

HONORABLE.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. D.C.

SALA CIVIL.

E.

S.

D.

Magistrado ponente: DR. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO.

RADICACIÓN: No. 11001310301720190044201

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO MAYOR CUANTÍA.

DEMANDANTE: ÁLVARO QUINTERO TORRES.

DEMANDADO: SOLEYS & CIA S.C.A.

HÉCTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS, ciudadano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.77.330 de Bogotá, en mi condición de abogado en ejercicio, con tarjeta profesional No. 27.428 del C.S.J. domiciliado en Bogotá. D.C., al señor honorable Magistrado Ponente, que procedo a profundizar en la sustentación del RECURSO de APELACIÓN instaurado contra la sentencia de Primera Instancia dictada por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en audiencia llevada a cabo los días 6 y 7 de abril de 2021, de manera virtual. En consecuencia, sustenté los reparos instaurados en el momento de proferir la decisión aquí impugnada En los siguientes términos:

I. EL PROCESO DECLARATIVO TRAMITADO.

El proceso adelantado en primera instancia por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, bajo la radicación antes mencionado corresponde a la ACCIÓN DECLARATIVA DE ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR, instaurado por ALVARO QUINTERO TORRES contra la sociedad Comercial denominada SOLEYS & CIA S.C.A, matriculada en la Cámara de comercio de la ciudad de Bogotá. Proceso adelantado por el procedimiento verbal de mayor cuantía.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La sentencia de primera instancia dictada dentro del proceso antes referido, DECLARÓ PROBADA LA FIGURA JURÍDICA DE LA COSA JUZGADA respecto de la Acción Declarativa de ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR base de la demanda principal, tomando como referencia para tal declaración, Cosa Juzgada derivada de la actuación judicial adelantada en proceso EJECUTIVO SINGULAR instaurado por la sociedad SOLEYS & CIA S.C.A. contra ALVARO QUINTERO TORRES, inicialmente radicado en el Juzgado 30 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, y actualmente en trámite en el JUZGADO 5 CIVIL DEL CIRCUITO DE EJECUCIONES DE BOGOTÁ, bajo la radicación: 110013103030-20160056100.

III. ESTRUCTURA DE LA IMPUGNACIÓN.

A. LOS REPAROS CONTRA LA SENTENCIA APELADA.

De acuerdo con la impugnación de la sentencia de primera instancia, la parte demandada repudió dicha sentencia por NO APARECER CUMPLIDOS los elementos DE LA COSA JUZGADA que se le atribuyeron a la actuación ejecutiva antes señalada.

La jurisprudencia y la doctrina académica tienen establecidos los REQUISITOS O CONDICIONES para que opere el fenómeno de COSA JUZGADA así:

1) La Corte Constitucional en sentencia C-522 DEL 2009, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. NILSON PINILLA PINILLA se definió la cosa juzgada así:

“La cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto. Como institución, la cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo, que pese a su innegable conveniencia y gran trascendencia social no tiene carácter absoluto.”

2) La jurisprudencia especializada. La honorable Corte Suprema de justicia en Sala de Casación Civil dice en sentencia: SC- 15214 de 2017.

“... Conforme al aludido canon 332, la sentencia ejecutoriada proferida en un Juicio contencioso surte efectos de cosa juzgada cuando al contrastarla con un nuevo rito judicial ambos versan sobre el mismo objeto tienen como base idéntica causa y los objetos enfrentados coinciden en uno y otro litigio. Ese instituto tiende a proteger la inmutabilidad de los fallos judiciales, evitando que la discusión dirimida sea objeto de nuevo pronunciamiento, lo que de paso genera seguridad y estabilidad jurídica. En tal orden de ideas, como regla de principio, si la triple identidad aludida se configura la Jurisdicción del Estado fue agotada y, por sustracción de materia, nada tiene que decidir en el segundo pleito. Esa pauta de derecho se ve transgredida cuando el juez en palabras de la Corte “(...) al estudiar sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por decisión precedente (...)” (SC de 12 ag. 2003, rad. 7325, SC 5jul. 2005, rad. 01493”.

3) La doctrina. Por su parte la doctrina académica dice al efecto de cosa juzgada aparece delineado por el profesor Hernando Devis Echandía, en su obra “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”, así:

“Es decir, la cosa juzgada se refiere siempre al litigio examinado en el juicio y resuelto en la sentencia. Para determinar ese litigio se debe recurrir a precisar cuál fue la pretensión discutida, de acuerdo con sus tres elementos (que constituyen igualmente los tres elementos del litigio): sujeto, objeto y causa. Para que se trate del mismo litigio y, por tanto, de igual pretensión, se necesita que los tres elementos sean idénticos; si varía uno de ellos, estaremos en presencia de una nueva pretensión y de distinto litigio y, por consiguiente, no existirá cosa juzgada”. (subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, los llamados requisitos axiológicos para que opere la cosa juzgada, implica determinar que en un ulterior proceso se vuelve a plantear la misma causa que

ya fue debatida y fallada en un proceso primigenio. Por las mismas partes y a través del mismo procedimiento. Sin embargo, debe precisarse que el debate sobre COSA JUZGADA se da en el ulterior proceso, pues en el proceso primigenio se hablará y discutirá sobre la EJECUTORIA de sus decisiones, con la que se dará estabilidad y ejecutabilidad a las mismas, por su fuerza vinculante respecto de quienes tuvieron la condición de partes en dicho proceso primigenio. Y en lo que corresponde al proceso ulterior demandado habrá de verificarse mediante un cotejo objetivo si la nueva causa, tiene como objeto tratar una materia ya debatida y ya fallada, como para que dé lugar al fenómeno de la COSA JUZGADA.

B. CONDICIONES SUSTANTIVAS DE LA FIGURA JURÍDICA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Corresponde ahora presentar la materia que a través de las pretensiones procesales, fue postulada para el conocimiento de la judicatura, en este caso, al juez 17 Civil del Circuito de Bogotá, a través del proceso declarativo arriba referido: EL ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR.

1. Su Regulación Legal como Acción.

El Abuso del Derecho encuentra su fuente legal en el artículo 830 del Código del Código de Comercio: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. Esta norma es aplicable para este caso concreto, pues se trata de juzgar la conducta desplegada por una sociedad comercial: SOLEYS & CIA S.C.A. En el ejercicio de su actividad comercial.

2. Su Respaldo Constitucional.

La honorable Corte Constitucional en Sentencia C-556/92 dijo:

“La noción del abuso del derecho hace alusión a ciertas situaciones en las cuales las normas jurídicas son aplicables de tal manera que se desvirtúa el objetivo jurídico de la norma...”. Asimismo, en sentencia T.511/93 se dijo: “... La voluntad del Constituyente de no consagrar solamente derechos en cabeza de las personas sino también deberes y obligaciones, exigencia de suyo elemental para hacer posible la convivencia social vino a plasmarse en el artículo 95 de la Constitución. El numeral 1º. Del artículo citado establece el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. La Teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no solo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejercer anormalmente sus derechos en perjuicio de un y tercero, sino que, además, consagra una forma de equilibrio en materia de ponderación de derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía. En otros términos, en el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales... Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. En este orden de ideas, el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también,

cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural de derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros ...”.

3. Generalidades en las conductas abusivas del derecho.

La jurisprudencia nacional se ha esforzado en delinear los criterios más acuciosos para darle un verdadero contenido y alcance a la figura del abuso del derecho. En sentencia C-090/14 La Corte Constitucional precisa:

“El supuesto de la norma previsto en el artículo 43 ibid., difiere de la acción anterior, en el hecho de que el acto ejercido prima facie no es en sí mismo ilegal, pero con su ejecución desconoce derechos de terceros e incluso los fines de la misma sociedad, cuando lo que busca en realidad es un beneficio desmesurado e injustificado para uno o para varios socios logrado bajo una aparente legalidad. En cuanto a este concepto, en la sentencia C-258 de 2013 la Corte Hizo la siguiente interpretación: (...) En términos generales, comete abuso del derecho (i) aquel que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o las reglas para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquel que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue”.

4. Su Aplicabilidad en Materia Civil.

La honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, con ponencia del H. M. Dr. LUIS ALONSO RICO PUERTA (SC - 3840-2020) dijo:

“En efecto, el alegato de la actora podría enmarcarse -en abstracto- en la teoría del abuso del derecho de litigar como fuente de responsabilidad civil, temática frente a la cual la Sala tiene dicho: «En el ámbito de los derechos subjetivos, singular trascendencia y valía ostenta el de litigar o de acudir a las vías judiciales, en tanto que es a través de su ejercicio, en términos generales, que se materializa la prerrogativa que la Constitución Política y la ley brinda a todas las personas de concurrir ante el órgano jurisdiccional del poder público en procura de obtener la protección debida de sus derechos, cualquiera que ellos sean e independientemente del motivo que provoque la necesidad de su salvaguarda, facultad que resulta fundamental en aras de la armonía, la paz y la seguridad, condiciones de vida de los asociados que en la estructura del Estado Social de Derecho se erigen(...). Se trata, pues, de un legítimo derecho y, por ende, su utilización, en primer lugar, está comprendida tanto en la garantía general de protección a que acaba de aludirse, como en la especial de acceso a la administración de justicia, instituida en el artículo 229 de la Constitución Política; y, en segundo término, entronca con el derecho al debido proceso (...). Empero, como acontece con todos los derechos subjetivos (...) el de acudir a la administración de justicia tampoco es absoluto o irrestricto. La libertad que tienen las personas, por una parte, de acceder a ella y, por otra, de que, consiguientemente, puedan solicitar al Estado el reconocimiento y la protección de sus derechos, no significa que les sea dable acudir al aparato jurisdiccional para hacer efectivas sus prerrogativas cuando proceden con temeridad o mala fe. Es que el ejercicio del referido derecho está sometido, a su vez, a una serie de deberes que, en lo fundamental (...) se condensan en que las partes y los apoderados que las representan deben proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos” y deben “obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales (...). Indispensable es enfatizar, por lo tanto (...), que de manera general y sin perjuicio, claro está, de supuestos particulares, sólo cuando se promueve un proceso o se realiza una actuación judicial con temeridad o mala fe, y así se comprueba, hay lugar a deducir de ese comportamiento responsabilidad civil 15 Radicación (n.º 11001-31-03-034-2015-00585-

01) respecto del gestor de la controversia o del trámite de que se trate, pues se estima que en tales supuestos se abusa del derecho de litigar y dicha forma particular del ilícito civil exige, en esos casos, un criterio de imputación subjetivo específico, referido, se repite, a la temeridad o mala fe en el obrar» CSJ Sc, 1 nov. 2013, rad. 1994-26630-01.

Para el maestro Fernando Hinestrosa la teoría del abuso de los derechos se erige como “un principio general del derecho” (HINESTROSA, Fernando. De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. En: Revista de Derecho Privado. Enero/junio 2000, no. 5, p. 13. Bogotá: Universidad Externado de Colombia). **Y como principio forma parte del ordenamiento jurídico colombiano y cumple una función integradora del sistema jurídico. En la base de la teoría del abuso del derecho subyace el reconocimiento de la existencia de un derecho subjetivo que es utilizado o manipulado con el objetivo de causar perjuicios injustificados a un tercero, o al mismo ordenamiento jurídico, en virtud del empleo de una mecánica abusiva de las prerrogativas o beneficios derivados de la posición de predominio del agente titular del derecho sobre el sujeto perjudicado con dicho actuar.**

5. La Naturaleza del ejercicio de la ACCIÓN DE ABUSO DEL DERECHO.

De lo transcrito anteriormente, podemos concluir que la figura del ABUSO DEL DERECHO en cualquiera de sus expresiones constituye una ACCIÓN que, en justicia rogada, le corresponde en principio al lesionado reclamar ante los jueces. El artículo 830 del Código del Comercio sanciona el abuso del derecho tanto para los hechos generadores de contratos mercantiles como para los generadores de obligaciones del mismo tipo.

La acción de abuso del derecho está encaminada a buscar la sanción para la conducta abusiva desplegada por una persona, natural o jurídica, con la cual se lesiona el sistema jurídico para desviar sus fines del control social o se lastiman los derechos aun patrimoniales de terceras personas, con el objeto simplemente de causar el daño o generar beneficios o ventajas injustificadas en favor del abusador. Por lo general, todo este tipo de actuaciones son rodeadas de apariencias de LEGALIDAD como lo señaló la Corte Constitucional, en la sentencia C-090/14:

“... en el hecho de que el acto ejercido prima facie no es en sí mismo ilegal, pero con su ejecución desconoce derechos de terceros e incluso los fines de la misma sociedad, cuando lo que busca en realidad es un beneficio desmesurado e injustificado para uno o para varios socios logrado bajo una aparente legalidad”.

Esta acción del abuso del derecho también está encaminada al control que debe hacer la judicatura sobre el proceder y actuar de los ciudadanos, al momento del uso del derecho y de su ejercicio. Pero lo que debe estar claro es que se trata de una ACCIÓN INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMA POR DESVIACIÓN, DESBORDAMIENTO, EXTRALIMITACIÓN a la hora de hacer tanto el uso del derecho subjetivo que se tiene; como del DERECHO (NORMATIVIDAD) que lo consagra o lo autoriza. En tales casos ha dicho la jurisprudencia civil que se trata de una responsabilidad civil:

“... No se trata, como se infiere de los anteriores preceptos, y de lo que en precedencia se dejó delineado, de restringir el legítimo ejercicio de los derechos, sino lo que es bien distinto, de comprometer la responsabilidad de las personas que, al pretender hacer efectivas las prerrogativas

con que cuentas, superan de una u otra forma, el marco legal de las mismas. ... Por consiguiente hay que destacarlo, no es el uso o ejercicio de los derechos el perceptor de la mencionada responsabilidad sino el 'abuso' de los mismos al que da lugar al surgimiento del referido deber de reparación..."
(Sentencia Corte Suprema de Justicia 1 de noviembre de 2013) (lo subrayas fuera de texto).

IV. ¿EL ABUSO DEL DERECHO PUEDE SER JUZGADO EN UN PROCESO EJECUTIVO?

Como se advirtió inicialmente, la sentencia de primera instancia dictada por el Juez 17 Civil del Circuito de Bogotá, en la referencia procesal arriba indicada, declaró LA COSA JUZGADA al entender que, por virtud de un proceso ejecutivo singular anterior, quedó juzgada la acción declarativa de abuso del derecho y sus consecuencias aquí reclamadas, y agotada la jurisdicción para el estudio y decisión en la sentencia que hoy se impugna. Recordamos que la figura de la cosa juzgada opera en la medida en que las dos causas procesales aquí enfrentadas tienen un mismo objeto (o versan sobre la misma materia) si se trata de las mismas partes, y si siguen el mismo procedimiento. Me centraré en demostrar que se tratan de materias distintas, pero más allá de ello, el proceso ejecutivo no tiene el alcance suficiente para abordar esta materia que nos ocupa.

1. El Abuso del Derecho vs La Ejecución de Obligaciones.

a. Como se dejó ya establecido por la jurisprudencia traída parcialmente a este alegato de sustentación de apelación; el objeto de la ACCIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO corresponde a: "... no es el uso o ejercicio de los derechos el perceptor de la mencionada responsabilidad sino el 'abuso' de los mismos al que da lugar al surgimiento del referido deber de reparación..." Subrayas fuera de texto. (Sentencia Corte Suprema de Justicia 1 de noviembre de 2013). Lo anterior queda plenamente complementado con el siguiente pronunciamiento de la H. Corte Constitucional:

"El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a éste, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental. El abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima". SU-631/17. Subrayas fuera de texto.

CONCLUSIÓN: LA MATERIA A DEBATIR EN UN ASUNTO DE ABUSO DEL DERECHO EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES ES: LA CONDUCTA DE LA EXTRALIMITACIÓN. EL DAÑO ES MERAMENTE MARGINAL.

b. LA ACCIÓN EJECUTIVA DE COBRO DE OBLIGACIONES DINERARIAS.

El ejercicio de la acción ejecutiva, en términos generales, surge del derecho de crédito que permite exigir su cumplimiento. Lo anterior indica que para el ejercicio de una acción ejecutiva, se debe estar frente al título ejecutivo que contiene la o las obligaciones, con carácter de expresa, clara y exigible, que conste en prueba documental y constituya plena prueba contra el deudor. Es decir, el soporte de este tipo de acción está en el acuerdo de voluntades por el cual el deudor se obliga para con el acreedor. Obligaciones que deben reunir los requisitos de posibilidad, idoneidad y causa (fáctica – jurídica – moral). Y al respecto enseña Corte Suprema de Justicia Sala Civil en sede de tutela (STC- 18085/2017): “5. Siendo el título ejecutivo presupuesto de cualquier acción de esta naturaleza^[1], se explica el porqué, al momento de impetrarse el libelo, deba éste reunir la totalidad de los requisitos que la ley, para su eficacia y validez, prevé. Esa y no otra es la conclusión que emerge del contenido del artículo 430 del Código General del Proceso, a cuyo tenor “Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida (...)”. Lo anteriormente razonado es confirmado por Alsina, quien anota: “De la autonomía de la acción ejecutiva resulta que el título ejecutivo es suficiente por sí mismo para autorizar el procedimiento de ejecución. Nada debe investigar el juez que no conste en el título mismo. Pero por esa razón, y como consecuencia lógica, es necesario que el título sea bastante por sí mismo, es decir, que debe reunir todos los elementos para actuar como título ejecutivo”^[2].

CONCLUSIÓN: LA MATERIA A DEBATIR EN UN ASUNTO DE EJECUCIÓN CORRESPONDE A LOS TÍTULOS EJECUTIVOS ADOSADOS PARA SU COBRO.

2. LAS DEFENSAS Y EXCEPCIONES A POSTULAR.

a. En un proceso declarativo basado en el abuso del derecho, y en este caso, en su modalidad de “litigar”, está abierta toda la gama de ataques que van desde los requisitos de “ADMISIBILIDAD” de las pretensiones que pasan por la contradicción de los hechos (la aportación de la versión contraria), los soportes jurídicos (debate en torno a la interpretación y aplicabilidad de las normas invocadas) y la postulación de la prueba (desconociendo – tachando – presentando contraprueba, etc.), lo que obliga al juez a verificar todos los elementos constitutivos de las pretensiones invocadas a la luz de tales alegaciones de defensa, manteniendo el demandante la carga de su prueba. También es posible a título de ataque a la pretensión procesal invocar figuras jurídicas que pueden constituir acciones (separadas) a través del acto procesal denominado (demanda de reconvención) cuyo planteamiento formula un enfrentamiento entre pretensiones que deben ser CONTRADICTORIAS Y EXCLUYENTES, entre las invocadas por el demandante y las invocadas por quien reconviene. Asimismo, es posible la postulación de figuras jurídicas capaces de destruir, minimizar o hacerle perder actualidad a la pretensión procesal, comúnmente denominadas “EXCEPCIONES DE FONDO”, Que requieren de una fundamentación fáctica – jurídica -y probatoria, para

quien las postula; para darle al juez los elementos para su configuración, de lo cual resulta habilitado el juez para su pronunciamiento oficioso en caso de aparecer probados dichos elementos constitutivos de las excepciones, salvo: La Prescripción – La Compensación – y La Nulidad Relativa. Sin embargo, es necesario establecer que figuras pueden ser postuladas como excepciones, y cuales como acciones (reconvención). Pues estas dos modalidades de resistencia procesal comportan tratamientos jurídicos diversos: tales como que las acciones que por sí solas pueden generar un proceso, pueden desembocar en pronunciamientos (sentencias) declarativas – constitutivas - de condena - y que por ello deben estar consagradas en la ley sustancial, que generan carga de prueba para quien la instaura. Mientras que las que pueden alcanzar la condición de excepción de fondo (sólo generan efectos extintivos) implican una destrucción de las pretensiones, lo que conduce a una negación de estas en la sentencia, también con carga de prueba para quien excepciona (sin embargo, favorecido por la ley con potestad oficiosa en el juez para su declaración). Ello se puede observar (a título de ejemplo) frente a la prescripción adquisitiva y extintiva. La primera era una acción y la segunda una excepción; pero por mandato de la ley (Ley 791/2002), la adquisitiva se habilitó como excepción y a la extintiva como acción. Pero se necesitó de una ley sustantiva que así lo autorice. Todo esto para mostrar que las defensas, la excepciones y las acciones (en reconvención), no son de un manejo anárquico por quien hace las postulaciones. Y todas ellas deben tener una relación de causalidad (fáctica – jurídica y probatoria) con las pretensiones inicialmente demandadas.

En el caso que nos ocupa, LA COSA JUZGADA que atacó la pretensión procesal de ABUSO DEL DERECHO en su modalidad invocada en este proceso, debe contener en su materia de juzgamiento (en el proceso ejecutivo) el evento que destruyó. La pregunta sería ¿qué debe alegarse y probarse en un proceso ejecutivo, como EXCEPCIÓN DE FONDO que sea capaz de destruir la acción de ABUSO DEL DERECHO? Y puede decirse que tal materia ya quedó juzgada. Miremos los alcances del proceso ejecutivo.

b. En el proceso ejecutivo, ya efectuadas las referencias jurisprudenciales, que nos indican cual es el objeto o materia o finalidad de este tipo de procesos. Nos surge la pregunta: ¿Qué tipo de resistencias son posibles en estos procesos? La discusión empieza cuando debemos asumir posiciones, para determinar si las excepciones son taxativas o no. Nótese que lo que se designa como acción o como excepción de fondo debe ser expresamente señalado en la ley sustancial.

De acuerdo con la ley sustancial, este tipo de acción o de excepción funge como guía tanto para el actuar de las partes, como para la actividad decisoria de los jueces a la hora de resolver causas relativas a ella. Que son conocidas plenamente por el H.

Tribunal, en razón a su propia jurisprudencia, y simplemente los traigo a colación, únicamente como guía para la estructuración y claridad de la impugnación:

Por ejemplo, podemos acudir al artículo 1625 del Código Civil que abre el título XIV denominado “De los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo”, “Art. 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: 1. Por solución o pago efectivo. 2. Por la novación. 3. Por la transacción. 4. Por la remisión. 5. Por la compensación. 6. Por la confusión. 7. Por la pérdida de la cosa que se debe. 8. Por la declaración de nulidad o por rescisión. 9. Por el evento de la condición resolutoria. 10. Por la prescripción...”. todas estas causas involucran eventos del negocio causal que genera las obligaciones a extinguirse. Y para el evento de una reclamación ejecutiva, ellas funcionan como excepción de fondo para destruir el título ejecutivo que las contiene.

De otro lado, en tratándose de títulos valores que generan acción cambiaria, el artículo 784 del Código del Comercio dispone: “Art. 784. Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones: 1. Las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien suscribió el título; 2. Incapacidad del demandado al suscribir el título; 3. Las de falta de representación o de poder bastante de quien haya suscrito el título a nombre del demandado; 4. Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente; 5. La alteración del texto del título, sin perjuicio de los dispuesto respecto de los signatarios posteriores a la alteración; 6. Las relativas a la no negociabilidad del título; 7. Las que se funden en quitas o en pago total o parcial, siempre que consten en el título; 8. Las que se funden en la consignación del importe del título conforme a la ley o en el depósito del mismo importe hecho en los términos de este título; 9. Las que se funden en la cancelación judicial del título o en orden judicial de suspender su pago, proferida como se prevé en este título; 10. Las de prescripción o caducidad, y las que se basen en la falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción; 11. Las que se deriven de la falta de entrega del título o de la entrega sin intención de hacerlo negociable, contra quien no sea tenedor de buena fe; 12. Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya hecho parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exento de culpa, y 13. Las demás personales que pudiere oponer el demandado contra el actor”.

