendamente exageradas. Ellas evidencian, sin duda alguna, la insinceridad del predisponente del texto del contrato y su mala fe en evadir los mandatos imperativos de la agencia, para privar al distribuidor de su posibilidad de exigir la cesantía comercial y el pago de eventuales indemnizaciones*." (…) Por lo tanto en cuanto a este punto no prosperan las excepciones de pago y compensación. (Páginas 88 a 90).
EVER GREEN COMUNICATIONS S.A. Vs COMCEL S.A.
… el inciso tercero establece una previsión que desborda los límites de los derechos propios y abusa de los ajenos por cuanto establece una ficción, según la cual, la remuneración del distribuidor se imputa

en un 20% para la eventualidad en que el operador sea condenado o deba pagar alguna prestación, indemnización o bonificación. Lo anterior implica que esa imputación es condicionada y conduciría a que la remuneración del operador varíe según las condiciones futuras y, particularmente, las decisiones judiciales. Cuando las partes ajustan los contratos definen, en esencia, el objeto de los mismos, la remuneración y las obligaciones de las partes pero esa remuneración, una vez causada, es única y no puede estar sometida a una condición que afecte su causación y destinación para que solo beneficie a Comcel si por efectos de decisión arbitral que se adopte, ésta debiere reconocer a la Convocante su calidad de agente comercial. En ese sentido, la naturaleza de los contratos es la que corresponda a la realidad, con prescindencia del nombre que las partes le han dado o de las previsiones que estén orientadas a esconder tal realidad, especialmente cuando se trata de normas de orden público como aquellas previstas para proteger al agente en el contrato de agencia comercial. De manera que la remuneración pactada será la que deba asumir el deudor y su monto y condiciones no pueden estar sometidos al sentido de la decisión arbitral y mucho menos al reconocimiento judicial de la naturaleza de la relación contractual que unió a las partes. Resulta un contrasentido entender que si no se produce un fallo judicial contra el operador la remuneración del distribuidor sea del 100%, pero que si se produce, aquella se reduce a un 80%, para que, automáticamente, se tenga por pagada total o parcialmente la condena y, eventualmente, quede un saldo imputado a una condena no producida que daría incluso lugar a restitución al configurarse el término de prescripción de las acciones. Para el Tribunal la previsión no es nada diferente a un mecanismo orientado a desvirtuar de entrada, por la vía de una imputación irreal, la naturaleza de agencia comercial del contrato sub iúdice que Comcel se ha resistido a reconocer, honrando las prestaciones que surgen a la terminación del contrato, particularmente la denominada cesantía comercial, por lo cual concluye que la estipulación es abusiva y conduce a la declaratoria de ineficacia.

LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL S.A.

En cuanto al pago anticipado, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la naturaleza irrenunciable de la prestación a que se refiere el art. 1324 C.Co, no se opone a que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado): *"Empero, a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato. Con otras palabras, aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia –lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación-, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes. Si se considera que el derecho a esa prestación de tipo económico se encuentra estrechamente ligado a la clientela que preserva el agenciado, aún después de terminar el contrato de agencia, no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquel, permita que el agente, ex ante, vea retribuido –o, si se quiere- compensado su esfuerzo por la formación de una clientela que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos*

en el artículo 1324 del C. de Co., resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados. Las mayores o menores dificultades que puedan presentarse en la cuantificación de la prestación, no pueden erigirse como insuperable valladar para arribar a conclusión distinta, pues lo medular es que ella sea determinable, como efectivamente lo es en casos como el que motiva estas reflexiones, si se considera que el propio legislador estableció un referente de obligatoria observancia: la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato. Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló –en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere. Pero es claro que la sola probabilidad de que sea distorsionada la voluntad contractual, no autoriza al intérprete, ab initio, para desconocer postulados que, como el de la autonomía, insuflan el derecho de los contratos." El Tribunal considera por la forma de celebración y ejecución del contrato que la estipulación es abusiva y tiene como único propósito burlar el pago de la prestación a que se refiere el art. 1324 C.Co. en favor del agente, por lo que habrá de declararse su nulidad.

En virtud de lo anteriormente expuesto, para este Tribunal se torna evidente la inexistencia de un pago individualizado, real y anticipado de la cesantía comercial en beneficio de CELUTEC pues, a partir de un juicioso análisis probatorio, se puede concluir que el pretendido "pago anticipado' fue el fruto de un texto ajeno a la realidad contable y material, amén de la artificiosa imposición abusiva ejercida por COMCEL frente a CELUTEC, a partir de la celebración del contrato 816 de 1998 y durante su ejecución, según se vio precedentemente en las declaraciones rendidas ante este Tribunal. Lo expuesto encuentra adicional sustento, se itera por su importancia, en el hecho de que el supuesto "pago anticipado' en ningún momento ostentó tal carácter pues, de ser ello así, debió materializarse en un pago adicional a la comisión o retribución contractual, lo que evidentemente no sucedió a partir de 2007, año en el que se introdujo la doble facturación (80/20) como condición para el pago de la remuneración causada periódicamente en favor de CELUTEC por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. (…) Obsérvese, así mismo, que la pretendida aplicación de pago anticipado de la prestación establecida por el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio está en abierta contradicción con la posición alegada por COMCEL. Resulta en extremo contradictorio para el Tribunal que la Convocada simultáneamente alegue y pretenda que se efectuó un pago anticipado de la cesantía mercantil, cuya existencia niega, por negarle la calidad de agencia mercantil al contrato. ¿Cómo puede coherente y válidamente sostenerse el pago anticipado de una prestación económica cuya existencia se niega por quien aduce el respectivo pago? La respuesta negativa a este interrogante es contundente, pues el alegado pago anticipado obedeció a una manifestación de abuso de la posición dominante que ejerció y asumió COMCEL a lo largo de la duración del negocio de agencia que celebró con CELUTEC y que tuvo como propósito eludir la prestación consagrada en favor del agente mercantil por el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, circunstancia que no es jurídicamente de recibo para el Tribunal y que merece su amplio y severo rechazo. (…) De manera que una cláusula que disminuya en un determinado porcentaje la comisión o retribución que deberá recibir el agente como contraprestación

a su labor, la cual responde a la naturaleza conmutativa inherente al contrato de agencia, para aplicar tal reducción a un artificioso e impuesto "pago anticipado' de la "cesantía comercial', se traduce a todas luces en una conducta abusiva que genera un claro e incontrovertible desequilibrio contractual que debe ser, se reitera, materia de censura y rechazo. En adición a lo anterior, debe decirse que con tal cláusula se pretende erradicar, no anticipar, la remuneración a la cual se encuentra legitimado el agente por expreso mandato legal, tal como se consagra en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio. (...) De este modo, nos encontramos ante la unilateral exigencia de una doble facturación (80/20) y de cláusulas, ambas expresiones de innegable abuso, no por su contenido propiamente dicho, pues como se anotó con antelación aquel no resulta por si solo despótico o desequilibrante, sino por un claro y denotado ejercicio abusivo de las mismas, lo que lleva a que este Tribunal sin dubitación alguna, les imprima un claro rechazo y en tal sentido las declarará nulas absolutamente en la parte resolutiva de este laudo

9.4. El inciso 3º de la Cláusula 30 del CONTRATO incorpora una antinomia que se resuelve en contra de COMCEL como predisponente del CONTRATO:

Esta estipulación, al margen de su nulidad, resulta ser también antinómica; veamos: En el presente proceso resultó ampliamente probado que COMCEL fue la parte que extendió el CONTRATO y que este negocio, respecto de LA DEMANDANTE, fue de adhesión. Como se anticipó en el presente memorial de sustentación, son diversas las implicaciones que acarrea el que el CONTRATO haya sido de adhesión; una de ellas versa sobre su interpretación:

ARTICULO 1624 CC: (...) Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

La ambigüedad a que se refiere el Art. 1624 CC puede tipificarse, por ejemplo, en los siguientes casos:

Caso 1. Un texto oscuro: Del texto incorporado en una misma estipulación (p.e. en una única cláusula) se pueden extraer dos reglas diferentes, esto según la interpretación que se les dé a las palabras extendidas. En este caso se debe preferir la regla que se extraiga del entendimiento que el adherente hizo de la respectiva cláusula.

Caso 2. Dos textos claros, pero antinómicos: Del texto claro e inequívoco de una primera cláusula se extrae una primera regla, pero, del texto también claro e inequívoco de una segunda cláusula, se extrae una segunda regla que contradice a la primera. Frente a esta antinomia contractual se debe preferir la regla o precepto que favorezca al adherente.

Sentencia de mayo 8 de 1974 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria:

> "No todos los autores admiten la posibilidad de adoptar sistemas nuevos originales o especiales de interpretación para los contratos de adhesión, pero sí están todos de acuerdo, en cambio, en reconocer que constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente".

Mientras unas cláusulas establecen que LA DEMANDANTE tiene derecho a recibir unos dineros remuneratorios (comisiones), el inciso 3º de la cláusula 30 establece que el 20% de estos dineros mudan su naturaleza, y dejan de ser dineros remuneratorios para convertirse en pagos anticipados de prestaciones, indemnizaciones y/o bonificaciones. Al respecto, se tiene: Un mismo pago no puede extinguir simultáneamente dos obligaciones diferentes:

> ARTICULO 1626 CC: El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

Los dineros que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE no pueden extinguir, simultáneamente, una comisión (remuneración) y otra obligación (llámese pago anticipado de una indemnización, bonificación o prestación); o se extingue una obligación, o se extingue la otra. Pretender que se extingue dos obligaciones simultáneamente es lo que origina la antinomia sub examine. Esta antinomia se resuelve en contra de COMCEL como predisponente del CONTRATO. En relación con esta antinomia, el Tribunal de Arbitraje de Fase Comunicaciones S.A.S Vs Comcel S.A., en la PARTE RESOLUTIVA del Laudo Arbitral dictado en Bogotá D.C. el 15 de julio de 2015, sostuvo:

> FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs COMCEL S.A.
>
> 26. Declarar que: a) El inciso 3º de la cláusula 31, el numeral 6º del Anexo A del contrato suscrito entre las partes, así como el numeral 2º de las Actas de Transacción, Conciliación y/o Compensación, tenían por efecto consecuencias antinómicas frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordó la remuneración a favor de FASE COMUNICACIONES S.A.S., por cuanto en estas últimas se pactó que la convocante recibiría unos ingresos que se imputarían ciento por ciento al pago de su remuneración contractual, y en las primeras se pactó que el 20% de los dineros que COMCEL le pagara a la convocante, dejaban de ser a título de remuneración para trocarse en un pago anticipado de toda

indemnización, prestación o bonificación que se causara a la terminación del contrato suscrito entre las partes. b) La antinomia a que se refiere el literal a) anterior, se resuelve a favor de FASE COMUNICACIONES S.A.S. como adherente, y en contra de COMCEL S.A. como predisponente del contrato suscrito entre las partes, de tal manera que en este no se estipuló pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio. Con lo anterior prospera la pretensión vigésima octava principal de la demanda."

9.5. A partir de la contabilidad de COMCEL y la contabilidad de LA DEMANDANTE, en el presente proceso resultó probado que COMCEL no pagó anticipadamente la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE:

a) Los libros contables de COMCEL y de LA DEMANDANTE, ambos, indican que el ciento por ciento (100%) de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL, se pagaron a título de comisiones propiamente dichas y no pagos anticipados de la Prestación Mercantil.

En los libros de LA DEMANDANTE no existe registro contable alguno que dé cuenta de la existencia de tales pagos anticipados, tal y como lo concluyó el DICTAMEN:

E.2.a) ¿En qué subcuentas del PUC debe un agente comercial registrar los dineros que recibe por anticipado por concepto de la referida prestación mercantil? En la contabilidad de LA DEMANDANTE, ¿aparece algún registro en dicha subcuenta proveniente de COMCEL?
RESPUESTA. (…) Así las cosas, el agente comercial debe registrar en la cuenta 2805 las sumas recibidas como anticipo de la prestación mercantil. Al momento de la terminación del contrato se calculará el valor preciso de la prestación mercantil de acuerdo con el "promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor" (fórmula matemática del Artículo 1324 del Código de Comercio).
E.2.a (ii) ¿Aparece algún registro en dicha subcuenta proveniente de COMCEL? De las revisiones y evaluaciones a los libros de contabilidad de LA DEMANDANTE, no se observaron registros en la cuenta 2805-anticipos y avances recibidos- de dineros provenientes de COMCEL. A partir de la contabilidad de LA DEMANDANTE, entonces, se deduce que LA DEMANDANTE no ha recibido pagos anticipados provenientes de COMCEL por concepto de la mencionada prestación mercantil. En el siguiente Anexo, se presentan los libros auxiliares de contabilidad donde se muestran los saldos de la cuenta 2805-Anticipos y avances recibidos
E.2.b) En la contabilidad de LA DEMANDANTE, ¿aparece algún registro contable que dé cuenta que recibió algún pago anticipado proveniente de COMCEL?

RESPUESTA De acuerdo con las evaluaciones efectuadas en la contabilidad de LA DEMANDANTE no se observaron registros contables que den cuenta que recibió algún pago anticipado proveniente de COMCEL.

VER Prueba: Págs. 58 a 60 DICTAMEN.

b) Según resultó probado en el presente proceso, COMCEL, respecto del 100% de los dineros que provisionó, causó como gasto y registró como cuentas por pagar a favor de LA DEMANDANTE, los registró contablemente en las subcuentas del PUC 260510 (provisión), 529505 (gasto) y 233520 (cuenta por pagar) respectivamente, correspondientes **a comisiones**. Estos registros se predican para el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL, esto es, tanto los incorporados en las facturas que representaron el 80% de los montos liquidados por COMCEL, como los incorporados en las facturas que representaron el 20% restante (80 y 20).

Al respecto el testigo Oscar Rodríguez Rodríguez, Gerente de Informes de COMCEL, que trabaja en el área contable de esa compañía declaró:

Testimonio de Oscar Rodríguez Rodríguez – Gerente de Informes de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, listo voy a pasar a otro tema rápidamente que es el denominado 80/20 Oscar que entiendo que lo conociste haber estado de la gerencia de contabilidad durante tantos años, yo te pregunto Oscar ¿tú sabes en el tema del 80/20 el 100% de las facturas, el 100% de las facturas que emitía Distritek y cualquiera de otros miembros de la red tanto en las del 80 como el 20 se registraban por parte de Comcel en la subcuenta del PUC 260510 que es una subcuenta de provisiones a título de comisiones.	OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, si señor, así es nosotros las provisiones cuando se hacia la causa acción del gasto registramos una provisión de gasto como gasto operacional contra esa cuenta de provisión que menciona usted la 260510.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: OK, respecto de las provisiones que ustedes hacían en el momento que se hacia la liquidación de las comisiones, ahora te preguntó ya específicamente ya en las facturas, una vez emitida la factura el miembro de la red en este caso Distritek esa factura por parte de Comcel todas tanto las del 80 como las del 20, independiente del nombre que tuviese Comcel, las contabilizaba en la subcuenta del PUC 233520 clientes por pagar a título de comisiones.	[OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, así es, (..)

En la Declaración rendida por el perito de JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA, se le interrogó si en las subcuentas del PUC 260510 (provisión), 529505 (gasto) y 233520 (cuenta por pagar) respectivamente se registran pagos anticipados de la prestación mercantil y el perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA respondió que en esas subcuentas sólo se registran hechos económicos relacionados con comisiones y no se pueden registrar hechos económicos relacionados con pagos anticipados de la prestación mercantil del Inciso 1 del ART. 1324 del C.CO.

c) Según resultó probado en el presente proceso, en las subcuentas del PUC 260510, 529505 y 233520 en las que COMCEL registró el 100% de los pagos que le hizo a LA DEMANDANTE, únicamente se registran COMISIONES propiamente dichas, no pagos anticipados, tampoco pagos por concepto de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. Así lo indicó el perito de JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA en su declaración y así mismo lo señala la Superintendencia de Sociedades, al responder un derecho de petición de consulta, la cual sostuvo:

5. En las subcuentas 233520 y 260510 del PUC, es jurídicamente posible registrar PASIVOS por concepto diferente a COMISIONES.
5. El Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios en el articulo sexto, numeral 1, señala entre otros que: "el Catálogo de cuentas y su estructura serán de aplicación obligatoria y en la contabilidad no podrán utilizarse clases, grupos, cuentas o subcuentas diferentes de las previstas en el" y el numeral 2 establece:"En todo caso, las dinámicas y descripciones serán de uso obligatorio y todos los asientos contables deberán efectuarse de conformidad con lo establecido en ellas." Con base en lo anterior no es posible registrar en las cuentas identificadas con los códigos PUC, 233520 y 260510, conceptos diferentes a comisiones.
6. En la subcuenta 529505 del PUC, es jurídicamente posible registrar GASTOS por concepto diferente a COMISIONES.
6. Se aplica lo señalado en el numeral anterior (5).

VER Prueba 20 aportada con la demanda: Superintendencia de Sociedades, respuesta derecho de petición.

<u>CONCLUSIÓN:</u> Según los libros contables de ambas Partes, el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20) y que COMCEL le pagó, se registraron a título de COMISIONES. Porque a COMCEL no se le admitirá alegación ni prueba alguna que tiendan a desvirtuar lo que resultare de sus libros, el H. Tribunal deberá declarar que el 100% de los dineros que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE se hizo a título de comisiones propiamente dichas, no ha título de pago anticipado de la Prestación Mercantil.

ARTÍCULO 264 CGP. LIBROS DE COMERCIO. Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí. (…) (INCISO 6º) Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros.

d) <u>DE LA MALA FE CON LA QUE COMCEL INTENTA INDUCIR A ERROR AL H. TRIBUNAL:</u> COMCEL, en su intento por justificar los supuestos pagos anticipados de la Prestación Mercantil, se apoya en la denominación que COMCEL misma les asignó a unas subcuentas auxiliares que creó en su contabilidad. Al respecto, se considera: En los libros de COMCEL únicamente aparecen unas subcuentas auxiliares que COMCEL creó y que denominó, motu proprio, "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", las cuales pertenecieron a las subcuentas del PUC 260510 y 529505. Al respecto, resulta importante develar la realidad contable que COMCEL intenta encubrir con la denominación que ella misma les asignó a las auxiliares que creó: Como se sabe, el decreto 2650 de 1993 (Plan Único de Cuentas) establecía el catálogo de cuentas que todo comerciante tenía la obligación legal de adoptar en su contabilidad. El PUC está organizado hasta el nivel de subcuenta, así:

DECRETO 2650 DE 1993. ARTÍCULO 14. La codificación del Catálogo de Cuentas está estructurada sobre la base de los siguientes niveles:
Clase: El primer dígito
Grupo: Los dos primeros dígitos
Cuenta: Los cuatro primeros dígitos
Subcuenta: Los seis primeros dígitos.

El propio decreto 2650 de 1993 les permitía a los comerciantes crear, a partir del séptimo dígito, subcuentas auxiliares:

DECRETO 2650 DE 1993. ARTÍCULO 7. AUXILIARES. Adicionalmente a las subcuentas indicadas en el catálogo señalado, se podrán utilizar las auxiliares que se requieran de acuerdo con las necesidades del ente económico, para lo cual bastará con que se incorporen a partir del séptimo dígito.

Fue así como COMCEL, a partir del séptimo dígito, creó las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017; la primera pertenece a la subcuenta de seis dígitos del PUC 260510, la segunda a la 529505. En el DICTAMEN, en efecto, se sostuvo: CONCLUSIÓN: Al margen de la denominación que COMCEL les asignó a las cuentas auxiliares que creó en las subcuentas 260510 y 529505, lo cierto es que contablemente, los registros realizados en ellas correspondieron a hechos económicos por concepto de COMISIONES propiamente dichas. Frente a las

subcuentas auxiliares que COMCEL creó, y respecto de las dinámicas contables que empleó en la liquidación y pago de las comisiones de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE inclusive, la parte resolutiva de uno de los laudos arbitrales que sobre la materia se han dictado complementa las conclusiones que se hallan en el DICTAMEN que fue aportado por LA DEMANDANTE en el presente proceso:

LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL S.A.
Décimo. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo el número 2605101210 pertenece a la subcuenta del PUC número 260510 que corresponde a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones/Para Costos y Gastos/COMISIONES.
Décimo Primero. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo el número 5295050017 pertenece a la subcuenta del PUC número 529505 que corresponde a Gastos/Operacionales de Venta/Diversos/COMISIONES.
Décimo Segundo: Declarar que en las subcuentas auxiliares que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo los números 2605101210 y 5295050017 y que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. denominó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones": a) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del art. 1324 del C. de Co. b) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de indemnizaciones. c) No se registran pagos anticipados. d) Únicamente se registran hechos económicos a título de comisiones.
Décimo Tercero: Declarar que la denominación que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. le dio a las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017 inducen a error en cuanto a la realidad de los hechos económicos que en ellas se registraron, circunstancia que tipifica una mala fe imputable a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
Décimo Cuarto: Declarar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., una vez LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. le facturaba, reducía de la subcuenta auxiliar 2605101210 los montos facturados y, en contrapartida, aumentaba en su pasivo la subcuenta 233520 que corresponde a Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES.
Décimo Quinto. Declarar que en la subcuenta 233520 únicamente se registran hechos económicos relativos al pago de comisiones.
Décimo Sexto: Declarar que en la subcuenta 233520 no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 del C. de Co.
Décimo Séptimo. Declarar que únicamente es posible registrar una cuenta por pagar a título de la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 del C. de Co. cuando esta se hace exigible, esto es, a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial.
Décimo Octavo. Declarar, con fundamento en la aplicación práctica que hicieron las partes, que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. no le pagó a LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A., a título de pago anticipado para cubrir la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 Co. Co. y/o de las indemnizaciones reclamadas en el presente proceso arbitral, el equivalente al 20%

sobre el valor total de las comisiones por activaciones y por residual, y/o sobre el valor de otros pagos que le fueron efectuados a LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. durante la ejecución del contrato sub-Iudice.

9.6. El 100% de las facturas que LA DEMANDANTE le emitió a COMCEL (80/20) tuvieron el tratamiento tributario de una típica comisión:

Las facturas que LA DEMANDANTE emitió a partir de 2007 y que incorporaron la leyenda *"Cláusula 30, inciso 3º, Pagos anticipados de prestaciones, bonificaciones y/o indemnizaciones"*, tuvieron el tratamiento contable y tributario que es propio del pago de una típica comisión. Desde el punto de vista contable, como se dijo, estas facturas se registraron en los libros de COMCEL como cuentas por pagar a título de comisiones y en los libros de LA DEMANDANTE como ingresos operacionales remuneratorios (comisiones). Desde el punto de vista tributario, sobre estas facturas se agregó el IVA (16% - 19% a partir de enero 1º de 2017), tratamiento que corresponde al típico pago de una comisión. Al respecto del DICTAMEN concluyó lo siguiente:

E.3.a)

¿Incorporaron ambas clases de facturas el impuesto al valor agregado (IVA)? En caso afirmativo se pregunta: ¿A qué tarifa?