De la misma manera, en materia de títulos valores, las excepciones permitidas por la ley comercial son “SÓLO” las que tienen alcance respecto de los títulos ejecutivos involucrados en el proceso ejecutivo. (ver la expresión “SÓLO” en el encabezamiento del transcrito art. 784 del Código del Comercio.

Así las cosas, no se observa como en un proceso ejecutivo pueda alegarse como excepción de fondo EL ABUSO DEL DERECHO en cualquier modalidad y en la de LITIGAR como en el caso de la ejecución aquí invocada y fallada como COSA JUZGADA. Pues como se advirtió anteriormente, EL ABUSO DEL DERECHO en cualquiera de sus modalidades corresponde a una ACCIÓN que sólo puede ser acarreada por una DEMANDA, bien sea inicial o como DEMANDA DE RECONVENCIÓN, en las eventualidades declarativas que ellas permitan. Además, ha quedado claro por la jurisprudencia de las diversas Cortes Nacionales, que el objeto de esta acción: “Es la

conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental". Lo que se sanciona es el ABUSO de la parte aquí demandada, no por la celebración o creación de títulos valores (esto es accidental), sino cuando: "... se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima". SU-631/17.

3. LOS ALCANCES DE EFECTOS DE COSA JUZGADA PARA UN PROCESO EJECUTIVO.

Honorable Tribunal. No es desconocido que la figura de la COSA JUZGADA proveniente de un proceso ejecutivo tiene respaldo legislativo. Se trata del artículo 443. Numeral 5. del C.G.P. que dispone: "5. La sentencia que resuelve las excepciones hace tránsito a cosa juzgada, excepto en el caso del numeral 3 del artículo 304...". Y son también conocidas las posturas jurisprudenciales en torno a los alcances que a dicha figura de la COSA JUZGADA se le ha dado frente las diversas modalidades o eventualidades del que permite el procedimiento ejecutivo. Veamos.

a. Postulación de excepciones de fondo.

La postulación de excepciones de fondo, tienen la virtud de tornar el proceso ejecutivo (compulsivo) en un proceso declarativo. Ello en razón a que el título ejecutivo que es base de una ejecución y que contiene la obligación incumplida, queda sometido al debate y controversia que le plantea el ejecutado, en este caso, el deudor. Pero como se observó, tal controversia no es indeterminada ni ilimitada. Sólo pueden postularse como excepciones de fondo todas las causas que AFECTEN EL TÍTULO BASE DE LA EJECUCIÓN, ya provengan aun del negocio causal, o de la categoría de título (como los títulos valores). Y con esto queda REDEFINIDO EL OBJETO DEL PROCESO EJECUTIVO, que ahora lo es LAS RECLAMACIONES DEL DEUDOR frente al TÍTULO EJECUTIVO.

Sin embargo, surgen preguntas en el ámbito del proceso ejecutivo: ¿El Juez sólo puede pronunciarse sobre lo alegado como excepción de fondo? ¿o es posible que el Juez aborde oficiosamente otros medios exceptivos no alegados? ¿lo no alegado, y que no tiene pronunciamiento en la sentencia "de excepciones" queda cobijado por los efectos de cosa juzgada? Al respecto la jurisprudencia ha sido contundente en afirmar que todo lo que corresponda a los aspectos exceptivos (contra el título ejecutivo) debe ser alegado, y que el silencio del deudor frente a otras modalidades de excepción no puede ser utilizado por este, para dejar abierta la jurisdicción para luego reclamarla por el rodeo de otro proceso declarativo, pues allí, este nuevo proceso estará afectado en la admisibilidad de su pretensión por los efectos de COSA JUZGADA. Esto se desprende, en

mi criterio acertado, porque los títulos ejecutivos (especialmente los títulos valores) están amparados por el principio de literalidad, y la presunción de autenticidad. Y si estos aspectos no son repudiados oportunamente, a través de las excepciones de fondo, pues tales títulos alcanzan firmeza, produciéndose un allanamiento a los mismos, en cuanto a su literalidad y autenticidad. Y de otro lado, si el Juez encuentra hechos exceptivos probados aun cuando no sean postulados lo debe declarar oficiosamente, pues no se debe olvidar que se está frente a un juzgamiento; que el Juez dispone de todas las potestades que le son propias, y que los procesos ejecutivos, también son una forma de entregar justicia.

b. La no postulación de excepciones de fondo en el proceso ejecutivo.

El mismo tratamiento puede predicarse en el evento de ausencia total de postulación de excepciones de fondo. Pues en tal caso, no hay nada que discutir sobre el título ejecutado, y alcanza firmeza material el mandamiento de pago y de ahí la orden perentoria de seguir adelante con la ejecución. Sin embargo, pareciere que la figura utilizada para ratificar dicha firmeza: LA COSA JUZGADA, tal vez no es la más adecuada, por la condición que subyace en esta figura como lo es la existencia de UNA SENTENCIA tanto desde el punto de vista formal y material. Pero alcanzando FIRMEZA O CONDICIÓN DE COSA JUZGADA, lo cierto es que el título ejecutivo se torna indiscutible, aún por el rodeo de otro proceso.

Se suele citar la sentencia SC 3840-2020, radicado N° 2015-00585-01, M.P Dr. Luis Antonio Rico Puerta, en la que sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse frente al planteamiento en donde una sociedad actora, por vía del proceso ordinario, pretendía que se declarara que la obligación contenida en el título valor base de recaudo se encontraba extinta por NOVACIÓN, sin que hubiese esgrimido tal argumento – pudiéndolo hacer-, en el trámite del proceso ejecutivo, con lo que implícitamente buscaba subsanar ahora dicha omisión, basando su argumentación en la presunta temeridad o mala fe de la entidad bancaria, lo que condujo a que los jueces de instancia declararan probada la excepción de cosa juzgada. Pero es de anotarse que el mismo fallo se indica que lo que se está planteando como materia del proceso DECLARATIVO es precisamente lo que la ley consagra como modo de extinción de las obligaciones (art. 1625 No. 2 del Código Civil) QUE AFECTA DIRECTAMENTE AL TÍTULO EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN QUE SE MUTÓ POR OTRA DEJADO EXTINTA LA ANTERIOR NOVADA. Aquí en este caso tiene razón la jurisprudencia, pues esa materia la NOVACIÓN es discutible en el proceso ejecutivo. Y si no se postula como excepción alcanza firmeza el título que se cobra. Es decir, esto ratifica que el thema decidendum en el ejecutivo es todo aquello que tiene que ver con el título. Pero no aquello que se aleja del mismo como si la sociedad

demandante había sido constituida y matriculada debidamente, pues esto atañe es a la capacidad tener personalidad y para ejercer actos de comercio de cualquier índole. Porque este tema sólo puede ser juzgado a través de un proceso declarativo, y además la ley no lo consagra como modo de extinción de las obligaciones.

c. Lo que no es alcance de firmeza o “cosa juzgada” en un proceso ejecutivo.

Como lo advertimos anteriormente, la postulación de excepciones dentro de los procesos ejecutivos tiene unos límites. Y tal limitante está determinada por la propia CONGRUENCIA que le corresponde. Lo cobrado y lo ejecutado es el título ejecutivo. Y todo lo que tenga que ver con el título ejecutivo como figura material amparada por la ley (tanto en su creación – circulación – y solución) es del resorte y alcance de firmeza o COSA JUZGADA. Pero de NINGUNA MANERA, lo es todo lo que está al margen de título ejecutivo y especialmente lo que vulnera el mismo ordenamiento jurídico, que es el que le da legitimidad y validez a tales títulos ejecutivos. Por ejemplo: LAS FALSEDADES, LA MALA FE, EL FRAUDE A LA LEY, EL FRAUDE PROCESAL, EL ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR, EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, EL DELITO, ETC. Recordemos la jurisprudencia:

“... No se trata, como se infiere de los anteriores preceptos, y de lo que en precedencia se dejó delineado, de restringir el legítimo ejercicio de los derechos, sino lo que es bien distinto, de comprometer la responsabilidad de las personas que, al pretender hacer efectivas las prerrogativas con que cuentan, superan de una u otra forma, el marco legal de las mismas. ... Por consiguiente hay que destacarlo, no es el uso o ejercicio de los derechos el percutor de la mencionada responsabilidad sino el ‘abuso’ de los mismos al que da lugar al surgimiento del referido deber de reparación...” (Sentencia Corte Suprema de Justicia 1 de noviembre de 2013), (lo subrayas fuera de texto).

Es decir, las conductas con fraude a la ley ejecutadas con anterioridad o concomitantes a la creación de títulos ejecutivos, no hacen parte ni materia del proceso ejecutivo. Ellas requieren de un pronunciamiento judicial distinto, pues lo que aquí se juzga es LA CONDUCTA DE EXTRALIMITACIÓN QUE CONFIGURA UN ABUSO, y nuevamente dice la jurisprudencia. “... En este orden de ideas, el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural de derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros ...” T .511/93.

En conclusión, la jurisdicción no puede ser bloqueada, ni paralizada a efectos impedirle el estudio y sanción frente a conductas de este tipo, sobre la construcción de una “COSA JUZGADA” por el silencio de las partes en un proceso ejecutivo, y especialmente en lo que no pertenece a su materia decisoria. Además, si se subsumen en los efectos de COSA JUZGADA de un proceso ejecutivo, todo y absolutamente todo lo que aún está por fuera del título ejecutivo: LAS ACCIONES DE ABUSO DEL DERECHO, EL FRAUDE A DERECHO, EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, ESTÁN PASAN A SER LETRA

MUERTA, Y TAL COSA JUZGADA queda convertida en el caparazón que sanea, por ocultamiento, todo tipo de conducta de extralimitación. Desde luego, aquí en el proceso declarativo por abuso del derecho es en donde habrá de demostrarse todo el fraude, todo el abuso y todas las consecuencias, que de estas conductas se deriven. Y respecto a la pregunta formulada al inicio de este título IV de sustentación ¿EL ABUSO DEL DERECHO PUEDE SER JUZGADO EN UN PROCESO EJECUTIVO? La respuesta ya se deduce. NO. Porque no es materia de debate en un ejecutivo; porque tiene una finalidad distinta a la del ejecutivo; y porque para su sanción requiere de un proceso con procedimiento distinto como lo es un DECLARATIVO.

V. EL ABUSO DEL DERECHO DEMANDADO.

Planteada la sustentación jurídica para el tratamiento que a las figuras de derecho aquí involucradas debe darse. Corresponde ahora mostrar que fue lo demandado y que corresponde al thema decidendum de este proceso. Que no es otra cosa que la RESPONSABILIDAD EN QUE INCURRIÓ LA SOCIEDAD SOLEYS & CIA S.C.A., en el manejo ABUSIVO de las operaciones de crédito otorgadas a ÁLVARO QUINTERO TORRES, contrariando el sistema jurídico, para de ahí derivar beneficios fraudulentos, los que materializa posteriormente en el ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR a través de un proceso ejecutivo. La sanción que se pide está basada en la conducta extralimitante que se dio a tales operaciones, aun antes de iniciarse el proceso ejecutivo, (con radicación en el año 2016), como lo demostraré:

1. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que la sociedad demandada USURPÓ a través de actividades mercantiles una personalidad jurídica que no le correspondía y desde ahí se arrogó operaciones de crédito, para el mes de octubre de 2013, el señor ALVARO QUINTERO TORRES aquí demandante había contraído con otra persona JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA A TÍTULO PERSONAL. De la siguiente manera:

1.1. CRÉDITO CON ADULTERACIÓN DEL TÍTULO VALOR.

Operación de crédito.	FOLIO.	FECHA DE CREACIÓN	FECHA DE CUMPLIMIENTO
\$104.000.000.00	5. C.1.	Octubre 15/2013	Nov. 1/2013
Este crédito por \$104.000.000.00 al ser documentado a través de la letra de cambio correspondiente, fue adulterada en el beneficiario original. Pues aparece como tal la sociedad de nombre SOLEYS & CIA S.C.A. Esta sociedad fue constituida mediante acta de fecha 12 de mayo de 2014 y su matrícula mercantil No. 02455076 el día 19 de mayo de 2014. Es decir, para la fecha de su creación y de su cumplimiento, no era persona jurídica, al tenor del artículo 98 del Código de Comercio. Esto quedó plenamente probado con la contestación de la demanda dentro de este proceso declarativo, cuando se afirma en respuesta al hecho noveno de demanda, punto segundo: "Es cierto que no se había matriculado Soleys como S.C.A.". y al contestar el hecho decimo se dice: "...Soleys existía como limitada desde el año 1992; y como SAS con posterioridad, y teniendo en cuenta que la fecha de la exigibilidad de las letras era posterior proyectó su transformación y/o nueva creación y por ello fueron giradas n favor de la SCA". Es decir, SOLEYS & CIA S.C.A.			

no existía al momento en que se dice realizó las operaciones de crédito. (ver folio 146 C.1); Y de otro lado, para estas fechas la menciona SOLEYS LIMITADA estaba disuelta. (ver folios 129 y ss. C.1).

1.2. CRÉDITO CON ADULTERACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES.

Operación de crédito.	FOLIO.	FECHA DE CREACIÓN	FECHA DE CUMPLIMIENTO
\$14.000.000.00	2. C.1.	Octubre 1/2013	Oct. 31 de 2013.
\$14.000.000.00	4. C.1.	Octubre 8/2013	Nov. 14/2013
\$10.000.000.00	6. C.1.	Octubre 18/2013	Nov. 25/2013

a) Los dos créditos de \$14.000.000.00 fueron desembolsados a ALVARO QUINTERO TORRES por el acreedor JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA. Los títulos fueron llenados teniendo como acreedor beneficiario y originario "AL PORTADOR". Pero los títulos fueron adulterados en sus guarismos numéricos, así: los dos con adición fraudulento y delictuoso del número 2 antepuesto, lo que convierte estos dos créditos en \$214.000.000.00, es decir, fue incrementada su cuantía en CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000.00). Esto quedó plenamente probado con el dictamen pericial presentado por el perito RICHARD POVEDA DAZA (ver folios 5 y ss. C.1). el cual fue plenamente sustentado tanto el documento presentado como en la diligencia audiencia de fechas 6 y 7 de abril de 2021.

b) El crédito de \$10.000.000.00 que fue desembolsados a ALVARO QUINTERO TORRES por el acreedor originario JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA, su título (letra de cambio) fue adulterada dolosa y delictivamente en dos ocasiones: La primera en que se llenó teniendo como acreedor beneficiario y originario la sociedad de nombre SOLEYS & CIA S.C.A. Esta sociedad fue constituida mediante acta de fecha 12 de mayo de 2014 y su matrícula mercantil No. 02455076 el día 19 de mayo de 2014. Es decir, para la fecha de su creación y de su cumplimiento, no era persona jurídica, a tenor del artículo 98 del Código de Comercio. Ver folios 162 al 183. La segunda adulteración correspondió a sus guarismos numéricos, así: se antepuso y adicionó la cuantía con el número uno (1) y el número uno (1) se retocó para volverlo un nueve (9) quedando, después de la adulteración con una cuantía de \$190.000.000.00, es decir, fue incrementada su cuantía en CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$180.000.000.00). Esto quedó plenamente probado con el dictamen pericial presentado por el perito RICHARD POVEDA DAZA (ver folios 5 y ss. C.1), el cual fue plenamente sustentado tanto en el dictamen presentado, como en la audiencia de fechas 6 y 7 de abril de 2021.

Estas conductas abusivas, ilegales y fraudulentas fueron ejecutadas por JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA antes del nacimiento legal de la sociedad SOLEYS Y CIA S.C.A.

1.3. CRÉDITOS SIN ADULTERACIÓN DE TÍTULOS.

Operación de crédito.	FOLIO.	FECHA DE CREACIÓN	FECHA DE CUMPLIMIENTO
\$150.000.000.00	3. C.1.	Octubre 8/2013	No. 7/2013
\$ 75.000.000.00	7. C.1.	Octubre 25/2013	Nov. 28/2013

\$225.000.000.00 SUMA TOTAL DE LOS CRÉDITOS.

Los créditos fueron documentados a través de letras de cambio. Teniendo como beneficiario "EL PORTADOR". Y que originariamente correspondió a JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA como persona natural, pues fue este quien desembolso y entregó sus valores a ALVARO QUINTERO TORRES.

2. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que el patrimonio del deudor ÁLVARO QUINTERO TORRES resultó gravemente afectado, pues un crédito de \$367.000.000.00, pasó a tener una cuantía de \$927.000.000.00. Y además con un

aumento de intereses de plazo y de mora. Generando un enriquecimiento injusto de los acreedores con grave detrimento del deudor. Esta conducta abusiva es ejecutada por JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA antes del nacimiento legal de la sociedad SOLEYS Y CIA S.C.A.

3. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que ÁLVARO QUINTERO TORRES tuvo sus negocios de crédito con JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA quien fungió como acreedor. Y no podía hacer tales negocios con la supuesta sociedad que en algunas letras de cambio funge como ACREEDORA, LA SOCIEDAD SOLEYS Y CIA S.C.A. Asimismo, las letras de cambio en que aparece LA SOCIEDAD SOLEYS Y CIA S.C.A., como acreedora originaria, no pudieron ser presentadas para su cobro a fin de ejercer sus acciones cambiarias, pues si no existía no tenía representante legal, que la representara para tales gestiones, pues sus fechas de cumplimiento también son anteriores al nacimiento de dicha sociedad. Y cuya conducta abusiva es ejecutada por JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA, usando ilegalmente una razón social inexistente, es decir, antes del nacimiento legal de la sociedad SOLEYS Y CIA S.C.A.

4. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA manipuló dolosamente los títulos valores en sus montos numéricos, y aparentó ser el representante legal de una sociedad inexistente. Lo que tampoco le permitía disponer, a esta supuesta sociedad, de un capital como para que pudiera aparecer como titular de créditos a su nombre. Esta conducta abusiva es ejecutada por JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA antes del nacimiento legal de la sociedad SOLEYS Y CIA S.C.A. Y como se confesó en la contestación de la demanda (ver folios 146 C.1) al dar respuesta al hecho número 10: “... Soleys existía como limitada desde el año 1992; y como S.A.S con posterioridad y teniendo en cuenta que la fecha de exigibilidad de las letras era posterior, el acreedor proyectó su transformación y/o nueva creación y por ello fueron giradas en favor de la SCA.” Subrayas fuera de texto. Es decir, que según JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA, representante legal de SOLEYS Y CIA S.C.A., las personas jurídicas en Colombia pueden operar cuando están en “proyecto” de creación, en la mente de quien sería su posterior representante legal. __

5. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que se utilizó abusivamente el nombre de una supuesta sociedad de manera fraudulenta, para justificar operaciones de crédito, que luego van a tener repercusiones tributarias y contables en el manejo de dichos créditos, especialmente para el deudor ALVARO QUINTERO TORRES.

6. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Las conductas manipuladoras de JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA. Esta vez en grado de confesión. Veamos: el hecho nuevo (9) la demanda principal fue contestado A NOMBRE DE SOLEYS CIA S.C.A. (ver folio 146. C.1), y en su aparte segundo se dice: “Es cierto que no se había matriculado soleys

como S.C.A, como se demostrará, anteriormente si existía como limitada”. Esto es, Ahora se pretende ligar a soleys S.C.A. antes de su existencia con otro tipo de sociedad que denominan “SOLEYS LIMITADA” y aportan el certificado de Cámara de Comercio de esta (ver folios 129 y ss. C.1). El que indica claramente que tal sociedad estaba disuelta y de la cual JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA, tampoco era el representante legal para la época de los negocios de crédito aquí presentados. Y de paso se contraría el artículo 222 de Código de Comercio.

7. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. *Que una vez constituida LA SOCIEDAD SOLEYS Y CIA S.C.A., nace a la vida Jurídica cuando se le otorga su matrícula mercantil No. 02455076 De la Cámara de Comercio de Bogotá, el día 19 de mayo de 2014, se inician las manipulaciones de esta razón social, ahora sí por su representante legal JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA. Pues, esta no dispone de un capital suficiente en las cantidades señaladas anteriormente, como para darle ingreso contable a tales cuantías. Pues inicia su actividad comercial con capital de \$1.000.000.00 de pesos como capital autorizado, suscrito y pagado. Ver el acta de constitución de la sociedad que obra a folios 162 y s.s. y que fue reconocida por su representante legal en la diligencia de interrogatorio de parte: “CLAUSULA 6. CAPITAL SOCIAL”.*

8. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. *Que el representante legal de la sociedad SOLEYS Y CIA S.C.A., radica en CABEZA DE ESTA, ABUSIVAMENTE unas obligaciones de crédito generadas con anterioridad al nacimiento de dicha sociedad, pretendiendo habilitarle una personalidad jurídica totalmente contraria a la ley, pues el artículo 96 del Código del Comercio sólo la otorga a partir de su constitución y sólo desde ahí puede ser titular de derechos u obligaciones.*

9. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. *Que las conductas abusivas ahora de la sociedad SOLEYS Y CIA S.C.A., entran en grado de temeridad, pues se pretende hacerle creer al juez de este caso, que la existencia de una persona jurídica, para la época de las operaciones de crédito, puede ser suplida con el Certificado de la Cámara de Comercio de otra sociedad anterior y ya disuelta en clara vulneración del artículo 117 del mismo Código de Comercio.*

10. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. *La conducta abusiva de JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA como representante legal de LA SOCIEDAD SOLEYS & CIA S.C.A, haciéndole fraude a la ley, radicando en cabeza de la sociedad actividades mercantiles vulnerando lo dispuesto en el artículo 116 del Código de Comercio, que perentoria prohíbe que “Las sociedades no podrán iniciar actividades en desarrollo de la empresa social sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución...”. Ver las copias de las letras de cambio en donde la SOCIEDAD SOLEYS & CIA S.C.A se*

reputa acreedora del aquí demandante ALVARO QUINTERO TORRES (Con fechas anteriores a su creación como persona jurídica).

11. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Está probado que entre los actos de comercio que se dice ejecutados por la SOCIEDAD SOLEYS Y CIA S.C.A, por cuenta de los negocios de mutuo y representados en títulos valores (ver fechas de las letras de cambio) está la presentación de dichos títulos para su pago, con el fin de ejercer las acciones cambiarias correspondientes, por el señor JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA quien actuaba sin tener la representación legal de dicha sociedad y sin que la misma aun exista válidamente. Pero aun así las asumió como propias.

12. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que algunas de las letras de cambio recibidas por JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA, a nombre de LA SOCIEDAD SOLEYS Y CIA S.C.A, por cuenta de los negocios de mutuo y representados en títulos valores (ver fechas de las letras de cambio) aparecieron adulteradas por agregación (anteponiendo guarismos numéricos a sus cantidades para aumentar sus valores) Y que fueron asumidas en estas condiciones por dicha sociedad sin protesta de dicha sociedad. Hechos de falsedad que aparecen probados con el dictamen pericial aportado con la demanda, y realizado por el perito RICHARD POVEDA DAZA y que fuera tenido como prueba en este proceso y controvertido por las partes.

13. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que la sociedad SOLEYS Y CIA S.C.A, radicó en su cabeza las operaciones de crédito respaldadas con letras de cambio “al portador”, como beneficiaria originaria si para las fechas de su creación y presentación para pago no existía como persona jurídica, y tampoco medio endoso o cesión posterior, que le legitimara tales operaciones. Simplemente las asumió como si fuera beneficiaria originaria, pretendiendo legalizar unas actividades mercantiles anteriores a su creación.

14. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que todas estas actividades fraudulentamente asumidas y radicadas en su cabeza de la sociedad SOLEYS & CIA S.C.A., a que hace referencia este proceso por ABUSO DEL DERECHO, no pudieron ser justificadas ante el juez de esta causa; pues en el numeral 2.1.3. del auto de fecha 17 de febrero de 2020, decretó la prueba de exhibición de documentos de los libros de contabilidad con referencia a los asientos contables que tenga que ver con los créditos materia del proceso. Al proceso se adosó comunicación de fecha 29/03/2021, proveniente de la Cámara de Comercio de Bogotá que en su parte pertinente para este aspecto, párrafo tercero se dice: “Indicado lo anterior se remite en archivo adjunto un certificado negativo de la Inscripción de libros de la sociedad Soleys..., en el cual se evidencia que la sociedad, a la fecha, no ha realizado inscripción de libros de actas, ni

socios/accionistas a la fecha". Por lo tanto, en la audiencia de prueba y juzgamiento no se presentaron tales asientos contables que dieran cuenta de las negociaciones de crédito aquí señaladas. Es decir, es tal la irregularidad de dicha sociedad, que unas operaciones de crédito en semejantes cuantías no tengan un soporte mínimo contable. Lo que implica que todo lo allí pedido en la prueba debe ser apreciado en su contra, como inexistencia de las operaciones de crédito a su favor.

15. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Que este panorama de fraude y manipulación por parte de JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA y siendo luego el representante legal de LA SOCIEDAD SOLEYS & CIA S.C.A, a nombre de esta se hace USO de la negociación de crédito presentando la demanda ejecutiva que cursó en el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, cuya copia se aportó con la demanda a este proceso. Y aquí entramos al ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR. Pues tal acción ejecutiva aquí la sociedad demandada la justifica, en la contestación de la demanda haciendo abstracción de todas sus actuaciones dolosas y abusivas, generadas con anterioridad y durante la creación de las operaciones de crédito. (ver folios 145 y s.s. C.1).

16. Toda esta actuación fraudulenta no puede quedar impune. El señor JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA personalmente y luego a nombre de la SOCIEDAD SOLEYS & CIA S.C.A, como uno más de sus abusos, ABUSÓ DEL DERECHO A LITIGAR en la causa ejecutiva. Y esta conducta ilegal (con fraude y falsedad) es la que aquí se le reclama su sanción, independiente del daño que haya causado y los alcances a los que la misma haya llegado. Y la que impone una sentencia CONDENATORIA como la solicitada en este proceso de ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR.

17. SE ALEGÓ Y SE PROBÓ EN ESTE PROCESO DECLARATIVO. Aun así, si el daño es marginal, ello no implica que no pueda ser reclamado y cuantificado, como se hizo en la demanda a través de la figura del JURAMENTO ESTIMATORIO. Cuantía que no fue rebatida por la parte contraria, y que hace plena prueba de los perjuicios a sancionar.

18. Los perjuicios aumentarán dramáticamente si no se detiene dicho proceso ejecutivo, el que está en fase de ejecución (remate de la vivienda del aquí demandante ALVARO QUINTERO TORRES), que supera los DOS MIL MILLONES DE PESOS.

19. El proceso penal instaurado contra JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA por las actividades fraudulentas ejercidas antes de la constitución legal de la SOCIEDAD SOLEYS & CIA S.C.A, está aún en trámite. Lo mismo que el proceso ejecutivo instaurado por LA SOCIEDAD SOLEYS & CIA S.C.A, contra ALBERTO LEYVA ESPINOSA (hermano de sangre de JAIME LISANDRO LEYVA ESPINOSA), en donde allí se debaten falsedades de la misma orientación ejercida contra ALVARO QUINTERO TORRES.

**VI. LA REVOCATORIA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.
¿LO ANTERIORMENTE ALEGADO Y PROBADO QUEDÓ JUZGADO
EN EL PROCESO EJECUTIVO INSTAURADO POSTERIORMENTE?**

La sentencia de primera Instancia, dictada por el Juez 17 Civil del Circuito de Bogotá, debe ser revocada teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- 1. La sentencia de primera instancia, no se ubicó frente a las pretensiones invocadas en este asunto, ni al tipo de proceso que se adelantaba: Declarativo por abuso del derecho a litigar. Pues la figura de cosa juzgada debe responder a la siguiente pregunta: ¿LO AQUÍ RECLAMADO YA FUE JUZGADO? Es decir, el punto de partida lo constituyen las pretensiones reclamadas en este proceso. Las que persiguen una sanción para la conducta abusiva y desplegada por la sociedad demandada SOLEYS & CIA. S.C.A.,*
- 2. Las referencias al proceso ejecutivo que se indicaron en las pretensiones, corresponden al evento en donde se materializó el abuso del derecho litigado e iniciado con anterioridad a la misma creación de las operaciones de crédito.*
- 3. El Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, en la sentencia aquí impugnada, se ubicó en el proceso ejecutivo. Para decantar su contenido y sus alcances. Sus providencias y actuaciones de las partes. Las que no son de debate en este proceso. El efecto de la figura jurídica de cosa juzgada no surge per se. Este es de conocimiento del proceso declarativo ulterior, mediante cotejo de lo aquí reclamado con lo decidido en el ejecutivo.*
- 4. La sentencia se detiene a hacer evaluación del proceso ejecutivo en cuanto a su actuación procesal. Pero lo que se coteja son las materias decidendum tanto en el proceso anterior (en este caso ejecutivo) frente a la del proceso ulterior (en este caso declarativo). Y de ahí se concluirá si la materia del proceso ulterior (en este caso abuso del derecho) fue juzgado o está contenida dentro del juzgamiento anterior. Y claramente se observa que No. Pues en el ejecutivo se está frente títulos ejecutivos y que, en el caso de títulos valores, están regidos por su literalidad, juzgándose allí (como excepciones) las obligaciones surgidas aún de un negocio causal; mientras que en el ABUSO DEL DERECHO se juzga como (acción) la conducta extralimitada, en este caso de una sociedad comercial que vulnerando la ley que rige su constitución y nacimiento legalmente válido asumió conductas ilegales, fraudulentas ya abusivas, que requieren que la judicatura intervenga para su SANCIÓN. Y de paso con esta responsabilidad*

repare los daños causales considerados para la causa marginales como lo indicó la jurisprudencia.

5. La sentencia aquí dictada, para poder declarar COSA JUZGADA debe mostrar y demostrar que la FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR ya fue decidida en la sentencia ejecutiva, o que se deriva de un acto procesal distinto producido en el ejecutivo. Cosa que no lo hizo.

6. La contestación de la demanda a la demanda instaurada en este proceso, invocó como excepción: "6. LA COSA JUZGADA". Pero no indicó en donde fue decidida la causa de ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR por parte del juez de proceso ejecutivo. Tampoco, se indica que providencia se le asigna la condición COSA JUZGADA; y afirma: "... nos encontramos frente a unas pretensiones que pretenden revivir un debate ya agotado dentro del proceso mencionado y allegado a la demanda..."; pero al revisar las pretensiones de la demanda, en ninguna parte se pide que se reabra el proceso ejecutivo, pues esto nos sería del resorte de la alegación de abuso de derecho a litigar. Y en su conclusión dice: "... el deber de verificación que entraña la cosa juzgada exige hallar en la sentencia pasada cuestiones que ciertamente constituyen materia del fallo, ya que en ellas se encuentra su fuerza vinculante, pues se trata de una cuestión totalmente decidida dentro del proceso ejecutivo" (ver folios 153 y s. C.1).

7. Como se observa la excepción denominada COSA JUZGADA fue pedida sin ninguna fundamentación fáctica que la soporte; pero aún más la SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, tampoco hace referencia a la condición fáctica que se tiene en cuenta para declarar la COSA JUZGADA, pues ésta no puede construir sólo desde un discurso jurídico, sino a que efectivamente en este caso, el ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR quedó subsumido en las actuaciones, puntualmente indicadas, del proceso ejecutivo que aquí se trajo por la demandada, para su cotejo.

8. Las conductas ABUSIVAS Y FRAUDULENTAS indicadas como base de la ACCIÓN DE ABUSO DEL DERECHO no son materia de EXCEPCIÓN respecto de los títulos ejecutivos como tales. Por ejemplo: la existencia de la sociedad SOLEYS CIA S.C.A., a la hora de la celebración de las operaciones de crédito aquí indicadas ¿es de debate en el proceso ejecutivo en donde se cobran los títulos valores que a final documentaron obligaciones dinerarias? ¿Qué la sociedad SOLEYS & CIA S.C.A no fuera titular de personalidad jurídica para ejercer actos de comercio antes de su creación y matrícula mercantil? ¿Qué la sociedad SOLEYS & CIA S.C.A pudiera tener existencia "retroactiva" para ligarla a una sociedad anterior disuelta y con otra razón social? ¿Qué la sociedad SOLEYS & CIA S.C.A., incumpliera sus obligaciones mercantiles, como las de llevar libros de contabilidad? ¿cómo que la sociedad SOLEYS & CIA S.C.A. no pudiera demostrar su capacidad económica suficiente para realizar operaciones de crédito en las cuantías arriba mencionadas?

9. Si los anteriores cuestionamientos que generan aún abuso del derecho que sólo puede ser sancionado por una sentencia declarativa, no se entiende como el señor Juez 17 Civil del Circuito de Bogotá, llegó a la conclusión que quedaron plenamente juzgados en un proceso ejecutivo, por su no postulación como excepciones. Pues como se observa: las conductas abusivas anteriores, no son base de excepción contra los títulos ejecutivos. Ellos constituyen base de una ACCIÓN DECLARATIVA INDEPENDIENTE que fue la que se invocó en este proceso.

10. Estas son las razones por la cuales solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en sede de esta apelación proceder A REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA y dictada en este asunto por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, por no existir fundamento fáctico ni jurídico que haga palpable la consolidación de la COSA JUZGADA, para este caso, EL ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR, derivado de la actuación procesal surtida en el proceso ejecutivo adelantado por el juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, el cual no ha terminado aún por pago de la obligación, y que se encuentra a hoy, en el Juzgado 5 Civil del Circuito de Ejecuciones de Bogotá.

VII. PETICIÓN.

Revocada la sentencia como se solicitó, ruego al Honorable Tribunal proceder a dictar la sentencia que juzgue las PRETENSIONES DE ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR formuladas en la demanda inicial contra LA SOCIEDAD SOLEYS Y CIA S.C.A. Las que deben ser resueltas favorablemente al demandante, teniendo en cuenta la situación jurídica y fáctica debidamente alegada y probada como sustento de esta ACCIÓN DE ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR.

Honorable Tribunal, dejo en sus manos esta sustentación de recurso de apelación para los efectos legales.

Respetuosamente:



HÉCTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS.

T.P. 27.2498 DEL C.S.J.

C.C. 19.277.330 DE BOGOTÁ.

CORREO ELECTRÓNICO: hequirogac@unal.edu.co.

Copia para la apoderada de la parte demandada:

Correo: rosa.parra@consyrep.com

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÀ D.C.
HONORABLES MAGISTRADOS SALA CIVIL
DRA MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

**REFERENCIA VERBAL DE PERTENENCIA DE VIRGILIO ENRIQUE
SANDOVAL VIVAS CONTRA MARISOL PINILLA GOMEZ E
INDETERMINADOS RADICADO 11001310302520170041901**

ASUNTO SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN

Me permito aportar la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, lo cual hago en los siguientes términos:

PRIMERO: Uno de los argumentos del juez de primera instancia es que el demandante no acreditó la interversion del crédito en los términos que la ley y la jurisprudencia han desarrollado, argumento que surge de la indebida valoración probatoria que hizo el operador de instancia en lo que tiene que ver con los actos de señor y dueño y el reconocimiento que implícitamente hizo la demandada de la calidad de poseedor que reposa en mi procurado.

Sin embargo es prudente resaltar que esa figura, la de la interversión del título es aplicable a los casos en los cuales quien pretende usucapir debe acreditar la transformación de su calidad derivada de un título de tenencia en la calidad de poseedor a través de actos inequívocos y frontales de oposición frente al propietario.

Para el caso que nos ocupa, es prudente resaltar que la posesión que el sr. Sandoval Vivas detenta no ha sido derivada de ningún título de tenencia, no le precede un acuerdo o pacto de indivisión con la demandada, no es administrador, arrendatario, depositario u otro parecido. No existe en el plenario ninguna prueba que evidencie que el actor inició su relación con la cuota parte a usucapir con fundamento en algún título de tenencia lo cual no permite la inclusión de la figura de la interversion.

Por el contrario, y tal y como se advierte en los interrogatorios de parte que fueron vertidos por ambos extremos, Virgilio Enrique desde la salida del inmueble de la demandada en el año 2006, le ha negado a la sra Pinilla Gómez cualquier derecho o prerrogativa sobre los inmuebles que son objeto de pertenencia: no le permite el ingreso, lo cual de por sí ya es un acto de señorío innegable, pues de manera directa se enfrenta a su contraparte y le desconoce cualquier derecho real sobre; ha efectuado mejoras al inmueble, que no son hechos que deban ser analizados con ligereza como en mi parecer lo hizo el a quo, pues en tratándose de apartamentos sometidos al régimen de Propiedad

horizontal, las únicas mejoras y modificaciones que se pueden predicar de esa especie de bienes son las mejoras que internamente se pueden realizar en pro de mejorar las condiciones de habitabilidad de quienes lo morán.

Y si bien es cierto, dichas mejoras pueden ser efectuadas por un administrador, no es cierto que puedan ser hechos indistintamente por un arrendador o un tenedor, pues definitivamente estos últimos requieren autorización del propietario o poseedor. Virgilio Enrique no requirió nunca autorización de la demandada; pagó los impuestos y la deuda hipotecaria, conductas que no desarrolla bajo ninguna circunstancia sino el poseedor o el propietario, o con autorización de alguno de estos, y reitero, el demandante nunca requirió de la aquiescencia o el concurso de la parte demandada para cumplir con la obligación hipotecaria ni con las expensas comunes o las cargas fiscales.

En ese orden de ideas, no es aplicable la figura de la interversión del título al que hace referencia el juez de primera instancia al proferir su decisión. Por el contrario es palmario que el demandante acreditó desde la presentación de la demanda que pretendía la cuota parte de los inmuebles objeto de este proceso desde el hito temporal de la separación con su ex compañera en el año 2006 sin que previamente se hubiera ejercido tenencia.

SEGUNDO: El a quo calificó la actitud de Enrique Sandoval como la de un mero tenedor en razón a la reunión que sostuvo con la demandada y en la que, según argumentó en la sentencia, le había reconocido su calidad de propietaria reconociendo dominio ajeno. Sin embargo, para el suscrito no es aceptable el razonamiento efectuado por el operador judicial, pues reitero, está fundado en una indebida valoración de la prueba. Si bien es cierto mi cliente sostuvo una reunión con la demandada, dicha reunión no tenía como finalidad la de pagar por el derecho de propiedad de la parte demandada, su finalidad como lo reconoció el juzgador en una de sus frases, fue la de sanear la titularidad del inmueble y bajo esa perspectiva el actor intenta, a través de un acto concertado y conciliado, particular, llegar a un acuerdo para que le transfiriera los derechos que formalmente aún se encuentran en cabeza de la ex compañera del actor, lo cual en sí mismo no encarna un acto de reconocimiento de señorío y dominio. Por ejemplo, la finalidad del proceso de pertenencia es exactamente la misma que aquella perseguida con el acercamiento que otrora intentó mi representado: sanear la titularidad del bien a su favor. Y para ello se requiere demandar al propietario inscrito, pero no por dirigir la demanda contra el titular de derecho real de dominio estoy reconociéndolo como dueño, sino que es precisamente esa persona a quien hay que dirigir la acción por recaer en ella la legitimación en la causa.

Igual circunstancia aconteció con dicha reunión, mi cliente previo a iniciar la acción de pertenencia solicita de la demandada la transferencia de la titularidad a cambio de un reconocimiento económico que evite el litigio y sus avatares, pero eso no implica, ni que

el demandante le reconociera su calidad de dueña, ni que ella tuviera automáticamente poder de disposición y señoría sobre los bienes objeto de este proceso.

Esa reunión no tiene la virtualidad de eliminar los actos de posesión que durante más de 10 años efectuó sobre el inmueble. ¿Acaso el hecho de arrendar el inmueble sin consultar a la demandada no es un acto de posesión aún cuando no fuera permanente? El juzgador pretende aminorar el peso que tiene este acto de señor y dueño argumentando que no se puede tener en cuenta porque no fue ejecutado de manera continua, lo cual se torna en una exigencia desproporcionada que no encuentra asidero en la ley ni en la jurisprudencia como quiera que ni siquiera al titular del derecho real de dominio podría acreditar semejante carga.

Sin embargo, es evidente que testimonialmente dijo se llegó al convencimiento de que solo fue el actor quien ejerció actos de posesión del inmueble, pues dada la condición de hijos de los testigos, tanto del actor como de la demandada, queda en evidencia que solo el demandante tenía el pleno dominio sobre las decisiones que afectaron los bienes a usucapir en cuota parte durante este lapso de tiempo que no fue inferior a diez años.

Ningún tenedor realizaría el pago de la obligación hipotecaria del inmueble que no es de su propiedad y sin autorización de quien fuera su real propietario, solo quien en su psiquis entienda que lo que detenta es para sí y para nadie más, realizaría el pago de la obligación hipotecaria y además de las expensas comunes de administración y de los demás gastos que un inmueble requiere, tal y como lo efectuó el demandante.

TERCERO: Las pruebas recaudadas, el interrogatorio a Virgilio y a los hijos comunes que tiene con la demandada, dejan en evidencia que aquel si tenía verdadera conciencia de ser el titular del derecho pleno, pues de otra forma habría requerido en su conciencia o en alguno de los planos de su personalidad la autorización de *Marisol* pero la realidad que toda la familia Sandoval - Pinilla reconoció es que de ella no se requirió permiso, ni autorización, ni semejante para realizar ninguno de los actos que son, sin duda, de señor y dueño.

En el testimonio del señor Andres Felipe se hace referencia a un tema que fue reiterado en los interrogatorios y en otros testimonios, el cual debe ser analizado de manera más detallada, y es el hecho de que cuando se separaron los compañeros Sandoval -Pinilla, se repartieron los bienes, ella se quedó con una camioneta y los muebles y el se quedo con el apartamento y la deuda del mismo. Esa declaración que fue reseñada por los demás intervinientes de la audiencia apunta igualmente a la misma conclusión: que el demandante sí era poseedor de los inmuebles en su totalidad y que la demandada desde su salida del inmueble había renunciado a su cuota parte en favor de su comunero.

Ella misma, Marisol Pinilla, reconoce que desde que se fue del inmueble en 2006 y se le prohibió nuevamente la entrada pocos días después, no se le había tenido en cuenta para efectos de las remodelaciones *-que el Juez condescendentemente llamo menores-* ni para participar en los arriendos o en ninguna decisión que tuviera que ver con los arriendos; para efectos del pago de las obligaciones fiscales, de la propiedad horizontal, o del crédito hipotecario tampoco se le consultó o se le requirió su participación, lo cual riñe con esa interpretación que hace el Juzgador de primera instancia, pues en la medida en que dichos actos fueron inconsultos y contrapuestos a los deseos e intenciones de la demandada, son verdaderos actos de señorío.

Específicamente cuando se le cuestionó al testigo Andres Felipe sobre la injerencia de la demandada en la decisión de arrendar la habitación del inmueble apartamento, este fue categórico e indicó *“no señor, no que no sepa, sé que no intervino”* y así, encontramos a lo largo de las declaraciones recaudadas, pruebas contundentes de que el actor no actuó con conciencia de necesitar autorización, permiso ni concurso de la demandada es decir, sabía que el inmueble estaba inscrito a nombre de los dos excompañeros, pero no reconocía a la señora Marisol como alguien que tuviera algún poder de disposición o ejerciera actos de señorío o dominio sobre los inmuebles o parte de ellos. Este testigo también fue extenso en describir los arreglos, modificaciones y reparaciones que se efectuaron sobre el inmueble, y fue categórico en que la demandada no concursó ni con su consentimiento ni con aportes económicos para esos fines.

En los anteriores términos así como en lo propuesto al momento de interponer este recurso dejó a su consideración esta sustentación del recurso de alzada.

Cordialmente,

Diego Leonardo Gomez Olmos
Abogado sustituto parte actora

Honorables

MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

MP. DRA. MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

E. S. D.

REF: PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO DE YOLANDA FERNANDEZ DE MARTINEZ CONTRA JOSE HUGO MAFLA POLO RADICADO No. 11001310303120180007401.

HENRY ESTEBAN CASTIBLANCO BRICEÑO, abogado con Tarjeta Profesional No. 282.217 del C.S. de la J, obrando en mi condición conocida en autos, mediante el presente escrito me dirijo a usted, muy comedidamente, estando dentro del término legal, para manifestarle que sustento el **RECURSO DE APELACION** que se tramita, en los siguientes términos:

- a) La sentencia recurrida en apelación desconoció por completo el material probatorio recogido dentro del proceso.

Sustento este punto de censura y/o reparo, así:

a-1) La sentencia materia del recurso de apelación que se tramita despachó favorablemente las pretensiones impetradas en la demanda instaurada en contra de mi mandante desconociendo por completo el material probatorio recogido al interior del proceso que necesariamente determinan su improcedencia e improsperidad como consecuencia de los pagos realizados por la parte demandada y recibidos a satisfacción por la actora los cuales modificaron sustancialmente las condiciones fácticas y jurídicas de la obligación que se ejecuta y del proceso mismo aquí adelantado.

a-2) Los pagos antes anotados y su debida y real recepción por la acreedora, por ministerio de la ley, tienen unos efectos concretos y directos en el proceso que necesariamente impiden el reconocimiento de las pretensiones en los términos solicitados en la demanda por la actora y estos no pueden ser desconocidos bajo ninguna circunstancia ni bajo ningún argumento que se pueda utilizar como soporte para desconocer los mismos.

a-3) En efecto, por ministerio de la ley, un pago recibido por el acreedor cuando la obligación se encuentra mora purga la mora y, en este orden, cambia sustancialmente el carácter de la obligación que se ejecuta pero, inexplicablemente, la nueva realidad de la obligación derivada de los pagos realizados por el deudor fueron desconocidos en el fallo que aquí recurro.

- b) La sentencia recurrida desconoció 164 del Código General del Proceso.