RESPUESTA

De acuerdo con las evaluaciones y verificaciones realizadas a las facturas, se observó que las facturas que **LA DEMANDANTE** le emitió a **COMCEL**, tanto las que incluyeron el 80% de los montos liquidados por **COMCEL**, como las que incorporaron el 20% restante, se incluyó el impuesto al valor agregado (IVA). En el siguiente anexo, se muestran los libros auxiliares del IVA, que evidencian lo indicado anteriormente:

Anexo electrónico No. 48-E.3.a-Libros auxiliares de IVA

¿A qué tarifa?

Según los libros de contabilidad de **LA DEMANDANTE**, las tarifas que aparecen en los registros contables fueron los siguientes:

AÑO	CUENTA CONTABLE	CONCEPTO	TARIFA
2011	24080501	IVA POR VENTAS	16%
2012	24080501	IVA POR VENTAS	16%
2013	24080501	IVA POR VENTAS	16%
2014	24080501	IVA POR VENTAS	16%
2015	24080530	COMISIONES	16%
2016	24080530	COMISIONES	16%
2017	24080530	COMISIONES	19%
2018	24080530	COMISIONES	19%

VER Prueba: Pág. 61 y ss, DICTAMEN.

Ni el pago de la Prestación Mercantil, ni los eventuales anticipos que sobre ella se paguen, causan IVA:

> ARTICULO 420 ET. HECHOS SOBRE LOS QUE RECAE EL IMPUESTO. El impuesto a las ventas se aplicará sobre: (...) c) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos;

La Prestación Mercantil, en efecto, no tipifica el hecho generador del IVA; le asiste razón a la DIAN cuando en el concepto 031500 de 1998, sostuvo:

Area del Derecho	**CONCEPTO 031500 DE 1998 MAYO 5**
Tributario	
Banco de Datos	
Retención en la fuente	
Problema Jurídico	SOLICITA ACLARACION DEL CONCEPTO 4283 DE ENERO 21 DE 1998, EN EL SENTIDO DE RATIFICAR SI EN APLICACION DEL ARTICULO 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO, NO SE CAUSA IVA, TANTO EN LA PRESTACION COMERCIAL (INCISO 1); COMO EN LA INDEMNIZACION (INCISO 2).
Tesis Jurídica	LAS INDEMNIZACIONES AL NO CORRESPONDER A LA PRESTACION DE UN SERVICIO NO CAUSAN IVA.

INTERPRETACION JURIDICA:

Como se manifestó en el Concepto 4283, en el caso del artículo 1324 del Código de Comercio, tanto para el inciso primero donde se paga al agente comercial una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de lo percibido si el tiempo fuere menor, así como para el inciso segundo, donde se da una indemnización equitativa cuando el empresario revoque el contrato, en realidad lo pagado no corresponde en estricto sentido a la prestación de un servicio para efectos del impuesto sobre las ventas, en los términos del artículo 1o del decreto 1372 de 1992, pues la erogación corresponde a la terminación del contrato por las causas señaladas en el citado artículo 1324 del Código de Comercio.

Es necesario tener en cuenta, que para la causación del IVA en los servicios, necesariamente se debe dar el hecho generador, esto es, que la erogación corresponda al hecho material que genera el tributo, situación que no se da en las indemnizaciones del artículo 1324 citado, pues estas no se dan con ocasión del cumplimiento de una obligación de hacer, sino que surgen por fenecimiento del contrato.

VER Prueba documental No. 21 aportada con la demanda, conceptos de la DIAN.

9.7. COMCEL no aportó ninguna prueba que dé cuenta de haber pagado anticipadamente a LA DEMANDANTE la prestación mercantil

En su declaración el perito Jorge Arango Velasco, quien rindió el dictamen pericial de parte de COMCEL, confirmó que no había verificado que efectivamente COMCEL hubiese pagado anticipadamente a COMCEL la prestación mercantil. Este dictamen, al cual no se adjuntaron ningún tipo de soportes contables, porque no analizó este tipo de documentos, ciertamente carente de idoneidad por ser un dictamen sobre asuntos netamente contables que no rindió un contador público, fue la única prueba con la cual COMCEL pretendió argumentar en favor del supuesto pago anticipado de la prestación mercantil, pero el propio perito en su declaración reconoció que no había efectuado ninguna verificación de dicho pago de la prestación mercantil anticipada en su dictamen.

Igualmente, el revisar fiscal de COMCEL Edwin Rene Vargas Salgado, señaló que de sus evaluaciones efectuadas y de la Certificación emitida por su parte obrante en el expediente no puede concluirse que COMCEL hubiese pagado de forma anticipada a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil del Inciso 1º del ART. 1324 del C.CO:

Testimonio de Edwin Rene Vargas Salgado– Revisor Fiscal de COMCEL	
[APODERADO_DISTRITEK]: Perfecto, puntualmente muy, en el segundo párrafo de esta comunicación se lee lo siguiente dice: *"Los registros contables al 31 de diciembre de 2018 de la cuenta por pagar 2103031001 "Distribuidores" que hacen parte de dichos estados financieros incluye transacciones con DISTRITEK SAS Nit 900408350-0 por concepto de "Pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones por Setecientos quince millones setecientos sesenta mil ciento sesenta pesos ($715.760.160)"* Mi primera pregunta frente a este, este párrafo Edwin es la siguiente, ¿esa subcuenta que tú estás refiriendo ahí entiendo que es una subcuenta del PUC la 210303?	[TESTIGO_EDWIN_RENE_VARGAS]: Hace parte del plan de cuentas de la compañía sí señor doctor Argaez.

[APODERADO_DISTRITEK]: Ok, tú tienes conocimiento de si esos Setecientos quince setecientos sesenta mil ciento sesenta millones de pesos ($715.760.160) que aparecen en esa cuenta del pasivo ¿Fueron efectivamente pagados a DISTRITEK?	[TESTIGO_EDWIN_RENE_VARGAS]: Con ocasión específica de la emisión de esta certificación doctor Argaez no podría hacer una manifestación en este momento sobre la base de esta certificación de que en efecto se haya hecho digamos la, el pago, digamos no fue propósito, como propósito, lo que quiero decir es que no fue propósito de mi certificación de, de, de la emisión de mi certificación o la preparación de la misma haber visto los comprobantes correspondientes para soportar que efectivamente se, estos, esta, esta dinámica de transacciones que está en la contabilidad corresponde obviamente a pagos efectivamente realizados o sea no fue el propósito de esta certificación.

En la misma línea el Gerente de Comisiones de COMCEL declaró que no tenía conocimiento de COMCEL a LA DEMANDANTE le hubiese efectuado pagos anticipados de la Prestación Mercantil del Inciso 1º del ART. 1324 del C.CO y que los pagos anticipados realizados a LA DEMANDANTE por parte de COMCEL correspondieron únicamente a Comisiones:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Andrés Francisco desde tu área tienes conocimiento de que se le hubiera pagado a DISTRITEK anticipadamente la cesantía comercial de contrato de agencia?	[ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Para mí en el contrato de distribución que era el que tenía DISTRITEK se pagaba 80 y 20, no tenía como cosas que a ver con cesantía porque eso es de otro canal que teníamos.

9.8. CONCLUSIONES:

a) Porque la cláusula 30 (inciso 3º) que COMCEL invoca para sustentar el pago anticipado de la Prestación Mercantil es NULA, o porque subsidiariamente es antinómica, en el presente proceso se deberá declarar que COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE anticipadamente parte de la referida prestación. Así mismo, y al margen de la validez y carácter antinómico de dicha cláusula, lo cierto es que la realidad contractual, contable y tributaria de los pagos que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE, conducen a la misma declaración: COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE anticipadamente parte de la Prestación Mercantil, pues el 100% de los dineros que le entregó a LA DEMANDANTE fueron dineros remuneratorios por COMISIONES propiamente dichas.

b) A partir de los ASIENTOS CONTABLES de COMCEL, y según resultó probado en el presente proceso, el ciento por ciento (100%) de los dineros que COMCEL le liquidó a LA DEMANDANTE (80/20), y el ciento por ciento (100%) de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20), COMCEL los registró en las subcuentas 260510, 529502 y 233520: En estas subcuentas únicamente se registran hechos económicos a título de COMISIONES propiamente dichas. Entonces, y según los Libros de COMCEL, el 100% de los dineros que liquidó y le pagó a LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO, se hizo a título de COMISIONES propiamente dichas. El Art. 264 del CGP, en su inciso 6º, establece:

> ARTÍCULO 264 CGP. LIBROS DE COMERCIO. Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí. (...) (INCISO 6º) Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros.

Porque a COMCEL *no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros*, en el presente proceso resultó probado todos los pagos que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE fueron a título de comisiones propiamente dichas, y no a título de anticipos de la Prestación Mercantil y/o de indemnizaciones.

c) A partir de los ASIENTOS CONTABLES de LA DEMANDANTE, y según resultó probado en el presente proceso, el ciento por ciento (100%) de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20) a COMCEL, aquella los registró como ingresos operacionales remuneratorios (comisiones propiamente dichas). En la contabilidad de LA DEMANDANTE no aparece registro alguno que dé cuenta de la existencia de anticipos recibidos por parte de COMCEL.

d) Todas las facturas que LA DEMANDANTE emitió, tanto las que incorporaron el 80% de los montos liquidados por COMCEL como las que lo hicieron respecto del 20% restante, causaron IVA a una tarifa del 16% y, a partir de la reforma tributaria del 2017, a una tarifa del 19%. Del comportamiento de las partes y de la ejecución práctica que hicieron del negocio, se deduce que el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL y que esta le pagó, fueron facturados y pagados a título de comisiones propiamente dichas.

e) Ninguna prueba en el expediente permite concluir que COMCEL le pagó de forma anticipada a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil del Inciso 1º del ART. 1324 del C.CO.

f) COMCEL, en consecuencia, no le ha pagado a LA DEMANDANTE parte de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO, como tampoco parte de las indemnizaciones que LA DEMANDANTE reclama en su demanda.

9.9. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta lo referido, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá revocar los numerales PRIMERO y SEGUNDO la Parte Resolutiva de la SENTENCIA y declarar la prosperidad de las PRETENSIONES DÉCIMA CUARTA, DÉCIMA QUINTA Y DÉCIMA SEXTA.

10. GRUPO DE REPAROS relativos al derecho de retención válidamente ejercido por LA DEMANDANTE.

10.1. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta que deberá declararse que el CONTRATO es un típico y nominado contrato de agencia comercial, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá declarar probadas y la prosperidad de las Pretensiones Vigésima Octava a Trigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia; (i) DECLARAR, con fundamento en el Artículo 1326 CCO, que LA DEMANDANTE tiene el derecho de retención y privilegio sobre los dineros de cartera a favor de COMCEL que se hallaban en poder de LA DEMANDANTE o a su disposición al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE. (ii) DECLARAR que LA DEMANDANTE, sobre los bienes y valores que resultaron probados, ejerció válidamente el derecho de retención que la ley le otorga. (iii) Declarar, con fundamento en los artículos 1609 CC y 1326 CCO, que mientras COMCEL no le pague a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil y mientras persista el derecho de retención en cabeza de LA DEMANDANTE, sobre los dineros retenidos por esta última, incluidos los valores que pasaron de ser

cuentas por pagar a ser valores retenidos, no se han causado ni se causarán intereses moratorios. (iv) Declarar, con fundamento en los artículos 1326 CCO y 310 CGP, que COMCEL únicamente podrá solicitar la entrega de los valores retenidos por LA DEMANDANTE cuando presente el comprobante de haber pagado el valor completo de las indemnizaciones a que sea condenada en el presente proceso. (v) Ordenarle a COMCEL que, a contra entrega de los bienes y valores retenidos por LA DEMANDANTE, cancele la(s) HIPOTECA(S) que LA DEMANDA constituyó a su favor. (vi) Ordenarle a COMCEL la destrucción de todo título valor suscrito por LA DEMANDANTE y/o por sus socios y/o administradores, con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente al CONTRATO SUB IÚDICE.

11. GRUPO DE REPAROS relativos a la condena en costas y agencias en derecho.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las costas y agencias en derecho.

11.1. Pretensiones Trigésima Tercera y Trigésima Cuarta: Pretensiones relativas a las costas y agencias en derecho.

PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA: De conformidad con lo establecido en el Artículos 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y en armonía con la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada por el apoderado de LA DEMANDANTE, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas resultantes a favor de LA DEMANDANTE.
PRETENSIÓN TRIGÉSIMA CUARTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE las costas procesales, incluidos los honorarios del perito que realizó el dictamen pericial de parte que LA DEMANDANTE aportó en el presente proceso.

1. El Art. 366 CGP establece:

> ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

2. El Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, estableció las tarifas aplicables para la fijación de las agencias en derecho:

ACUERDO No. PSAA16-10554 de Agosto 5 de 2016
"Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho".
EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 3 del artículo 257 de la Constitución Política, el numeral 13 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 4 del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012 y según lo acordado en la sesión del día 27 del mes de julio de 2016,
CONSIDERANDO
Que la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en su artículo 366 numeral 4 establece que para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura (…)
Que con base en lo anterior las tarifas se establecerán respecto de cuatro clases genéricas de procesos: declarativos, ejecutivos, de liquidación y de jurisdicción voluntaria y asimilables, sin perjuicio de algunas regulaciones especiales, así como de la aplicación de la analogía.
Que de conformidad con la descripción legal y la jurisprudencia constitucional, las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente

3. El presente proceso corresponde con un PROCESO DECLARATIVO DE DOS INSTANCIAS. Entonces, la tarifa aplicable es:

ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: … (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

4. El H. Tribunal, al momento de establecer la condena por agencias en derecho, no podrá aplicar un porcentaje inferior al mínimo establecido (3%) ni exceder el máximo del (7.5%):

ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (…) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. Teniendo en cuenta la naturaleza especialísima y la calidad de la gestión adelantada por los apoderados de LA DEMANDANTE, respetuosamente se le solicita al H. Tribunal Superior de Bogotá:

> CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

Esta solicitud de condena se sustenta así: El caso sub iúdice exige un profundo conocimiento en derecho comercial, en derecho procesal y en contabilidad; asimismo, el recto y diligente apoderamiento de LA DEMANDANTE demandó conocer a fondo el negocio y el mercado de la telefonía móvil celular en Colombia, los intríngulis de los contratos extendidos por COMCEL y la complejidad de su ejecución. En el presente proceso, los apoderados de LA DEMANDANTE realizaron ingentes esfuerzos para defender los intereses de la demandante, para proponer de maneras clara y contundente un asunto que en sí mismo resulta ser complejo y sumamente técnico y para conducir un proceso en el cual se ejecutó cada acto procesal con lealtad y diligencia.

11.2. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el numeral CUARTO de la Parte resolutiva de la SENTENCIA y en su lugar, deberá CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

.F I N D E L M E M O R I A L.

Respetuosamente,



CAMILO ARGÁEZ CASALLAS

T.P. 218.319 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: Referencia: N° 11001310303520210039002

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 3/04/2024 3:42 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Atentamente,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: ABOGADO JESUS DAVID PEÑA <abogadojesusdavidpena@gmail.com>
Enviado: miércoles, 3 de abril de 2024 13:49
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Referencia: N° 11001310303520210039002

No suele recibir correos electrónicos de abogadojesusdavidpena@gmail.com. Por qué esto es importante

Bogotá D.C., 02 de abril de 2024

HONORABLE DRA.
STELLA MARÍA AYAZO PERNETH
Magistrada sala 04 Civil
E. S. D.

Proceso: **EJECUTIVO DE MAYOR CUANTIA**

Referencia: **N° 11001310303520210039000**

Demandante: **LUIS ANGEL DUEÑAS GOMEZ**

Demandado: **L&C S.A.S.**
Asunto: **REPAROS RECURSO DE APELACIÓN**

JESUS DAVID ANTONIO PEÑA PALACIOS, abogado de profesión, e identificado con la C.C. No 1.032.364.083 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No 293.766 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación del Señor **LUIS ANGEL DUEÑAS GOMEZ,** mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá D.C., quien se identifica con la cédula de ciudadanía N° 19.186.699 de Bogotá D.C., y de acuerdo con el poder conferido ante usted, con todo respeto y de acuerdo a lo ordenado por su Honorable Despacho en auto del 19 de marzo de 2024
"***TERCERO:*** *De conformidad con el inciso 3° del articulo 12 ibídem, se corre traslado por el termino de cinco (5) días a los apelantes para que sustenten los reparos que, de manera concreta formularon contra la sentencia del A quo, so pena de declarase desierto el recurso. Una vez presentado he escrito, córrase traslado al extremo contrario por el termino antes indicado"*
Me permito presentar los reparos del recurso de apelación en contra de la sentencia judicial de primera instancia proferida por el Honorable Juzgado Treinta y Cinco (35) Civil del Circuito de Bogotá D.C., el día cuatro (4) de diciembre de 2023, y de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

1. Que, el Honorable Juzgado Treinta y Cinco (35) Civil del Circuito de Bogotá D.C., el día cuatro (4) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), estableció en la parte motiva de la sentencia:

1.1. Que la cláusula quinta (5°) del contrato de arrendamiento objeto sub examine, solo opera en los siguientes casos:

- al vencimiento del contrato.
- Al vencimiento de las prórrogas.
- Después de realizar el desahucio que trata el art 520 del Código de Comercio.

1.2. Que, así las cosas, solo se podía determinar la terminación del contrato de arrendamiento objeto de la Litis, hasta el día quince (15) de agosto de 2019, día en que se profirió la sentencia por el Honorable Juzgado Treinta y Uno (31) Civil Municipal de Cali (Valle del Cauca), y por lo tanto en este caso si podía operar la cláusula quinta (5), puesta las cosas aflora, y acuerdo a los artículos 167 del Código General del Proceso y 1757 del Código Civil, por ser una obligación condicionada, se debió aportar la sentencia de restitución de bien inmueble arrendado, motivo por el cual prosperaron las excepciones de: 1. Inexistencia para cobrar la sanción por la restitución, 2. La carencia de obligación clara expresa y exigible, 3. y obligación condicional.

2. Que de acuerdo a los anteriores hechos, y a lo establecido en el art. 322 del Código General del Proceso, me permito de manera clara y precisa presentar los siguientes reparos:

Excepción de inexistencia para cobrar la sanción por restitución

2.1. Que si es cierto que los únicos mecanismos en el cual podría prosperar la cláusula quinta (5°) del contrato de arrendamiento objeto de la Litis eran:

- al vencimiento del contrato.

- Al vencimiento de las prórrogas.

- Después de realizar el desahucio que trata el art 520 del Código de Comercio

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede determinar claramente que al momento que el señor **LUIS ANGEL DUEÑAS GOMEZ**¸ le manifiesta al demandado, la terminación del contrato, **su voluntad era clara y precisa** de no continuar con el contrato de arrendamiento ni realizar una prorroga más, hecho que estaba dando cumplimiento a la cláusula tercera termino de contrato parágrafo primero: prorrogas:

"(¨¨)

Vencido el termino inicial, si con noventa (90) días de anticipación ninguna de las partes ha comunicado su intención de darlo por terminado, por medio de carta enviada por correo certificado o telegrama, se entenderá prorrogado en forma sucesiva y automática por periodos de Doce (12) meses.

(¨¨)"

Que así las cosas mi prohijado ya le había manifestado al demandado con un tiempo superior a los noventas (90) días, su voluntad de no continuar con el contrato de arrendamiento.

De otra parte, dada la manifestación y actos realizados por el demandado, de no querer pagar los arrendamientos adeudados y no reintegrar el bien inmueble a mi prohijado, obliga a iniciar un proceso de restitución de bien inmueble arrendado, que por reparto correspondió al Honorable Juzgado Treinta y Uno (31) Civil Municipal de Cali (Valle), y el cual termino hasta el 15 de agosto de 2019, con sentencia que ordeno la restitución del bien inmueble por incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento del 2015.

Así las cosas era imposible que mi prohijado al tener un proceso de restitución de bien inmueble arrendado, el cual duro tres (3) años, le manifestara cada año al demandado que quería dar por terminado el contrato, ya que la intención de este era la de querer seguir usufructuándolo, como lo demostró en las actuaciones desplegadas dentro del proceso de restitución y en el cual tenía pleno conocimiento de las sanciones que se encontraban plasmadas en el contrato de arrendamiento.

Se puede observar la mala fe del demandado L&C leños y carbón, al no querer devolver el bien inmueble arrendado dilatando de manera judicial y extra judicial la entrega de este bien inmueble, como se puede observar en la sentencia judicial, la orden era la de desalojar el bien inmueble en el plazo de diez (10) días hábiles. Y el demandado se demoró el término o plazo de quince (15) meses "450 días aproximadamente" argumentando la calamidad pública de la pandemia del coronavirus, y haciendo incurrir en error al Honorable Despacho, ya que esta se hizo viral hasta marzo del 2020, y para este suceso ya había trascurrido un plazo de siete (7) meses aproximadamente de incumplimiento de entrega del bien inmueble por parte del demandado.

Excepción de una obligación clara expresa y exigible

2.2. Que referente a esta excepción se puede determinar claramente, que el contrato de arrendamiento objeto de la Litis, prestaba merito ejecutivo por sí solo, no requería otro documento adicional, ya que este al tener unas obligaciones claras expresas y las cuales se podían exigir de acuerdo a lo establecido en la parte final de contrato de arrendamiento.

Excepción de una obligación condicionada

2.3. Que referente a la ausencia del anexo de la sentencia judicial proferida por el Honorable Juzgado Treinta y Uno (31) Civil Municipal de la Ciudad de Cali (Valle del Cauca), me permito aclarar que la presente se solcito en el acápite de pruebas, para que se realizara esta práctica de la prueba de manera oficiosa, dado que nos fue imposible acceder a esta dado, que el expediente se encontraba en el archivo general de la ciudad de Santiago de Cali (Valle del Cauca).

Que si observemos el material probatorio, esta sentencia fue anexada por el demandando, motivo por el cual no se hacía necesario, que se volviera a solicitar ni aportar, dado que esta, no fue motivo de rechazo ni controvertida dentro del proceso ejecutivo, por tal motivo estaba demostrado el incumplimiento del contrato y por este hecho se podía exigir judicialmente la cláusula quinta del contrato firmado por el demandado y mi prohijado.

De otra parte en los interrogatorios de prueba se realizaron las apreciaciones sobre la existencia de esta sentencia judicial proferida por el Honorable Juzgado Treinta y Uno (31) Civil Municipal de Cali (Valle del Cauca), donde las partes afirmaron bajo la gravedad de juramento que la devolución del bien inmueble se realizó, por el motivo de una orden judicial, y que la voluntad de mi prohijado el señor **LUIS ANGEL DUEÑAS GOMEZ, era dar por terminado el contrato de arrendamiento y por lo tanto no quería que se realizaran las correspondientes prorrogas.**

Referente a la falta del anexo de la sentencia judicial proferida por el Honorable Juzgado Treinta y Uno (31) Civil Municipal de Cali (Valle del Cauca)la Honorable Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha sostenido :

"(¨¨)

La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica trasciende las reglas estrictamente procesales, porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades.

Por el contrario, los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso y esta función solo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático. Así lo precisó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, este fallo indicó que estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el juez de motivar las sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes.

Apreciación individual y conjunta

La apreciación individual y conjunta de las pruebas según la sana crítica no es un concepto vacío, ni una válvula de escape que puede usar el juez para dar la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, posturas ideológicas, emociones, prejuicios culturales, políticos, sociales o religiosos, o a sus sesgos cognitivos o de sentido común, explica la corporación.