Fundo este reparo concreto en los siguientes hechos:

b-1) El artículo 164 del Código General del Proceso taxativamente establece que toda decisión judicial debe fundarse en la prueba regular y oportunamente allegadas al proceso, principio rector este que se desconoció por completo en el presente asunto al haberse declarado la prosperidad de las pretensiones impetradas por el demandante en la demanda formulada sin ninguna base probatoria para ello.

b-2) Conforme a lo establecido en el artículo 13 del Código General del Proceso, el artículo 164 de la misma codificación es de obligatoria

observancia y cumplimiento por tratarse de una norma de orden público pero, a pesar de ello, este principio rector tampoco tuvo operancia alguna en este asunto.

- c) La sentencia recurrida esta edificada sobre unos argumentos ajenos a la realidad.
- d) En la sentencia recurrida se realiza una equivocada valoración probatoria.

Los reparos c) y d) aquí expuestos lo sustento en los siguientes hechos y razones:

1. Como consecuencia del desconocimiento de la prueba obrante dentro del proceso el despacho del conocimiento edificó esta pieza procesal sobre unos argumentos ajenos a la realidad procesal carentes de todo soporte acudiendo para ello a una equivocada valoración probatoria.
 2. Por ministerio de la ley, la valoración probatoria debe realizarse de una manera real y objetiva independientemente de cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el proceso y esta regla probatoria de oro tampoco mereció aplicación alguna en el caso que aquí nos ocupa.
- e) La sentencia recurrida desconoció el principio de consonancia que rige los procesos judiciales en Colombia.

Sustento este punto de reparo, así:

- f) En la sentencia recurrida se están desconociendo los pagos realizados sobre la obligación su aplicación en los términos de ley.

Fundo los reparos antes relacionados, así:

1. Por ministerio de la ley, la sentencia que se profiera dentro del proceso debe corresponder en su integridad a las pretensiones de la demanda y a las pruebas recogidas dentro del proceso lo cual no acontece en el presente asunto ya que la sentencia recurrida se encuentra proferida con total desconocimiento del principio rector aquí anotado.
 2. Igualmente, en la providencia recurrida también se están desconociendo los pagos realizados por mi mandante y los efectos fácticos y jurídicos de los mismos desconociéndose con ello la ley misma que taxativamente regula la materia.
- g) Con respecto al punto de censura correspondiente a la nulidad generada por el hecho de haberse agotado la competencia asignada por la ley al juez del conocimiento, conforme a lo establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso me permito señalar al despacho que, contrario a lo expuesto por el juzgado del conocimiento, en el presente asunto se cumplen y cumplieron a cabalidad la totalidad de los presupuestos y requisitos previstos en la ley para el efecto ya que en el sentir de la parte que represento el término allí previsto venció el día 17 de Noviembre de 2020 y esto no puede ser desconocido bajo circunstancia o argumento alguno y, en ese orden, lo legal y procedente es su declaratoria y reconocimiento en esta instancia

Del señor Juez,

Atentamente,



HENRY ESTEBAN CASTIBLANCO BRICEÑO
C.C. No. 1.020.776.768 de Bogotá
T.P. No. 282.217 del C.S. de la J.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. -SALA CIVIL-
MG. P. DRA CLARA INES MARQUEZ BULLA.

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.

S.

D.

REF. PROCESO DECLARATIVO DE FUNDACION HOGAR SAN
GABRIEL -EN LIQUIDACION- VS ACCION FIDUCIARIA Y
OTRA. Nº 2018-405.

LUIS HERNANDO VELASQUEZ BRAVO, conocido en autos, por medio del presente escrito y dentro del término legal otorgado por el despacho conforme al auto calendado el pasado 22 de junio de 2021 y que fuera notificado el pasado 23 de junio de 2021, procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 36 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. EL PASADO 18 DE MAYO DE 2021 SOLICITANDO DESDE YA SE REVOQUE EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA Y EN SU LUGAR SE PROCEDA A CONCEDER EL AMPARO DE LAS PRETENSIONES** conforme a los siguientes argumentos facticos y jurídicos así:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para iniciar la sustentación de este recurso de alzada en contra del fallo proferido el pasado 18 de mayo de 2021 por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, debemos observar que el mismo es contradictorio de las normas sustanciales como los artículos 1502, 1503, 1504, 1505, 1526, 1740, 1741, 1871 y 1874 del C.C. y demás concordantes que dictan que hay nulidad absoluta insaneable cuando falta el requisito de capacidad de quien ejecuta un contrato o acto jurídico, pues esta nulidad es taxativa conforme a los artículos 1740 y 1741 del c.c. situación ésta que el fallador de primera instancia desatiende y procede con su sentencia a convalidar el contrato jurídico realizado en la escritura pública 1895 de 14 de junio de 2016 con la que la demanda BLANCA ARIAS quien sin ser representante legal para el día 14 de Junio de 2016 suscribe dicha escritura pública transfiriendo la propiedad de la totalidad de los bienes al otro demandado ACCION FIDUCIARIA S.A., **falta de capacidad que fue confesada por esta misma ciudadana en el interrogatorio de parte practicado dentro de la audiencia de instrucción y juzgamiento** hora 1:27:30 hasta 1:27:56.

Y nótese que dicho fallo desatiende y contradice lo dicho en múltiple jurisprudencia de cierre proferida por la H CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en

el sentido que dicho despacho no podía interpretar si existía o no capacidad al momento de la firma de la escritura 1895 de junio de 14 de 2016 como en efecto lo hizo en el fallo hoy recurrido, ya que debía aplicar la norma en sentido estricto y dentro de sus términos precisos por más odiosa que pareciera, (cas. civ. de 13 de noviembre de 1923. G.J., tomo XXX, pág. 212) **“Las disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas”.** - **Negrillas y subrayado mío-**, pues de las documentales allegadas por las partes como el certificado de existencia y representación allegado en la demanda, el auto proferido dentro del proceso 11001310303320120202600 de fecha 3 de junio de 2016 que fue allegado por todas las partes dentro del proceso que dicta que la medida cautelar que mantuvo vigente la representación demanda LIBIA ARIAS **se revocó por desistimiento tácito,** providencia judicial que se notificó el pasado 7 de junio de 2016 y **quedo en firme el día 10 de junio de 2016 y la confesión de la demanda BLANCA LIBIA ARIAS que ella firmó la escritura 1895 sin ser representate legal de la FUNDACIÓN HOGAR SAN GABRIEL –EN LIQUIDACIÓN-**(hora 1:27:30 hasta 1:27:56), se deduce luego de un simple estudio y un análisis de fechas que la escritura 1895 de 14 de junio de 2016 **fue firmada de manera voluntaria por una persona que no tenía la capacidad de obligar y menos representaba** a la FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL, estando dicha escritura viciada de nulidad absoluta.

En consonancia con lo antes dicho y adentrándonos más en el argumento de este recurso debe observarse por la señora Magistrada Ponente que en el presente caso la nulidad absoluta alegada se presenta por la **FALTA DE CAPACIDAD** total de la demandada BLANCA LIBIA ARIAS al firmar la escritura pública 1895 de 14 de junio 2016, teniendo mi dicho sustento probatorio en la confesión que dicha demandada realizó en el desarrollo de su interrogatorio de parte y soporte jurisprudencial conforme lo dictado en la sentencia SC19730-2017 de 27 de noviembre de 2017 cuando dice que **“la nulidad absoluta se genera con la omisión de algún requisito o formalidad para el valor de ciertos actos o contratos aplicándose al tenor literal el artículo 1741 del Código Civil”**

Ya teniendo claro que la norma aplicable para decidir el presente proceso son los artículos 1740 y 1741 del C.C. que dictan la nulidad ABOSULTA DE LOS ACTOS O CONTRATOS y por más injusta u odiosa que parezca debe ser aplicada en su sentido estricto, debo hacer referencia a las pruebas arrojadas y practicadas dentro del proceso de las cuales se observa que no existen elementos que permitan como lo hizo el fallo de primera instancia validar el actuar que sin capacidad realizó el día 14 de Junio de 2016 la demanda **BLANCA LIBIA ARIAS** al realizar transferencia de la totalidad de los bienes de la **FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL –EN LIQUIDACION-** por medio de la escritura nula 1895 de 14 de junio de 2016.

Ahora bien, Honorables Magistrados de la Sala Civil de Tribunal Superior de Bogotá se debe tener en cuenta que los hechos litigiosos y el debate probatorio se debe centrar en que el acto realizado por la escritura pública 1895 de 14 de junio de 2016 **no cumple con las formalidades legales para que sea válido, estando viciado de NULIDAD ABSOLUTA conforme al artículo 1740 Y 1741 DEL C.C. pues quien suscribe dicho instrumento público tan nombrado escritura 1895 de 14 DE JUNIO DE 2016 carecía de capacidad y sus actos no podían ni pueden obligar a mi prohijado FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL -EN LIQUIDACION-**, hecho este que se probó dentro del paginario no solo con documentales si no con la confesión realizada por demandada BLANCA ARIAS en la hora 1:27:30 hasta 1:27:56, mostrándose así la falta de capacidad y por ende la nulidad absoluta deprecada en el pedimento de la demanda, teniendo que ser preciso con las probanzas que resultaron de la práctica de las misma audiencia de instrucción y juzgamiento conforme a los siguientes:

1-. La demandada **BLANCA LIBIA ARIAS** **sabía que su representación legal dependía de la vigencia de la medida cautelar otorgada dentro del proceso 11001310303320120202600 por ende, lógicamente debía conocer que dicha cautela fue levantada por el auto de DESISTIMIENTO TACITO dictado el pasado 3 de junio de 2016 el cual quedó en firme el 10 de junio de 2016 y aun así decidió suscribir dicha escritura 1895 de 14 de junio de 2016 afectando los intereses de mi mandante, por tanto el tres de junio perdió su capacidad para firmar la escritura.**

2-. La cautela que mantuvo vigente hasta antes de la firma de la escritura pública 1895 de 14 de junio de 2016 la representación legal de dicha demandada ARIAS **era pública, pues figuraba dentro del certificado de existencia y representación de la FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL -EN LIQUIDACION- identificando el proceso, número y fecha de la misma, por ende, hay obligación de las partes en el negocio viciado de nulidad de verificar el estado de los mismos a la firma de la escritura.**

3-. En las actuaciones procesales se observa como tanto el suscrito apoderado del demandante como todos los apoderados de los demandados allegan copia del auto que terminó el proceso por desistimiento tácito proferido dentro del proceso 11001310303320120202600 el cual había decretado la cautela de la que dependía la representación legal de quien suscribe la escritura con una calidad que no tenía, **demostrándose así que si era un hecho conocido que la señora BLANCA LIBIA ARIAS no era la representante legal para el día 14 de junio de 2016 cuando suscribió la escritura 1895 de 2016 en nombre de la demandante FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL EN LIQUIDACION.**

4-. Obsérvese que en la defensa de los demandados estos alegan a su favor sus propios errores, pues el demandado **ACCION FIDUCIARIA S.A.**, es una persona jurídica que es experto en este tipo de negocios fiduciarios, por ende, no puede aceptarse, consentirse y menos desatenderse que no hubiesen revisado dicho proceso judicial desde antes de la firma de la escritura pública y si así lo hubieran hecho hubieran conocido que con quien iban a firmar dicho documento no tenía la capacidad para suscribirlo en nombre de **FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL –EN LIQUIDACION-**, pues los actos procesales **CON EL DESISTIMIENTO TACITO** son públicos y de una revisión superficial o por sistema del proceso se habría conocido, situación está que lleva a mostrar la negligencia en el actuar de este demandado que no puede ampararse bajo la buena fe, en resumidas cuentas es este el profesional al que se le debe demandar más responsabilidad frente a su actuar y no como se hizo en el fallo al no valorar su falta de cuidado frente al negocio .

5-. La demandada **BLANCA LIBIA ARIAS** en la declaración de parte realizada dentro del mismo proceso a la hora 1:27:30 hasta 1:27:56 **confiesa que ella firmó la escritura sin ser representante legal de la FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL –EN LIQUIDACION-**

6-. El demandado **ACCION FIDUCIARIA S.A.** en cabeza de su representante legal **afirma que no revisaron el proceso 11001310303320120202600, del cual dependía la representación legal de la señora BLANCA LIBIA ARIAS** con quien firmaron dicha escritura pública 1895 de 2016, **situación ésta que no puede ser favorable a ellos pues en Colombia nadie puede alegar a su favor su propio error o culpa,** situación que en el fallo permite la convalidación del acto viciado de nulidad absoluta.

7-. En el fallo proferido el despacho en la parte considerativa y resolutive se observa como la falladora dice que la señora **BLANCA LIBIA ARIAS** es representante legal para la fecha de los hechos desconociendo la confesión que realiza ésta diciendo que ella para la firma de la escritura no era representante legal de la fundación HOGAR SAN GABRIEL –EN LIQUIDACION- hora 1:27:30 hasta 1:27:56.

8-. La declaración del despacho con la que se finca la negativa de las pretensiones de reconocer una calidad que no tenía la demandada **BLANCA LIBIA ARIAS** al darle validez a los actos realizados por ella no solo contradice la confesión antes nombrada si no desconoce y contradice lo decidido por el desistimiento tácito y la orden de levantar la cautela que si **tiene carácter de cosa juzgada** proferida lo el 3 de Junio de 2016 dentro del proceso **11001310303320120202600, la cual quedo en firme el pasado 10 de junio de 2016 días antes de la firma de la escritura invalida por nulidad absoluta.**

9-. El falso y contrario a derecho que se debiera permitir que **BLANCA LIBIA ARIAS** fungiera como representante legal conforme al principio de

publicidad pues al desaparecer esta quedaba como en efecto sucedió plena validez a la representación legal del señor **GUILLERMO SEGURA LOPEZ**, no quedando dicha entidad sin representante legal.

10-. Se probó que si bien es cierto en Colombia es válida la venta de cosa ajena esta transferencia de bienes que se realizó por medio de la escritura pública 1895 de 14 de junio de 2016, nunca fue ratificada por la junta de fundadores o el representante legal lo que convalida que falta capacidad en el acto demandado de nulidad.

11-. Conforme al numeral 1 artículo 1502 del c.c. se demuestra que el acto jurídico no es suscrito por quien es legalmente capaz, lo que con lleva a aplicar el artículo 1740 del mismo C.C.

12-. En la demanda se aportó un certificado de vigencias de cada representante legal el cual dictamina que para la fecha 14 de junio de 2016 cuando se suscribió la escritura pública 1895 del mismo año la señora BLANCA LIBIA ARIAS **NO TENIA LA CAPACIDAD DE REPRESENTAR EN NINGUN ACTO A LA FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL -EN LIQUIDACION-**, la cual también es contrariada sin argumento legal o probatorio al proferir dicho fallo.

Ahora bien, el fallo que hoy es objeto del presente recurso de alzada no acepta las pretensiones de la demanda amparándose en el principio de publicidad de los actos registrales pero no valora bajo la sana crítica que la publicidad se refiere a los terceros cuando no conocen los actos, y digo esto porque al momento de la confección del fallo hoy atacado el despacho desatendiendo la jurisprudencia ya nombrada, el tenor literal de la norma artículo 1740 y 1741 del C.C., la confesión realizada por la demandada BALNCA LIBIA ARIAS en hora 1:27:30 hasta 1:27:56 y las documentales aportadas, no atiende a revisar que tanto **BLANCA LIBIA ARIAS** como **ACCION FIDUCIARIA S.A. tenían el deber de conocer el estado del proceso por el cual se había decretado la cautela de la que dependía la representación legal de la FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL -EN LIQUIDACION-** y que fuera terminado el día 3 de junio de 2016, nótese que esta negligencia, error o culpa de no hacerlo no puede ser el soporte del fallo que convalida una nulidad absoluta pues, lo mismo es generar una incertidumbre jurídica a no aplicar de forma literal las normas de carácter sustancial por mas odiosas que parezcan permitiendo que se de valor a una escritura pública viciada de nulidad

De igual manera con lo dicho debe observarse que el actuar de los demandados durante la firma de dicha escritura viciada de nulidad absoluta 1895 de 14 de junio de 2016 no se encuadra dentro de los principios de buena fe por la negligencia, pues en mi sentir se demuestra más una colusión de las partes para sacar y transferir la totalidad de los bienes de mi prohijado **FUNDACION HOGAR SAN GABRIEL -EN LIQUIDACION-** ya

que desatendieron las actuaciones procesales por las que se mantenía la representación legal de la demanda **BLANCA ARIAS** y ahora con esos argumentos superfluos y contrarios a derecho obtiene la validación del acto viciado de nulidad absoluta.

Aunado a lo antes dicho y adentrándonos en el tema de la supuesta buena fe de las partes para suscribir dicha escritura pública 1895 de 14 de junio de 2016 viciada de nulidad absoluta, se observa que la misma no existe pues de la misma injuriada la señora **ARIAS** dice que no rendía cuentas a nadie ni siquiera a la junta directiva de la fundación, que ella nunca citó ni informó su actuación, que su función era sacar o transferir los bienes mostrándose que existe más una intención dolosa de perjudicar a mi mandante sacando de su patrimonio todos sus bienes situación que debió haber sido valorada por la falladora, quien en vez de proferir una fallo en el que declara que la demandada LIBIA ARIAS si era representate legal debía aplicar en sentido estricto lo reglado en los articulo 1740 y 1741 del c.c. declarando la nulidad absoluta aun de manera oficiosa

Ya para culminar esta breve exposición de fundamentos de la apelación debo manifestar que la excepción que se declara como probada en la sentencia hoy atacada es la de **VALIDEZ DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL REPRESENTANTE LEGAL Y LIQUIDADOR** no tiene ningún soporte probatorio, pues dicho argumento contradice de manera total los artículos 1740 y 1741 del C.C. ya que se prueba que la escritura pública 1895 de 14 de junio de 2016 es un acto jurídico al que le falta el requisito de capacidad que prescribe la norma artículo 1502 del c.c. para su validez, pues, se afirma que la autonomía de la voluntad goza de pleno respaldo constitucional, siempre y cuando no atente contra el orden jurídico **y los derechos de los demás**, como lo ha señalado en múltiples fallos la Corte Constitucional, ya que en virtud de la garantía de la autonomía de la voluntad privada y, también, de la garantía de la justicia en ese amplio campo de la actividad de las personas, el ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad sea consciente y libre, esto es, que no esté afectada por irregularidades que genéricamente son denominadas en la ley y en la doctrina vicios del consentimiento, los cuales son error, fuerza, dolo o falta de los requisitos propios de los actos jurídicos como la capacidad y hago hincapié en esto porque del paginario se probó que la señora **BLANCA LIBIA ARIAS** no estaba autorizada o tuviera capacidad de trasferir dichos bienes **o que su actuar estuviera ratificado o convalidado posteriormente por el titular de las propiedades, llegándose a que en Colombia todo acto o declaración de voluntad tiene unos requisitos para su validez faltando en el caso que nos ocupa el descrito en el numeral 1 del artículo 1502 del c.c., pues es cierto y existe decisiones judiciales que ratifican y prueban que luego del auto del 3 de junio de 2016 proferido dentro del proceso 11001310303320120202600 que quedó en firme el día 10 de junio de 2016 la señora blanca libia arias no era la representante legal ni**

podía transferir los bienes como en efecto lo realizó con la escritura 1895 de 14 de junio de 2016, pues su capacidad como he dicho en repetidas ocasiones dependía de la vigencia de dicha cautela.

De igual manera esta validez no pude deprecarse por el principio de publicidad de los actos registrales, pues como antes dije era obligación de la demandada **BLANCA LIBIA ARIAS** conocer el estado del proceso por el que se mantenía su representación legal y era deber por ser experto en este tipo de negocios de la demandada **ACCION FIDUCIARIA S.A.** verificar días antes o al momento de la firma de dicha escritura el estado del proceso que mantenía, pues acá se refiere un acto judicial el que otorgaba dicha capacidad, mostrándose que no existen los principio de buena fe y publicidad que son descritos en la sentencia convalida la nulidad absoluta de la que está viciada la escritura pública 1895 de 14 de junio de 2016, pues hacerlo de esta manera es desatender el tenor literal de la norma por mas odiosa que parezca contradiciendo la jurisprudencia y la ley.

De otro lado también se observa como en el fallo se desconoce que mi prohijado fue amparado bajo la figura de **AMPARO DE POBREZA**, lo que hacía que no se debiera condenar en suma alguna en costa y agencias en derecho situación que el fallador no tuvo en cuenta y apartándose de su propia concedió realizada por auto en firme condena a mi mandante en las mismas.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación que fuera formulado y concedido en audiencia el pasado 18 de mayo de 2021, dando cumplimiento a lo ordenado por el despacho enviando dicho memorial a los correos conocidos de los apoderados de los demandados, **deprecando se revoque el fallo y en su lugar se proceda a conceder el amparo a las pretensiones de la demanda.**

Al señor Juez, Cordialmente



LUIS HERNANDO VELÁSQUEZ BRAVO
C.C. N° 86.079.313. DE VILLAVICENCIO
T.P. N° 164.598. DEL C.S DE LA J.
Cra 10 N° 15-39 Of 1106 Btá
Correo registrado en el Sirna nanditovb@gmail.com

SEÑORES
JUZGADO TREINTA Y SIETE (37) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E.S.D.

REF.:	PROCESO:	VERBAL DE MAYOR CUANTÍA	
	RADICADO:	2019-00158	
	DEMANDANTE:	COMUNICACIONES	MÓVILES
		CARTAGENA S.A.S.	
	DEMANDADO:	COMCEL S.A.	

ASUNTO: Sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia del 15 de febrero de 2021.

ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ, mayor de edad, vecina de la ciudad de Bogotá D.C., abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderada judicial de **COMCEL S.A.**, con fundamento en el artículo 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el comedimiento de costumbre, por medio del presente escrito me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 15 de febrero de 2021.

I. OPORTUNIDAD.

De conformidad con el inciso 3º del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, ejecutoriado el auto que admite el recurso de apelación, el apelante contará con cinco (5) días hábiles siguientes para sustentar el recurso de apelación.

El auto que concedió el traslado de cinco (5) días para sustentar el recurso de apelación fue notificado el día veintitrés (23) de junio de 2021, razón por la cual el término para radicar esta sustentación del recurso vence el día treinta (30) de junio de 2021.

II. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.

I. APLICACIÓN DEL AUTOPRECEDENTE O PRECEDENTE HORIZONTAL.

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., ha proferido varias sentencias en las que se han tomado decisiones uniformes respecto a asuntos similares a que es objeto de la presente sustentación, lo cual constituye un precedente horizontal vinculante o autoprecedente.

Las decisiones que constituyen el precedente judicial horizontal son las siguientes:

1. Sentencia del 27 de mayo de 2019 – Rad. No. 11001310302220100058801 – M.P. Martha Isabel García Serrano. Demandante: Hunzacel LTDA – Demandado: COMCEL S.A.
2. Sentencia del 20 de junio de 2019 – Rad. 11001310304420150041501 – M.P. Germán Valenzuela Zamudio. Demandante: GLOBAL TRONICS DE COLOMBIA S.A. – Demandado: COMCEL S.A.
3. Sentencia del 19 de febrero de 2020 – Rad. No. 11001310300320140060703 – M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora – Demandante: Conexcel S.A. y Aponte Villamil Zuluaga y Cía. S.A.S. – Demandado: COMCEL S.A.