Por el contrario, es un método de valoración que impone a los falladores reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión

*Con base en ello, la **valoración individual de la prueba** es un proceso hermenéutico, que consiste en interpretar la información suministrada a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para ello, debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba (adecuación o correspondencia) con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos.*

*Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a **analizar la prueba de maneja conjunta** mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas. Con el fin de que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, esto es, sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordante con el contexto experiencia (M. P. Ariel Salazar Ramírez).*

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-91932017 (11001310303920110010801), Mar.29/17

(¨¨)”

Así las cosas me permito solicitar

Que se revoque la decisión tomada por el Honorable Juzgado Treinta y Cinco (35) Civil del Circuito de Bogotá D.C., y por tal motivo se condene al demandado L&C S.A.S. al pago de las pretensiones del proceso ejecutivo.

Agradezco la atención prestada y su pronta colaboración

Del señor juez

Atentamente,

JESUS DAVID ANTONIO PEÑA PALACIOS

C.C. No 1.032.364.083 de Bogotá D.C.

T.P. No 293.766 del Consejo Superior de la Judicatura

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: Radicación recurso de apelación Rad.11001-3103-036-2019-00772-02 Magistrada STELLA MARIA AYAZO PERNETH.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 1/04/2024 2:56 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (105 KB)

RADICAR RECURSO DE APELACION TRIBUNAL SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO 2019-772-02.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Diego Alexander Merchan Sosa <merchandiego@hotmail.com>
Enviado: lunes, 1 de abril de 2024 14:06
Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Radicación recurso de apelación Rad.11001-3103-036-2019-00772-02 Magistrada STELLA MARIA AYAZO PERNETH.

Cordial saludo, por medio del presente me permito radicar la sustentación del recurso de apelación admitido por el despacho de la señora Magistrada STELLA MARIA AYAZO PERNETH., bajo las consideraciones del auto calendado el pasado 19 de marzo de 2024, notificado en estado el día 20 de marzo de los corrientes.

Atentamente,
Diego Alexander Merchán.

Diego Alexander Merchán Sosa
Abogado Especializado en Derecho Administrativo.
Conciliador en Derecho e Insolvencias.

310-235-1144
www.merchanabogado.com

Señora,

MAGISTRADA
STELLA MARIA AYAZO PERNETH
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
E. S. D

REF: Recurso De Apelación.
RAD. **11001-3103-036-2019-00772-02.**
Proceso de declaración de sociedad comercial de hecho de **MARIA PILAR MERCHAN VARGAS** contra **NELSON PERILLA SÁNCHEZ.**

ASUNTO: Interposición De Recurso De Apelación En Contra De La Sentencia En Primera Instancia Proferida el 29 de noviembre de 2023.

DIEGO ALEXANDER MERCHAN SOSA, mayor de edad, y vecino de la ciudad de Bogotá D. C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.019.092.460 de Bogotá D. C., y portador de la tarjeta profesional No. 294.087 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, con correo electrónico diegomerchanabogados@gmail.com, Art 5 Ley 2213 de 2022; obrando en mi calidad de apoderado de la parte demandante**.**

Por medio del presente escrito, encontrándome dentro de la oportunidad legal, me permito por medio del presente presentar la respectiva sustentación del recurso de alzada concedido contra la sentencia de primera instancia Proferida el 29 de noviembre de 2023, por el juzgado 36 civil del circuito de Bogotá, dentro del radicado No. 11001-3103-036-2019-00772-00. Lo anterior conforme al artículo 322 del C.G.P.

El recurso de alzada tiene como propósito corregir el defecto factico por la no valoración integra del material probatorio, pues Observa el suscrito apoderado que, dentro de la actuación de la referencia la decisión adoptada por el a quo, se dicta sin el debido ejercicio de la valoración probatoria, lo que constituye un defecto fáctico que llevó a la falladora de

primera instancia a proferir sentencia contraria a lo que en derecho corresponde, puesto que, las consideraciones esbozadas respecto de la presunta insuficiencia probatoria de la parte actora para llevar a la falladora a la convicción de la existencia del animus societatis resultan contrarias a los elementos probatorios obrantes en el dossier y a las manifestaciones de las partes en los interrogatorios surtidos dentro del desarrollo de la audiencia, que dan cuenta con suficiencia probatoria de la presencia de los elementos necesarios para la declaratoria de la existencia y validez de la sociedad de hecho que se depreca por el demandante.

Ahora bien, es menester señalar que no solo se presenta el aludido defecto fáctico, sino que el a quo se aparta del debido proceso que se debe seguir ante el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P., esto en lo que al dictamen de la sentencia tiene que ver.

Por lo anteriormente descrito me sirvo desarrollar los elementos bajo los cuales se sustenta el presente recurso:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Primero: Como el suscrito apoderado ya ha mencionado, en la actuación seguida por el fallador de primera instancia se configuró defecto fáctico, ostensible en cuanto que el fallador de primera instancia emitió resolución en el asunto jurídicamente debatido a su arbitrio en contra de la evidencia probatoria que en conjunto evidenciaba la presencia de los elementos de existencia y validez de la sociedad de hecho, por tanto se presenta incongruencia entre lo probado y lo resuelto en contravía de la evidencia probatoria y por una valoración insuficiente de las pruebas debidamente aportadas en el proceso, así como la omisión de la práctica de pruebas debidamente solicitadas aun cuando los extremos de la litis solicitaron el aplazamiento de la audiencia, lo que consta a minuto 1:21 de la grabación y se manifestó de manera inequívoca por parte del suscrito apoderado la necesidad de escuchar los testimonios; testimonios que pese a la manifestación del a quo en que desestimo su importancia y omitió su

práctica eran de carácter fundamental para establecer los presupuestos de la sociedad mercantil alegada, además que el escuchar dichos testimonios permitiría completar la actividad probatoria y poder tener así la valoración completa de todos los medios de prueba a fin de llegar a la convicción razonada y valorada de la existencia o no de los elementos de conformación de la sociedad de hecho alegada.

Pudo pues, sin restricción o impedimento legal o de cualquier otra naturaleza el a quo aplazar la diligencia con el fin de atender la necesidad de una valoración integral probatoria y así evitar la constitución del defecto fáctico que hace incongruente la decisión adoptada.

De otra parte pese a que no se valoraron las pruebas de manera íntegra al impedir que se pudieran atender los interrogatorios decretados por el mismo fallador en providencia de 10 de octubre de 2023, por su utilidad, pertinencia y conducencia para el trámite, se observa con meridiana claridad la presencia de la prueba indiciaria necesaria, que no es más que el mecanismo probatorio por el cual partiendo de un hecho cierto como es en el caso en concreto la existencia del ánimo de asociación entre los compañeros nos permite establecer el hecho desconocido o incierto que sería la existencia y validez de la deprecada sociedad mercantil de hecho.

Así las cosas, no solo se configura el defecto fáctico por el hecho de no valorar los elementos probatorios en conjunto y en plenitud, la incongruencia entre la decisión y lo probado, sino también por la desatención a la prueba indiciaria necesaria que da paso a la prueba indiciaria contingente y permite establecer partiendo del hecho cierto esto es: la existencia del ánimo de asociación el hecho incierto, la existencia y validez de la sociedad de hecho.

Por último pese a que el extremo demandado omite la formulación de excepciones al abstenerse de presentar la respectiva contestación del escrito de demanda y la falladora hace alusión a ello en la parte considerativa de su proveído no se dio el alcance pertinente y necesario por parte del juez de primera instancia al artículo 97 del C.G.P., toda vez que, la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, así las cosas se debe presumir que todos y cada uno de los hechos del libelo introductorio son aceptados por el demandado.

Así como tampoco se le atribuye el valor probatorio que las respuestas evasivas, confusas y contradictorias con alcance de confesión tienen y que

fueron brindadas por el demandado, puesto que como se observa en el minuto 57:55 de la grabación de la audiencia inicial la parte pasiva en el desarrollo del interrogatorio formulado por el despacho deja entrever los aportes sociales y las acciones encaminadas a aumentar el patrimonio económico, tal como el traslado de dominio de los inmuebles en un 100% a nombre del demandado con el fin de darle desarrollo al objeto social de compra de bienes inmuebles, pues con dicha acción se pretendía por parte de los socios tal como lo manifestó mi poderdante obtener un crédito de mayor valor a nombre o de su asociado o de ella misma a través de la figura de subsidio de vivienda o la adquisición de préstamo bancario.

Lo anterior con el propósito claro de ejercer una explotación económica de los bienes que bajo tal modalidad se adquirieran a través de locales para el funcionamiento de establecimientos de comercio como en el inmueble de la ciudad de Bogotá. Bien que se estructuro para tal fin al aportar e invertir en la construcción de un local con el propósito de explotación económica, hecho probado a satisfacción en el plenario con el contrato AA.85156., que da cuenta de la explotación económica a favor de los asociados, inicialmente por un monto de TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($350.000) en el año 2011 y que para este año renta un promedio de SETECIENTOS MIL PESOS.

De otra parte, es de señalar que los inmuebles que solo estaban constituidos como lotes desde su adquisición como bienes sociales en las ciudades de Bogotá, y Villavicencio por un valor de DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE ($18.500.000) y ONCE MILLONES DE PESOS M/CTE ($11.000.000) respectivamente, si no que estos han presentado un aumento que no solo corresponde a la valorización por el paso del tiempo sino a un aumento de valor por las inversiones y aportes de los socios.

Situaciones probadas de bulto en el plenario con las documentales aportadas; facturas, dictamen pericial y recibos de aportes en especie y económicos que aunque se hayan registrado algunos de ellos bajo el nombre o razón social SAN PEDRO GAITANA (nombre dado al inmueble por el maestro de obra para identificarlo) o a nombre de LUIS GUSTAVO MORENO BRAVO quien fue el maestro de obra contratado y pagado por mi prohijada, corresponden a aportes hechos por mi poderdante, que dieron como fruto un significativo aumento al valor de los inmuebles, lo que permitiría su venta o explotación con un margen de ganancias mayor a los costos asumidos por la compra de los bienes y sus adaptaciones, esto deja ver el claro interés económico y de explotación que muestra el ánimo societario y comercial, como se puede observar con la siguiente relación:

INMUEBLES	AVALUO MERCANTIL 2011	AVALUO MERCANTIL 2019
CASA BOGOTÁ 100%	$62.726.324	$343.610.882
LOTE VILLAVICENCIO 100%	$42. 902..803	$123.454.365

De las respuestas entonces, brindadas por el demandado se desprende la existencia sin duda del ánimo societis y las actividades conjuntas de los socios para llevar a cabo la compra de otro bien inmueble con el fin de explotarlo económicamente al igual que como con el bien ubicado en la ciudad de Bogotá y al igual que con los anteriores; así como también hiere la vista de este apoderado la mala fe con que ha actuado el demandado al pretender hacer incurrir al despacho en error y desdibujar el objeto de los negocios adelantados por los socios, tanto así que la pasiva no precisa al despacho a título de que presuntamente entrega a mi poderdante la suma de diez millones de pesos m/cte ($10.000.000) si presuntamente y según dicho del demandado a minuto 55 de su interrogatorio y la señora MARIA PILAR MERCHAN VARGAS no realizó aportes, afirmación que riñe con la verdad y los elementos probatorios documentales obrantes en el dossier, donde se da cuenta con suficiencia de los aportes realizados a la sociedad tanto en vigencia de la sociedad como aun después de concluida la relación sentimental de los socios, donde mi poderdante hasta el momento continua realizando aportes e inversiones que pretenden de manera fraudulenta y con afirmaciones mentirosas y contrarias a los documentos probatorios ser desconocidos por el demandado; Quien evidentemente en su interrogatorio no solo no puede precisar a título de que hace la supuesta entrega de diez millones de pesos, sino que tampoco sabe precisar momento y lugar de dicha entrega, lo que deja ver diáfanamente la falsedad de su testimonio y la inapropiada valoración de los elementos de prueba por parte del fallador de primera instancia, como la inaplicación de los presupuestos a adoptar ante los testimonios permeados de falsedad e inexactitud.

RESPECTO DE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ Y EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO.

Segundo: En el entendido en que los requisitos de validez y existencia de la sociedad se reunieron en el referido, estos son: 1. Número plural de personas; 2. Aporte a la sociedad en dinero, especie o industria, lo que se prueba con suficiencia con las pruebas documentales que dan cuenta de los aportes

sociales realizados por la demandante, el avaluó de inmueble que permite de igual manera establecer que se dio un significativo aumento tanto en el inmueble ubicado en la ciudad de Villavicencio como en el de Bogotá, gracias a los aportes económicos realizados, dando cuenta del proceso de inversión y crecimiento económico las reproducciones fotográficas obrantes en el libelo introductorio; 3. Persecución de un beneficio común, que al igual que los aportes sociales se encuentra probado con los documentales, como es el contrato de arrendamiento AA. 85156 suscrito en el año 2011 mencionado líneas atrás donde con meridiana claridad se observa el lucro que se perseguía con la adquisición y posterior construcción del inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá en la calle 137 No. 148A-7 identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50N-20175415, así como el reparto de ganancias o pérdidas, presupuestos estos que serían probados con los respectivos testimonios quienes tuvieron pleno conocimiento de los giros normales de los negocios de los compañeros y socios; dichos testimonios que no se valoraron por negativa injustificada del a quo hubiesen permitido dar cuenta del Affectio Societatis, ánimo de asociación o animus contrahendi societatis de los señores **MARIA PILAR MERCHAN VARGAS** y **NELSON PERILLA SÁNCHEZ.**

Tercero: Respecto de la conformación de una sociedad mercantil de hecho entre los compañeros permanentes, si bien su génesis en el caso sub lite es la unión sentimental de estos y un proyecto de vida familiar en común de ella devino la conformación de la sociedad mercantil de hecho que entre estos surgió, al tenor del artículo 498 del C.Co; aunque el punto de génesis, estos es la existencia de una relación sentimental, pueda hacer pensar que las transacciones y negocios que se conformaron dentro de la unión son de carácter familiar, la relación sentimental en ningún caso es excluyente de la comercial como se evidencia en el caso de marras paralelo a esto y con el fin de acrecentar el patrimonio se adquiere otro inmueble en la ciudad de Villavicencio ubicado en la calle 21B Sr No. 19ª- 05 Esté manzana K lote numero 12 urbanización Kirpas, con folio de matrícula inmobiliaria No. 230-73452 el cual se busca proyectar de la misma manera del que se ubica en la ciudad de Bogotá respecto del cual se construyó como dan cuenta los elementos de prueba aportados una bodega de destinación comercial, del que se recibieron y se continúan recibiendo ganancias, lo que deja ver el interés de explotación económica de los compañeros.

Cuarto: Ahora bien, a la constitución de una sociedad de tal naturaleza se puede llegar por dos vías distintas: la primera se predica para el caso del consentimiento expreso o tácito de dos o más personas que, sin mediar solemnidad alguna, han pretendido adelantar una empresa con fines económicos de origen mercantil y la segunda, ha de entenderse de aquel

caso en que proviene de una sociedad que se quiso constituir conforme a derecho, pero que le faltaron solemnidades propias de tal objeto.

En el asunto de referencia nos encontramos en ante el primer presupuesto De ahí que, nuestro ordenamiento jurídico privado reconozca la existencia de la sociedad de hecho, como aquella ausente de la formalidad escritural pública, al tenor de lo dispuesto en el artículo 498 del Código de Comercio, que, por consiguiente, puede probarse por cualquier medio probatorio reconocido por la Ley, como lo es la prueba indiciaria necesaria presente como ya se mencionó líneas atrás.

Desde la sentencia de casación del 30 de noviembre de 1935 con ponencia del Magistrado Eduardo Zuleta Ángel, la Corte hizo un importantísimo aporte sobre la claridad y diferencia entre las sociedades de hecho que se originan por consentimiento expreso y otras por consentimiento tácito, destacándose también los requisitos esenciales que deben confluir para que haya lugar a declarar la existencia de una sociedad mercantil surgida de los hechos como la que nos ocupa **y que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.**

Contra el reconocimiento de estas sociedades de hecho no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho:

en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito.

Así las cosas, se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de "hecho", cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

1. Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; como ya se enunció y se encuentra evidenciado en el expediente la coordinación de los esfuerzos de los compañeros socios y se tomaron acciones tendientes a acrecer el patrimonio de estos no solo como una ayuda mutua derivada de la convivencia y vida en familia sino con un claro ánimo de lucro.

2. Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; como lo fue sin lugar a duda la reinversión de recursos en las mejoras hechas al inmueble de lo que da cuenta el peritaje allegado y la construcción de espacios comerciales como la bodega con la que cuenta la casa de los socios ubicada en la ciudad de Bogotá y sobre la cual declaro el demandado se han recibido ganancias con su explotación comercial;

3. Que la colaboración entre ellos se desarrolló en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa, como se observa de manera diáfana no existió ni existe ningún tipo de subordinación de los socios y los aportes realizados se llevaron a cabo en igualdad de condiciones (aportes que constan en el expediente);

4. Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios. Los diversos giros negociales realizados con el fin de acrecentar el patrimonio de los socios y obtener de los bienes adquiridos beneficios económicos da cuenta del cumplimiento de este requisito.

Reunidos todos y cada uno de estos elementos lo preciso en el caso sub lite era la respectiva declaración de la sociedad de hecho entre los extremos, de acuerdo a los principios sustanciales y procedimentales contenidos en las disposiciones pertinentes:

Art. 498 del C de Co., preceptúa: "la sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley"; (sin que se desvirtúen las pruebas indiciarias).

Y el Art. 499 ibídem dispone: "la sociedad de hecho no es persona jurídica. Por consiguiente, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o cargo de todos los socios de hecho".

El art. 505 del mismo código refiere que "Cada uno de los asociados podrá pedir en cualquier tiempo que se haga la liquidación de la sociedad de

hecho y que se liquide y pague su participación en ella y los demás asociados estarán obligados a proceder a dicha liquidación".

Cualquier sociedad que se forme, así sea por los hechos, debe estar precedida de un acuerdo de voluntades que puede ser expreso o tácito y precisamente en las de hecho puede llegar a presumirse, el cual debe reunir los requisitos generales que exige el art. 1502 del C.C., como son: consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitas y los previstos en el Artículo 98 del C. de comercio que dispone: "Por el contrato de sociedades dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social."

Reunidos así los elementos mencionados en el asunto de la referencia la resulta de proceso no debió ser otra que la admisión favorable de las pretensiones de la demanda.

Quinto: Salta a la vista de este apoderado judicial, que las preguntas realizadas por la falladora de primera instancia a mi poderdante durante su interrogatorio, requerían de preciar conceptos judiciales y jurídicos que la demandante por su condición profana a la materia no estaba en condiciones de precisar y por tanto no podían sus respuestas ser tomadas como un presupuesto pleno para fundar el resuelve del proceso en dichas imprecisiones que no obedecen a otra cosa más que el desconocimiento de una persona que por su ocupación diversa al área jurídica no está en condición de saber. Por tanto, así como no fueron aplicados los presupuestos del artículo 97 del C.G.P., al demandado ni aplicadas las presunciones y consecuencias en contra por sus respuestas vagas e imprecisas no debiera ser tomado en virtud de una igualdad de armas como prueba en contrario las respuestas provenientes del desconocimiento de mi poderdante; nuevamente resaltó en este punto la presencia del anunciado defecto factico a fin de que el superior se sirva por medio de la revocatoria de la sentencia subsanar.

Sexto: Para el caso en concreto manifestó el fallador de primera instancia la aplicación de las disposiciones del artículo 498 del C.co y cito en repetidas oportunidades las disposiciones previstas en el artículo 468 ibidem sin que las disposiciones de este último tuvieran aplicación en el caso de marras, lo que da cuenta de un ejercicio valorativo y probatorio desprolijo, pues se desatendido la presencia de la prueba indiciaria necesaria y contingente que de acuerdo al artículo 498 C.co deberá ser tenida en cuenta puesto que, no existe prohibición alguna al respecto o disposición que la excluya, máxime cuando no fue permitido pese a la solicitud de ambos extremos la suspensión de la audiencia para la práctica de las pruebas faltantes.

Hace uso pues, el fallador de primera instancia de lo presupuestado en el artículo 278 del C.G.P., dictando sentencia de forma anticipada enunciado que no existían pruebas a practicar. Cuando la realidad es que se debió decantar las pruebas testimoniales aunque esto significara la fijación de una nueva fecha para dar continuidad al desarrollo de la audiencia, facultad contemplada en el artículo 372 ibidem numeral 10 que faculta al juez a decretar las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sujeción estricta a las limitaciones previstas en el artículo 168 de cuerpo normativo en comento, que ha dispuesto el rechazo de plano se las pruebas en los eventos en que estas sean pruebas ilícitas, notoriamente impertinentes, inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles, lo que no es en ningún caso las pruebas testimoniales dejadas de recaudar por el despacho.

De otra parte aunque por economía procesal y aplicación del principio de celeridad de la justicia es posible la realización de las audiencias de que trata el artículo 372 y 373 en una misma oportunidad, esto no puede ser tomado como fundamento para no acceder a la práctica de las pruebas necesarias para llegar a la verdad procesal y proferir un fallo debidamente fundamentado en el análisis íntegro de las pruebas debidamente arrimadas en el libelo introductorio; el artículo 372 en su numeral 11 señala la fijación de una nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento de y la práctica de pruebas.

Desatina el despacho y da una aplicación contraria a los disposiciones procesales del artículo 372 del C.G.P., numeral 9 al proferir sentencia en esta instancia pues la misma solo podrá ser dictada siempre que no se requiera la práctica de otras pruebas, situación que brilla por su ausencia, pues debió acatarse la solicitud de la parte demandante y demandada de aplazar la diligencia y ser oídos los testimonios necesarios en el proceso a fin de evitar el defecto fáctico cometido y la debida aplicación de los principios procesales.

Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicito se sirva revocar la sentencia recurrida, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla.

PETICIÓN

Solicito que el superior jerárquico, **REVOQUE** la sentencia de primera instancia, por medio de la cual, negó las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, profiera sentencia conforme a derecho corresponda.



DIEGO ALEXANDER MERCHAN SOSA
C. C. 1.019.092.460 de Bogotá D. C.
T. P. 294.087 del H. C. S. de la J.
diegomerchanabogados@gmail.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: PROCESO 037-2021-00167-01 SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 3/04/2024 3:03 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (320 KB)

03042024- VISIÓN CARIBE Sustentación apelación.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: David Esteban Arce Pinto <darce@gclegal.co>
Enviado: miércoles, 3 de abril de 2024 11:50
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: Pedro Hernán Montaño <pmontano@gclegal.co>; David Esteban Arce Pinto <darce@gclegal.co>; jesusantodomingochoa2008@hotmail.com <jesusantodomingochoa2008@hotmail.com>
Asunto: PROCESO 037-2021-00167-01 SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN

No suele recibir correos electrónicos de darce@gclegal.co. Por qué esto es importante

HONORABLE MAGISTRADA
STELLA MARÍA AYAZO PERNETH
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SALA CIVIL
E. S. D.

Referencia: Proceso verbal de mayor cuantía iniciado por FIDUCOLDEX actuando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo INNPULSA COLOMBIA contra de la Fundación Visión Caribe & Seguros del Estado S.A.

Radicado: 11001-3103-037-2021-00167-01

Asunto: Sustentación Apelación

Respetados, por instrucción expresa del doctor Pedro Hernan Montaño, apoderado judicial de la parte demandante, mediante el presente me permito radicar memorial con sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

Cordialmente,

David Esteban Arce Pinto
Paralegal
darce@gclegal.co

+57 (601) 390 2217
Carrera 9 No. 80-45 Piso 4
Bogotá, D.C. - Colombia
www.gclegal.co

Este mensaje o sus anexos pueden contener información confidencial.
This message and any attachments may contain confidential information.

GAMBOA, GARCÍA & CARDONA
ABOGADOS

Ranked Firm:

IFLR1000 LEADERS LEAGUE The LEGAL 500

HONORABLE MAGISTRADA
STELLA MARÍA AYAZO PERNETH
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SALA CIVIL
E. S. D.

Referencia: Proceso verbal de mayor cuantía iniciado por FIDUCOLDEX actuando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo INNPULSA COLOMBIA contra de la Fundación Visión Caribe & Seguros del Estado S.A.

Radicado: 11001-3103-037-2021-00167-01

Asunto: Sustentación Apelación

PEDRO HERNÁN MONTAÑO VELASCO, abogado en ejercicio, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. e identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi condición de apoderado especial del Patrimonio Autónomo **INNPULSA COLOMBIA** identificado con Nit: 830.054.060-5, representado y administrado por la **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX,** reasumiendo el poder conferido luego de una sustitución, dentro de la debida oportunidad procesal, me permito SUSTENTENTAR LA APELACIÓN A LA SENTENCIA EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS en el marco del proceso de la referencia.

I LA SENTENCIA QUE SE APELA

El Ad quo declaró demostrada la excepción de mérito planteada por la demandada titulada como "*inexistencia de la causal alegada de incumplimiento"*, argumentando principalmente la ausencia de prueba allegada por el Demandante que demuestre el incumplimiento del Contrato de Cofinanciación PD054-15 de 2018. Al respecto, se indica en la Sentencia

"La prueba acopiada no muestra que la falta de culminación del Proyecto haya sido enteramente atribuible a la Fundación enjuiciada y, por el contrario, evidencia que Fiducoldex no solo dejó de adoptar las medidas indispensables con el fin de mitigar los daños (incluyendo las previstas en el mismo Contrato), sino que desatendió la carga de argumentación y justificación propia del incumplimiento contractual, como pasa a explicarse."

No obstante lo demostrado en el proceso resulta precisamente lo contrario pues en el proceso lo que se acreditó precisamente fue el incumplimiento del Contrato de cofinanciación aludido.

II RAZONES DE LA INCONFORMIDAD

De manera respetuosa a continuación, me permito señalar como cada una de las pretensiones esbozadas en la Demanda quedaron plenamente probadas en el marco del proceso, en razón a los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, que fueron debidamente decretados y practicados por el H. Despacho, pero no fueron valorados de manera íntegra al momento de emitir el fallo.

1. Tal como fue expuesto, el 26 de diciembre de 2016 la FUNDACIÓN VISIÓN CARIBE, se presentó a la convocatoria No. UGCE-PD007- 2015 para ser cofinanciado el proyecto denominado "*FORTALECIMIENTO EMPRESARIAL DE CADENAS PRODUCTIVAS SECTORIALES DE POBLACION VICTIMA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO DE LOS*

MUNICIPIOS DE CHIMICHAGUA, SAN MARTIN Y EL PASO, DEPARTAMENTO DEL CESAR". Sobre este punto, y conforme quedo plenamente acreditado en el proceso en razón a la declaratoria de parte del representante legal de la parte Demandada, la Convocatoria establecía los requisitos de aplicación de manera clara y precisa, por lo que el Demandado decidió aplicar respectivamente, por considerar que en efecto cumplía con cada uno de los aspectos objeto de la Convocatoria.

2. Que el día 2 de enero de 2018 La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fiducoldex actuando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo INNPULSA COLOMBIA y la FUNDACIÓN suscribieron el Contrato de cofinanciación PD054-015 denominado: "*Fortalecimiento empresarial de cadenas productivas sectoriales de población víctima de desplazamiento forzado de los municipios de Chimichagua, San* Martin y el Paso, Departamento del Cesar".

3. Que previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Contrato de Cofinanciación No. PD054-015 suscrito el 2 de enero de 2018, se realizó un único desembolso por valor de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE ($149.999.700), el 14 de febrero de 2018, previo concepto de la Interventoría CD-69 del 18 de enero de 2018.

4. Que, de conformidad con la cláusula quinta del Contrato de Cofinanciación No. PD054-015 suscrito el 2 de enero de 2018, la Universidad de Antioquia funge como firma interventora del mencionado.

INCUMPLIMIENTO FUNDACIÓN VISIÓN CRIBE

En primera medida resulta evidente que en la propuesta presentada por parte de la Fundación de fecha 26 de diciembre de 2016 radicada de forma integral y en el contrato de cofinanciación No. PD054-015 suscrito el 2 de enero de 2018, se establecieron de manera clara las actividades, obligaciones y resultados que debían alcanzarse para el cumplimiento del proyecto, situación que fue tenida en cuenta por la Interventoría para la elaboración del Informe de Incumplimiento II-10 emitido el 1 de noviembre de 2018.

Nótese como, conforme se enunció en el escrito de la demanda y se acreditó con las documentales que obran en el expediente, el 25 de octubre de 2018, la Interventoría mediante comunicación No.RPI-31del 25 de octubre de 2019, profirió el "*Requerimiento por presunto incumplimiento*" en el cual se evidenció que la Fundación, tuvo dificultad en definir los 140 usuarios finales – situación que era el móvil para el desarrollo del objeto contractual-.

Lo anterior, según tesis que aduce la Fundación, y acogió el Juez de primera instancia, surgió porque la propuesta se presentó en el año 2016 y la suscripción del Contrato hasta el año 2018, situación que no puede ser tomada como un eximente de responsabilidad, como mal pretende la Fundación, pues conforme fue demostrado en el marco del proceso, la citada situación corría por cuenta y riesgo quien conocía todos los estándares propios del desarrollo del objeto contratado al momento de presentar la propuesta y durante la ejecución propia del contrato, adicionalmente conforme fue indicado en la declaración de parte no adoptó medida alguna para mitigarlo y dar cumplimiento al contrato, sumado a que trascurrido el tiempo entre el año 2016 y 2018, el Contratista suscribió el Contrato sin mediar mayores reparos, observaciones o glosas al momento de la firma sobre una mutación del alcance del Proyecto por el paso del tiempo situación que ya era evidente al momento de la firma. Llamando la atención que una vez suscrito el contrato con base en lo preceptuado en el artículo 1602 del Código Civil, las partes se sometían ya a lo estipulado en él saneando lo ocurrido en las tratativas precontractuales.

Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que en el curso de la ejecución del Contrato, las partes suscribieron el Otrosí No. 1 el 03 de septiembre de 2018 modificando el plazo de ejecución fue de diez (10) meses, contados a partir de la legalización del contrato, esto es entre el 02 de enero de 2018 hasta el 02 de noviembre de 2018, siendo esta la oportunidad para modificar o ajustar las condiciones contractuales o reconocer inconvenientes que resarcir, sin embargo, las partes en su soberana autonomía adoptaron la prórroga pactada siendo ese un alcance concertado y subsanador de lo trascurrido contractualmente.

Llama la atención que el Juzgado no tuvo en cuenta que en visita de campo realizada por la interventoría en compañía de una funcionaria de INNPULSA COLOMBIA y la Directora de Proyecto el 19 de julio del 2018, en el Corregimiento de La Loma, municipio de El Paso Cesar; se evidenció que, los representantes de las unidades productivas estaban inconformes por la socialización que realizó el contratista debido a que en la reunión se les informó que el proyecto no contempla la entrega de materiales, equipos y/o insumos. Debido a lo anterior, muchos de los beneficiarios manifestaron que no continuaban en el proyecto.

Pero los propósitos componedores de la parte Contratante a través de la Interventoría igual se siguieron surtiendo lo cual está demostrado en Concepto emitido por dicho ente supervisor el 18 de septiembre de 2018, la Interventoría emitió su concepto bajo consecutivo CP_33, y presentado en comité de casos ante La Unidad el 24 de septiembre de 2018; donde se concluyó lo siguiente:

> "*De conformidad con lo antes expuesto, la Interventoría emite concepto VIABLE a la siguiente modificación:*
>
> *¬ Aceptación de las 140 unidades productivas, de los cuales 73 usuarios pertenecen al municipio de Chimichagua, 60 al municipio de El Paso y 7 del municipio de San Martín. Se aclara que la interventoría únicamente reconocerá en la liquidación a las unidades productivas atendidas en todo el proceso que contempla el proyecto.*
> *¬ Cambio en el sitio del evento comercial y rueda de negocios en el municipio de Chimichagua con 73 unidades con los usuarios correspondientes a este municipio y el segundo en el municipio de El Paso, corregimiento de La Loma donde participaran los 60 usuarios del corregimiento de La Loma y 7 usuarios del Municipio de San Martín.*
>
> *¬ Ampliación de la meta y fuente de verificación de la actividad A05, de realizar un acuerdo comercial por cada mipyme como Encadenamiento Productivo de productos y la evidencia del cumplimiento será diez (10) Mipymes con un acuerdo comercial por cada mipyme como encadenamiento productivo desarrollado y otra meta que es la de fortalecer a 140 unidades productivas con materiales e insumos para el desarrollo o mejora de productos o servicios por cada unidad productiva entregado, planillas de asistencia técnica, registro fotográfico, facturas de materiales e insumos entregados.*
>
> *¬ Prórroga de un (1) mes, con el fin que el Contratista pueda cumplir con el objeto contractual y la ejecución de las actividades con la totalidad de unidades productivas beneficiadas del proyecto PD054-015 de 2017, lo que con lleva a ajustar el Anexo 8 Matriz del proyecto y anexo 9 cronograma del presente concepto.*
>
> *¬ Modificación en la base de cálculo en el rubro R02 del transporte del equipo ejecutor, de un presupuesto inicial de $38.336.000 a un presupuesto final de $38.300.000, para ser ejecutados en todas las actividades del proyecto.*
>
> *¬ Traslado presupuestal con recursos de cofinanciación un valor de $67.372.000, de los rubros R02 ($36.000), R10 ($16.800.000) y R11 ($50.536.000), para ser trasladados al rubro R06 a la actividad A05.*
>
> *¬ Traslado presupuestal con recursos de contrapartida en efectivo de $5.077.020 de los rubros EF02 ($2.800.000), EF04 ($923.856), EF06 ($353.005) y EF08 ($1.000.159) con destino al rubro R06, actividad A05."*

Conforme testimonio de Carlos Alberto Cuervo, las razones por las cuales los usuarios desistieron de continuar con la ejecución del Proyecto, eran imputables en su totalidad a la Fundación, quien al momento de socialización se comprometió a asuntos que no correspondían a la realidad, como entrega de material y desplazamiento.

Cabe señalar que el 8 de octubre de 2018, bajo el consecutivo RC_121018_2906, se recibió correo por parte del contratista donde presenta el plan de choque el cual una vez analizado por la interventoría, no era procedente para cumplir con la totalidad de las actividades del proyecto con

respecto al avance que se evidenció en la visita técnica de seguimiento finalizada el 3 de octubre de 2018

Mediante comunicación con numero RC_ 301018_3002 del 30 de octubre de 2018 el contratista emitió respuesta al requerimiento de incumplimiento, presentando los argumentos solicitados por la interventoría, de lo cual, la Interventoría del contrato indicó que *"(...) frente a la respuesta presentada por el contratista del RPI- 31 del 25 de octubre de 2018, no presentó ni allego información; como tampoco soportes que puedan desvirtúen el presunto incumplimiento y lo registrado en los informes de visitas emitidos por la interventoría; por lo que no le queda más a está interventoría reiterar los incumplimientos presentados.(...)"*

En desarrollo del proceso judicial que nos ocupa en la primera instancia no se logró desvirtuar que efectivamente el Contratista hubiere desvirtuado en dicha comunicación de octubre de 2018, los incumplimientos ya evidenciados por la Interventoría.

En desarrollo de lo anterior, el primero de noviembre de 2018, la Interventoría emitió informe de incumplimiento, del cual se evidencia de manera clara el Incumplimiento por parte de FUNDACIÓN fue de la siguiente manera:

"

a. *Incumplimiento del objeto del contrato debido a que no se demuestra el fortalecimiento empresarial de las cadenas productivas sectoriales de las 140 unidades productivas y su encadenamiento con las 10 mipymes conforme había sido pactado.*

b. *Por otro lado, la cláusula 6 del contrato consagra las obligaciones del contratista de las cuales se evidencia el incumplimiento de las siguientes:*

   1. *"Desarrollar y culminar el proyecto descrito en la cláusula tercera del presente contrato, entregando los productos y/o actividades en el previstos en los términos y plazos establecidos en la propuesta presentada el 26 de diciembre de 2016 (...)"*

   25. "Cumplir con todas las condiciones para la ejecución del proyecto previstas en el acuerdo colaborativo suscrito con la Entidad Pública, documento que forma parte integral del presente contrato."
   c. de la propuesta presentada por el contratista:

   E LA PROPUESTA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA De acuerdo a la propuesta presentada por el contratista se está incumpliendo en los siguientes productos:
   De acuerdo a la propuesta presentada por el contratista se está incumpliendo en los siguientes productos:
   • A01, A02, A03, A04, A05, A06, A07, (...)"
   En la misma línea pongo de presente que el incumplimiento de las obligaciones previamente señaladas se concluye por los siguientes:

- *la FUNDACIÓN VISIÓN CARIBE en su propuesta entregó los 140 usuarios beneficiarios los cuales fueron validados y aprobados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que el proyecto iniciara con la intervención de las ocho (8) actividades que se presentó en la propuesta en el momento del inicio del proyecto.*

- *Con base en lo anterior, el contratista contaba una base de datos validada de 140 usuarios de la propuesta inicial y posteriormente con las solicitudes de modificación y validación finalizó con 210 usuarios validados".*

Sea relevante destacar que conforme fue acreditado en el proceso, el incumplimiento esencial recae sobre la mora para la consecución de los 140 usuarios finales por causas imputables meramente a la Fundación, adicionalmente, de manera respetuosa pongo de presente que el Juez de Primera Instancia no evidenció que la citada situación era una obligación necesaria y además de resultado en cabeza de la Fundación, la cual sin duda alguna quedó evidenciado su incumplimiento.

El solo informe de noviembre de 2018 emitido por la interventoría como ente contractualmente facultado para el efecto, resulta plena prueba rectora de lo acaecido en este asunto de forma tal que constituye demostración plena de que el Contratista incumplió el Contrato de Cofinanciación y debió restituir los recursos.

2. Respecto al deber de la restitución de recursos.

Ahora bien respecto a la liquidación del contrato quedó plenamente probado por parte del Demandante, en razón a su escrito de demanda junto con la declaración precisa del representante legal del Demandante, que de acuerdo con la naturaleza de los contratos de cofinanciación, y la finalidad de las funciones de INNPULSA COLOMBIA, los recursos entregados a título de cofinanciación tienen el carácter de no reembolsables, no obstante, en el evento que el objeto del contrato de cofinanciación no se cumpla, o los recursos de cofinanciación no fueran invertidos en su totalidad, el contratista deberá reintegrar dichos recursos a INNPULSA COLOMBIA.

Pues bien, conforme el informe de interventoría es claro anotar que aunque el Contratista alcanzó una ejecución técnica del 24.10% en el plan de trabajo propuesto y una ejecución financiera del 19,96%, la Interventoría no reconoció ejecución técnica ni financiera alguna, toda vez que no cumplidó con la ejecución del Contrato de Cofinanciación, y por ende con los fines del Proyecto finalidad de dicho contrato.

Pues bien, el Despacho, debe tener de presente que conforme fue probado en el proceso de la ejecución del proyecto se observa que las actividades ejecutadas no evidenciaron el fortalecimiento empresarial de los **140 usuarios finales** siendo este el objeto propio de la convocatoria y el Contrato, por esta razón el Despacho debe evidenciar el incumplimiento propio que por esta vía se promulga.

En línea con lo hasta acá expuesto el parágrafo tercero de cláusula décimo-octava del Contrato establecía lo siguiente:

"Si por cualquier circunstancia derivada de la celebración del presente contrato, EL CONTRATISTA se encuentra en la obligación de reintegrar recursos desembolsados y no ejecutados, dicho reintegro deberá hacerlo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la que LA UNIDAD le hubiere requerido para el reembolso de la suma respectiva o se hubiere suscrito el acta de liquidación. De no generarse la devolución en el plazo mencionado, o en cualquier otro plazo otorgado por la UNIDAD, EL CONTRATISTA se constituirá en mora y reconocerá intereses sobre la suma debida a la tasa máxima legal permitida por la legislación vigente.

Por lo que, de conformidad con el concepto de interventoría, que no reconoce la ejecución de los recursos desembolsados, se tiene que existe la obligación de la Fundación de restituirlos.

3. Precisión y aclaración de lo indicado por el Juzgado 37 Civil del Circuito

En la Sentencia el Despacho señaló lo siguiente:

"Las circunstancias evidenciadas por el contratista y morosamente solucionadas por parte de los llamados a atender el conducto regular (téngase en cuenta que el plazo de ejecución del contrato en ningún caso podía superar los 10 meses), sumadas a la socialización fallida del proyecto que habría tenido lugar el 19 de julio de 2018 (de la cual no hubo evidencia escrita, según los testigos Julián Ricardo Marttá Quiroz y Carlos Alberto Cuervo Fonce), y a los hallazgos de las visitas técnicas, especialmente la del 1° al 3 de octubre de 2018 ***(cuyos informes no se aportaron al expediente, pese a la exhortación que hizo el Despacho en la primera sesión de la audiencia de instrucción y juzgamiento)"***

De manera respetuosa manifiéstanos que el único requerimiento que se elevó por parte del Juzgado en la audiencia de instrucción y juzgamiento, correspondió al que a continuación se señala conforme a la transcripción literal del acta de audiencia

Pues bien, nótese como el requerimiento indicado por el Despacho no corresponde al enunciado en el Fallo, y adicionalmente, el Demandante en aras de cumplir con la carga procesal el deber de lealtad

y buena fe en el marco del proceso cumplió a cabalidad con la citada carga a través de la suscrita apoderada:

El vínculo remitido a través del citado correo contiene de manera integral toda la propuesta formulada por el Contratista por lo cual se cumplió de forma completa lo requerido por el Juzgado 37 Civil del Circuito, no habiendo solicitud alguna desatendida por este extremo actor.

Así las cosas, lo enunciado por el Ad quo no resulta comprensible, pues no hubo requerimiento alguno que no hubiere sido atendido por la Demandante, llamando la atención más bien que debe revisarse la posibilidad de que el Juzgado de primera Instancia no hubiese advertido y valorado esta prueba documental allegada por este extremo actor mediante correo electrónico calendado del 25 de septiembre de 2023, conforme requerimiento a la parte activa formulada por el Despacho, no sabiendo si fue advertido de cara al Fallo y en detrimento de lo establecido en el inciso primero del artículo 280 del Código General del Proceso, respecto de cuál debe ser el contenido de la Sentencia.

Para mayor claridad relacionamos a continuación el requerimiento y su cumplimiento elementos que pueden verificarse en el expediente del proceso que nos ocupa.



escrito. ---- De conformidad con las facultades oficiosas conferidas por el ordenamiento, se REQUIERE a las partes aportar documento que describa las siete actividades a ejecutar por parte del contratista y presentadas al momento de formular la respectiva propuesta. Esa documental deberá allegarse antes de la audiencia. ------- Siendo la

GP Ginna Paola Durán Martínez <gduran@gclegal.... lunes, 25 de septiembre de 2023, 9:18 a.m.
Para: octo37bt@cendoj.ramajudicial.gov.co; CC: funvisioncaribe@gmail.com; + 2 más

Señor,

JUEZ 37 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

Referencia: Proceso declarativo verbal de mayor cuantía

Demandante: FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A.- FIDUCOLDEX, actuando como vocera y administradora del patrimonio autónomo INNPULSA COLOMBIA.

Demandados: FUNDACIÓN VISIÓN CARIBE & SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Asunto: Allega información requerida

GINNA PAOLA DURÁN MARTÍNEZ identificada con cédula de ciudadanía 1.016.081.434. de Bogotá y Tarjeta Profesional 326.981, actuando como apoderada de **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX** como vocera y administradora del Fondo **INNPULSA COLOMBIA** identificado con NIT No. 830.054.060–5, por medio del presente correo electrónico, allego la información requerida por el H. Despacho en audiencia, a la cual se podrá acceder mediante el link adjunto.

https://drive.google.com/drive/folders/1yX6f53j-Ww2JafVnGnX6Z4seNVf5FoZ?usp=sharing

En caso de presentar inconveniente para acceder a la información por favor contactar al 3214196369.

Llama la atención que salvo en la sentencia no se echó de menos mediante requerimiento adicional del Ad quo de la aludida documentación procediendo con el curso del proceso hasta la sentencia.

4. Consecuencia del incumplimiento contractual frente a la póliza de seguros

Conforme anunciamos en correo electrónico complementario de forma oportuna de la apelación igualmente corresponde responder a SEGUROS DEL ESTADO S.A., en razón a la ocurrencia del riesgo amparado mediante póliza cumplimiento en favor de particulares número 47-45-101001798.

Cabe señalar que el objeto de la referida póliza consiste en garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato celebrado entre las partes, relacionado en el contrato de cofinanciación No. PD054-015 suscrito el 2 de enero de 2018, referente a que ejecute el proyecto N° PD054-15 denominado. *"FORTALECIMIENTO EMPRESARIAL DE CADENAS PRODUCTIVAS SECTORIALES DE*

POBLACIÓN VICTIMA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO DE LOS MUNICIPIOS DE CHIMICHAGUA, SAN MARTÍN, Y EL PASO, DEPARTAMENTO DEL CESAR".

Cabe señalar también que mediante comunicación del 17 de junio de 2020 la Contratante presentó reclamación formal ante la Aseguradora., reclamación que fue respondida de forma extemporánea el 13 de diciembre de 2020 y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 1053 del Código de Comercio, se tiene que transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el beneficiario quien los represente entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes, sin que dicha reclamación sea objetada, la póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, constituyéndolo en deudor del beneficiario, circunstancia que como demandantes expresamos en la demanda, por lo tanto demostrado el incumplimiento procede igualmente el reconocimiento del amparo deprecado.

III. SOLICITUD

Conforme lo expuesto solicito revocar el fallo de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la Demanda respecto de los dos demandados.

Sin otro particular, Respetuosamente

Pedro Hernán Montaño Velasco.
C.C. 80.420.158 de Bogotá D.C.
T.P. 96.386 del C.S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: REF.11001310304020210025401 - reparos y sustentación de los reparos planteados DEMANDANTE: LIBARDO VARGAS JOYA DEMANDADO: PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 22/03/2024 2:46 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

2 archivos adjuntos (696 KB)

JURISPRUDENCIA REPAROS Y SUSTENTACION DEL RECURSO.pdf; APELACION Y REPAROS SENTENCIA LIBARGO VARGAS JOYA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Enviado: viernes, 22 de marzo de 2024 14:43
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: abogadoeduardgarzoncordero@hotmail.com <abogadoeduardgarzoncordero@hotmail.com>
Asunto: RV: REF.11001310304020210025401 - reparos y sustentación de los reparos planteados DEMANDANTE: LIBARDO VARGAS JOYA DEMANDADO: PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA

Remito por considerar de su competencia.