4. Sentencia del 5 de septiembre de 2019 - Rad. No. 2010-0082-01 – M.P. Hilda González Neira – Demandante: Colcell Caribe LTDA – Demandado: COMCEL S.A.
5. Sentencia del 18 de agosto de 2020 – Rad. No. 11001-3103-004-2012-00077-02 – M.P. RICARDO ACOSTA BUITRAGO – Demandante: Celoccidente & Cía S.A. En liquidación – Demandado COMCEL S.A.

En las providencias antes mencionadas en las cuales se resolvieron casos similares al que ahora nos ocupa, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial ha sostenido en forma coincidente los siguientes puntos:

- En que los contratos celebrados entre COMCEL S.A. y los distribuidores efectivamente son contratos de distribución, dado que no se encuentran reunidos todos los elementos esenciales de la agencia mercantil, principalmente los elementos de la promoción y acreditación de productos y servicios de COMCEL S.A., y, por el contrario, que sí es evidente que el distribuidor ejerce actividades de compra para reventa, lo cual es elemento propio de la distribución, que descarta la agencia mercantil.
- Que en dichos contratos no existe una zona prefijada y que los distribuidores tenían la posibilidad de tener presencia en distintas zonas, y que en todo caso este elemento puede estar presente en distintas modalidades de contratos de intermediación o colaboración.
- Que el pago de comisiones per se no es un elemento determinante de una agencia mercantil, ni tampoco lo es la ejecución de actividades que impulsen o introduzcan productos del empresario en el mercado, puesto que también pueden estar presentes en la distribución.

- Que no existe razón alguna para cuestionar la validez del contrato, por cuanto no existe causal alguna que la pongan en entredicho, razón por la cual se debe estar a lo pactado por las partes y la naturaleza del contrato.
- Que las cláusulas estipuladas por las partes en cuanto a definir la naturaleza del contrato como de distribución y excluir toda relación de agencia mercantil u otro tipo contractual.
- Que los distribuidores nunca controvirtieron u objetaron la naturaleza del contrato durante la vigencia del éste, lo cual demuestra la aceptación de ésta.
- Que la posición dominante no está prohibida, sino el abuso de esa posición, acto en el cual COMCEL no ha incurrido, habida cuenta que los cambios en los planes de comisiones o por descuentos en liquidaciones por transportadoras de valores, dado que todo ello fue pactado previamente por las partes desde el principio de la relación contractual y durante la ejecución del contrato fueron avaladas o aprobadas.
- Que no existe un abuso de la posición de dominio o cláusulas abusivas por el sólo hecho de que COMCEL estuviera en una posición de dominio o porque el contrato fuera de adhesión, por cuanto el juicio que se debe hacer no puede ser abstracto, sino que se debe verificar efectivamente un daño patrimonial de tal envergadura que permita determinar que se generó un desequilibrio del contrato, y que éste se hizo con la intención de la demandada de causarla.
- Que no existen cláusulas antinómicas, ineficaces, nulas o inválidas, pues no hay prueba alguna de que las causales que den lugar a dichas consecuencias hayan operado.
- Que no hay causal de nulidad, ineficacia o invalidez aplicable respecto o demostradas respecto de las actas de transacción, por lo que surten efectos para transigir controversias actuales o futuras respecto de lo allí pactado.

- Que es válida la renuncia de la cesantía comercial y de la indemnización equitativa desde el inicio de la relación contractual.

2. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA ENTRE COMCEL S.A. Y COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S.

De acuerdo con las pruebas recabadas durante el proceso, el Despacho no tuvo en cuenta en su decisión, los siguientes aspectos que debieron ser analizados y se les debió dar el mérito correspondiente para considerar que entre COMCEL y COMUNICACIONES MOVILES CARTAGENA no existió un contrato de agencia comercial:

2.1.Literalidad de todas las cláusulas del contrato: *Los contratos son ley para las partes, Pacta Sunt Servanda y Teoría de los Actos Propios.*

El Código Civil en su artículo 1602 prevé lo siguiente: “*ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”

De acuerdo con lo anterior, las estipulaciones contractuales son o tienen el valor de “ley” para quienes, voluntariamente, se hayan vinculado a un contrato.

En ese sentido, todo lo plasmado en el contrato es exigible y vinculante para las partes, salvo que ellas mismas decidan invalidarlo (mutuo disenso, resciliación o distracto) o que por **causas legales** (nulidad absoluta, relativa, ineficacia o inexistencia) se invalide.

Descendiendo al caso en concreto, son muchas las cláusulas del contrato objeto del litigio, en virtud de las cuales, las partes, voluntaria, libre y espontáneamente, decidieron y acordaron que en efecto el contrato celebrado sería de DISTRIBUCIÓN y que bajo circunstancia alguna lo sería de AGENCIA MERCANTIL. Veamos a las cláusulas:

- La cláusula 4ª del contrato expresa:

4. Naturaleza y Relaciones entre las Partes

El presente contrato es de distribución.

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

- La cláusula 15 del contrato señala:

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 CELCARIBE. 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. Por cada contrato

Lo anterior, sumado a que, en todos los contratos, otrosíes, convenciones y demás documentos siempre se hiciera referencia a COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S., como DISTRIBUIDOR y nunca como AGENTE.

De esta manera, no cabe duda alguna de que las partes de manera clara, patente e inequívoca lo que suscribieron, o quisieron suscribir, fue un contrato de DISTRIBUCIÓN y descartar de plano una relación contractual de AGENCIA MERCANTIL.

Ahora bien, habida cuenta que el Despacho, con atino, descartó la nulidad relativa o absoluta, ineficacia o inexistencia de las cláusulas que excluyen la agencia del contrato, pues no resultó demostrado en forma alguna que esas cláusulas padecieran un vicio que condujera a decretar una de esas sanciones, éstas prestan todo su valor y surten efectos.

En consecuencia, conviene destacar que: i) no habiéndose invalidado las cláusulas que excluyen la AGENCIA COMERCIAL del contrato celebrado por las partes, y ii) no habiéndose demostrado causal de invalidez, ineficacia o inexistencia de dichas cláusulas, la literalidad del contrato permanece intacta, por manera tal que esas cláusulas mantienen su vigencia durante la relación contractual y son ley para las partes, por tanto, les son exigibles.

Al respecto, en caso similar en donde se ventilaron pretensiones muy similares a las expuestas en la demanda que dio lugar a este proceso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., **CELOCCIDENTE & CÍA. S.A. EN LIQUIDACIÓN vs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL -**, Rad. **11001310300420120007702**, sentencia del 18 de agosto de 2020, señaló al respecto:

“3. Conjuntamente con la declaración de agencia comercial la parte reclamó, en el mismo grupo de pretensiones, que se reconociera que las cláusulas 4 y 15 de los contratos eran nulas, ineficaces o inválidas, por cuanto en ellas se calificó el negocio jurídico como “atípico e innominado de distribución”, y en subsidio “antinómicas” frente a otras que incorporan los elementos esenciales del contrato de agencia.

El Código de Comercio reconoce la nulidad absoluta, la relativa, o anulabilidad (artículos 899 y 900). Igualmente, la nulidad parcial de los contratos o de una de sus cláusulas, en cuyo caso sólo conllevará la de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo hubieran celebrado sin la estipulación o parte viciada (artículo 902). Pero como el ataque se hizo por cuanto las dos cláusulas mencionadas consideraron el contrato como de distribución en lugar de agencia, la Sala no advierte que expresiones como “no se interpretará”, ni “considerará”, o “excluirá expresamente” la relación jurídica de agencia, puedan dar lugar a una causa de nulidad absoluta por incapacidad de alguno de los

contratantes, objeto o causa ilícitos, ni bajo la forma de contrariar una norma imperativa. La interpelante no justificó ninguno de esos motivos en su embate, a pesar de mencionar en otros apartes que se refería a la violación de la norma protectora del contrato, pues no señaló cuál tendría esa condición en la ley, ni en la demanda ni en la apelación, que permita hacer la valoración bajo tal criterio, y porque en la agencia, la norma a la que se le puede atribuir esa connotación es la prevista en el artículo 1328 del C. de Co. que impone su sujeción a la ley colombiana si se ejecuta en el territorio.

También dejó de precisar la causa de anulabilidad en la que el Tribunal debía identificarla, ya sea por error, fuerza o dolo. Pero, si de buscar una, basada en la alegación de posición dominante que “ocultó la naturaleza de la relación” o provocó un “desequilibrio ostensible a favor de COMCEL”, la Sala no advierte allí la inducción a error, o el ejercicio de fuerza, que hubiera viciado el consentimiento de CELOCCIDENTE al momento de la celebración del contrato.

*Tampoco por ineficacia se encuentra motivo de anulación de aquellas dos disposiciones porque no se ve en qué puedan afectar los derechos de la contratada, otorgar una ventaja injustificada, ni que pactar de esa manera el entendimiento del contrato estuviera prohibido. Aun más, si de la interpretación de las cláusulas contractuales en su conjunto y la forma de ejecución del convenio, la Sala ya descartó que la naturaleza del contrato fuera de agencia comercial, la acusación de antinómicas frente a las demás cláusulas encaminadas a precisar que no debería entenderse ni considerar el acuerdo con esa estirpe, no encuentra modo de salir adelante. De lo contrario, la misma declaración procedería respecto de las otras modalidades contractuales que también se descartaron en el mismo aparte de la cláusula 4 analizada y, entonces, el contrato podría tomar cualquiera de esas formas, es decir, reclamar, igualmente, que podría entenderse como representación, sociedad, cuentas en participación o join venture. **Luego, podrían las partes pactar como lo hicieron y no infringieron alguna norma al hacerlo.**” (subraya y negrilla fuera de texto original)*

En igual forma, conviene citar la sentencia del 5 de septiembre de 2019 proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Mp. Hilda González Neira, Rad. 110013103036201000008701. **COLCELL CARIBE LTDA** contra **COMCEL S.A.:**

4.4. Así entonces, resulta palmario que aun cuando coincidan entre uno y otro tipo de contrato (distribución y agencia) varios de los elementos que los caracterizan, no pueden las partes acogerse a uno u otro según su conveniencia, pues precisamente previo a la materialización del negocio aquellas acordaron que el mismo se llevaría a cabo en el marco de un contrato de distribución y, por ende, a ello deben estarse.

En ese orden de ideas, el Despacho debió haberse atendido al tenor literal de lo que las partes pactaron, en el sentido de que, efectivamente, las partes decidieron descartar o excluir una relación contractual de AGENCIA COMERCIAL, dado que, lo contrario, es aceptar que i) lo estipulado por las partes no es ley para ellas, y ii) las partes pueden ir contra de sus propios actos.

2.2.La intención de las partes y la forma en que ejecutaron y desarrollaron el contrato fue como uno de distribución: *Prevalencia de la intención, buena fe.*

Aunado a lo anterior, esto es que las cláusulas contractuales eran claras en que el contrato celebrado por las partes era de distribución y que se excluía la AGENCIA MERCANTIL, el Despacho no escudriñó ni tuvo en cuenta cuál fue la intención real de las partes de acuerdo con el artículo 1618 del Código Civil, pese a la abundante prueba documental, testimonial y por confesión.

El artículo 1618 del Código Civil dispone: **ARTICULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCION>**. *Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*

Al analizar las pruebas aportadas, además de la literalidad del texto contractual, el cual no ofrece duda ni ambigüedad en su redacción, debe destacarse que la forma como las partes ejecutaron el contrato es acorde con la naturaleza que fue pactada y expresada la voluntad de las partes.

- i) El EXDISTRIBUIDOR siempre aceptó su calidad de tal y no otra calidad distinta, como podría ser la de agente.

De toda la prueba documental, se observa que la demandante siempre, durante todo el plazo contractual, se mostró ante COMCEL S.A. y ante terceros como DISTRIBUIDOR y nunca como AGENTE. Veamos:

- El EXDISTRIBUIDOR nunca hizo la inscripción del contrato en el registro mercantil como lo predica el artículo 1320 del C.Co, lo cual quedó demostrado por confesión en dos ocasiones: 1. El Representante Legal lo confesó en interrogatorio de parte a minuto 1:51:00 y 2. En la exhibición de documentos solicitada por COMCEL S.A. se pidió al DISTRIBUIDOR que exhibiera ese documento, lo cual no hizo, sin explicación, por lo que da lugar a la aplicación de los efectos contemplados en el artículo 267 del CGP, esto es la confesión.
- Documentos emanados del propio EXDISTRIBUIDOR muestran que él se hizo llamar y se presentó como distribuidor autorizado de COMCEL S.A., como por ejemplo las facturas emitidas. (Exhibición de documentos Carpeta 6.5.12. Inversiones en Publicidad) Veamos:

CCMV
 COMUNICACIONES - MÓVILES - VIRTUALES S.A.
 NIT: 806.014.268-1
 RÉGIMEN COMUN

DISTRIBUIDOR AUTORIZADO
COMCEL

FACTURA DE VENTA
 No. C Nº . 0104
 FECHA 02/12/2005
 D I D M I M A I A I A I A

Vendido a: *Bogotá S.A.*
 Dirección: *Bogotá CEA 90 N° 13-23*
 NIT. C.C. *800.153.493-7* Teléfono

CANT	DETALLE	Vr. UNIT.	Vr. TOTAL
	<i>60 personas de Archivos de usuarios</i>	<i>3840.000</i>	<i>3840.000</i>

- El contrato, los anexos, los otrosíes, convenciones y todas las actas de transacción y conciliación de cuentas y demás documentos los suscribió la demandante siempre como DISTRIBUIDOR.
- Las cartas de comisiones siempre fueron recibidas y firmadas por la demandante como DISTRIBUIDOR.

Esta forma de actuación, como típica de un contrato de Distribución, fue reconocida en caso muy similar al presente, por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., **CELOCCIDENTE & CÍA. S.A. EN LIQUIDACIÓN vs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL -**, Rad. **11001310300420120007702**, que en sentencia del 18 de agosto de 2020 en donde señaló lo siguiente:

*“A ello se une que, durante su ejecución, en las comunicaciones escritas que recibía y que enviaba, en los documentos, físicos o electrónicos, que firmaba el contratado para, o con, el empresario, en las actas que suscribían conjuntamente, **siempre se mencionó o tildó de distribuidor, y no aparece que hubiere reclamado otra calidad.**”*

- ii) El EXDISTRIBUIDOR nunca objetó, reclamó o se quejó durante más de 15 años de relación contractual sobre la naturaleza del contrato.

De todas las pruebas practicadas, quedó plenamente probado que el EXDISTRIBUIDOR jamás objetó, rechazó o negó la naturaleza de distribución del contrato, ni mucho menos manifestó o reclamó que su naturaleza fuera de distribución. Veamos:

- El propio representante legal de la demandante CONFESÓ en interrogatorio de parte (minuto 1:23:50) que nunca OBJETÓ o RECHAZÓ la naturaleza del contrato, y su explicación o justificación fue que el hecho de la agencia comercial sólo se desata al final del contrato, a lo cual el mismo Despacho le indicó que a pesar de tener conocimiento de laudos y pronunciamientos judiciales sobre la agencia, nunca hicieron un reclamo o una misiva encaminada a precisar el objeto del contrato, o así lo mantuvieron hasta el final del contrato, a lo cual respondió que *“no y que se enteró que unos contratistas habían ganado y eso lo hacía sumamente feliz para saber que cuando se terminara el contrato podían reclamar al prestación mercantil”*.
- Igualmente, quedó confesado que nunca hubo una objeción por parte del EXDISTRIBUIDOR respecto de la naturaleza del contrato, dado que dentro de los documentos que mi representada le solicitó exhibir se encontraban aquellos que hubiera remitido a COMCEL en donde objetara o reclamara esa naturaleza del contrato, y sólo aportó a la carta de preaviso y la de terminación del contrato. Así conforme al artículo 267 del CGP quedó confesado que nunca hizo una reclamación en tal sentido, sino sólo hasta la finalización del contrato.
- TODOS LOS TESTIGOS coincidieron en que el EXDISTRIBUIDOR nunca envió una comunicación física o correo electrónico ni nunca manifestó verbalmente que el contrato celebrado con COMCEL fuera de una naturaleza diferente a la de DISTRIBUCIÓN o que se constituyera en AGENCIA MERCANTIL.

- El EXDISTRIBUIDOR aceptó haber tenido un subdistribuidor durante la ejecución del contrato a quién no le reclamó cesantía comercial ni demás conceptos.
- Como si fuera poco, y es lo que más llama la atención la mala fe del EXDISTRIBUIDOR es lo siguiente:

El representante legal principal de la demandante es el señor **GUSTAVO ZEA FERNÁNDEZ**, hermano del **abogado GUILLERMO ZEA FERNANDEZ**, representante legal principal de la sociedad **ZEA ABOGADOS DOS S.A.S.**, sociedad que funge como apoderada principal en el presente asunto, quien es un **abogado reconocido** especialmente por demandar a **COMCEL S.A.** en procesos en los que se solicita declarar que el contrato celebrado por este último con sus distribuidores tenía la naturaleza de agencia y no de distribución y hacer las mismas solicitudes de condena que aquí se hacen. **Los casos ascienden a más de 20.**

Esto demuestra a las claras que, la DEMANDANTE además de ser un COMERCIANTE experto en negocios, tenía al alcance la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado que consideraba que las cláusulas contractuales eran inválidas y que el contrato tenía otra naturaleza, precisamente porque el hermano del representante legal es un **abogado reconocido** especialmente por demandar a **COMCEL** por las mismas razones.

Además, es absolutamente claro que el abogado **GUILLERMO ZEA FERNANDEZ**, debió conocer el CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN objeto de este pleito, toda vez que fue representante legal de la sociedad **GULLERMO ZEA FERNÁNDEZ Y ASOCIADOS LTDA**, sociedad que figuró como HIPOTECANTE del inmueble que se dio en garantía en el año

2003 para garantizar este CONTRATO, documento de hipoteca que obra en el expediente. (Escritura de hipoteca aportada con la demanda)

En caso similar al presente, el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá D.C., en Sentencia del 23 de abril de 2019, Rad. No. 11001310802320120017600, ISESCO COMUNICACIONES LTDA vs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. – señaló:

Todo ello lo que pone en evidencia es que la manera como asumió, entendió y ejecuto Isesco el contrato de marras, es que era un DISTRIBUIDOR, tal como se estipuló en los textos de cada uno de esos tres actos negociales, además, que durante su ejecución en tales condiciones no solo no reclamó por que se le denominara así, si no que la misma entidad así se calificaba y llamaba a quienes contrataba o vinculaba a su red, SUB DISTRIBUIDORES, amén de que en esa calidad y condiciones contractuales, mientras obtuvo ganancias y beneficios, consideró que todo estuvo bien y solo cuando empezó a reportar inconvenientes en su operación, fue que empezaron sus molestias con el calificativo y la forma de aplicar el clausulado contractual, lo que no puede ser de buen recibo en sede judicial por el respeto que a la autonomía y a la relatividad contratos, se le debe prodigar, tal como lo pregonan el artículo 1602 del código Civil.

iii) El EXDISTRIBUIDOR ejecutó múltiples actos típicos de un contrato de distribución o, incluso, de otro tipo de contrato de colaboración, que no encajan propiamente con la agencia mercantil. Veamos:

➤ Compra para reventa de equipos y kits prepago:

Sobre este punto no queda duda alguna de que, en efecto, COMCEL S.A., en calidad de vendedor, transfirió a título oneroso al EXDISTRIBUIDOR, en calidad de comprador, los equipos y kits prepago, para que éste los revendiera a un mayor precio a los usuarios del servicio de telefonía celular.

- Quedó plenamente demostrado por medio de los documentos, en particular de las facturas de equipos y kits prepago aportadas por el EXDISTRIBUIDOR en la exhibición de documentos en las cuales se evidencia que éste vendía los equipos celulares y kits prepago a los clientes. (En carpeta KITS dentro de Carpeta 6.5.9 – 6.5.10 Documentos relacionados con KITS) - Veamos unos ejemplos:

	COMUNICACIONES MOVILES CARTAGENA S.A.S. NIT. 806.014.268-1 CENTRO COMERCIAL LOS EJECUTIVOS VITRINA 1 CARTAGENA - COLOMBIA Telefono: 3103544659		FACTURA DE VENTA No. B70208 <small>Resolucion de autorizacion de numeracion # 18762000589727 del 2016-09-24, numeros aprobados del B70001 al B100000</small> <small>ACTIVIDAD ECONOMICA '6190'</small>											
	SEÑORES : NORELA HERNANDEZ GIL NIT : 4503722 DIRECCION : - BARRIO Nro. BARU CIUDAD :		FECHA FACTURA 2014-07-13 12:09:13											
FECHA VENCIMIENTO 2014-07-13		<table border="1"> <thead> <tr> <th>DESCRIPCION</th> <th>CANTIDAD</th> <th>SERIAL</th> <th>VR. UNITARIO</th> <th>VR. TOTAL</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Kit Nokia Citrix 106 Blanco</td> <td>1</td> <td></td> <td>54,693</td> <td>54,693</td> </tr> </tbody> </table>			DESCRIPCION	CANTIDAD	SERIAL	VR. UNITARIO	VR. TOTAL	Kit Nokia Citrix 106 Blanco	1		54,693	54,693
DESCRIPCION	CANTIDAD	SERIAL	VR. UNITARIO	VR. TOTAL										
Kit Nokia Citrix 106 Blanco	1		54,693	54,693										

	COMUNICACIONES MOVILES CARTAGENA S.A.S. NIT. 806.014.268-1 CENTRO COMERCIAL LA PLAZUELA LOCAL 1-28 CARTAGENA - COLOMBIA Telefono: 6932135		FACTURA DE VENTA No. P1169653 <small>Resolucion de autorizacion de numeracion # 18762000466888 del 2016-09-02, numeros aprobados del P1150001 al P1200000</small> <small>ACTIVIDAD ECONOMICA 0081</small>											
	SEÑORES : GLADIS GUERRERO GULFO NIT : 45444178 DIRECCION : Otras. NO Nro. NO CIUDAD : CARTAGENA		FECHA FACTURA 2016-04-12 15:15:12											
FECHA VENCIMIENTO 2016-04-12		<table border="1"> <thead> <tr> <th>DESCRIPCION</th> <th>CANTIDAD</th> <th>SERIAL</th> <th>VR. UNITARIO</th> <th>VR. TOTAL</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Kit Alcatel 1052G Contado</td> <td>1</td> <td></td> <td>66,293</td> <td>66,293</td> </tr> </tbody> </table>			DESCRIPCION	CANTIDAD	SERIAL	VR. UNITARIO	VR. TOTAL	Kit Alcatel 1052G Contado	1		66,293	66,293
DESCRIPCION	CANTIDAD	SERIAL	VR. UNITARIO	VR. TOTAL										
Kit Alcatel 1052G Contado	1		66,293	66,293										

- Igualmente, en el expediente obran los libros auxiliares de la contabilidad del EXDISTRIBUIDOR correspondientes la cuenta 220505001, los cuales fueron aportados con la exhibición de documentos (Carpeta 6.5.9 – 6.5.10 Documentos relacionados con KITS), en donde se registraron contablemente todas las transacciones correspondientes a las ventas de los equipos y kits prepago hechas por COMCEL.
- También obran en el expediente las facturas emitidas por COMCEL S.A. al EXDISTRIBUIDOR por concepto de venta de kits prepago y simcards,

las cuales fueron aportadas como anexo al dictamen pericial presentado por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA (Anexo No. 8-A.2.a-Facturas Kits prepago y Anexo No. 11-A.3.a-Facturas Simcard) Veamos unos ejemplos:



Comunicación Celular S.A.
Comcel S.A.
Calle 90 No. 14-37
Teléfono 7429797
Bogotá D. C.
Actividad económica principal 6120
NIT: 800.153.993-7

Señor: COMUNICACIONES MOVILES VIRTUALES S.
 NIT: 8060142681
 Dirección Env Fact: AV PEDRO DE HEREDIA CL 30 N 30
 Ciudad Env Fact: CARTAGENA
 Código Dest Micia: D351800001
 Dirección Env Micia: AV PEDRO DE HEREDIA CL 30 N 30-31
 Ciudad Env Micia: CARTAGENA
 No. REMISION: 1448953462
 No. ORDEN COMPRA: 1029373165

FACTURA DE VENTA
No. 3044037843
c103690ca40531df0de487e6d9daa9572b7a
Autorización numeración de facturación 310000089456 del 01 de Diciembre de 2015. Nos. Habilitados 3830400001 al 3090400000

FECHA FACTURA
 Noviembre/16/2017

ORIGINAL

CODIGO O REFERENCIA	DESCRIPCION	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR. TOTAL
70024098	LAN ILIUM X210 NG KIT CONTADO <small>357742083799663, 357742083799637, 357742083799631 357742083799688, 357742083799789, 357742083799854 357742083799882, 357742083799912, 357742083800249 357742083800298, 357742083800306, 357742083800361 357742083800687, 357742083800637, 357742083800934 357742083800942, 357742083801577, 357742083801988 357742083801682, 357742083801718, 357742083801726 357742083802039, 357742083800444, 357742083800691 357742083800673, 357742083800899, 357742083807483 357742083807481, 357742083807558, 357742083807574 357742083807632, 357742083807963, 357742083807897 357742083807994, 357742083808002, 357742083808290 357742083808374, 357742083808440, 357742083808667 357742083808666, 357742083808666, 357742083808663 357742083808706, 357742083808820, 357742083808879 357742083808946, 357742083808986, 357742083809117 357742083809174, 357742083809216, 357742083809372 357742083809380, 357742083809448, 357742083809688 357742083809778, 357742083809794, 357742083809944 357742083809980, 357742083810016, 357742083810156 357742083810297, 357742083810366, 357742083810364 357742083810370, 357742083810694, 357742083810682 357742083810826, 357742083810842, 357742083810875 357742083810928, 357742083811096, 357742083811036 357742083811108, 357742083811179, 357742083811196 357742083811220, 357742083811363, 357742083811311 357742083811618, 357742083811642, 357742083811689 357742083811766, 357742083811774, 357742083811782 357742083811824, 357742083812285, 357742083812293</small>	250 PZA	132.520	33.130.000



Comunicación Celular S.A.
Comcel S.A.
Calle 90 No. 14-37
Teléfono 7429797
Bogotá D. C.
Actividad económica principal 6120
NIT: 800.153.993-7

Señor: COMUNICACIONES MOVILES VIRTUALES S.
NIT: 8080142881
Dirección Env Fact: DIAG 31 N 71 130 C C LA PLAZU
Ciudad Env Fact: CARTAGENA
Código Dest Micia: D051800001
Dirección Env Micia: DIAG 31 N 71 130 C C LA PLAZUELA
Ciudad Env Micia: CARTAGENA
No. REMISION: 1439883576
No. ORDEN COMPRA: 1014289405

FACTURA DE VENTA
No. 3034926503

05563d9c6b67792b457c26e548ab573e87de
"Resolución de Facturación Electrónica
Autorización de numeración No
31000009456 del 01 de Diciembre de
2015". Nos. Autorizados del 3030400001
hasta 3090400000

FECHA FACTURA
Agosto/18/2016

ORIGINAL

CODIGO O REFERENCIA	DESCRIPCION	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR. TOTAL
7005889	CHIP SIM 3G DUO 128K 2FF P10 COSTA PREPA 87101201408983237, 87101201408983238, 87101201408983239 87101201408983240, 87101201408983241, 87101201408983242 87101201408983243, 87101201408983244, 87101201408983245 87101201408983246, 87101201408983247, 87101201408983248 87101201408983249, 87101201408983250, 87101201408983251 87101201408983252, 87101201408983253, 87101201408983254 87101201408983255, 87101201408983256, 87101201408983257 87101201408983258, 87101201408983259, 87101201408983260 87101201408983261, 87101201408983262, 87101201408983263 87101201408983264, 87101201408983265, 87101201408983266 87101201408983267, 87101201408983268, 87101201408983269 87101201408983270, 87101201408983271, 87101201408983272 87101201408983273, 87101201408983274, 87101201408983275 87101201408983276, 87101201408983277, 87101201408983278 87101201408983279, 87101201408983280, 87101201408983281 87101201408983282, 87101201408983283, 87101201408983284 87101201408983285, 87101201408983286, 87101201408983287 87101201408983288, 87101201408983289, 87101201408983290 87101201408983291, 87101201408983292, 87101201408983293 87101201408983294, 87101201408983295, 87101201408983296 87101201408983297, 87101201408983298, 87101201408983299 87101201408983300, 87101201408983301, 87101201408983302 87101201408983303, 87101201408983304, 87101201408983305 87101201408983306, 87101201408983307, 87101201408983308 87101201408983309, 87101201408983310, 87101201408983311 87101201408983312, 87101201408983313, 87101201408983314 87101201408983315, 87101201408983316, 87101201408983317 87101201408983318, 87101201408983319, 87101201408983320 87101201408983321, 87101201408983322, 87101201408983323 87101201408983324, 87101201408983325, 87101201408983326 87101201408983327, 87101201408983328, 87101201408983329 87101201408983330, 87101201408983331, 87101201408983332 87101201408983333, 87101201408983334, 87101201408983335 87101201408983336, 87101201408983337, 87101201408983338 87101201408983339, 87101201408983340, 87101201408983341 87101201408983342, 87101201408983343, 87101201408983344 87101201408983345, 87101201408983346, 87101201408983347 87101201408983348, 87101201408983349, 87101201408983350 87101201408983351, 87101201408983352, 87101201408983353 87101201408983354, 87101201408983355, 87101201408983356 87101201408983357, 87101201408983358, 87101201408983359 87101201408983360, 87101201408983361, 87101201408983362 87101201408983363, 87101201408983364, 87101201408983365 87101201408983366, 87101201408983367, 87101201408983368 87101201408983369, 87101201408983370, 87101201408983371 87101201408983372, 87101201408983373, 87101201408983374 87101201408983375, 87101201408983376, 87101201408983377 87101201408983378, 87101201408983379, 87101201408983380 87101201408983381, 87101201408983382, 87101201408983383 87101201408983384, 87101201408983385, 87101201408983386 87101201408983387, 87101201408983388, 87101201408983389 87101201408983390, 87101201408983391, 87101201408983392 87101201408983393, 87101201408983394, 87101201408983395 87101201408983396, 87101201408983397, 87101201408983398 87101201408983399, 87101201408983400, 87101201408983401 87101201408983402, 87101201408983403, 87101201408983404 87101201408983405, 87101201408983406, 87101201408983407 87101201408983408, 87101201408983409, 87101201408983410 87101201408983411, 87101201408983412, 87101201408983413 87101201408983414, 87101201408983415, 87101201408983416 87101201408983417, 87101201408983418, 87101201408983419 87101201408983420, 87101201408983421, 87101201408983422 87101201408983423, 87101201408983424, 87101201408983425 87101201408983426, 87101201408983427, 87101201408983428 87101201408983429, 87101201408983430, 87101201408983431 87101201408983432, 87101201408983433, 87101201408983434 87101201408983435, 87101201408983436, 87101201408983437 87101201408983438, 87101201408983439, 87101201408983440 87101201408983441, 87101201408983442, 87101201408983443 87101201408983444, 87101201408983445, 87101201408983446 87101201408983447, 87101201408983448, 87101201408983449 87101201408983450, 87101201408983451, 87101201408983452 87101201408983453, 87101201408983454, 87101201408983455 87101201408983456, 87101201408983457, 87101201408983458 87101201408983459, 87101201408983460, 87101201408983461 87101201408983462, 87101201408983463, 87101201408983464 87101201408983465, 87101201408983466, 87101201408983467 87101201408983468, 87101201408983469, 87101201408983470 87101201408983471, 87101201408983472, 87101201408983473 87101201408983474, 87101201408983475, 87101201408983476 87101201408983477, 87101201408983478, 87101201408983479 87101201408983480, 87101201408983481, 87101201408983482 87101201408983483, 87101201408983484, 87101201408983485 87101201408983486, 87101201408983487, 87101201408983488 87101201408983489, 87101201408983490, 87101201408983491 87101201408983492, 87101201408983493, 87101201408983494 87101201408983495, 87101201408983496, 87101201408983497 87101201408983498, 87101201408983499, 87101201408983500	500 PZA	2.588	1.293.000

- Los testimonios explicaron y así lo señalaron en sus declaraciones, en especial el señor OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, que los equipos celulares eran facturados al DISTRIBUIDOR y este último emitía otra factura posterior al cliente final, por tanto, el DISTRIBUIDOR compraba a COMCEL los equipos y sim cards a un menor precio, para luego venderla a un mayor precio a los clientes finales, con lo cual ganaba un margen diferencial.
- Valga precisar que quedó establecido que, igualmente, en lo relacionado con recargas y venta de simcards correspondieron a una típica compra para reventa, sin que haya prueba de que para ello se hacía algún tipo de labor adicional, a la de mera distribución.

- En la misma línea, MAURICIO ACEVEDO y EVELIO ARÉVALO indicaron que el kit prepago era facturado por COMCEL al distribuidor y este después al cliente final.
- En el dictamen pericial de contradicción elaborado por el perito JORGE ARANGO VELASCO, se pudo constatar las operaciones de compra para reventa en la contabilidad de ambas partes (Págs. 8 y 9), así:

3. En la prestación mercantil se está considerando la inclusión de los Kits prepagos, siendo que conceptualmente los mismos son una compra para reventa

Razón de la contradicción:

Si bien es cierto que a JEGA se le solicita en el Literal A.2 del Dictamen que calcule matemáticamente a cuánto asciende la prestación mercantil del concepto de los descuentos de Kits Prepago, es importante aclarar que aquí existe una confusión en el concepto que origina el ingreso para COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA, puesto que la actividad realizada por este último es la compra de los kits, a un precio inferior al precio de mercado, para su posterior reventa al público.

Y sustento la palabra "confusión" ya que contablemente es cierto que bajo el Plan de cuentas a nivel 6 la subcuenta en la que se registran los conceptos de gastos de ventas para COMCEL es la 529505 Comisiones; es importante considerar que económicamente el negocio de los Kits prepago consiste en la gestión que realiza un comerciante de adquirir un producto con el propósito inequívoco de revenderlo a un precio en el cual obtenga un margen de contribución.

Efectos de la contradicción:

No se debe tener en cuenta el valor de la página No. 15 del dictamen por COP 544.123.559 porque conceptualmente no corresponde a una comisión, sino a una gestión de compra para reventa.

Es importante aclarar que, aunque en la pregunta realizada a JEGA en el literal A.2.b, se le anima responder sobre la "prestación mercantil", el cálculo matemático del eventual perjuicio (la forma) no puede ser soporte del error conceptual del origen del ingreso (el fondo). En otras palabras, no se puede soportar una "prestación mercantil" en conceptos que no dan origen a ella.

4. En la prestación mercantil se está considerando la inclusión de las tarjetas Sim, siendo que conceptualmente las mismas son una compra para reventa

Razón de la contradicción:

Al igual que en la contradicción anterior, a JEGA se le solicita en el Literal A.3 del Dictamen que realice el cálculo matemático de la prestación mercantil para el concepto de Sim Cards. Para este caso también es importante aclarar que la actividad realizada por COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA implicó:

- i. La compra de un inventario
- ii. La aplicación de margen sobre el precio de compra del inventario
- iii. La reventa de ese inventario al público

La aplicación de un margen sobre un producto adquirido por parte de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA a COMCEL para ser vendido con posterioridad al público se entiende como una gestión de compra para reventa, la cual no puede ser considerada como parte del cálculo de la "prestación mercantil" propia de la agencia comercial.

Efectos de la contradicción:

No se debe tener en cuenta el valor consignado en la página No. 18 del dictamen por COP 4.936.793 porque conceptualmente no corresponde a una comisión, sino a una gestión de compra para reventa.

La determinación de los intangibles especiales, como lo es el cálculo de perjuicios, comporta un análisis integral de los elementos fácticos económicos y jurídicos para poder realizar una interpretación acorde a la realidad y así poder dar una respuesta adecuada a la pregunta. Si una pregunta está técnicamente formulada de forma errónea, la respuesta no puede validarla.

- Todo lo anterior es concordante con lo pactado por las partes en la cláusula 7.8 del contrato, muestra de que las partes sí pactaron compra para reventa de equipos y kits prepago. Veamos la cláusula 7.8:

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 CELCARIBE , 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 CELCARIBE , a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado. EL DISTRIBUIDOR, entregará a CELCARIBE en las instalaciones de ésta última, los originales de los comprobantes de consignación en las cuentas de CELCARIBE , a más tardar el segundo día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, junto con los demás documentos de venta.

Vale destacar que en cuanto a la compra para reventa hay jurisprudencia que constituye precedente judicial vinculante que señala que es un acto propio del contrato de distribución y que descarta de plano la agencia mercantil.

En Sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. MP. Luis Armando Tolosa Villabona expuso lo siguiente:

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

En Sentencia del 4 de agosto de 2015, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. MP. Ariel Salazar Ramírez. Rad. 11001-31-03-014-2004-00027-01, explicó:

1.4. Luego, al intermediario que obra por su cuenta no puede considerarse agente comercial, es decir, a quien toma para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realice, como ocurre en aquellos vínculos contractuales en virtud de los cuales se adquieren los productos para su reventa, obteniéndose un provecho económico de la diferencia de precios de compra y enajenación, y asumiéndose, además, las contingencias de pérdida y deterioro de las mercancías, solvencia de los clientes y pago de los productos.

(...)

1.5. El de distribución, es un convenio que otorga al comercializador el derecho de vender los productos del empresario en una zona geográfica determinada bajo las condiciones impuestas por este, obteniendo como ganancia la diferencia entre el precio de compra al productor y el de venta al cliente final, denominada margen de reventa.

El beneficio del distribuidor resulta de su propia actividad, por cuanto adquiere las mercancías y debe pagar su valor al productor con independencia de la suerte que corra al revenderlas (actúa por su cuenta y en nombre propio), por lo que el incumplimiento del cliente solo lo perjudica a él, y debe soportar todos los riesgos de los productos desde que estos quedan a su disposición.

Cuando el empresario recurre a esta figura «se compromete a remitir... las unidades, en las cantidades que éste lo requiera, dentro de ciertos márgenes, pero tales unidades le son enviadas en propiedad al distribuidor, quien es deudor del precio ante la empresa fabricante. A su vez, el distribuidor es quien le vende al cliente y, en consecuencia, es quien factura y adquiere todos los derechos y asume todas las obligaciones de vendedor».

El comercializador se obliga a «efectuar las ventas del producto; pero, fundamentalmente, se obliga a pagar el precio de la mercadería que recibe en las condiciones y plazos pactados. Se obliga, más que a vender, a adquirir una cantidad mínima de mercadería dentro de los períodos previstos. Es natural que el distribuidor se esfuerce en vender esa cantidad mínima, pues de otro modo, acumulará un stock a pura pérdida. Claro está que el fabricante o proveedor pueden no conformarse con esa venta mínima y requerir al distribuidor una mejor política de ventas, para aumentar así la política de colocación del producto en el mercado» (subrayado no es del texto).

De igual forma, en caso similar al que nos ocupa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, en proceso Rad. No. 11001310302220100058801, (**HUNZACEL LTDA vs. COMCEL S.A.**) emitió sentencia del 27 de mayo de 2019, en la cual señaló lo siguiente:

Conclúyase, que el contrato de agencia, aun cuando tiene una identidad propia, tiene elementos que lo asimilan con otros muy afines. En relación con el contrato de distribución, "se distinguen en que (i) la venta de la mercadería ajena, hecha por el agente, se hace por cuenta del principal, apoyada en el mandato, mientras el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, facturándole al cliente y lucrándose con la diferencia⁵; (ii) en punto a sus finalidades, el de agencia busca procurar al proponente un resultado derivado de la actuación del agente, en tanto la distribución halla por objeto que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela⁶; (iii) la forma de actuación de los auxiliares independientes difiere por cuanto el agente no adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene, cosa que sí acontece en la distribución^{7b}

➤ Labores administrativas de celebración de contratos de servicio post pago:

Durante la ejecución del contrato, el EXDISTRIBUIDOR en lo relacionado con la suscripción de contratos por lo clientes o abonados ejecutó labores meramente administrativas, operativas, logísticas y organizativas tendientes a hacer toda la gestión de recepción de clientes, diligenciamiento de contratos, verificación de identidad e información básica de los clientes, recepción de documentación de los clientes, explicación de los contratos de prestación de servicios de telefonía celular y precisión de detalles sobre estos contratos.

Estas labores no tienen ninguna relación específica con las actividades propias de la agencia mercantil, pues nada tienen que ver con aquellas que le son propias a ese tipo contractual, en particular con la promoción y explotación de un negocio del empresario.

- Es prueba de estas labores el texto del contrato objeto del pleito y sus anexos, que refiere las actividades administrativas que debía cumplir el EXDITRIBUIDOR en cuanto al diligenciamiento de contratos, verificación de identificación de clientes, conservación y envío de estos contratos a COMCEL.
- El testigo MARCOS EDISON FORERO, explicó que dentro de las labores administrativas del DISTRIBUIDOR estaba la de verificar la identidad y validar la información proveída por el cliente para la firma de los contratos.
- El propio representante legal del EXDISTRIBUIDOR explicó en su interrogatorio cómo eran esas labores operativas y administrativas en las que debían verificar y validar la información e identidad del posible cliente, ingresar esa información a los sistemas, diligenciar los contratos, conservarlos y enviarlos a COMCEL S.A.

➤ Labores administrativas de recaudo CPS:

En cuanto a las actividades que se realizaban en CPS (centros de pago y servicios), los cuales eran operados en los mismos establecimientos en donde operaba el EXDISTRIBUIDOR, eran meramente de recaudo de dineros, en otras palabras, simplemente implicaban recibir los dineros de los pagos hechos a COMCEL, como lo hace cualquier recaudador, que ninguna relación tiene con las de un agente.

- Esto quedó demostrado con el dictamen pericial de contradicción elaborado por el perito JORGE ARANGO, quien señaló en el punto 2 lo siguiente:

- Comisión de recaudo CPS – Auxiliar: 4145950109⁵

La función de recaudo, que era la cumplida de manera principal a través de los CPS, no identifica precisamente la gestión de promoción o explotación de negocios de Comcel. En todo caso, la labor de recaudación difícilmente puede entenderse como inherente a la actividad de promoción inherente al distribuidor, ya que para COMCEL era lo mismo que el pago de sus cuentas se recibiera en un Banco o en un Supermercado o que se recibiera en los establecimientos de sus distribuidores, para comodidad última de sus clientes.

Para la demostración fáctica de que esta actividad de recaudo del pago de la factura en canales presenciales cuenta con varios aliados, coloco los aliados en los cuales, al día de hoy, año 2020, se pueden pagar las facturas de manera presencial:

- Bancos: Bancolombia, Banco de Bogotá, Davivienda, BBVA, Colpatría, Citibank
- En nuestros puntos autorizados: Baloto, Éxito, Red servi, Giros y finanzas, Efecty.
- Regionales como super efectivo, coopenesa, servy pagos, servicer. o en nuestros Centros de Atención y Ventas (CAV) a nivel nacional.

➤ Ausencia de promoción y explotación de negocio:

El EXDISTRIBUIDOR no hizo promoción, publicidad, mercadeo ni actividades tendientes a la conquista y expansión de mercados o retención y recuperación de clientes, pues todas esas actividades desarrolladas directamente por COMCEL S.A. Quedó demostrado y ahora se pasa a explicar más en detalle que ni del contrato ni de las pruebas practicadas en el expediente se evidenció que el EXDISTRIBUIDOR hubiera hecho dichas actividades.

2.3. Los elementos de promoción y de ausencia de asunción de riesgos no se manifiestan en la relación contractual entre COMCEL S.A. y COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. en la forma como se deben manifestar en un contrato para ser catalogado como agencia mercantil.

Son elementos esenciales de la agencia mercantil, entre otros, i) la promoción, mercadeo y publicidad de los productos y servicios del empresario y la ii) ausencia de asunción de riesgos.

i) **En el contrato objeto de litigio, el EXDISTRIBUIDOR NO promocionó, mercadeó ni publicitó los productos y servicios de COMCEL S.A., por lo que no posicionó la marca de COMCEL, como lo consideró el fallador de primera instancia.**

- En el clausulado contractual se dejó claro que COMCEL sería el encargado de la publicidad y que sólo podría hacerla el DISTRIBUIDOR con autorización de aquel y con el apoyo de COMCEL del Plan Coop, reconociendo que la penetración y acreditación en el mercado era a cargo de COMCEL y que la publicidad que puede hacer es SOLAMENTE PARA SU PROPIO NEGOCIO O PUNTO DE DISTRIBUCIÓN. Veamos:

7.10. EL DISTRIBUIDOR conoce las inversiones en tiempo, esfuerzos y recursos económicos considerables realizados por CELCARIBE para penetrar y acreditar en el mercado los productos y servicios y para mantenerlos dentro del nivel de aceptación, calidad, eficiencia y consolidación en la economía del País. También es consciente de la significación, imagen y posicionamiento actual de CELCARIBE en el mercado y de su designio de conservación y ensanche futuro y de igual forma conoce, acepta y valora lo concerniente al aprovechamiento de todos estos aspectos y del nombre de CELCARIBE con la designación que se le hace de DISTRIBUIDOR.

7.10.3 EL DISTRIBUIDOR se obliga a participar en todas las promociones que CELCARIBE ofrezca al público, a observar estrictamente todos los términos y condiciones que se le comuniquen para cada una de estas promociones. EL DISTRIBUIDOR reconoce que las promociones que ofrezca CELCARIBE al público y la publicidad que haga ampliarán de manera significativa las posibilidades de mercadeo y por lo tanto que su participación en las promociones tienen un efecto económico positivo para él.