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON
Secretaria Administrativa de la Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá
PBX 6013532666 Ext. 8378
Línea gratuita nacional 018000110194
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C
Bogotá D.C.

De: EDUARD GARZON <abogadoeduardgarzoncordero@hotmail.com>
Enviado: viernes, 22 de marzo de 2024 14:39
Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: REF.11001310304020210025401 - reparos y sustentación de los reparos planteados DEMANDANTE: LIBARDO VARGAS JOYA DEMANDADO: PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL - FAMILIA
Ponente: STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E.S.D.

REF.11001310304020210025401 - reparos y sustentación de los reparos planteados
DEMANDANTE: LIBARDO VARGAS JOYA
DEMANDADO: PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA

EDUARD HUMBERTO GARZON CORDERO actuando en mi calidad de apoderado de la parte demandante, comedidamente me dirijo a su despacho a fin de interponer **RECURSO DE APELACIÓN Y PRESENTAR LOS REPAROS Y SUSTENTACION** frente a la SENTENCIA DE FECHA 18 DE DICIEMBRE 2022, con fundamento en lo siguiente.

1. Si bien es cierto el procedimiento habla de la sustentación, la jurisprudencia ha mencionado dos caminos. Uno el que el Juzgado me menciona que es sustentar dentro de los 5 días que es el que habla el Código General del Proceso, pero hay un segundo camino, que es el que ha interpretado la Corte Suprema de Justicia últimamente que es cuando se produce la apelación y los reparos y la sustentación en primera instancia no es necesario sustentar en segunda instancia dentro de los 5 días.

2. pero para evitar discusiones superfluas sobre cuestiones jurídicas, sustento nuevamente mi recurso en el momento de presentar la apelación, presente la apelación, los reparos y la sustentación de mi recurso. Pero nuevamente y dentro del término concedido presento mis argumentos y allego copia de un auto del Tribunal de Bogotá que confirma la teoría que expongo antes de sustentar mi recurso.

PETICION

1. Se sirva REVOCAR la sentencia y en su lugar se sirva conceder las pretensiones de la demanda.

2. Se sirva MOFICAR el numeral cuarto de la sentencia, y en su lugar se sirva NO CONDENAR en costas a los demandantes, en cuanto a que no podían ser condenados en costas por encontrase amparados por amparo de pobreza Art 151 al 158 C.G.P.

SUSTENTACION

1. De acuerdo con el artículo 322 del Código General Del Proceso en su numeral 3 inciso 2, en mi calidad de parte interesada, presentaré de forma concisa los reparos que tengo sobre la sentencia y señalaré que el juez de primera instancia cometió un error. Solicito que el juez de segunda instancia realice una nueva valoración y modifique la sentencia de acuerdo con la petición anteriormente expuesta.

2. Se realizarán los reparos y la sustentación en un solo texto, a fin de que la sustentación quede ya lista para su respectiva sentencia.

3. De acuerdo con la jurisprudencia vigente en Colombia, al abordar un proceso de accidente de tránsito es necesario establecer los tres elementos fundamentales de la responsabilidad civil: culpa, daño y nexo causal. Sin embargo, cabe mencionar que existe una discusión respecto a si la cuantificación del daño puede considerarse como un cuarto elemento.

4. Según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país, la cuantificación del daño no puede considerarse como un elemento separado de la responsabilidad civil. En cambio, se entiende que es una consecuencia directa del daño causado y, por lo tanto, debe ser analizada y determinada dentro del proceso al evaluar el perjuicio sufrido por la víctima.

5. Es importante recordar que el principio de reparación integral es uno de los pilares de la responsabilidad civil en Colombia. Esto implica que el valor de la indemnización debe corresponder plenamente al perjuicio sufrido por la víctima, incluyendo no solo el daño emergente (gastos médicos, pérdida de ingresos, entre otros) sino también el lucro cesante (pérdida de oportunidades económicas futuras) y el daño moral.

6. En consecuencia, al abordar un proceso de accidente de tránsito en Colombia es crucial analizar la existencia de culpa, daño y el nexo causal entre ambos. La cuantificación del daño, aunque no se considere como un elemento separado, deberá ser cuidadosamente evaluada para garantizar la reparación integral de la víctima de acuerdo con la jurisprudencia vigente.

7. Como elemento de culpa: vemos que efectivamente está determinada la culpa del conductor del vehículo automotor, ¿por qué razón? por el simple hecho de conducir un vehículo automotor y ocasionar un accidente. Entonces ahí es donde vamos a engranar como establecemos que efectivamente el señor es culpable.

8. En el video presentado como prueba por la fiscalía, se puede observar claramente la placa del vehículo implicado en el accidente. Este video forma parte de los archivos de la fiscalía y ha sido utilizado en la investigación. Es el mismo video al que la esposa del señor LIBARGO VARGAS JOYA y otros testigos se refirieron al mencionar que lo habían realizado como parte de la investigación para determinar qué vehículo fue el responsable del accidente.

9. Se puede afirmar sin lugar a dudas que el vehículo de placas RTD-687 estuvo involucrado en el accidente. Existen varias razones que respaldan esta conclusión.

10. En primer lugar, al analizar detalladamente el caso, es evidente que este vehículo estuvo presente en el momento en que ocurrió el accidente. Las pruebas y testimonios recopilados confirman de manera consistente la presencia del vehículo de placas RTD-687 en el lugar de los hechos. Además, las imágenes capturadas en el lugar del accidente señalan claramente a este vehículo de placas RTD-687 como uno de los protagonistas del accidente.

11. Además, al comparar las fechas, la hora y las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente con las características y el historial de este vehículo, se puede determinar de manera concluyente que participó activamente en el accidente. Las fechas y la hora coinciden exactamente con el momento en que se registró el suceso, lo que refuerza aún más la vinculación entre este automóvil y el accidente.

12. Es importante resaltar que todas estas pruebas y coincidencias no son meras coincidencias fortuitas, sino que son evidencia sólida y contundente que respalda la participación de este vehículo en el accidente. Estos indicios no pueden ser ignorados ni descartados como simples suposiciones o conjeturas.

13. En resumen, tomando en cuenta la presencia del vehículo de placas RTD-687 en el lugar de los hechos, las pruebas y testimonios recopilados, así como las coincidencias en las fechas, la hora y las circunstancias del accidente, se puede afirmar de manera categórica que este automóvil estuvo involucrado en el suceso. La evidencia es irrefutable y no deja lugar a dudas.

14. Los reparos que le hago a la sentencia es que no se tiene en cuenta el material fotográfico, ni los testimonios e interrogatorios que se dieron a lo largo del proceso, pues si bien es cierto cuando se practicaron los interrogatorios los demandados siempre respondían evadiendo las preguntas o no respondían

15. Durante los interrogatorios, ninguna de las partes involucradas da una explicación de los hechos ocurridos el 15 de mayo de 2020. Esto resalta una falta de transparencia o disposición para asumir la responsabilidad por lo sucedido. Además, el autor menciona que nadie revela quién estaba a cargo del vehículo

ese día, lo que sugiere una posible intención de ocultar la responsabilidad individual y transferirla a terceros.

16. Esta cadena de terceros genera suspicacia acerca de las verdaderas intenciones detrás de la falta de información. Uno podría inferir que se busca disfrazar la responsabilidad civil y evitar las consecuencias legales y económicas derivadas del accidente de tránsito. Al no identificar al conductor, se dificulta o impide atribuirle la culpa y, por ende, imponer las sanciones correspondientes.

17. Por esta razón, bajo los tres pilares de la culpa, el nexo causal. Vemos que el primer elemento de la culpabilidad está demostrado, está demostrado con los videos en el cual el vehículo participo, vemos que está demostrado por qué razón resulto lesionado el señor Libardo Vargas y vemos que efectivamente la explicación que dan los demandados siempre son respuestas evasivas frente a como sucedió el accidente y quien lo iba manejando para el momento del accidente.

18. Esto quiere decir que para el día 15 de mayo de 2020 efectivamente esa persona tenía la obligación de no huir de la escena del delito de lesiones personales causadas al señor Libardo. Vemos que efectivamente había un cruce, vemos que el vehículo había impactado al señor Libardo y cuál fue la forma.

19. Los reparos que le hago a la sentencia es que el despacho no tuvo en cuenta ¿Quién dio más explicación en este proceso? si fue la parte demandante o la parte demandada frente a como sucedió el siniestro y vemos que efectivamente la declaración del señor Libardo pues fue contundente en afirmar quien había sido el culpable, mientras que por el otro lado la respuesta de los demandados siempre fue evasiva.

20. El demandado no guardo las precauciones que cualquiera tendría para evitar el daño al bien jurídico tutelado por la ley, pues permite inferir que la causa eficiente del accidente de tránsito fue la mezcla de comportamientos imprudentes por parte de conductor de del vehículo de placas RTD-687.

21. Ahora, dentro de los otros videos aportados, vemos que efectivamente la placa del carro precisamente se desaparece y después posterior a esta situación vemos que la señora, la que aparece acá como propietaria realiza unos trámites ante el tránsito para nuevamente recuperar la placa perdida.

22. Si vemos en los videos del accidente de tránsito vemos que la placa del vehículo automotor va casi por caerse en los videos aportados inicialmente en la demanda. *¡Oh coincidencia!*, cuando miramos el reporte en el RUNT vemos que efectivamente la señora hace un trámite de duplicado de placa para el vehículo automotor posterior al hecho sucedido, sobre el vehículo RTD-687 eso quiere decir que efectivamente el vehículo se encontraba sin placa y efectivamente había sido a causa de ese mismo accidente.

23. Podemos evidenciar una clara implicación y nexo causal con el accidente. ¿De qué manera se establece esta conexión en el ámbito de la responsabilidad civil? Es importante señalar que, si una persona evita su responsabilidad tanto en el lugar del accidente como en la gestión del despacho, esto constituye un indicio grave en contra de los demandados. En el caso particular de PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA Y MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE, ninguno de ellos ha proporcionado información acerca de quién tenía el vehículo involucrado en el accidente. Además, se pretende disfrazar la responsabilidad mediante la inclusión de un individuo llamado Miguel en esta cadena de eventos.

24. La imprudencia del conductor del vehículo de placas RTD-687 resultó en daños, ya que la causa directa del accidente fue el exceso de velocidad que este tenía mientras transitaba en exceso de velocidad y adelantaba.

25. La culpa es la violación a un reglamento o a una norma o una infracción al deber objetivo de cuidado o que habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

26. Los reparos que le hago a la sentencia. Existe una sentencia en la que los propietarios de los vehículos automotores son responsables por los perjuicios ocasionados cuando ocurre un traspaso de propiedad o cuando hay documentos que los obligan a responder. Este es el caso actual, en el que se ha causado un perjuicio a una persona y el vehículo automotor todavía está propiedad de esa parte.

27. Hago referencia a una sentencia relevante del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA, CUYO PONENTE FUE JAIME LONDOÑO SALAZAR. En esta sentencia, emitida el 20 de octubre de 2020 bajo el número de referencia 2017-115, se abordó un caso similar al que estamos tratando. En la instancia inicial, solo se condenó al conductor, pero en la segunda instancia se condenó también a los propietarios del vehículo. Pues en este caso condeno y

Modifico la sentencia y al final termino condenando tanto al conductor como a las personas que fueron compradores y vendedores del vehículo automotor.

28. ¿Por qué razón? porque se presente la misma situación que en este caso, que hubo un traspaso en que el espacio de tiempo entre la venta y el 15 de mayo de 2020 día en que se presenta el accidente de tránsito, pues se dio ese espacio de tiempo en el que el traspaso del vehículo de placas RTD-687 no se había realizado.

29. Por tanto, esta sentencia se relaciona directamente con el tema de la responsabilidad de los vehículos automotores cuando están bajo la posesión de terceras personas. Es importante destacar que en este caso no había un contrato de leasing, ni ninguna otra forma de desprendimiento de responsabilidad. De hecho, se puede observar que MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE obtenía beneficios económicos por el arrendamiento de dicho vehículo y PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA aún era la propietaria del mismo. Por lo tanto, es necesario considerar estas circunstancias al momento de evaluar las pretensiones en contra de ambos, ya que MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE fue la persona a cargo del vehículo automotor en la fecha del accidente y Patricia del Carmen Moncayo Agreda era la propietaria en ese momento.

30. Esto quiere decir que hubo una violación a un reglamento de tránsito como los artículos 74 Código Nacional De Transito por parte del conductor de vehículo de placas RTD-687.

ARTÍCULO 74. REDUCCIÓN DE VELOCIDAD. Los conductores deben **reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora** en los siguientes casos:

En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.
En las zonas escolares.
Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.
Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.
En proximidad a una intersección.

31. El demandado no pudo probar que el demandante que haya incurrido en una violación de una norma de tránsito, y como no hay violación por parte de demandante pues no hay culpa, lo que quiere decir que la culpa solo le corresponde al demandado.

32. Pero como este es un proceso de responsabilidad civil pues vemos que efectivamente existe un daño que es otro de los elementos de la responsabilidad.

33. En el presente asunto el señor LIBARDO VARGAS JOYA pues efectivamente tuvo una pérdida de capacidad laboral para toda su vida a causa del accidente de tránsito en un 22.76% emitido por la junta regional de calificación de la invalidez.

34. Vemos que efectivamente se aportó y se hizo la respectiva calificación ante la junta regional de calificación de la invalidez en la que se determinó esa pérdida de capacidad laboral que lo perseguirá al demandante durante toda la existencia de su vida.

35. Esto se probó a lo largo del proceso, pues dicha calificación ante la Junta Regional De La Calificación De La Invalidez, es la columna vertebral para determinar la cuantía del perjuicio, pues vemos que efectivamente con esa se establece el perjuicio fisiológico o daño a la salud e igualmente establece el perjuicio de la cuantificación del perjuicio moral.

36. Por esta razón, le solicito amablemente que su despacho considere favorablemente las pretensiones de la demanda. Si bien es cierto que probar la culpa en este caso no ha sido sencillo, esto se debe a que la persona responsable ha evadido su responsabilidad al abandonar el lugar de los hechos. Por lo tanto, es necesario evaluar las pruebas basándonos en indicios.

37. ¿Cuál fue la razón por la que el vehículo RTD-687 estaba en el lugar de los hechos? También, ¿por qué las características del vehículo coincidían con el vehículo que ocasionó el accidente? Además, ¿por qué el vehículo de placas RTD-687 tenía la placa desprendida y se le estaba cayendo prácticamente y posteriormente realizó un cambio de placa?

38. Los reparos que le hago a la sentencia son. Por otra parte, cuando se les preguntó a los demandados si tenían la custodia o conducían el vehículo en esa fecha, ninguno de ellos dio una explicación, simplemente evadieron la responsabilidad ante otras personas que no comparecieron en el proceso

39. Por ende, el código da valor probatorio a los indicios que demuestran la culpabilidad en este caso. Se destaca especialmente la declaración del señor LIBARDO VARGAS JOYA, la cual demuestra de manera sólida la culpa en comparación con la declaración del conductor ausente, quien se creía que era la señora PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA. Sin embargo, esta última mencionó de manera directa que el propietario del vehículo automotor era MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE.

40. Ruego a su despacho acceder a las pretensiones en vista de que se han probado los tres elementos de la responsabilidad civil como la culpa, el daño y el nexo causal y la cuantificación del mismo.

41. Por lo que considero justo que se les compense de manera adecuada por los daños sufridos.

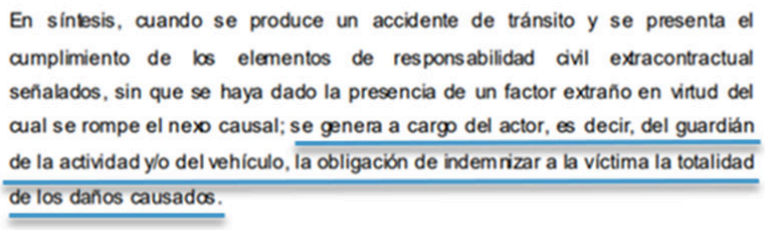
42. En primer lugar, es importante resaltar que los testigos, quienes presenciaron el accidente, coinciden en que la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y el señor LIBARDO VARGAS JOYA y su familia sufrieron perjuicios a causa de este incidente. Los testigos, al ser personas imparciales y presenciales de los hechos, se convierten en una fuente confiable y objetiva para respaldar esta afirmación.

43. Además, la pérdida de capacidad laboral es un daño irremediable que afecta directamente a la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y al señor LIBARDO VARGAS JOYA. Este tipo de daño limita su posibilidad de desarrollar sus actividades laborales de la manera en que lo hacían antes del accidente, lo que implica una disminución en su calidad de vida y en su capacidad de sustento económico. Es importante tener en cuenta que esta pérdida de capacidad laboral no se recuperará con el paso del tiempo, por lo que la compensación económica se vuelve fundamental en este caso.

44. Además, es importante considerar la responsabilidad de la parte contraria en el accidente. Si existe evidencia o testimonios que demuestren que la otra parte fue negligente o incumplió con sus obligaciones de seguridad, se demuestra que su accionar fue la causa directa de los perjuicios sufridos por la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y el señor LIBARDO VARGAS JOYA. En este sentido, resulta justo que sean ellos quienes asuman la responsabilidad y brinden la compensación necesaria para reparar los daños causados.

45. En conclusión, la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y el señor LIBARDO VARGAS JOYA y su núcleo familiar han sufrido perjuicios y una pérdida de capacidad laboral a causa del accidente. Los testimonios de los testigos, junto con la responsabilidad de la parte contraria en el incidente, respaldan la necesidad de una compensación adecuada. Es necesario que se les brinde una compensación económica que les permita hacer frente a los daños sufridos y restablecer, en la medida de lo posible, su calidad de vida.

46. Es de aclarar que si no se hubiese hecho esa maniobra por parte del conductor del vehículo de placas RTD-687 no hubiere ocasionado el accidente.


En síntesis, cuando se produce un accidente de tránsito y se presenta el cumplimiento de los elementos de responsabilidad civil extracontractual señalados, sin que se haya dado la presencia de un factor extraño en virtud del cual se rompe el nexo causal; se genera a cargo del actor, es decir, del guardián de la actividad y/o del vehículo, la obligación de indemnizar a la víctima la totalidad de los daños causados.

47. Se puede evidenciar una clara infracción a las normas de tránsito por parte del conductor del vehículo de placas RTD-687, dado que debería haber esperado a que mi poderdante pusiera en marcha su motocicleta para poder realizar el giro, en lugar de realizar el giro en exceso de velocidad.

En el libro del autor Javier Tamayo Jaramillo tratado de responsabilidad civil tomo I pág. 225 ilustra la culpa por violación de un deber o por transgresión de una norma jurídica como "El ordenamiento jurídico impone a todos los individuos, en forma expresa y taxativa, unos determinados comportamientos. En tales circunstancias, el incumplimiento de cualquier u obligación generada ipso facto una culpa en cabeza del transgresor de la norma."

En la mayoría de los casos esos deberes impuestos en forma taxativa por el legislador no hacen más que recoger la experiencia de la vida diaria. La que nos indica que los individuos deben comportarse de una manera y no de otra. Así, por ejemplo, las prohibiciones o imperativos consagrados en el Código Nacional De Transito (L. 769 de 2002) pretenden evitar comportamientos imprudentes, negligentes o imperitos de los conductores. La mayoría de estos comportamientos serian culposos, aunque no estuviesen expresamente prescritos en la ley.

En el libro de Javier Tamayo Jaramillo tomo 2 pág. 59 menciona que una culpa es necesaria pero una culpa es suficiente, esto quiere decir que la culpa es necesaria para establecer la responsabilidad civil, pero con el simple hecho de haber realizado el giro por donde se encontraba mi poderdante y realizarlo peor aun en exceso de velocidad es suficiente para ser participe en la culpa y por ende la responsabilidad del daño.

En el libro del autor Javier Tamayo Jaramillo tratado de responsabilidad civil tomo I pág. 8 numeral 10 nos ilustra lo siguiente. El demandado si quiere liberarse totalmente de responsabilidad, no solo tendrá que probar la culpa de la víctima, sino que también tendrá que él o la persona que por el actuó no ha cometido culpa alguna; si no prueba lo segundo, la exoneración solo será parcial, en aplicación del artículo 2357 del código civil, en el derecho francés la situación es similar, si bien en aquel país se sigue hablando de presunción de responsabilidad.

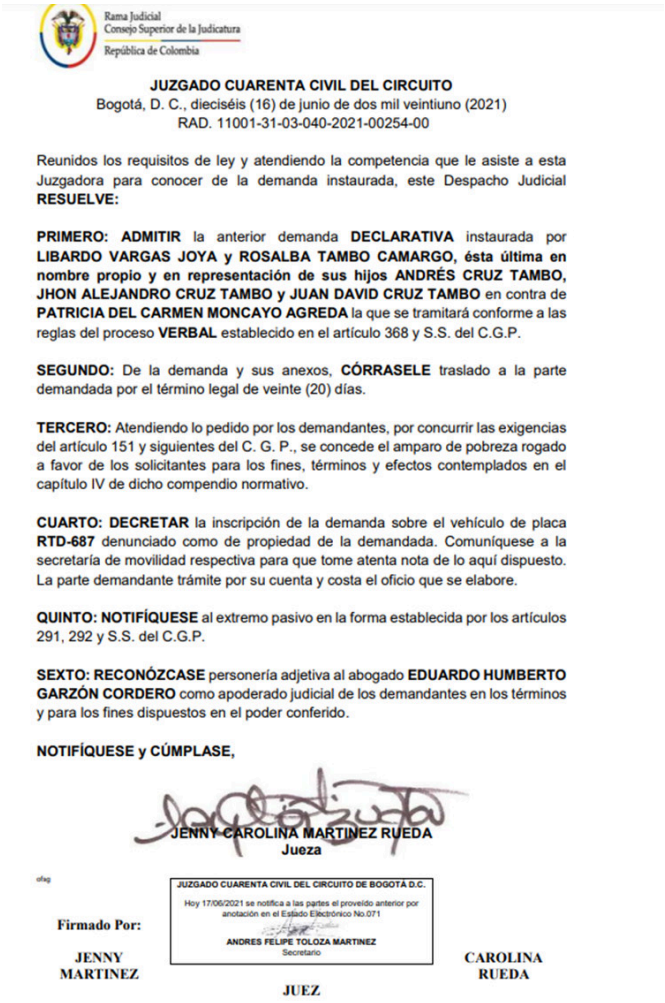
48. Los reparos que le hago a la sentencia son que se cometió un error al no considerar adecuadamente los hechos y las pruebas presentadas, lo que llevó a una conclusión injusta e incorrecta.

49. Por las razones expuestas, es necesario que el despacho de segunda instancia rehaga la sentencia actual con argumentos más sólidos y concluya aplicando la doctrina de la culpa y nexo causal del demandado en el presente caso.

50. La culpa quien pudo establecer la respectiva culpa cuando el vehículo automotor cáusate del accidente vemos que efectivamente la única forma que hizo la señora Rosalba Tambo Camargo fue a empezar a mirar las circunstancias de tiempo modo y lugar de la camioneta que estuvo en el momento del accidente fue la de placa RTD-687.

51. Por esa razón ruego a su despacho despachar de manera favorablemente las pretensiones y no tener en cuenta las excepciones planteadas por los demandados por el indicio, por la falta de contestación de manera concreta a las preguntas asertivas que le realizo tanto el despacho como este servidor en el que se pudo establecer en que la forma de contestarlas fue de manera evasiva frente a esa confesión de parte de la tercera persona que sería esa contraparte para la respuesta de las mismas entonces ruego que se acceda a las pretensiones de la demanda.

52. Los reparos que le hago a la sentencia, es que mis poderdantes no podían ser condenado en costas toda vez que ellos están amparados por pobreza Art 151 y 158 C.G.P. la cual fue concedido por el JUZGADO 40 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA mediante auto de fecha 16 de junio de 2021.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de dos mil veintiuno (2021)
RAD. 11001-31-03-040-2021-00254-00

Reunidos los requisitos de ley y atendiendo la competencia que le asiste a esta Juzgadora para conocer de la demanda instaurada, este Despacho Judicial **RESUELVE:**

PRIMERO: ADMITIR la anterior demanda **DECLARATIVA** instaurada por **LIBARDO VARGAS JOYA y ROSALBA TAMBO CAMARGO, ésta última en nombre propio y en representación de sus hijos ANDRÉS CRUZ TAMBO, JHON ALEJANDRO CRUZ TAMBO y JUAN DAVID CRUZ TAMBO** en contra de **PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA** la que se tramitará conforme a las reglas del proceso **VERBAL** establecido en el artículo 368 y S.S. del C.G.P.

SEGUNDO: De la demanda y sus anexos, **CÓRRASELE** traslado a la parte demandada por el término legal de veinte (20) días.

TERCERO: Atendiendo lo pedido por los demandantes, por concurrir las exigencias del artículo 151 y siguientes del C. G. P., se concede el amparo de pobreza rogado a favor de los solicitantes para los fines, términos y efectos contemplados en el capítulo IV de dicho compendio normativo.

CUARTO: DECRETAR la inscripción de la demanda sobre el vehículo de placa **RTD-687** denunciado como de propiedad de la demandada. Comuníquese a la secretaría de movilidad respectiva para que tome atenta nota de lo aquí dispuesto. La parte demandante trámite por su cuenta y costa el oficio que se elabore.

QUINTO: NOTIFÍQUESE al extremo pasivo en la forma establecida por los artículos 291, 292 y S.S. del C.G.P.

SEXTO: RECONÓZCASE personería adjetiva al abogado **EDUARDO HUMBERTO GARZÓN CORDERO** como apoderado judicial de los demandantes en los términos y para los fines dispuestos en el poder conferido.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

JENNY CAROLINA MARTINEZ RUEDA
Jueza

ofeg

JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Hoy 17/06/2021 se notifica a las partes el proveído anterior por anotación en el Estado Electrónico No.071
ANDRES FELIPE TOLOZA MARTINEZ
Secretario

Firmado Por:
JENNY MARTINEZ **CAROLINA RUEDA**
JUEZ

53. JUZGADO 40 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA se extralimito al condenar en costas a mis poderdantes en primera instancia, toda vez que ya se les había concedido el amparo de pobreza, es una posición jurídica de orden legal que no podía desconocerse, porque por mandato de la ley mis poderdantes no podían ser condenados en costas.
54.
55. **NOTIFICACIONES.**

El suscrito: CARRERA 65 # 67ª –59 OF 301 BARRIO J.J. VARGAS - BOGOTA CEL: 310.5854451 - telefax 2313288
Correo Electrónico: abogadoeduardgarzoncordero@hotmail.com

Atentamente,

EDUARD HUMBERTO GARZON CORDERO
CC 79.879.932 DE BOGOTA
T.P. 134.853 DEL C.S.J.

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL - FAMILIA
Ponente: STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E.S.D.

REF.11001310304020210025401 - reparos y sustentación de los reparos planteados
DEMANDANTE: LIBARDO VARGAS JOYA
DEMANDADO: PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA

EDUARD HUMBERTO GARZON CORDERO actuando en mi calidad de apoderado de la parte demandante, comedidamente me dirijo a su despacho a fin de interponer **RECURSO DE APELACIÓN Y PRESENTAR LOS REPAROS Y SUSTENTACION** frente a la SENTENCIA DE FECHA 18 DE DICIEMBRE 2022, con fundamento en lo siguiente.

1. Si bien es cierto el procedimiento habla de la sustentación, la jurisprudencia ha mencionado dos caminos. Uno el que el Juzgado me menciona que es sustentar dentro de los 5 días que es el que habla el Código General del Proceso, pero hay un segundo camino, que es el que ha interpretado la Corte Suprema de Justicia últimamente que es cuando se produce la apelación y los reparos y la sustentación en primera instancia no es necesario sustentar en segunda instancia dentro de los 5 días.

2. pero para evitar discusiones superfluas sobre cuestiones jurídicas, sustento nuevamente mi recurso en el momento de presentar la apelación, presente la apelación, los reparos y la sustentación de mi recurso. Pero nuevamente y dentro del término concedido presento mis argumentos y allego copia de un auto del Tribunal de Bogotá que confirma la teoría que expongo antes de sustentar mi recurso.

PETICION

1. Se sirva REVOCAR la sentencia y en su lugar se sirva conceder las pretensiones de la demanda.

2. Se sirva MOFICAR el numeral cuarto de la sentencia, y en su lugar se sirva NO CONDENAR en costas a los demandantes, en cuanto a que no podían ser condenados en costas por encontrase amparados por amparo de pobreza Art 151 al 158 C.G.P.

SUSTENTACION

1. De acuerdo con el artículo 322 del Código General Del Proceso en su numeral 3 inciso 2, en mi calidad de parte interesada, presentaré de forma concisa los reparos que tengo sobre la sentencia y señalaré que el juez de primera instancia

cometió un error. Solicito que el juez de segunda instancia realice una nueva valoración y modifique la sentencia de acuerdo con la petición anteriormente expuesta.

2. Se realizarán los reparos y la sustentación en un solo texto, a fin de que la sustentación quede ya lista para su respectiva sentencia.

3. De acuerdo con la jurisprudencia vigente en Colombia, al abordar un proceso de accidente de tránsito es necesario establecer los tres elementos fundamentales de la responsabilidad civil: culpa, daño y nexo causal. Sin embargo, cabe mencionar que existe una discusión respecto a si la cuantificación del daño puede considerarse como un cuarto elemento.

4. Según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país, la cuantificación del daño no puede considerarse como un elemento separado de la responsabilidad civil. En cambio, se entiende que es una consecuencia directa del daño causado y, por lo tanto, debe ser analizada y determinada dentro del proceso al evaluar el perjuicio sufrido por la víctima.

5. Es importante recordar que el principio de reparación integral es uno de los pilares de la responsabilidad civil en Colombia. Esto implica que el valor de la indemnización debe corresponder plenamente al perjuicio sufrido por la víctima, incluyendo no solo el daño emergente (gastos médicos, pérdida de ingresos, entre otros) sino también el lucro cesante (pérdida de oportunidades económicas futuras) y el daño moral.

6. En consecuencia, al abordar un proceso de accidente de tránsito en Colombia es crucial analizar la existencia de culpa, daño y el nexo causal entre ambos. La cuantificación del daño, aunque no se considere como un elemento separado, deberá ser cuidadosamente evaluada para garantizar la reparación integral de la víctima de acuerdo con la jurisprudencia vigente.

7. Como elemento de culpa: vemos que efectivamente está determinada la culpa del conductor del vehículo automotor, ¿por qué razón? por el simple hecho de conducir un vehículo automotor y ocasionar un accidente. Entonces ahí es donde vamos a engranar como establecemos que efectivamente el señor es culpable.

8. En el video presentado como prueba por la fiscalía, se puede observar claramente la placa del vehículo implicado en el accidente. Este video forma

parte de los archivos de la fiscalía y ha sido utilizado en la investigación. Es el mismo video al que la esposa del señor LIBARGO VARGAS JOYA y otros testigos se refirieron al mencionar que lo habían realizado como parte de la investigación para determinar qué vehículo fue el responsable del accidente.

9. Se puede afirmar sin lugar a dudas que el vehículo de placas RTD-687 estuvo involucrado en el accidente. Existen varias razones que respaldan esta conclusión.

10. En primer lugar, al analizar detalladamente el caso, es evidente que este vehículo estuvo presente en el momento en que ocurrió el accidente. Las pruebas y testimonios recopilados confirman de manera consistente la presencia del vehículo de placas RTD-687 en el lugar de los hechos. Además, las imágenes capturadas en el lugar del accidente señalan claramente a este vehículo de placas RTD-687 como uno de los protagonistas del accidente.

11. Además, al comparar las fechas, la hora y las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente con las características y el historial de este vehículo, se puede determinar de manera concluyente que participó activamente en el accidente. Las fechas y la hora coinciden exactamente con el momento en que se registró el suceso, lo que refuerza aún más la vinculación entre este automóvil y el accidente.

12. Es importante resaltar que todas estas pruebas y coincidencias no son meras coincidencias fortuitas, sino que son evidencia sólida y contundente que respalda la participación de este vehículo en el accidente. Estos indicios no pueden ser ignorados ni descartados como simples suposiciones o conjeturas.

13. En resumen, tomando en cuenta la presencia del vehículo de placas RTD-687 en el lugar de los hechos, las pruebas y testimonios recopilados, así como las coincidencias en las fechas, la hora y las circunstancias del accidente, se puede afirmar de manera categórica que este automóvil estuvo involucrado en el suceso. La evidencia es irrefutable y no deja lugar a dudas.

14. Los reparos que le hago a la sentencia es que no se tiene en cuenta el material fotográfico, ni los testimonios e interrogatorios que se dieron a lo largo del proceso, pues si bien es cierto cuando se practicaron los interrogatorios los demandados siempre respondían evadiendo las preguntas o no respondían

15. Durante los interrogatorios, ninguna de las partes involucradas da una explicación de los hechos ocurridos el 15 de mayo de 2020. Esto resalta una falta de transparencia o disposición para asumir la responsabilidad por lo sucedido. Además, el autor menciona que nadie revela quién estaba a cargo del vehículo ese día, lo que sugiere una posible intención de ocultar la responsabilidad individual y transferirla a terceros.

16. Esta cadena de terceros genera suspicacia acerca de las verdaderas intenciones detrás de la falta de información. Uno podría inferir que se busca disfrazar la responsabilidad civil y evitar las consecuencias legales y económicas derivadas del accidente de tránsito. Al no identificar al conductor, se dificulta o impide atribuirle la culpa y, por ende, imponer las sanciones correspondientes.

17. Por esta razón, bajo los tres pilares de la culpa, el nexo causal. Vemos que el primer elemento de la culpabilidad está demostrado, está demostrado con los videos en el cual el vehículo participo, vemos que está demostrado por qué razón resulto lesionado el señor Libardo Vargas y vemos que efectivamente la explicación que dan los demandados siempre son respuestas evasivas frente a como sucedió el accidente y quien lo iba manejando para el momento del accidente.

18. Esto quiere decir que para el día 15 de mayo de 2020 efectivamente esa persona tenía la obligación de no huir de la escena del delito de lesiones personales causadas al señor Libardo. Vemos que efectivamente había un cruce, vemos que el vehículo había impactado al señor Libardo y cuál fue la forma.

19. Los reparos que le hago a la sentencia es que el despacho no tuvo en cuenta ¿Quién dio más explicación en este proceso? si fue la parte demandante o la parte demandada frente a como sucedió el siniestro y vemos que efectivamente la declaración del señor Libardo pues fue contundente en afirmar quien había sido el culpable, mientras que por el otro lado la respuesta de los demandados siempre fue evasiva.

20. El demandado no guardo las precauciones que cualquiera tendría para evitar el daño al bien jurídico tutelado por la ley, pues permite inferir que la causa eficiente del accidente de tránsito fue la mezcla de comportamientos imprudentes por parte de conductor de del vehículo de placas RTD-687.

21. Ahora, dentro de los otros videos aportados, vemos que efectivamente la placa del carro precisamente se desaparece y después posterior a esta situación

vemos que la señora, la que aparece acá como propietaria realiza unos trámites ante el tránsito para nuevamente recuperar la placa perdida.

22. Si vemos en los videos del accidente de tránsito vemos que la placa del vehículo automotor va casi por caerse en los videos aportados inicialmente en la demanda. *¡Oh coincidencia!*, cuando miramos el reporte en el RUNT vemos que efectivamente la señora hace un trámite de duplicado de placa para el vehículo automotor posterior al hecho sucedido, sobre el vehículo RTD-687 eso quiere decir que efectivamente el vehículo se encontraba sin placa y efectivamente había sido a causa de ese mismo accidente.

23. Podemos evidenciar una clara implicación y nexo causal con el accidente. ¿De qué manera se establece esta conexión en el ámbito de la responsabilidad civil? Es importante señalar que, si una persona evita su responsabilidad tanto en el lugar del accidente como en la gestión del despacho, esto constituye un indicio grave en contra de los demandados. En el caso particular de PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA Y MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE, ninguno de ellos ha proporcionado información acerca de quién tenía el vehículo involucrado en el accidente. Además, se pretende disfrazar la responsabilidad mediante la inclusión de un individuo llamado Miguel en esta cadena de eventos.

24. La imprudencia del conductor del vehículo de placas RTD-687 resultó en daños, ya que la causa directa del accidente fue el exceso de velocidad que este tenía mientras transitaba en exceso de velocidad y adelantaba.

25. La culpa es la violación a un reglamento o a una norma o una infracción al deber objetivo de cuidado o que habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

26. Los reparos que le hago a la sentencia. Existe una sentencia en la que los propietarios de los vehículos automotores son responsables por los perjuicios ocasionados cuando ocurre un traspaso de propiedad o cuando hay documentos que los obligan a responder. Este es el caso actual, en el que se ha causado un perjuicio a una persona y el vehículo automotor todavía está propiedad de esa parte.

27. Hago referencia a una sentencia relevante del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA, CUYO PONENTE FUE JAIME LONDOÑO SALAZAR. En esta sentencia, emitida el 20 de octubre de 2020 bajo el número de referencia 2017-115, se abordó un caso similar al que estamos tratando. En la instancia inicial, solo se condenó al conductor, pero en la segunda instancia se condenó

también a los propietarios del vehículo. Pues en este caso condeno y Modifico la sentencia y al final termino condenando tanto al conductor como a las personas que fueron compradores y vendedores del vehículo automotor.

28. ¿Por qué razón? porque se presente la misma situación que en este caso, que hubo un traspaso en que el espacio de tiempo entre la venta y el 15 de mayo de 2020 día en que se presenta el accidente de tránsito, pues se dio ese espacio de tiempo en el que el traspaso del vehículo de placas RTD-687 no se había realizado.

29. Por tanto, esta sentencia se relaciona directamente con el tema de la responsabilidad de los vehículos automotores cuando están bajo la posesión de terceras personas. Es importante destacar que en este caso no había un contrato de leasing, ni ninguna otra forma de desprendimiento de responsabilidad. De hecho, se puede observar que MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE obtenía beneficios económicos por el arrendamiento de dicho vehículo y PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA aún era la propietaria del mismo. Por lo tanto, es necesario considerar estas circunstancias al momento de evaluar las pretensiones en contra de ambos, ya que MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE fue la persona a cargo del vehículo automotor en la fecha del accidente y Patricia del Carmen Moncayo Agreda era la propietaria en ese momento.

30. Esto quiere decir que hubo una violación a un reglamento de tránsito como los artículos 74 Código Nacional De Transito por parte del conductor de vehículo de placas RTD-687.

ARTÍCULO 74. REDUCCIÓN DE VELOCIDAD. Los conductores deben **reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora** en los siguientes casos:

En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.
En las zonas escolares.
Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.
Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.
En proximidad a una intersección.

31. El demandado no pudo probar que el demandante que haya incurrido en una violación de una norma de tránsito, y como no hay violación por parte de demandante pues no hay culpa, lo que quiere decir que la culpa solo le corresponde al demandado.

32. Pero como este es un proceso de responsabilidad civil pues vemos que efectivamente existe un daño que es otro de los elementos de la responsabilidad.

33. En el presente asunto el señor LIBARDO VARGAS JOYA pues efectivamente tuvo una pérdida de capacidad laboral para toda su vida a causa del accidente de tránsito en un 22.76% emitido por la junta regional de calificación de la invalidez.

34. Vemos que efectivamente se aportó y se hizo la respectiva calificación ante la junta regional de calificación de la invalidez en la que se determinó esa pérdida de capacidad laboral que lo perseguirá al demandante durante toda la existencia de su vida.

35. Esto se probó a lo largo del proceso, pues dicha calificación ante la Junta Regional De La Calificación De La Invalidez, es la columna vertebral para determinar la cuantía del perjuicio, pues vemos que efectivamente con esa se establece el perjuicio fisiológico o daño a la salud e igualmente establece el perjuicio de la cuantificación del perjuicio moral.

36. Por esta razón, le solicito amablemente que su despacho considere favorablemente las pretensiones de la demanda. Si bien es cierto que probar la culpa en este caso no ha sido sencillo, esto se debe a que la persona responsable ha evadido su responsabilidad al abandonar el lugar de los hechos. Por lo tanto, es necesario evaluar las pruebas basándonos en indicios.

37. ¿Cuál fue la razón por la que el vehículo RTD-687 estaba en el lugar de los hechos? También, ¿por qué las características del vehículo coincidían con el vehículo que ocasionó el accidente? Además, ¿por qué el vehículo de placas RTD-687 tenía la placa desprendida y se le estaba cayendo prácticamente y posteriormente realizó un cambio de placa?

38. Los reparos que le hago a la sentencia son. Por otra parte, cuando se les preguntó a los demandados si tenían la custodia o conducían el vehículo en esa fecha, ninguno de ellos dio una explicación, simplemente evadieron la responsabilidad ante otras personas que no comparecieron en el proceso

39. Por ende, el código da valor probatorio a los indicios que demuestran la culpabilidad en este caso. Se destaca especialmente la declaración del señor LIBARDO VARGAS JOYA, la cual demuestra de manera sólida la culpa en comparación con la declaración del conductor ausente, quien se creía que era la señora PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA. Sin embargo, esta última mencionó de manera directa que el propietario del vehículo automotor era MAURICIO RICARDO TORRES NUMPAQUE.

40. Ruego a su despacho acceder a las pretensiones en vista de que se han probado los tres elementos de la responsabilidad civil como la culpa, el daño y el nexo causal y la cuantificación del mismo.

41. Por lo que considero justo que se les compense de manera adecuada por los daños sufridos.

42. En primer lugar, es importante resaltar que los testigos, quienes presenciaron el accidente, coinciden en que la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y el señor LIBARDO VARGAS JOYA y su familia sufrieron perjuicios a causa de este incidente. Los testigos, al ser personas imparciales y presenciales de los hechos, se convierten en una fuente confiable y objetiva para respaldar esta afirmación.

43. Además, la pérdida de capacidad laboral es un daño irremediable que afecta directamente a la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y al señor LIBARDO VARGAS JOYA. Este tipo de daño limita su posibilidad de desarrollar sus actividades laborales de la manera en que lo hacían antes del accidente, lo que implica una disminución en su calidad de vida y en su capacidad de sustento económico. Es importante tener en cuenta que esta pérdida de capacidad laboral no se recuperará con el paso del tiempo, por lo que la compensación económica se vuelve fundamental en este caso.

44. Además, es importante considerar la responsabilidad de la parte contraria en el accidente. Si existe evidencia o testimonios que demuestren que la otra parte fue negligente o incumplió con sus obligaciones de seguridad, se demuestra que su accionar fue la causa directa de los perjuicios sufridos por la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y el señor LIBARDO VARGAS JOYA. En este sentido, resulta justo que sean ellos quienes asuman la responsabilidad y brinden la compensación necesaria para reparar los daños causados.

45. En conclusión, la señora ROSALBA TAMBO CAMARGO y el señor LIBARDO VARGAS JOYA y su núcleo familiar han sufrido perjuicios y una pérdida de capacidad laboral a causa del accidente. Los testimonios de los testigos, junto con la responsabilidad de la parte contraria en el incidente, respaldan la necesidad de una compensación adecuada. Es necesario que se les brinde una compensación económica que les permita hacer frente a los daños sufridos y restablecer, en la medida de lo posible, su calidad de vida.

46. Es de aclarar que si no se hubiese hecho esa maniobra por parte del conductor del vehículo de placas RTD-687 no hubiere ocasionado el accidente.

> En síntesis, cuando se produce un accidente de tránsito y se presenta el cumplimiento de los elementos de responsabilidad civil extracontractual señalados, sin que se haya dado la presencia de un factor extraño en virtud del cual se rompe el nexo causal; se genera a cargo del actor, es decir, del guardián de la actividad y/o del vehículo, la obligación de indemnizar a la víctima la totalidad de los daños causados.

47. Se puede evidenciar una clara infracción a las normas de tránsito por parte del conductor del vehículo de placas RTD-687, dado que debería haber esperado a que mi poderdante pusiera en marcha su motocicleta para poder realizar el giro, en lugar de realizar el giro en exceso de velocidad.

    En el libro del autor Javier Tamayo Jaramillo tratado de responsabilidad civil tomo I pág. 225 ilustra la culpa por violación de un deber o por transgresión de una norma jurídica como "El ordenamiento jurídico impone a todos los individuos, en forma expresa y taxativa, unos determinados comportamientos. En tales circunstancias, el incumplimiento de cualquier u obligación generada ipso facto una culpa en cabeza del transgresor de la norma."

    En la mayoría de los casos esos deberes impuestos en forma taxativa por el legislador no hacen más que recoger la experiencia de la vida diaria. La que nos indica que los individuos deben comportarse de una manera y no de otra. Así, por ejemplo, las prohibiciones o imperativos consagrados en el Código Nacional De Transito (L. 769 de 2002) pretenden evitar comportamientos imprudentes, negligentes o imperitos de los conductores. La mayoría de estos comportamientos serian culposos, aunque no estuviesen expresamente prescritos en la ley.

    En el libro de Javier Tamayo Jaramillo tomo 2 pág. 59 menciona que una culpa es necesaria pero una culpa es suficiente, esto quiere decir que la culpa es necesaria para establecer la responsabilidad civil, pero con el simple hecho de haber realizado el giro por donde se encontraba mi poderdante y realizarlo peor aun en exceso de velocidad es suficiente para ser participe en la culpa y por ende la responsabilidad del daño.

    En el libro del autor Javier Tamayo Jaramillo tratado de responsabilidad civil tomo I pág. 8 numeral 10 nos ilustra lo siguiente. El demandado si quiere liberarse totalmente de responsabilidad, no solo tendrá que probar la culpa de la víctima, sino que también tendrá que él o la persona que por el actuó no ha cometido culpa alguna; si no prueba lo segundo, la exoneración solo será parcial, en aplicación del artículo 2357 del código civil, en el derecho francés la situación es similar, si bien en aquel país se sigue hablando de presunción de responsabilidad.