7.12. EL DISTRIBUIDOR se obliga a adoptar medidas de seguridad idóneas y efectivas que tiendan a asegurar y garantizar el correcto uso de la documentación de CELCARIBE, la papelería, formularios de contratos, pagarés, recibos o comprobantes de caja, documentos de la Dijin, literatura de ventas, materiales de promoción y de publicidad, carnés y documentación de identificación CELCARIBE, rótulos, marcas, enseñas y en general de toda la documentación que le sea suministrada por CELCARIBE para el desarrollo de la distribución y, se obliga a devolver los documentos que no hubiere utilizado en los términos y de conformidad con las instrucciones de CELCARIBE ante quien responderá y frente a terceros por la totalidad de sus gastos, y de los daños que se ocasionen como consecuencia de la indebida o errónea utilización de dichos bienes, enseres, implementos y documentos.

7.18 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que le entregue CELCARIBE o que CELCARIBE apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de CELCARIBE .

8. Publicidad

8.1 EL DISTRIBUIDOR hará la publicidad de su negocio, de la manera y en la cantidad recomendada por CELCARIBE , se obliga a utilizar los materiales de promoción, formatos de contratos, recibos de caja, pagarés, papelería y documentación que ésta le suministre incluyendo literatura de ventas y hojas de especificaciones del Servicio y del Producto. CELCARIBE se reserva el derecho de cobrar dicho material al DISTRIBUIDOR cuando, a juicio de CELCARIBE , el consumo de dicho material parezca irrazonable en relación con el desempeño de ventas del DISTRIBUIDOR. Todo el material publicitario y promocional que elabore o sea elaborado por EL DISTRIBUIDOR deberá ser consistente con la reputación del Servicio y de los Productos por su alta calidad técnica y CELCARIBE lo deberá aprobar por escrito antes de que sea utilizado por EL DISTRIBUIDOR. Este no usará ni permitirá el uso de materiales publicitarios tendientes a perjudicar el buen nombre de CELCARIBE , de otros distribuidores o a crear confusión o impresiones falsas en el público. CELCARIBE podrá en cualquier tiempo señalar las políticas generales de publicidad y, en todo caso, autorizará previamente y por escrito la publicidad.

8.2 CELCARIBE podrá a su arbitrio contribuir con fondos para la publicidad del DISTRIBUIDOR, bajo los términos y las condiciones del Anexo C. Para que EL DISTRIBUIDOR pueda gozar de la contribución de fondos, dicha publicidad deberá ser aprobada por CELCARIBE antes de ser publicada y EL DISTRIBUIDOR deberá previamente enviar a CELCARIBE las pruebas que demuestren la compra de la misma y una copia del aviso correspondiente. EL DISTRIBUIDOR acuerda observar las pautas que se describen en el Manual de Imagen Corporativa de CELCARIBE .

8.3 A solicitud del DISTRIBUIDOR, CELCARIBE , podrá autorizar que en la publicidad del primero se utilice el nombre, enseñas, marcas, etc., de CELCARIBE , reconociendo expresamente que ello no constituye publicidad para CELCARIBE sino un beneficio para la publicidad que realice de su propio negocio. "EL DISTRIBUIDOR" no podrá utilizar la marca "CELCARIBE ", ni sus elementos de identidad, en combinación con marcas de proveedores de equipo y accesorios celulares ni con la venta o renta de productos o servicios no autorizados por "CELCARIBE ". La utilización de la marca, logotipo o cualquier elemento de identificación corporativa en papelería, tarjetas de presentación o cualquier apoyo publicitario deberá realizarse bajo las reglas determinadas PREVIA Y EXPRESAMENTE por "CELCARIBE ", garantizando que no se menoscabe ni se reduzca la imagen corporativa y comercial de "CELCARIBE ".

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

- En la práctica se evidenció que, efectivamente, COMCEL S.A. fue quien hizo las grandes inversiones en publicidad para el posicionamiento de la marca CLARO. Así, el dictamen pericial elaborado por el perito JORGE ARANGO, en la respuesta a la pregunta 23 (pág. 30) determinó el posicionamiento de la

marca CLARO a nivel mundial y estableció a nivel COLOMBIA un comparativo entre la inversión hecha por COMCEL S.A. en publicidad y la inversión hecha por el EXDISTRIBUIDOR:

Tabla 6. Comparación de gasto de publicidad de COMCEL Colombia Vs. CMC

Año	COMCEL Publicidad	CMC Subcuenta 523560	CMC / COMCEL
2012	177.053.000.000	76.862.275	0,0434%
2013	162.883.000.000	58.887.656	0,0362%
2014	179.725.259.000	58.781.399	0,0327%
2015	155.485.528.000	54.409.367	0,0350%
2016	159.692.817.000	24.074.298	0,0151%
2017	150.609.845.000	23.801.144	0,0158%

La Publicidad de COMCEL corresponde al gasto realizado en Colombia.

De acuerdo con la anterior tabla, es claro que la inversión en publicidad hecha por CMC y dirigida a atraer clientes a su punto, **no representa más de 0,3 por ciento** en promedio entre los años 2012 a 2017 frente a la hecha por COMCEL en Colombia durante esos mismos años.

- Lo que es aún peor, es que de las cifras invertidas por el EXDISTRIBUIDOR en publicidad el 50% era reembolsada por COMCEL S.A., por medio del conocido PLAN COOP establecido en las cláusulas del contrato y en el Anexo C, reembolso que fue efectivamente solicitado y pagado por COMCEL S.A., de lo cual dan cuenta las facturas emitidas por el EXDISTRIBUIDOR para tal fin y que fueron aportadas en la exhibición de documentos (Exhibición de documentos Carpeta 6.5.12. Inversiones en Publicidad).

- De acuerdo con las cláusulas contractuales ya citadas, el EXDISTRIBUIDOR tenía prohibido hacer publicidad, salvo que éste expresamente lo autorizara y con el material que éste le suministrara.
- Bajo lo preceptuado en la cláusula 8, el EXDISTRIBUIDOR, además no hacía publicidad para posicionar la marca de COMCEL S.A., esto es CLARO, sino para atraer clientes a su punto, más no para la marca.
- De igual forma, bajo lo preceptuado en las cláusulas contractuales los planes promocionales y demás ofertas eran hechas por COMCEL S.A. para atraer a sus clientes, labores en las que el EXDISTRIBUIDOR no podía intervenir y sólo debía limitarse a acatar en la forma en que COMCEL S.A., lo estableciera.
- También, cabe destacar que COMCEL S.A. era el encargado de hacer los estudios de mercado y era quien tenía la potestad de conocer el mercado y tomar las acciones necesarias para lograr la penetración en el mercado. Esto quedó claramente probado con los testimonios de JUAN CARLOS VILLESAS y OLGA PATRICIA MARTÍNEZ, así como con el documento denominado “Tracking publicitario y de marca Claro” de 2019 aportado con la contestación de la demanda, en el cual se evidencian los estudios de mercado y de penetración contratados y pagados por COMCEL S.A.
- Además, quedó plenamente demostrado con los testimonios de JUAN CARLOS VILLESAS y OLGA PATRICIA MARTÍNEZ que COMCEL era el encargado de hacer la publicidad **ATL** y **BTL**, esto es: ATL: Above the line: que significa **sobre la línea**, y es la publicidad de mayor penetración y recordación, pues es aquella que tiene mayor alcance, están en medios de comunicación masiva tales como radio, televisión o internet, y es la de mayor inversión. BTL: Below the line: que significa la publicidad **debajo de la línea**, que es un complemento de la ATL, al cual tiene menor penetración, alcance

y recordación y es básicamente la que se hace con actividades de volanteo, perifoneo, eventos, entre otros. Por su parte, el EXDISTRIBUIDOR sólo hacía publicidad **BTL**, pues es la de menor inversión, y la hacía para dar publicidad a su propio punto o establecimiento, el 50% de lo invertido era reembolsado por COMCEL S.A. mediante el Plan COOP y COMCEL S.A. por su parte también hacía actividades BTL.

- Ni la marca CLARO ni los productos y servicios de COMCEL S.A. son posicionados o conocidos en el mercado por una escasa e irrisoria labor que puedo llegar a hacer el EXIDISTRIBUIDOR con el único fin de atraer tráfico a su propio punto, tal como lo dejó claro y lo explicó en cifras el testigo JUAN CARLOS VILLESAS, quien explicó que la capacidad de atraer clientes por medio de actividades BTL y con el potencial que hay en el punto en donde se encontraba el establecimiento del EXDISTRIBUIDOR es ínfima.
- Resultó demostrado, a contrario sensu a como lo que consideró el juez de primera instancia, que en la zona NORTE, no hubo un único DISTRIBUIDOR. Es decir, el Despacho de primera instancia sin contar con prueba alguna supuso o entendió que el EXDISTRIBUIDOR posicionó la marca COMCEL en la zona NORTE de Colombia, según lo indicó en el fallo, aspecto que no es cierto por cuanto: **1.** El EXDISTRIBUIDOR como quedó explicado no había labores de posicionamiento de marca, ni él, ni ningún otro DISTRIBUIDOR, **2.** La zona NORTE comprende la zona de la costa caribe de Colombia, en donde solamente, para la época en que se firmó el contrato, podía operar la compañía conocida entonces como CELCARIBE, lo cual fue explicado por el señor ANDRÉS TAMAYO en interrogatorio de parte. **3.** En el expediente obran algunos de los muchos contratos celebrados entre DISTRIBUIDORES y CELCARIBE, los cuales también operaban en la zona NORTE del país dado que era la única zona en que podía prestar el servicio de telefonía celular esta última empresa, los cuales fueron objeto de

exhibición a cargo de COMCEL. Algunos de ellos son: “6. Contrato CMT 2”, “18. Contrato MUNDO CELULAR S.A.”, “27. CONCELULAR2”.

➤ También ha de tenerse en cuenta que el EXDISTRIBUIDOR no aportó la publicidad, material publicitario e inversión en publicidad que se le pidió exhibir, por cuanto sólo aportó lo que le cobró a COMCEL y éste le reembolsó por el plan COOP, de modo que hay lugar a aplicar los efectos de la renuencia a la exhibición, el cual es tener por ciertos los hechos que se pretenden probar, lo que en este caso es que el EXDISTRIBUIDOR no hizo publicidad. (art. 267 del CGP)

ii) En el contrato objeto de litigio, el EXDISTRIBUIDOR, Sí asumió riesgos propios de su operación.

Otro de los aspectos que no le son propios de la esencia de la agencia mercantil, y que, de hecho, son contrarios a su naturaleza, es la asunción de riesgos por parte del EXDISTRIBUIDOR, algunos de los cuales asumió bajo el contrato objeto de litigio.

Así resultó probado en el proceso que hubo varios riesgos que el EXDISTRIBUIDOR asumió en virtud del contrato, lo cual explico a continuación:

➤ En la cláusula 3ª del contrato establece que el EXDISTRIBUIDOR asumiría la distribución de productos y servicios de COMCEL S.A., bajo su propio riesgo.
Veamos:

3.Objeto del Contrato:

En virtud de este contrato, CELCARIBE, concede a MUNDOCEL E.U., como DISTRIBUIDOR CV -CELCARIBE, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que CELCARIBE 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 CELCARIBE a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos.

EL DISTRIBUIDOR, según decisión e instrucciones de CELCARIBE, podrá tener la función y obligación adicional de proveer el servicio técnico, instalación y servicio de post-venta a

los productos, para cuyo efecto, tendrá un departamento de servicio técnico para diagnóstico, programación y servicio de garantía de los equipos que comercialice, y deberá suscribir un contrato de prestación de servicio técnico.

- El EXDISTRIBUIDOR asumió en la cláusula 26 del contrato objeto de litigio múltiples riesgos en el evento de que él, sus empleados o subdistribuidores incurrieran en competencia desleal, conflictos de interés, fraudes o errores en la suscripción y verificación de la información de clientes para la firma de contratos, alteraciones de información de clientes, indebida utilización de información de clientes, utilización fraudulenta de terceros para generar más activaciones, la utilización indebida o ilegal de marcas, enseñas, papelería formularios o, en general, información de COMCEL S.A., errores en la entrega de equipos activados con línea de COMCE S.A. al cliente, propiciar cancelaciones de líneas, entre otros. Veamos:

7.26 CELCARIBE al otorgar la distribución ha tenido en consideración las calidades y aptitudes éticas, económicas, operativas y los antecedentes de las personas que integran EL DISTRIBUIDOR, el interés y compromiso de éste quien lo reitera con este contrato de presentar adecuadamente los productos y servicios, observar la ética, probidad y buena fe en sus relaciones, la eficiencia e idoneidad de la comercialización, mantener y consolidar la calidad del servicio y cumplir con los requerimientos e instrucciones sobre el particular.

Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a:

7.26.1. Abstenerse, por sí, por su personal o por terceros, directa o indirectamente de comportamientos que constituyan o puedan constituir competencia desleal o actos de esta naturaleza, para con CELCARIBE, sus subdistribuidores autorizados y terceros o conductas contrarias a la confidencialidad exigida por la ley y este contrato.

7.26.2. Salvo expresa, previa y escrita autorización de CELCARIBE, abstenerse, por sí, por sus asociados, accionistas, personal directivo, administrativo, funcionarios, empleados, centros o puntos de venta y canales de distribución autorizados o por terceros, directa o

indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas violatorias del conflicto o colisión de intereses y, por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR, reconoce expresamente, acepta y obliga a que, durante la vigencia de este contrato, ni él, ni las sociedades o empresas que controle, ni sus socios y accionistas, ni el cónyuge, compañero permanente y parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los asociados, ni sus dependientes y personal, podrán tener directa o indirectamente, o en forma alguna, derecho, interés, participación o propiedad alguna, en ninguna entidad que sea proveedora de un Servicio Competitivo ni podrán adquirir, enajenar, comprar, vender, promocionar, comercializar, mercadear, suministrar o distribuir productos o servicios no autorizados, ni tener intereses comerciales a título alguno con empresas, empresarios, personas naturales o jurídicas, sean o no competidoras y especialmente con las competidoras o con terceros que presten Servicios Competitivos.

En lo que atañe a servicios incompatibles, o no autorizados, EL DISTRIBUIDOR, reconoce expresamente, acepta y se obliga a que, durante la vigencia de este contrato, no podrá tener directa o indirectamente, o en forma alguna, derecho, interés, participación o propiedad alguna, en ninguna entidad que sea proveedora de un Servicio Incompatible o no autorizado, ni podrá adquirir, enajenar, comprar, vender, promocionar, comercializar, mercadear, suministrar o distribuir productos o servicios incompatibles o no autorizados, ni tener intereses comerciales a título alguno con empresas, empresarios, personas naturales o jurídicas, sean o no competidoras y especialmente con las competidoras o con terceros que presten Servicios Incompatibles o no autorizados.

7.26.3. Abstenerse, por si, por cualquier persona o sujeto jurídico, por sus asociados, accionistas, personal directivo, administrativo, funcionarios, empleados, centros o puntos de venta y canales de distribución autorizados, usuarios, clientes o por terceros, 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:

7.26.3.1 A alterar total o parcialmente la información aportada por el suscriptor, o de la información relacionada con comprobantes de pago y recibos de caja enviada a CELCARIBE o a la adición de líneas celulares a las originalmente autorizadas por el usuario.

7.26.3.2 A la indebida utilización de la información aportada por el usuario, por otro u otros distribuidores, centros o puntos de venta y canales de distribución autorizados y terceros, para obtener la activación posterior de la línea sin consentimiento escrito y expreso del suscriptor o a la indebida utilización de información de personas que solicitan cotizaciones pero no han firmado su suscripción como decisión de compra.

7.26.3.3. A la obtención o incremento de comisiones con cambios de planes o cancelación de suscripciones o a la activación de líneas sin destino inmediato a un usuario (sin consumo), o a la utilización fraudulenta de terceros para la adquisición de planes o programas promocionales o con tarifas diferenciales o al uso de la figura de la simulación con el objeto de una reventa.

7.26.3.4. A facilitar la fuga de información tendiente al fenómeno de la clonación o duplicación de líneas celulares o en fin a la obtención de cualquier beneficio o utilidad derivada del comercio ilícito de este tipo de duplicaciones.

7.26.4. A permitir o tolerar, por si o por terceros, directa o indirectamente, positiva

o negativamente, la indebida utilización de equipos, materiales, insumos, papelería, marcas, rótulos, enseññas, formularios, contratos, copias de éstos, carnet o documentos de identificación y demás documentos y elementos.

7.26.5. Proporcionar equipos usados y/o reconstruidos en activaciones en los que esta previamente establecido que deben entregarse equipos nuevos.

7.26.6. 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.

7.26.7 Usar los teléfonos activos que son propiedad de "EL CLIENTE" y que están en poder de "EL DISTRIBUIDOR" para uso de éste.

7.26.8 Propiciar que "EL CLIENTE" cancele su línea antes de haber terminado el plazo del contrato.

- En la cláusula 27 el EXDISTRIBUIDOR asumió todos los riesgos legales laborales, tributarios y contables de su operación.
- El EXDISTRIBUIDOR asumió riesgos de la pérdida de los equipos que adquiriría por compra que le hacía a COMCE S.A., para cuyo efecto constituyó pólizas, las cuales fueron aportadas con la exhibición de documentos de COMCEL S.A., en las cuales se garantizaron los inventarios. Una vez pagados los equipos por el EXDISTRIBUIDOR a COMCEL, debía hacerse cargos de ellos y cualquier riesgo era asumido por él.

En cuanto a lo relacionado con la asunción de riesgos en similar caso, el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá D.C., en Sentencia del 23 de abril de 2019, Rad. No. 11001310802320120017600, ISESCO COMUNICACIONES LTDA vs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. – señaló:

Sobre este particular aspecto independencia, vemos que se extraen del mismo texto del contrato, cuando a cláusulas 7.26.8 se le asignó a Isesco, la responsabilidad de cualquier naturaleza, incluida patrimonial, derivada de incumplir el deber de presentar adecuadamente los productos y servicios, o por fallas en la idoneidad y eficiencia en la comercialización o en mantener y consolidar la calidad del servicio (Cláusula 7.26 contrato de julio 28/06), mismas estipulaciones que se recogieron a cláusulas 7.23.3.6 y 7.23 de los contratos de diciembre 21 de 2006.

También corrobora ese aspecto, el que a cláusula 7.27, se le atribuyó a Isesco la carga de cumplir, observar y acatar todas las disposiciones legales, en especial las laborales, tributarias y de la contabilidad general de sus negocios (Fl. 14 Cd.1), última carga que también se le asignó en las cláusulas 7.25 del contrato de julio 28/06 y en las 7.22 y 7.26 de los de diciembre 21/06 (Fls.12, 62 y 105).

Sobre este aspecto de la independencia mirada desde la óptica laboral, los documentos de estados de resultados y balance general obrantes a folios 145 a 153 y 164 a 168, nos ilustran con suficiencia acerca de que Isesco asumió los gastos operacionales de personal y honorarios; de la misma forma, lo atinente a arriendos, seguros, servicios, adecuaciones e instalaciones, por lo menos entre 2006 y 2008.

Pero también a cláusula 7.28, vemos que Isesco adquirió la carga de constituir una unidad homogénea y mantener una relación jurídica única y exclusiva, sin inculcación de Comcel, con los canales de distribución, centros o puntos de venta contrato de julio 28/06); amén de ello, podía celebrar los contratos con los propietarios de estos canales de distribución, con la potestad de proyectar el contenido obligacional respectivo (norma general Anexos D, Fls.41 y 130), así como mantener, controlar, financiar y responder por el equipo integrante de la infraestructura administrativa y de personal mínimamente señalada en el anexo D de cada contrato (Fls.42, 131/2); al igual que podía convenir con los subdistribuidores, las correspondientes comisiones, bajo el entendido de que estos hacían parte de su estructura organizacional, integrando una entidad homogénea (Fls. 45 y 130).

Valga resaltar que el EXDISTRIBUIDOR estaba, además, obligado a pagar con sus comisiones los daños que se pudieran causar por una “mala venta” o por errores en procedimientos de venta en el inciso 2º de la cláusula 7.29, así:

Por fuera de la culpa así sea levisima del DISTRIBUIDOR y de su personal o canales de distribución, de la omisión o retardo en el cumplimiento de las cargas y deberes señalados en precedencia y de la activación de las líneas por CELCARIBE, en todo caso, EL DISTRIBUIDOR, perderá las comisiones, prestaciones y residuales y responderá frente a ésta por la totalidad de los daños, gastos y costos a que hubiere lugar derivados de la activación con documentos o datos falsos, total o parcialmente o, cuando siendo veraces pertenecen a personas distintas que no hayan autorizado su utilización o, cuando de cualquier manera permite o tolera la utilización de datos suministrados por los usuarios, clientes o suscriptores en sus solicitudes, por él mismo, su personal, otros distribuidores, centros o puntos de venta o canales de distribución, para obtener la activación posterior de líneas sin la anuencia del suscriptor o de personas que no lo hayan autorizado o cuando tolera la utilización indebida de la información confidencial, de los documentos de identificación de su personal o de la papelería y documentación suministrada.

3. SUBSIDIARIAMENTE: EN CASO DE EXISTIR ELEMENTOS DE AGENCIA MERCANTIL EN EL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES, HAY UNA CONCURRENCIA CON UNO DE DISTRIBUCIÓN – COLIGACIÓN DE CONTRATOS.

Está claro que respecto de la compra de equipos y kits prepago entre COMCEL S.A. y el EXDISTRIBUIDOR lo que existió fue un negocio típico de distribución sin ningún tipo de duda, de modo que sobre tales actividades es imposible sostener que hubo una relación contractual de agencia mercantil.

Ahora, si existe algún tipo de sospecha sobre la posibilidad de que las demás actividades ejecutadas por el EXDISTRIBUIDOR tienen similitudes o encajan dentro de una relación de agencia comercial, aunque así no haya sido, de ser el caso, podría determinarse que hubo una coligación o concurrencia de contratos. Con demás actividades quiero decir las gestiones administrativas en la celebración de contratos con los clientes, la verificación de sus datos e identidad, todo el manejo de la logística de la celebración de esos contratos, recaudos de dineros, recepción de comunicaciones, quejas o reclamos de clientes, servicios postventa y demás actividades relacionadas con la comercialización de los servicios de COMCEL S.A.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., **CELOCCIDENTE & CÍA. S.A. EN LIQUIDACIÓN vs. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL -**, Rad. **11001310300420120007702**, sentencia del 18 de agosto de 2020, consideró, en caso similar, que entre el contrato celebrado por COMCEL S.A. con otro distribuidor, había una distribución coligada con un contrato de comisión, así:

Y que comprar para revender fue parte de su actividad lo mencionó la encargada de la información financiera y contable, Evangelina Arango, cuando dijo que una de las comisiones era “por la venta del kit prepago”, y consistía en “la diferencia del precio facturado por COMCEL con el precio vendido por CELOCCIDENTE” y que otra bonificación “se recibía... por la legalización del kit prepago”, o activación del producto en el sistema. Después aclaró la diferencia en la operación frente a los kits pos pago, diciendo:

“los Kits prepago se recibían inicialmente con una remisión y luego eran facturados por COMCEL a CELOCCIDENTE. Con los equipos pos pago se recibían con una remisión y eran activados con los planes y facturados al cliente por COMCEL”, de forma concordante con la respuesta que dio la demandada a los hechos 20, 21 y 22, al mencionar que el contratado recibía para si los dineros que los usuarios pagaban por la compra del kit prepago, pero en la moralidad pos pago el operador facturaba a cada usuario.