48. Los reparos que le hago a la sentencia son que se cometió un error al no considerar adecuadamente los hechos y las pruebas presentadas, lo que llevó a una conclusión injusta e incorrecta.

49. Por las razones expuestas, es necesario que el despacho de segunda instancia rehaga la sentencia actual con argumentos más sólidos y concluya aplicando la doctrina de la culpa y nexo causal del demandado en el presente caso.

50. La culpa quien pudo establecer la respectiva culpa cuando el vehículo automotor cáusate del accidente vemos que efectivamente la única forma que hizo la señora Rosalba Tambo Camargo fue a empezar a mirar las circunstancias de tiempo modo y lugar de la camioneta que estuvo en el momento del accidente fue la de placa RTD-687.

51. Por esa razón ruego a su despacho despachar de manera favorablemente las pretensiones y no tener en cuenta las excepciones planteadas por los demandados por el indicio, por la falta de contestación de manera concreta a las preguntas asertivas que le realizo tanto el despacho como este servidor en el que se pudo establecer en que la forma de contestarlas fue de manera evasiva frente a esa confesión de parte de la tercera persona que sería esa contraparte para la respuesta de las mismas entonces ruego que se acceda a las pretensiones de la demanda.

52. Los reparos que le hago a la sentencia, es que mis poderdantes no podían ser condenado en costas toda vez que ellos están amparados por pobreza Art 151 y 158 C.G.P. la cual fue concedido por el JUZGADO 40 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA mediante auto de fecha 16 de junio de 2021.

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de dos mil veintiuno (2021)
RAD. 11001-31-03-040-2021-00254-00

Reunidos los requisitos de ley y atendiendo la competencia que le asiste a esta Juzgadora para conocer de la demanda instaurada, este Despacho Judicial **RESUELVE:**

PRIMERO: ADMITIR la anterior demanda **DECLARATIVA** instaurada por **LIBARDO VARGAS JOYA y ROSALBA TAMBO CAMARGO, ésta última en nombre propio y en representación de sus hijos ANDRÉS CRUZ TAMBO, JHON ALEJANDRO CRUZ TAMBO y JUAN DAVID CRUZ TAMBO** en contra de **PATRICIA DEL CARMEN MONCAYO AGREDA** la que se tramitará conforme a las reglas del proceso **VERBAL** establecido en el artículo 368 y S.S. del C.G.P.

SEGUNDO: De la demanda y sus anexos, **CÓRRASELE** traslado a la parte demandada por el término legal de veinte (20) días.

TERCERO: Atendiendo lo pedido por los demandantes, por concurrir las exigencias del artículo 151 y siguientes del C. G. P., se concede el amparo de pobreza rogado a favor de los solicitantes para los fines, términos y efectos contemplados en el capítulo IV de dicho compendio normativo.

CUARTO: DECRETAR la inscripción de la demanda sobre el vehículo de placa **RTD-687** denunciado como de propiedad de la demandada. Comuníquese a la secretaría de movilidad respectiva para que tome atenta nota de lo aquí dispuesto. La parte demandante trámite por su cuenta y costa el oficio que se elabore.

QUINTO: NOTIFÍQUESE al extremo pasivo en la forma establecida por los artículos 291, 292 y S.S. del C.G.P.

SEXTO: RECONÓZCASE personería adjetiva al abogado **EDUARDO HUMBERTO GARZÓN CORDERO** como apoderado judicial de los demandantes en los términos y para los fines dispuestos en el poder conferido.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

JENNY CAROLINA MARTINEZ RUEDA
Jueza

ofsg

JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Hoy 17/06/2021 se notifica a las partes el proveído anterior por anotación en el Estado Electrónico No.071
ANDRES FELIPE TOLOZA MARTINEZ
Secretario

Firmado Por:

JENNY MARTINEZ **CAROLINA RUEDA**

JUEZ

53. JUZGADO 40 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA se extralimito al condenar en costas a mis poderdantes en primera instancia, toda vez que ya se les había concedido el amparo de pobreza, es una posición jurídica de orden legal que no podía

desconocerse, porque por mandato de la ley mis poderdantes no podían ser condenados en costas.

NOTIFICACIONES.
El suscrito: CARRERA 65 # 67ª –59 OF 301 BARRIO J.J. VARGAS - BOGOTA CEL: 310.5854451 - telefax 2313288
Correo Electrónico: abogadoeduardgarzoncordero@hotmail.com

Atentamente,



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

Rad. N° 110013103 ***015 2012 00123*** *02*

De cara al informe secretarial que antecede, según el cual, no se sustentó la apelación en estudio, sería del caso declarar desierta la alzada, si no fuera porque el extremo recurrente sustentó suficientemente su recurso ante la autoridad de primera instancia, motivo por el cual, siguiendo los lineamientos demarcados por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las Sentencias STC5497-2021 de 18 de mayo de 2021[1] y STC10055-2021 de 11 de agosto de la misma anualidad[2] y con el fin de garantizar a las partes su derecho fundamental al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, **se tendrá por cumplida la carga echada de menos** y, en consecuencia, de aquella argumentación **se ordena** dar traslado a la parte no apelante, para que, si a bien lo tiene, dentro del término legal, se pronuncie sobre la misma.

Secretaría obre de conformidad y, acaecido el lapso correspondiente, ingrese el expediente para proveer.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE[3],

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

---

[1] *M.P. Álvaro Fernando García Restrepo Exp. 11001020300020210113200.*
[2] *M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo Exp. 11001020300020210222400.*
[3] *Para consultar el proceso digital visite: https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26*

Código de verificación: **4023f80e72f6478bc676ef9b2a5c0a8a3a7b3a2f38f613cf406624b116560817**
Documento generado en 13/10/2021 12:47:09 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

MEMORIAL DRA AYAZO RV: SUSTENTACIÓN APELACIÓN RAD 110013199002-2023-00039-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 2/04/2024 8:11 AM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (310 KB)

020424 - SUSTENTACIÓN APELACIÓN RAD 110013199002-2023-00039-01.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Alejandro Rodríguez Zárate <alejandro@arz.com.co>
Enviado el: martes, 2 de abril de 2024 8:10 a. m.
Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
CC: miguel.prada@grupoubicar.com; Alejandro Rodríguez Zárate <alejandro@arz.com.co>
Asunto: SUSTENTACIÓN APELACIÓN RAD 110013199002-2023-00039-01

Algunos contactos que recibieron este mensaje no suelen recibir correos electrónicos de alejandro@arz.com.co. Por qué esto es importante

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
ATN. DRA. STELLA MARÍA AYAZO PERNETH – MAGISTRADA PONENTE
E. S. D.

Demandante:	Mónica Patricia Carrillo Fragozo
Demandados:	International Fuels Santa Marta S.A.S., y otros
Rad. Prim. Inst.:	**2023-800-00039**
Rad. Seg. Inst.:	**110013199002-2023-00039-01**

Primera instancia: Superintendencia de Sociedades

Obrando en mi condición de apoderado de la demandante, comedidamente y dentro de la oportunidad legal correspondiente, me permito **SUSTENTAR** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia anticipada proferida el 11 de septiembre de 2023 por la Superintendencia de Sociedades, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, en los términos del documento adjunto.

De los Honorables Magistrados, con mi acostumbrado respeto,

ALEJANDRO RODRÍGUEZ ZÁRATE
C.C. 80.173.867 de Bogotá
T.P. 148.571 del C.S.J.

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
ATN. DRA. STELLA MARÍA AYAZO PERNETH – MAGISTRADA PONENTE
E. S. D.

Demandante:	Mónica Patricia Carrillo Fragozo
Demandados:	International Fuels Santa Marta S.A.S., y otros
Rad. Prim. Inst.:	**2023-800-00039**
Rad. Seg. Inst.:	**110013199002-2023-00039-01**
Primera instancia:	Superintendencia de Sociedades

Obrando en mi condición de apoderado de la demandante, comedidamente y dentro de la oportunidad legal correspondiente, me permito **SUSTENTAR** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia anticipada proferida el 11 de septiembre de 2023 por la Superintendencia de Sociedades, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las pretensiones de la demanda se basan en lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, que indica textualmente:

> *"ARTÍCULO 15. VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN. Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho."*

Tal como se consideró al plantear los reparos concretos contra la sentencia anticipada, ésta se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, dicha disposición no resulta aplicable al presente caso, pues lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, que fundamenta las pretensiones, no se enmarca en los supuestos allí contemplados, es decir, **no se trata de una acción derivada del incumplimiento de obligaciones o de la violación de lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio ni en la Ley 222 de 1995**.

Como se advierte con total claridad, estamos frente a una acción que se ejerce como

Av. Cra. 7 No. 71 - 21 / Edificio Bolsa de Valores de Colombia / Torre B - Piso 13 / Bogotá D.C.
(601) 319 26 30 info@arz.com.co www.arz.com.co

consecuencia del incumplimiento de una norma contenida en una ley distinta al Código de Comercio y a la Ley 222 de 1995, que son las que dan lugar a la aplicación del término de prescripción que fundamentó la sentencia anticipada. Dicho de otro modo, **el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 no contempla un término de prescripción para las acciones derivadas de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008**.

En el mismo sentido, el asunto es competencia de la Superintendencia de Sociedades por virtud de lo señalado en el numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso, y no en lo previsto en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, pues en este último caso la norma se refiere únicamente al reconocimiento de *"los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio"* y como ya se indicó, en el presente caso no estamos ante circunstancia alguna contemplada en el Libro Segundo del Código de Comercio, sino ante un evento de ineficacia contemplado en una norma distinta y especial, que es el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC1297-2022 del 6 de junio de 2022 (Sala de Casación Civil, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, Rad. 76001-31-03-004-2013-00011-01, Andrés Arcila vs. Alimentos Cárnicos S.A.S.), precisó:

> *"En este episodio, la convocada formuló la prescripción extintiva de corto plazo contemplada en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor, «[l]as acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa».*
>
> *"No hay duda de que esa regla legal se remite a las disposiciones del Libro Segundo del Código de Comercio que regula todo lo correspondiente al régimen de sociedades comerciales, quedando circunscrito el ámbito de aplicación del referido precepto a las acciones de naturaleza civil, penal o administrativa, **únicamente si se derivan**: i) del incumplimiento de las obligaciones previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio; ii) de la violación a lo preceptuado en el mismo libro, y iii) del desconocimiento de las previsiones de la Ley 222 de 1995. Por tanto, siendo esa una norma especial que consagra una prescripción de corto plazo, **su aplicación está restringida a las específicas controversias que encajen dentro del marco***

Av. Cra. 7 No. 71 - 21 / Edificio Bolsa de Valores de Colombia / Torre B - Piso 13 / Bogotá D.C.
(601) 319 26 30 info@arz.com.co www.arz.com.co

***jurídico para el que fue concebida por el legislador**.*" (resaltado fuera del texto)

La postura anterior reafirma lo indicado en la sentencia del 6 de agosto de 2010 (Sala de Casación Civil, M.P. César Julio Valencia Copete, Rad. 05001-3103-017-2002-00189-01), Wladislao Emilio Hajduk vs. C.I. Unión de Bananeros de Urabá S.A.), en donde la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

> *"En efecto, al prever la norma en cuestión que "las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el libro segundo del Código de Comercio y en esta ley [222 de 1995], prescribirán en cinco años", está significando, sin duda, que **tal mecanismo de extinción de las obligaciones puede tener lugar sólo en presencia de una reclamación judicial que haya sido fundamentada en una cualquiera de las tres hipótesis allí involucradas**, vale decir, únicamente en la medida en que la causa que soporte el objeto de la respectiva controversia gire alrededor de por lo menos uno de tales supuestos de hecho; así, deberá tratarse de una acción relacionada con la insatisfacción total, la atención parcial o tardía de unas determinadas obligaciones, o con la infracción del régimen legal previsto para las sociedades mercantiles, contenido a partir del artículo 98 del Código de Comercio así como en las normas concordantes y complementarias, o del quebrantamiento de alguna disposición de la misma ley 222.*
>
> *"Por ende, **cuandoquiera que se trate de una acción cuya causa petendi se distancie de cualquiera de las tres eventualidades taxativamente enlistadas en aquel precepto, el tema atinente a si ella está prescrita no se podría resolver bajo su amparo y mucho menos, desde luego, a la luz del plazo que la misma concibe**, porque, reitérase, el término allí determinado lo contempla el legislador apenas para aquellos casos en los que la correspondiente petición judicial tenga como base una u otra de las variables en cuestión."* (resaltado fuera del texto)

Siguiendo los lineamientos señalados por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes relacionadas, a continuación procedemos a reafirmar que esta controversia **no** gira en torno a los supuestos fácticos previstos en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995:

a) Incumplimiento de las obligaciones previstas en el Libro Segundo del Código de

Av. Cra. 7 No. 71 - 21 / Edificio Bolsa de Valores de Colombia / Torre B - Piso 13 / Bogotá D.C.
(601) 319 26 30 info@arz.com.co www.arz.com.co

Comercio: El Libro Segundo del Código de Comercio comprende los artículos 98 a 514. En la demanda **no** se pretende la aplicación de una consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de obligación alguna prevista en los artículos 98 a 514 del Código de Comercio.

Por el contrario, como ya quedó dicho, se busca el reconocimiento de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia contemplada en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, que es una norma especial y aplicable única y exclusivamente a las sociedades por acciones simplificadas.

b) **Violación a lo preceptuado en el Libro Segundo del Código de Comercio:** En armonía con lo anterior, la demanda **no** se fundamenta en violación a precepto alguno comprendido en los artículos 98 a 514 del Código de Comercio (Libro Segundo), sino en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008.

c) **Desconocimiento de las previsiones de la Ley 222 de 1995:** Ni la demanda ni la controversia tienen que ver con previsión alguna de la Ley 222 de 1995. Como ya se ha dicho, el asunto corresponde a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008.

En línea con lo anterior, no existe una norma especial que determine un término de prescripción para el asunto objeto de este proceso, por lo que es forzoso concluir que se aplica el término general previsto en el artículo 8º de la Ley 791 de 2002.

A esta misma conclusión llegó la propia Superintendencia de Sociedades, la que en el Oficio 220-168769 del 25 de noviembre de 2013, concluyó:

> *"En el caso de la sociedad por acciones simplificada, prevé el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, "Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho", [...], y la declaratoria de la ocurrencia de los hechos que dan lugar a ella corresponde efectuarla a esta superintendencia de conformidad con lo dispuesto en el Literal B), Numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso, que le permite dirimir controversias surgidas entre socios, o entre éstos y la compañía tal como las derivadas de situaciones como las aquí planteadas.*

Av. Cra. 7 No. 71 - 21 / Edificio Bolsa de Valores de Colombia / Torre B - Piso 13 / Bogotá D.C.
(601) 319 26 30 info@arz.com.co www.arz.com.co

> *"[…] Sobre el particular, se tiene que no es un aspecto sobre el que exista disposición legal que de manera expresa lo regule, así, en primera instancia, bajo una básica hermenéutica […] sería dable inferir que al efecto aplica el término general de cualquier acción previsto en el artículo 8º de la Ley 791 de 2002 que modificó el artículo 2536 del Código Civil**, más aun si se tiene en cuenta que esta acción como se ha visto, no se halla contemplada en el Código de Comercio, ni en el cuerpo de la Ley 222 de 1995, lo que la excluiría del término especial de prescripción establecido en el artículo 235 ídem**, al tenor del cual "Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de las violaciones a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en esta se haya señalado expresamente otra cosa.", ni en el Código de Procedimiento Civil, aún vigente en gran parte de su texto, ni en el Código General del Proceso."* (resaltado fuera del texto)

En síntesis, se aplicó al caso concreto una norma que le es completamente ajena.

Así las cosas, no se ha cumplido el término de prescripción, por lo que no era procedente dictar sentencia anticipada, como tampoco declarar probada tal excepción.

SOLICITUD

Con fundamento en lo expuesto, solicito gentilmente a los Honorables Magistrados revocar íntegramente la sentencia anticipada proferida en este proceso por parte de la Superintendencia de Sociedades el 11 de septiembre de 2023, y en su lugar disponer que se continúe el proceso.

De los Honorables Magistrados, con mi acostumbrado respeto,

ALEJANDRO RODRÍGUEZ ZÁRATE
C.C. 80.173.867 de Bogotá
T.P. 148.571 del C.S.J.

Av. Cra. 7 No. 71 - 21 / Edificio Bolsa de Valores de Colombia / Torre B - Piso 13 / Bogotá D.C.
(601) 319 26 30 info@arz.com.co www.arz.com.co

MEMORIAL DRA AYAZO RV: Sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia proceso verbal de Carmelo Faillace contra Protección

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 2/04/2024 11:02 AM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (151 KB)

Sustentación reecurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia Carmelo Faillace contra Protección.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Francisco José Cortes Mateus <cortesyamayasas@gmail.com>
Enviado el: martes, 2 de abril de 2024 10:49 a. m.
Para: kevin.cortes@cortesasesores.com; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia proceso verbal de Carmelo Faillace contra Protección

> No suele recibir correos electrónicos de cortesyamayasas@gmail.com. Por qué esto es importante

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.
Atn. Señora Magistrada Stella María Ayazo Perneth.
E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal.

Número de Radicación: 11001-3199-003-2022-03611-01.

Demandante: Carmelo Faillace Said.

Demandado: PROTECCIÓN.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

FRANCISCO JOSÉ CORTÉS MATEUS, en mi condición de apoderado judicial de PROTECCIÓN, siendo la oportunidad procesal correspondiente y encontrándome dentro del término previsto para ello, manifiesto al despacho que procedo a sustentar el recurso de apelación concedido por la Superintendencia Financiera y admitido por el Honorable TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, conforme al memorial que se adjunta, del cual copio al apoderado de la parte demandante.

Atentamente,

FRANCISCO JOSÉ CORTÉS MATEUS
Apoderado de Protección.

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.
Atn. Señora Magistrada Stella María Ayazo Perneth.
E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal.
Número de Radicación: 11001-3199-003-2022-03611-01.
Demandante: Carmelo Faillace Said.
Demandado: PROTECCIÓN.
Asunto: Sustentación recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

FRANCISCO JOSÉ CORTÉS MATEUS, en mi condición de apoderado judicial de PROTECCIÓN, siendo la oportunidad procesal correspondiente y encontrándome dentro del término previsto para ello, manifiesto al despacho que procedo a sustentar el recurso de apelación concedido por la Superintendencia Financiera, en contra de la sentencia, notificada por estado de 14 de diciembre de 2023, conforme lo previsto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, solicitando a los honorables magistrados del TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, se revoque en su totalidad la sentencia objeto del presente recurso de apelación y en su lugar se absuelva a mi representada de todas las pretensiones de la demanda y se provea en costa y agencias en derecho como corresponda.

Sustentación del recurso.

En síntesis y como se señaló al interponerse el recurso de apelación, la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, se sustentó en los siguientes argumentos:

> "(…)
>
> Sobre el primer aspecto, lo primero a referir es que no es posible dar cabida a la aplicación del Decreto 661 de 2018, en aras de analizar si para el momento de ingreso del cliente al producto PEI se le hicieron los procedimientos de asesoría, recomendación profesional, consejo profesional, perfil del cliente y del producto, así como el análisis de conveniencia con el rigorismo de dicha normativa, pues de conformidad con el artículo 14 de dicha norma la entrada en vigencia estaba condicionada, sin que se cumplieran estas circunstancias para el momento de vinculación del aquí demandante, 26 de junio de 2018, conforme documental aportada.
>
> Es así como liminalmente habremos de estarnos al reglamento allegado, documento no cuestionado ante quien se oponía la parte demandante y el cual al tenor del artículo 244 del CGP., es prueba sujeta a valoración,

documento que delimita las obligaciones de la conducta de la sociedad administradora de pensiones y cesantía, sobre el cual y frente a los aspectos como perfil de riesgo y asesoría se señaló:

13 DIVERSIFICACIÓN DEL PORTAFOLIO DE ACUERDO CON EL PERFIL DE RIESGO Y SUS REQUERIMIENTOS DE LIQUIDEZ

La diversificación y los requerimientos de liquidez están definidos en la política de inversión de cada uno de los portafolios.

(…)

En otras palabras, no se tenía por vía de reglamentación contextos, reglas, obligaciones y cargas diseñadas a consolidar un perfil del cliente en los términos que actualmente rige la normatividad y tampoco estaba condicionado el deber de asesoría, pues se estuvieron hasta la vigencia de la normativa Decreto 661 de 2018.

(…)

Por otro lado, no es de recibo el argumento de la pasiva en señalar y pretender exonerarse de este tipo de responsabilidad bajo el amparo del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, es decir, que el aquí cliente diligenció los formularios de vinculación, sin preguntar, informarse e indagar sobre el producto objeto de estudio, pues aún so capa de tener como cierta dicha circunstancia, ello en nada le exonera del deber de brindar una información y una asesoría en los términos que dispone la Ley vigente para ese momento, Decreto 2555 de 2010, pues tanto con la normatividad general establecida en la Ley 1328 como norma especial y Ley 1480 como regla general aplica a cualquier desarrollo del deber de información de todas las Entidades Vigiladas con sus clientes, potenciales clientes y/o usuarios, por demás se ven aparejadas con las disposiciones especialísimas que reglan las actividades en el mercado de valores y que se derivan de la Ley 964 y sus reglamentaciones. (Nunca se ha señalado que el cliente diligenció el formulario de afiliación a PEI sin preguntar o indagar, por el contrario, el formulario acredita que si lo recibió y que se le informaron las condiciones de PEI, situación que niega del demandante y se desacredita con la prueba documental y testimonio del asesor, así como con el interrogatorio de parte).

En efecto, la dinámica de la bilateralidad del proceso de información en la vinculación a un producto parte de la iniciativa del profesional del mercado quien ha de proporcionar la misma con todos los requerimientos legales al consumidor, y en desarrollo de las normas del mercado de valores, tal información no puede entregarse adecuadamente si el funcionario del intermediario no realiza adecuadamente cada una de estas obligaciones como lo pregona la norma.

(…)

Bajo tal contexto, el representante legal de la pasiva señaló que tal situación reposa en el documento de adhesión que fue entregado al demandante, mismo decir del testigo, señor Hernando Yesid Córdoba Sánchez, quien fuere el asesor de este producto, pues refirió que además de informarle cómo era el producto, cómo funcionaba y otros detalles, en la oficina se le entregó la ficha técnica, a su turno, el señor Carmelo Faillace Said señaló que el documento de vinculación exhibido y respecto del cual reconoció firmó, le fue entregado pasados unos días de su vinculación por remisión que se le hiciera a su correo electrónico.

(…)

Esto significa sin más, que no hay noticia y por demás no se aportó elemento alguno que diera cuenta de los documentos de vinculación al producto en fechas anteriores al 26 de junio de 2018 que fuere el formato allegado por la actora y la pasiva para demostrar este fin, sin embargo, tal ausencia de prueba no puede arribar a señalar que esta conducta sea la generadora del daño a resarcir, pues ciertamente, como se viera el demandante de forma posterior continuó con su vinculación e incluso realizó aportes adicionales en cuantías significativas, por demás para dicho momento temporal, mayo de 2017 ningún reparó se presenta en el libelo, pues todo aduce a la vinculación a partir de junio de 2018.

Por ende, bajo tal derrotero es que comienza el análisis del litigio, para indicar de entrada en cuanto a la información sobre los puntos en discusión, que no se avizora sea indebida la que fuere otorgada y respecto de la cual el actor confesó recibir, pero no detenerse a leerla cuando le fue suministrada a su cuenta de correo electrónico días siguientes a su vinculación de junio de 2018, la información contenida en el contrato de vinculación y que se procede a desglosar.

En lo que compete a la naturaleza jurídica y características de las operaciones de intermediación que se están contratando, señala el documento:

(…)

Fecha de vencimiento. No tiene fecha de vencimiento, pero tiene un período de permanencia mínima de un año, contado a partir de la fecha de estructuración de esta Alternativa. Una vez cumplido este período, la Alternativa permite a los afiliados salir de ella, de conformidad con lo previsto para tales efectos en la cláusula “Posibilidad de retiro de aportes” de este Documento de Adhesión.

Esto da cuenta, grosso modo, que a disposición del demandante se pusieron elementos y definiciones que no eran ininteligibles o incomprensibles, es más, estas pocas expuestas de otras que reposan

en este documento dan cuenta de las características generales del tipo de producto, los riesgos inherentes, le modelo de ingreso y salida, el tiempo de permanencia, que es un portafolio cerrado, la liquidez del fondo, que no tenía ningún tipo de protección de capital y el perfil del cliente esperado, entre otros.

Luego no es posible asentir razón de algún engaño en este contexto, otra cuestión es que el cliente no leyera en la debida oportunidad sobre las condiciones que se requerían para este producto y en ese sentido elevar las reclamaciones y preguntas que le surgieran en el momento mismo en que se le puso de presente este documento y en tiempo razonable.

(…)

Ahora en lo que toca con el perfil, el testimonio del asesor, da cuenta de forma coincidente con el demandante, que para el momento de la controversia de cara al producto PEI, allá en junio de 2018, el perfil que tenía era moderado, pues así fue referido en cada una de estas etapas, además indicó el actor en interrogatorio exhaustivo que había participado en otra inversión en la cual también le fue pésimo, la cual denominó Bonos Verdes, la cual campea en un producto de alternativa cerrada y da lugar a inferir conocía de esta metodología de salida.

A su turno, ambos relatos, del demandante y testigo quien fuere su asesor, sostuvieron que la finalidad era a mediano plazo pues se buscaba el retorno para el pago de los estudios de la universidad de los hijos, es decir, tal situación tendría conexidad pues el producto comenzó en el año 2017 y los problemas no se acusaron por pedir los réditos para estudio de sus hijos, sino por su circunstancia de desempleo con ocasión a la pandemia y de cara al cambio de metodología, lo cual demuestra que el cliente acudió a estas sumas por la necesidad de situaciones imprevisibles y no condicionadas al momento de constituirse y vincularse al contrato.

Igualmente señaló el testigo que el perfil del cliente se realizó de cara a las preguntas que el mismo demandante le informó y él iba llenando la información brindada en el programa que tiene previsto la pasiva para esta finalidad, para lo cual arrojó un perfil moderado mismo que ya tenía para junio de 2018, a su vez, que meses después se realizó otra verificación de su perfilamiento y se mantuvo en la misma condición.

Además, que este perfil era acorde a las necesidades del producto y a las mismas directrices informadas por el demandante para cuando se llevó a cabo este proceso en junio de 2018.

Por demás, el mismo demandante, señor Carmelo refirió que su ingreso se debió a que se presentaron ventanas de ingreso y salida, es decir, no era un término o metodología desconocida, y si bien puede asentir razón al actor en cuanto a que se le informara solamente lo bueno, por supuesto al partir de su dicho que no es prueba fehaciente que fuese así, en todo

caso del documento entregado luce evidente las situaciones de riesgo que se acompasaban como la liquidez, la no protección de capital y ser un fondo cerrado con 2 eventos únicos de salidas, aspecto que decide el demandante relevar de su análisis al no leer conforme confesara, o en otras palabras, de asentir que el asesor no brindó la información completa que no está demostrado, en todo caso el documento puesto para su lectura sí señalaba estos eventos de los que ahora se duele, incluso el riesgo del producto entre ellos el de mercado, liquidez y crediticio.

(…)

En cuanto al no retiro porque se le informó que se quedara, que no era el momento, el testigo y asesor ya referido dio cuenta de esta manifestación del actor, esto es, expresó que ello sí fue así, por cuanto se esperaba un aumento en la unidad del valor, situación que condujo al demandante a continuar con el producto, es decir, su conducta fue asentir en seguir con aquél pese a que según su dicho lo requería porque estaba sin empleo, actuar ambivalente que solamente permite colegir desde la lógica de la experiencia que la situación de requerir recursos no era tan apremiante como lo señala en su libelo, y es que requerir el dinero, es evidente que no se hubiese esperado a que mejorara su valoración pues la necesidad de liquidez conducía a la redención sin importar la valoración monetaria para dicho momento.

Tampoco es posible prohijar o señalar, que el cambio de valoración per se pudiese causarle perjuicio al ser este una medida necesaria para que el producto pudiese seguir en el mercado en condiciones óptimas, cuestión distinta es la no información sobre este apuntalamiento y siempre que tuviese condiciones de salida, es decir, que para dicho momento iba a tener la liquidez que demandaba su salida ora que pudo acudir al sistema de venta de participaciones en el mercado secundario en la Bolsa de Valores de Colombia, empero nada de este segundo escenario se reseñó por la parte interesada, la parte demandante, menos se trajo acervo en dicho norte para probar que las unidades para cuando se produjo este cambio y contando con el cumplimiento de las condiciones de retiro (redención) se traducen en un perjuicio a declarar a su favor.

Con todo, si asiste al plenario una conducta desarrollada por la demandada, que condujo a obligarse no de cara al mandato y tipología de contrato como de medio, sino a la arista de un resultado cierto, específico, en tiempo determinado y monto, carga que no acató pese a dicho compromiso conforme la prueba allegada.

Nótese que acorde al comprobante de pago adosado al plenario con la demanda, página 43 del PDF, se le indicó al consumidor financiero de cara a su solicitud de retiro con fecha de registro del “27/09/2021 16:08:36”, que se realizaría “RETIRO TOTAL DEL PRODUCTO”, con “Fecha de pago 07/02/2022” en cuantía de $186.478.222.59, es decir, por medio de un documento entregado al actor, por la circunstancia que

fuere, la aquí demandada se comprometió al pago en estas condiciones, carga desatendida.

(…)

Y es que no puede ser de recibo, que el documento nunca debió salir porque era interno para tramitar el retiro sujeto a liquidez, que el contrato y reglamento establecían las condiciones de retiro o que estaba sujeto a contar con suficiencia de dineros, pues lo cierto es, que con esta conducta que también genera derecho y modifica las relaciones contractuales más en contratos que son consensuales, no puede colegirse nada diferente a obligarse al pago del cliente sobre esta suma y en dicha fecha, por demás, a de recordarse que cualquier interpretación debe hacerse a favor del consumidor, (arts. 4 y 34 de la Ley 1480).

Súmase que al tenor del artículo 23 de la Ley 1480, "...Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de
la inadecuada o insuficiente información", (negrilla ajena al texto).

Es así como es posible establecer, la existencia de la relación contractual que no fue objeto de discusión, la conducta culposa que se traduce en la falta de este deber contractual y legal último como quedara expuesto, conducta que se soporta en que no se acató u honró la carga comprometida para que llevará a cabo frente al aquí demandante de cara al monto a devolver en fecha cierta y un perjuicio patrimonial que se traduce precisamente en que el aquí demandante se vio en la imposibilidad de obtener su dinero al momento en que pidió su redención, 27 de septiembre de 2021, con fecha de pago el 7 de febrero de 2022, cuya causalidad trata precisamente de cara a la no diligencia y conducta a desarrollar por la pasiva frente a la entrega de esta documental y le obligaba a entregar estos réditos.

(…)

Y es que se adopta esta cuantía como quiera que se evidencia de la conducta del señor Carmelo Faillace Said que en todo caso, sí deseaba invertir en un portafolio que le permitiera el retiro en un mediano plazo, que tenía este producto desde el año 2017, que su solicitud de salida no era el objeto para el cual se destinó, estudios de sus hijos, sino situaciones exógenas suscitadas por la pandemia como la pérdida de trabajo y la posterior modificación de valoración de la unidad, que pese a solicitar el retiro en su momento por esperar mejorará en su cotización el valor de la unidad decidió continuar y que no leyó el documento contentivo de las características del contrato al cual se vinculó por su propia omisión, lo cual le hubiese permitido cuestionario al momento de vinculación, allá en junio de 2018 y no cuatro (4) años después.

(…)

De la tacha.

Se tacharon los testigos que trajo la pasiva, por sospecha e interés al ser empleados de la demandada, sin embargo, de cara a las pruebas recaudadas, las confrontaciones de sus informaciones rendidas en la declaración con las recibidas a las partes advierten tiene coincidencia en lo relatado y ello da cuenta que fueron responsivos, imparciales y veraces, lo cual permite señalar que la tacha no puede tener prosperidad.

(..)". (Las subrayas son mías).

A continuación, desarrollaré las razones jurídicas que sustentan el recurso de apelación, conforme se concretó en el mismo.

El señor Juez de primera instancia, encontró probado que PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de asesoría para con el demandante, conforme al documento denominado "Documento de Adhesión Alternativa Cerrada Patrimonio Estrategias Inmobiliarias PEI", suscrito por la parte actora el día 26 de junio de 2018, documento que fue reconocido por el demandante en el desarrollo de la prueba de interrogatorio de parte y que confesó haber firmado como se señala en la sentencia.

Así como tuvo por probado conforme a esta misma prueba y el testimonio del asesor comercial Hernando Yesid Córdoba Sánchez, que el demandante recibió la información sobre las condiciones de dicha alternativa cerrada de inversión en las reuniones que este sostuvo con el demandante, así como que dicho documento contiene las condiciones claras y completas de la alternativa de inversión, entre ellas las condiciones para el retiro de aportes, las restricciones a la liquidez, así como da por demostrada la experiencia del demandante en inversiones en portafolios cerrados con ventas de liquidez, concluyendo que no existió engaño alguno por parte del asesor comercial de PROTECCIÓN que alegó el demandante, al tiempo que la información proporcionada al mismo con antelación y al momento de suscribir su adhesión, reitero, era clara e inteligible, en contraposición con lo argumentado por el demandante.

No obstante, concluye que el demandante recibió dicho formulario con posterioridad a su suscripción, que no leyó, no hizo preguntas al asesor comercial y recibió el formulario de adhesión días después por email, así como afirmó que mi representada pretendía exonerarse de responsabilidad por suscribir el demandante dicho formulario sin informarse o hacer preguntas sobre el mismo.

Estas últimas afirmaciones y conclusiones inciden en la decisión del señor Juez al conceder parcialmente las pretensiones de la demanda y deben ser controvertidas, puesto que no encuentra asidero fáctico en las pruebas recaudadas en el proceso, ya que el demandante, recibió la totalidad de la información sobre las condiciones de la alternativa cerrada PEI como lo señala el señor Juez, de manera previa a la adhesión en diferentes reuniones del demandante con el asesor comercial Córdoba

Sánchez y testigo de PROTECCIÓN, como surge precisamente de la practica de su prueba testimonial, y recibiendo y suscribiendo el contrato de adhesión el día que lo firmó y no días después como insistió en afirmar en su interrogatorio de parte.

Tal como lo señaló el asesor Córdoba Sánchez en su testimonio, informó con suficiencia al demandante entre otras condiciones, las de retiro de los aportes y las restricciones a la liquidez, recepción de información que obró en la fecha que consigna el formulario de adhesión y no días después como lo asevera del demandante. Es precisó rememorar igualmente que el asesor comercial Córdoba Sánchez en su testimonio señaló que entregó personalmente el documento de adhesión al demandante en la reunión en la cual lo suscribió y que conservó la hoja donde el mismo firmó su adhesión y que consiga la evidencia de entrega de la información y asesoría, testimonio que pese a la tacha de sospecha propuesta por la parte demandante infundadamente, valoró el señor Juez, sin que evidenciara motivo alguno para su prosperidad, hecho que contrasta con la versión rendida por la parte demandante, quien en su interrogatorio de parte, manifestó que el documento de adhesión solo lo recibió días después por email, y al ser requerido por el señor Juez para que informara al despacho la fecha de recepción de dicho correo electrónico, no aportó prueba alguna del mismo, no siendo prueba suficiente su versión conforme al cual niega haber recibido dicho documento en la fecha en que lo suscribió, es decir, no puede tomarse este dicho como confesión.

El conocimiento dado al demandante sobre las condiciones de retiro y restricciones a la liquidez, tanto con antelación, como a la firma de la suscripción del documento de adhesión, así como durante el desarrollo de la alternativa cerrada de inversión, es importante, dado que el demandante tenía pleno conocimiento que el retiro de los aportes de la alternativa cerrada se podría realizar por la vía de sustitución de su posición contractual o por lo venta de la participación en esta inversión en el mercado secundario, posibilidad que se encontraban sujetas a la existencia de liquidez en el portafolio, condición establecida claramente en el documento de adhesión, contentivo de las condiciones de esta alternativa cerrada, que señala “En todo caso, las alternativas aquí descritas serán ejecutadas por Protección S.A. bajo el criterio de no afectación de los afiliados y en desarrollo de sus obligaciones de medio, por lo cual Protección S.A. no puede garantizar la liquidez de las inversiones, sin embargo, realizará su mejor esfuerzo para atender las solicitudes de retiro de los clientes”.

De igual forma, el demandante también confesó en su interrogatorio de parte haber recibido por parte el asesor comercial y testigo Córdoba Sánchez, la información sobre las ventas de liquidez para el retiro de aportes, mecanismo que conocía por la experiencia de haber invertido en el portafolio mencionado en su interrogatorio de bonos verdes, llamado realmente “sostenibilidad”, como lo señaló el representante legal de PROTECCIÓN en su interrogatorio. Así mismo el demandante confesó que PROTECCIÓN posteriormente le informó sobre la existencia de varias ventanas de liquidez a las cuales no manifestó interés en participar y confiesa haber impedido la comunicación con el asesor comercial Córdoba Sánchez, a quien de hecho amenazó e insultó, como se detallará más adelante.

Así mismo, está probado en el presente proceso que PROTECCIÓN, por intermedio de su asesor comercial Córdoba Sánchez, asesoró al demandante durante el

desarrollo de su inversión en la alternativa cerrada PEI. Este asesor manifestó en su testimonio que en el año 2021, que el demandante le puso en conocimiento sobre su situación sobreviniente de desempleo, ofreciéndose a asesorarlo, manifestándole el demandante su intención de realizar el retiro de sus aportes, siendo la recomendación del asesor Córdoba Sánchez no hacerlo por las situaciones de pandemia y de mercado, que habían generado su desvalorización, informándole igualmente que existía una fila de orden de solicitudes de retiro de otros participes que se atenderían conforme al turno, pidiendo nuevamente el demandante el documento de adhesión o ficha técnica de PEI, documentos que le fueron remitidos. Menciona el asesor comercial y testigo de PROTECCIÓN antes mencionado, que se le informó al demandante oportunamente sobre la expedición de la Circular Externa 006 de 2021 de la Superintendencia Financiera, así como que la comunicación con este se vio interrumpida como consecuencia de las manifestaciones desobligantes y amenazas hechas por el demandante en contra suya, que se encuentran documentadas en las pruebas aportadas al proceso, situación que fue reportada a PROTECCIÓN por Córdoba Sánchez y que generó el intento de comunicación de la señora María Olga Salazar Senior, gerente de pensión voluntaria en Barranquilla, testigo igualmente de PROTECCIÓN, quien informó al despacho de sus intentos frustrados de restablecer canales de comunicación con el demandante, las cuales no se lograron concretar, no siendo cierto como lo indicó el demandante en su interrogatorio de parte, que el objeto de dicha llamada a su esposa por parte de esta testigo, tenía por objeto extraerle información a su cónyuge, faltando de esta manera a la verdad.

Tal como se aprecia, el demandante conocía las condiciones de retiro de los aportes y que PROTECCIÓN, podría atender las solicitudes de retiro, bajo el criterio de no afectación de los afiliados y que no podría garantizar la liquidez de la inversión, hecho que no permitía asegurar que las peticiones de retiro de aportes pudieran ser atendidas, pese a su solicitud, hasta que no existieran ventanas de liquidez.

Es por ello que se equivoca con todo respeto el señor Juez de primera instancia, al considerar que la entrega del documento denominado comprobante de retiro, con fecha de generación de 27 de septiembre de 2021, generó una modificación en el contrato de adhesión a la alternativa cerrada y que PROTECCIÓN adquirió por lo tanto un compromiso de pago del retiro de aportes solicitados para el día 7 de febrero de 2022, hecho generador de responsabilidad indemnizatoria por las siguientes razones:

a) La modificación de un contrato, consensual o escrito, requiere de la confluencia de la autonomía de la voluntad de las partes, hecho que carece de prueba en este proceso, puesto que ni la parte demandante, ni PROTECCIÓN, evidenciaron animo alguno para modificar el documento de adhesión que contiene los términos y condiciones que rige la alternativa cerrada PEI, en cuanto a las condiciones de retiro, restricciones de liquidez etc., de manera que los retiros de aportes, conforme al contrato señalado, se encontraba supeditadas a la existencia de liquidez en el portafolio, es decir, que se contarán con recursos líquidos para atender las solicitudes de retiro de quienes se encontraban interesados en ello.

b) El documento comprobante de reitero, tampoco puede ser interpretado como lo propone la Superintendencia Financiera, para de allí concluir un compromiso y modificación de las disposiciones contractuales. No es una norma para interpretar, ni tampoco consigna la voluntad de las partes de modificar el contrato de adhesión primigenio, como equivocadamente lo concluye el señor Juez en su sentencia. Este documento entonces, fue mal interpretado por el Juez, ya que del mismo no emana modificación contractual alguna.

c) El documento de adhesión que consignaba los términos y condiciones de la alternativa cerrada PEI, que conoció oportunamente el demandante, indica claramente que no se garantizaba la liquidez del portafolio.

d) El documento de adhesión que consigna los términos y condiciones de la alternativa cerrada PEI, que conoció oportunamente el demandante, indica sin lugar a duda que las dos alternativas descritas para el retiro de aportes serian ejecutadas por PROTECCIÓN bajo el criterio de no afectación de los afiliados y en desarrollo de sus obligaciones de medio, por lo cual no resultaba posible garantizar la liquidez del portafolio para atender las peticiones de retiro.

e) El principio de no afectación de los afiliados, dadas las condiciones exógenas cuya prueba acredita el señor Juez, pandemia de COVID 19 y el cambio en el modelo de valoración del activo PEI, por disposición de la Circular Externa 006 de 2021 de la Superintendencia Financiera, generó la inexistencia de un mercado secundario favorable a los intereses de la totalidad de participes del portafolio PEI, de manera que atender peticiones en momentos de una marcada desvalorización de la unidad del fondo PEI, habría traído la materialización de verdaderos perjuicios para el colectivo de partícipes en esta alternativa cerrada, presionando de paso aún más la desvalorización de la unidad de esta inversión, razón por la cual como quedó probado por el testimonio del asesor comercial Córdoba Hernández, así como en el interrogatorio de parte al demandante, la recomendación dada a este último fue no realizar retiros, puesto que podría materializar perdidas. Estas pruebas tampoco fueron valoradas por el señor Juez.

f) El representante legal de PROTECCIÓN en su interrogatorio de parte, expuso con suficiencia que; i) La entrega del documento denominado comprobante de retiro al demandante no comprometía a PROTECCIÓN a garantizar la liquidez del portafolio PEI para el día 7 de febrero de 2022, siendo una fecha asignada por el sistema de PROTECCIÓN por defecto, pago que solo podría verificarse si existía la liquidez requerida, situación que no se presentó para la fecha mencionada, sin que fuera posible atender su retiro, ni el de otros afiliados que igualmente solicitaron el retiro de sus aportes, conforme igualmente se evidencia en la prueba decretada de oficio por parte de la Superintendencia Financiera relativa a solicitudes de retiro de otros afiliados, ii) Pese a que no era posible grabar retiros de aportes, ante la inexistencia de venta de liquidez para atenderlos, el demandante insistió y presionó en que se entregara dicho documento, lo cual reitero, no comprometía a PROTECCIÓN al pago del retiro en la fecha en el consignada,

ni tampoco consigna el comprobante de pago la intención de reforma o modificación al contrato de adhesión, prueba dejada de valorar por el señor Juez.

g) Al atenderse la prueba de oficio decretada por la Superintendencia Financiera, esta evidenció como otros participes igualmente requirieron el retiro de sus aportes para fechas cercanas a la petición del demandante, las cuales igualmente no pudieron ser atendidas por las restricciones a la liquidez del portafolio PEI, prueba dejada de valorar por el señor Juez.

h) No existe prueba, ni en la sentencia del señor Juez se concreta el sustento de su afirmación conforme a la cual PROTECCIÓN obró con culpa y negligencia al no atender la solicitud de retiro en la fecha consignada en el comprobante de retiro, salvo a su interpretación de una pretendida modificación contractual del documento de adhesión a PEI, derivada del comprobante de retiro que como he señalado no prueba ánimo alguno de las partes de modificar los términos y condiciones del contrato que los obligaba.

i) No existió incumplimiento alguno de las condiciones contractuales que genere responsabilidad indemnizatoria para con el demandante, puesto que no existió reforma del documento de adhesión, ni de las condiciones de retiro de los aportes, de manera que al no ser posible atender el retiro de los aportes en la fecha consignada en el comprobante de pago, por inexistencia de liquidez en el portafolio, dada las condiciones de mercado por la pandemia de COVID 19 y la Circular Externa 006 de 2021 emanada de la Superintendencia Financiera, no puede predicarse el incumplimiento señalado, obrando PROTECCIÓN conforme al contrato de adhesión y términos y condiciones suscrito con el demandante.

j) No existe perjuicio patrimonial para el demandante por no poder recibir el retiro de sus aportes el día 7 de febrero de 2022, puesto que no se acredita prueba alguna por la parte demandante, que permita evidenciarlos.

k) En consecuencia, no se probó, hechos culposos o dolosos, daño o perjuicio, ni nexo de causalidad que configure responsabilidad indemnizatoria alguna de PROTECCIÓN, admitiendo por el contrario que PROTECCIÓN cumplió con su deber de asesoría para con el demandante, y que la desvalorización de la unidad del portafolio alternativa cerrada PEI, fue ocasionado por hechos no imputables a PROTECCIÓN, como lo son la pandemia de COVID 19 y la Circular Externa 006 de 2021, que califican jurídicamente como caso fortuito el primero, y de fuerza mayor el segundo, correspondiendo a un hecho de autoridad que afectó la valoración del activo en el cual invertía este portafolio de inversión y con ello el saldo de los ahorradores, sin perder de vista la recuperación actual de valor de dicho activo.

Por las razones anotadas y que sirven de sustento al recurso de apelación concedido, solicito a los señores Magistrados del TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, que se revoque en su totalidad la sentencia del a quo y se absuelva a PROTECCIÓN de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

De los Señores Magistrados; atentamente,

FRANCISCO JOSÉ CORTÉS MATEUS
Apoderado de Protección.
C.C. No. 79.778.513 de Bogotá.
T.P. Nro. 91.276 del C.S. de la J.