Más adelante, agregó sobre los demás servicios:

Los servicios, en cambio, se colocaban a disposición de los usuarios finales o abonados - según la definición de la cláusula 1.13- como un comisionista. El servicio de telefonía y el de transmisión de datos, pese a ser contratos distintos, necesariamente requerían de la adquisición del equipo terminal, pero el plan de telefonía venía atado al teléfono adquirido, en tanto que en el de datos era opcional, pues su forma de colocación podía o no estar ligada a la compra previa de un celular. Por eso es inútil alegar que el demandante estaba en imposibilidad jurídica de realizar directamente la labor de venta del servicio de telefonía - entendido según la definición de la cláusula 1.11-, porque en realidad no fue contratado para promocionar eso, sino para intermediar entre el operador y el abonado, en nombre propio porque lo haría con sus medios -organización, personal e infraestructura según la cláusula 3- y organizando su empresa e infraestructura física en la forma más idónea para la comercialización -cláusula 7.3-, pero por cuenta ajena porque era el servicio ofrecido por la demandada: en últimas un comisionista, como lo define el artículo 1287 del C. de Co.

3.1. Aceptación de coligación de contratos por la jurisprudencia.

En todo caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de antaño ha aceptado la posibilidad de que en puedan coexistir o concurrir contratos de distribución y agencia en una misma relación contractual, u otro tipo de contratos. Veamos algunas sentencias de esa Corporación que nos ilustran al respecto:

- ✓ Sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. MP. Luis Armando Tolosa Villabona:

“La agencia comercial y la simple distribución, en consecuencia, no son incompatibles en la zona trazada, solo que en la hipótesis de concurrir, en punto de los mismos u otros bienes o servicios, el ámbito de acción de una y otra actividad debe quedar debidamente delimitada, y en caso de controversia, probada en juicio.

(...)

5.10.3.2. Ahora, si en la sentencia recurrida, al lado de la agencia comercial, también se dejó probada la compra de mercancías para la reventa, y si la censura, ciertamente, se aplica a mostrar esta última relación comercial, independientemente que en la hipótesis de no concurrir con la agencia comercial, aquella desvirtúa a ésta, salta de bulto que en punto del suministro, la recurrente y el Tribunal, en lugar de discrepar, se encuentran plenamente convenidos.”

- ✓ Sentencia del 4 de agosto de 2015, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. MP. Ariel Salazar Ramírez. Rad. 11001-31-03-014-2004-00027-01:

A pesar de la autonomía de la agencia como contrato mercantil, por su carácter de instrumento de intermediación tiene afinidad con otros, con los cuales puede concurrir, pero «sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene calidades específicas que, por lo mismo, lo hacen diferente, razón por la cual, su demostración tendrá que ser inequívoca» (CSJ SC, 4 Abr 2008, Rad. 1998-00171-01).

Un comerciante puede recibir el encargo de promocionar y comercializar productos de un fabricante, e incluso asumir la prestación de servicios postventa, pero eso no lo convierte en agente comercial.

- ✓ Sentencia del 31 de octubre de 1995, Corte suprema de Justicia, Sala Civil. MP. Pedro Lafont Pianetta (Exp. No. 4701):

Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta

*de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que éste, previa las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia; actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial. **Pero lo anterior no se opone, como lo reconoció esta Corporación en ocasión anterior, a que habiendo un contrato de agencia entre empresario (agenciado) y comerciante (agente) en forma paralela puedan concurrir otros contratos, como los de ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia.** (Sent. del 14 de diciembre de 1992. G.J. CCXIX, P.703 y ss.), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor. (Subraya y negrilla fuera de texto original)*

3.2. En el caso en concreto:

Teniendo en cuenta las múltiples pruebas ya referidas, quedó plenamente demostrado que, en efecto, en el contrato enjuiciado, entre el EXDISTRIBUIDOR y COMCEL se ejecutaron actividades propias de la distribución en lo relacionado con la compra para reventa de equipos y kits prepago. Las demás actividades que, en concepto de la suscrita corresponden a meras labores administrativas o de intermediación con clientes a cambio de una comisión, de llegar a considerarse que son propias de una agencia mercantil, entonces debe concluirse que en el contrato coexistieron tanto la DISTRIBUCIÓN como la AGENCIA MERCANTIL, sin que puedan considerarse como propias de este último tipo contractual, aquellas labores que no le corresponde.

4. EN EL EVENTO DE EXISTIR UNA RELACIÓN CONTRACTUAL DE AGENCIA COMERCIAL, LA CESANTÍA MERCANTIL FUE RENUNCIADA Y, EN TODO CASO, PREPAGADA.

4.1. Renuncia anticipada a la cesantía mercantil.

La jurisprudencia ha admitido como un pacto válido, la renuncia de la cesantía mercantil, al tratarse de un derecho de contenido económico que sólo interesa a la relación privada entre las partes de un contrato, aunque la jurisprudencia ha sido variante.

Igualmente, así como hay jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, también existen precedentes de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que ha aceptado el pago anticipado de la cesantía comercial, como un pago válido, para la muestra:

- Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Séptima Civil de decisión, Manuel Alfonso Zamudio Mora, 19 de febrero de 2020. **CONEXCEL S.A. EN REORGANIZACIÓN y APONTE VILLAMIL ZULUAGA Y CÍA S.A.S. contra COMCEL S.A. RAD. 11001310300320140060703.**

En esa providencia, el Tribunal indicó:

3.3.3. En cuanto a la cesantía comercial y la indemnización equitativa establecida en los incisos primero y segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, debe decirse que la parte demandante renunció a esas facultades.

En efecto, la cláusula 4ª del “anexo F” (acta de conciliación, compensación y transacción) del contrato de 3 de abril de 2003, da cuenta que las “partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas..., cualquiera que sea su naturaleza, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente... En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo, recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.314 del C. de Co.” (fl. 269, cdno. 1; negrillas y subrayas fuera de texto).

En cuanto al contrato de distribución de los productos y la comercialización de los servicios BlackBerry de 20 de junio de 2006 (fl. 773, cdno. 1B), debe decirse que en la cláusula segunda igualmente se tuvo como parte integral de ese convenio el anexo "F" (acta de conciliación, compensación y transacción); sin embargo, inexplicablemente la parte actora no allegó ese documento una vez requerida para que subsanara la demanda, lo que implique que deba asumir las consecuencias por esa conducta procesal, se deduce del artículo 249 del CPC, entonces vigente.

Respecto al contrato de servicio de la misma fecha (20 de junio de 2006; fl. 742, *ib.*), en su cláusula 16 las partes acordaron que Conxcel "reconoce que el uso de las marcas comerciales de Comcel, la cooperación de Comcel con respecto a la publicidad, la promoción

por parte de Comcel de las ventas del contratista y el acceso a la tecnología de Comcel, tiene un impacto positivo, directo y sustancial en sus ingresos", a lo que añadieron que "Por consiguiente, en pago de ello, el contratista promete expresa e irrevocablemente que, una vez termine este contrato por cualquier causa, procederá inmediatamente a renunciar a cualquier derecho que le pueda otorgar la ley a su favor debido a la terminación de este contrato, incluyendo pero no limitando a los derechos que hace mención al artículo 1324 del Código de Comercio]" (fl. 755, cdno. 1B).

Por manera que en cuanto hace relación a ambas prestaciones (cesantía comercial e indemnización equitativa), la legalidad y eficacia de las aquellas estipulaciones contractuales no merece reproche alguno, en primer lugar, porque el expediente no devela que la incorporación de ese clausulado "estuvo motivada por condicionamientos subjetivos que de alguna manera comprometieron la autonomía de la voluntad y la libertad de disposición de la sociedad demandante [tales como error, fuerza, dolo, etc.]" ¹⁹, todo lo cual con miramiento en el replanteamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 8 de marzo de 2010, exp. 2001 00847 01; citada en sent. de 19 de octubre de 2011 exp. 2001 00847, al señalar que no veía "cómo una relación patrimonial de interés circunscrito a las partes de un negocio jurídico, pueda afectar el orden público, social o económico, o al gremio de los agentes, como si uno pudiese comprometer a otro u otros en un negocio jurídico que solo lo ata a él" "y el criterio de la debilidad del agente, es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario". (Se subraya).

Por las anteriores razones, para el momento en que inició este asunto, la parte actora ya había renunciado a su facultad de reclamar de su contraparte la cesantía comercial e indemnización equitativa de que trata artículo 1324 del Código de Comercio, vicisitud que imponía negar igualmente el reconocimiento de esas prestaciones económicas.

En el presente asunto, el EXDISTRIBUIDOR renunció a la cesantía comercial desde la celebración del contrato, tal como se demostrará a enseguida.

4.1.1. Aceptación por la jurisprudencia de la renuncia anticipada a la cesantía mercantil.

La jurisprudencia ha aceptado y convalidado la posibilidad de que la cesantía comercial se renuncie, al tratarse de un derecho patrimonial susceptible de disposición.

- En sentencia del 19 de octubre de 2011, la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 11001-3103-032-2001-00847-01, con ponencia del Magistrado de la Corte Suprema William Namén Vargas, consideró que, por no interesar al orden público, sino únicamente al campo de la autonomía de la voluntad de las partes, la cesantía comercial es de carácter dispositivo, por tanto, susceptible de cualquier renuncia, pago anticipado, conciliación, transacción y demás negociaciones de tipo privado. Veamos:

Con estos lineamientos, en lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y por consiguiente, la facultad reconocida por el

ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas.

A este respecto, “las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles...” (artículo 4º, C. de Co), el contrato, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 C. de Co y 1495 C.C.), es fuente generatriz de obligaciones y desde su formación genera el efecto primario o inicial, propio de su naturaleza vinculante proyectada en la atadura, vínculo u obligatoriedad de su cumplimiento por las partes, para quienes es precepto o norma contractual obligatoria (pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus); “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (artículo 1602 Código Civil); “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella” (artículo 1603 Código Civil), sean esenciales, naturales o accidentales (art. 1501, ibídem) o de uso común (art. 1621, ejusdem); “[l]os 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” (art. 871, Código de Comercio); “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia..”, “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres...” (artículos 15 y 16, Código Civil), las restricciones a la libertad contractual o

autonomía privada dispositiva son excepcionales, requieren texto legal, de cuya finalidad, al menos, en protección de determinados sujetos o intereses vitales, pueda inequívocamente desprenderse y, en verdad, no existe norma alguna prohibitiva del acto dispositivo del derecho a la prestación establecida en el inciso 1° del mencionado artículo 1324 (ad exemplum, la hay en las hipótesis de los artículos 424, 1522, 1673 y 1950 del Código Civil; artículos 200, 297, 318, 501, 504, 1005, 1097, 1203 y 1244, C. de Co), ni se observa cómo una relación patrimonial de interés circunscrito a las partes de un negocio jurídico, pueda afectar el orden público, social o económico, o al gremio de los agentes, como si uno pudiere comprometer a otro u otros en un negocio jurídico que solo lo ata a él, y se tratare de una clase desprotegida o débil, a la cual brinda especial tutela el constituyente, a más que la agencia comercial tampoco tipifica una relación individual de trabajo ni los derechos son equiparables a los laborales o de la seguridad social, y el criterio de la debilidad del agente, es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario.

(...)

En suma, no obstante el derecho de las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, en ejercicio legítimo de su libertad contractual y autonomía privada dispositiva para disponer de la prestación económica consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio a través de las modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico, el acto dispositivo está sujeto a control judicial cuando se presenta una controversia en su génesis, contenido, validez, eficacia y ejercicio.”

- En Aclaración de Voto de la sentencia del 9 de noviembre de 2017 (Rad. esta postura fue respaldada por el Magistrado Ariel Salazar, en la cual indicó:

Por eso, respecto de la prestación remuneratoria comentada, sostuvo que atendido su origen convencional, las partes están facultadas para «disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación» de la agencia, pues si bien se hace exigible con su finalización

por cualquier motivo, «se causa con la celebración del contrato», de ahí que «desde el pacto o durante su ejecución», ellas puedan «excluirlo, ora dosificarlo o modificarlo en cuanto hace al porcentaje, al tiempo y a los factores de cálculo», y también «celebrar y ejecutar todo acto dispositivo lícito, verbi gratia, conciliaciones, pagos anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones, desde luego ceñidas a la ley».

Tal consideración, contrario a lo que ahora estimó la mayoría, no es una apreciación carente de relevancia; por el contrario, se trata de una reflexión que, amén de constitutiva de doctrina, correspondió a un cambio jurisprudencial, pues encontró la Corporación que no existía ninguna razón jurídica para continuar prohijando el criterio de indisponibilidad de la aludida obligación dineraria, como tampoco el de limitar la oportunidad de su renuncia a la terminación del convenio, posición que fue reiterada recientemente por la Sala en el pronunciamiento CSJ SC8453-2016, 24 Jun. 2016, Rad. 2014-02243-00.

4.1.2. Pruebas en el caso concreto de la renuncia a la cesantía comercial.

- Se resalta que en la cláusula 5.3 de manera libre aceptó y suscribió el EXDISTRIBUIDOR, éste renunció a la cesantía mercantil. El contenido de la cláusula 5.3 es el siguiente:

5.3. EL DISTRIBUIDOR acepta y reconoce expresamente que al vencimiento de la vigencia inicial de este contrato, o de sus renovaciones automáticas por períodos mensuales, o de su renovación expresa, o al momento de terminación por cualquier causa de éste contrato, inmediatamente dejarán de causarse créditos, prestaciones, contribuciones o pagos, de cualquier naturaleza y por cualquier causa, en favor del DISTRIBUIDOR, en especial, pero sin limitarlos, los previstos en el ANEXO A, de este contrato de Distribución.

- En la cláusula 15 se estableció expresamente también:

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

➤ Anexo F

4o. Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiere haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se entiende celebran transacción. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo, recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.324 del C. de Co.

4.2. Pago anticipado de la cesantía comercial (80/20).

Conviene precisar que el pago anticipado de la cesantía comercial es un pago válido y corresponde a un pago efectivo y no a un anticipo como fue debidamente explicado y probado a lo largo del proceso. En la sentencia, el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta para el cálculo de la prestación mercantil, los valores ya pagados por COMCEL S.A. a la cesantía comercial, vía pago anticipado, ni tampoco tuvo en cuenta todas las operaciones contables y financieras que lo demostraron, con lo cual se generaría un enriquecimiento injustificado por parte del EXDISTRIBUIDOR.

4.2.1. Aceptación de la jurisprudencia del pago anticipado de la cesantía mercantil.

Las mismas sentencias antes citadas han admitido la posibilidad de pagar anticipadamente la cesantía mercantil, como un pago válido, y también han señalado la posibilidad de compensar ese pago contra otros.

4.2.2. Pruebas en el caso del pago anticipado de la cesantía comercial (pago 80/20).

➤ En el contrato se estableció lo siguiente:

- Cláusula 30:

30. Conciliación, compensación, deducción y descuentos:

EL DISTRIBUIDOR, autoriza, expresa, espontánea e irrevocablemente a CELCARIBE para deducir, descontar o compensar de sus acreencias cualquier suma de dinero que por cualquier concepto adeude o deba, se cause o llegue a causarse o haya asumido o garantizado en la actualidad o a futuro a CELCARIBE . Por cuanto, los eventuales créditos a favor de EL DISTRIBUIDOR, son de percepción sucesiva, sólo se entenderá para todos los efectos legales que existe algún crédito a su favor, cuando realizadas las imputaciones por los distintos conceptos y, hechas las deducciones y descuentos de los gastos, costos y cargos y demás obligaciones que debe

asumir en virtud de este contrato, resulte saldo a su favor.

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, CELCARIBE , 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.

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, cualesquiera sea su naturaleza.

- Anexo A, numeral 6:

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 y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.

- Anexo C, numeral 5:

5. IMPUTACION DE LOS DINEROS DEL FONDO DEL PLAN CO-OP.

El Distribuidor, declara que los dineros que sean pagados, provenientes del fondo del Plan CO-OP, no constituyen una remuneración adicional a las comisiones pactadas en el Anexo A del contrato de distribución. Sin embargo, los dineros que sean pagados provenientes del fondo del Plan CO-OP se imputan en su totalidad, a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle CELCARIBE al Distribuidor a la terminación del contrato de distribución.

- Actas de transacción:

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

- Los testimonios de MAURICIO ACEVEDO y OSCAR RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ explicaron con detalle y precisión, cómo en la realidad efectivamente COMCEL S.A. pagó anticipadamente cualquier indemnización o crédito que al finalizar el contrato resultare a favor del EXDISTRIBUIDOR, y como, en efecto, en la práctica contable y tributaria ello ocurrió en la forma pactada en el contrato, sus anexos y en todas las actas de conciliación y cuentas.

También, explicaron con precisión estos testigos que, efectivamente, en la contabilidad se hicieron los registros contables en las cuentas correspondientes, lo cual es válido desde el punto de vista contable, conforme el derecho de petición que fue respondido por la superintendencia de sociedades, el cual obra en el expediente y fue aportado con la demanda.

- El EXDISTRIBUIDOR aceptó el pago anticipado de la cesantía, dado que nunca reclamó, objetó o rechazó el pago anticipado de la cesantía comercial. De hecho, lo aceptó durante más de 15 años, pues así lo demostró con la suscripción del contrato, los anexos, las actas de transacción y conciliación de cuentas, y, también, su propio actuar dado que nunca envió comunicación objetando o rechazando ese pago anticipado.
- Igualmente, el EXDISTRIBUIDOR aceptó ese pago anticipado de la cesantía comercial y así lo evidenció en la práctica puesto que emitió facturas distintas por comisiones y por el 20% correspondiente al pago anticipado, todo lo cual se puede establecer con las facturas aportadas por la demandante como anexo al dictamen pericial elaborado por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. (Anexos electrónicos, Carpeta A, Carpeta Anexo No. 5-A.1.a. Facturas comisiones y libros de contabilidad últimos 3 años, Carpeta Facturas Comisiones 14 de marzo de 2020). Veamos unos ejemplos:

	Comunicaciones móviles virtuales S.A. NIT. 806.014.268-1 Diagonal 31 No. 71-130 Centro Comercial La Plazuela Local 1-28 Cartagena (13001) Telefono: 6532918		FACTURA DE VENTA No. C11809 <small>Resolución de autorización de numeración # 60000085484 del 2014-05-20, números aprobados del 11227 al 30000 ACTIVIDAD ECONOMICA 6421</small>				
	SEÑORES : COMCEL SA NIT : 800.153.993-7 DIRECCION : CL 90 Nro. 14 37 CIUDAD : Bogota		<table border="1"> <tr> <td>FECHA FACTURA</td> </tr> <tr> <td>2015-03-16 00:00:00</td> </tr> <tr> <td>FECHA VENCIMIENTO</td> </tr> <tr> <td>2015-03-19 00:00:00</td> </tr> </table>		FECHA FACTURA	2015-03-16 00:00:00	FECHA VENCIMIENTO
FECHA FACTURA							
2015-03-16 00:00:00							
FECHA VENCIMIENTO							
2015-03-19 00:00:00							
DESCRIPCION LIQ. ANTICIPO. POSTPAGO. 07.03.2015-COSTA		CANTIDAD 1	VR. UNITARIO 291.556	VR. TOTAL 291.556			

	Comunicaciones móviles virtuales S.A. NIT. 806.014.268-1 Diagonal 31 No. 71-130 Centro Comercial La Plazuela Local 1-28 Cartagena (13001) Telefono: 6532918		FACTURA DE VENTA No. C11824 <small>Resolución de autorización de numeración # 60000085484 del 2014-05-20, números aprobados del 11227 al 30000 ACTIVIDAD ECONOMICA 6421</small>				
	SEÑORES : COMCEL SA NIT : 800.153.993-7 DIRECCION : CL 90 Nro. 14 37 CIUDAD : Bogota		<table border="1"> <tr> <td>FECHA FACTURA</td> </tr> <tr> <td>2015-03-26 00:00:00</td> </tr> <tr> <td>FECHA VENCIMIENTO</td> </tr> <tr> <td>2015-03-27 00:00:00</td> </tr> </table>		FECHA FACTURA	2015-03-26 00:00:00	FECHA VENCIMIENTO
FECHA FACTURA							
2015-03-26 00:00:00							
FECHA VENCIMIENTO							
2015-03-27 00:00:00							
DESCRIPCION LIQ. ANTICIP. LEG. DOC. KIT Y WB. 15.03.2015-COSTA		CANTIDAD 1	VR. UNITARIO 647.898	VR. TOTAL 647.898			

➤ El perito JORGE ARANGO VELASCO en su dictamen pericial señaló:

14. Indique el perito la dinámica mediante la cual COMCEL registra las operaciones derivadas de los pagos de comisiones y de pago anticipado de toda prestación indemnización o bonificación, desde la causación hasta el pago.

COMCEL hace una provisión mensual general para cubrir las bonificaciones de todos los distribuidores:

Debitando de las cuentas de gastos:

- 5295050027 Otras bonificaciones

Acreditando las cuentas de:

- 260510xxyy Provisión (xx mes y yy concepto de la comisión pagada)
- 2605101210-xx Pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones

Hasta marzo de 2007 el 100% de las bonificaciones se afectó a una sola cuenta de provisiones, la 260510xxyy; de ahí en adelante y a partir del momento en que el distribuidor factura por separado, el 80% se continúa afectando a la cuenta 260510xxyy y el 20% a la cuenta 2605101210-xx

15. Indique el perito en qué momento de esta dinámica surge un pasivo real a favor del Distribuidor y desde el punto de vista contable y tributario que documento lo soporta.

Sea lo primero aclarar la definición de Pasivo Real como aquel sobre el cual hay total certidumbre y certeza de su obligatoriedad. En otras palabras, el pasivo real se crea una vez se ha medido con fiabilidad el valor de la partida, para este caso, el pasivo real se crea cuando se debita la cuenta de provisiones 2605, sobre la cual aún existe incertidumbre, y se acredita la cuenta de costos y gastos por pagar 2335 lo cual constituye su soporte contable, el cual, al momento de la presentación de impuestos, devendrá a su vez en el soporte tributario.

16. Indague el perito las razones y sustentos contables y tributarios por los cuales COMCEL, aplica las siguientes practicas:

- a. Registra en la cuenta 2335200001 el monto a pagar por concepto de comisiones.
- b. Registra en la cuenta 2335200001 el monto a pagar por concepto de pago anticipado de toda prestación indemnización o bonificación.
- c. Aplica retención en la fuente del 11% para las comisiones.
- d. Aplica retención en la fuente del 11% para los pagos por concepto de pago anticipado de toda prestación indemnización o bonificación.

Respuesta a.

Una vez la provisión correspondiente a comisiones ha sido plenamente identificada y su valor validado, se registra como un pasivo real de acuerdo con la naturaleza que dio origen a su registro de acuerdo con lo convenido entre COMCEL y el distribuidor.

Respuesta a.

Una vez la provisión correspondiente a comisiones ha sido plenamente identificada y su valor validado, se registra como un pasivo real de acuerdo con la naturaleza que dio origen a su registro de acuerdo con lo convenido entre COMCEL y el distribuidor.

Respuesta b.

Una vez la provisión correspondiente a Pagos Anticipados ha sido plenamente identificada y su valor validado, se registra como un pasivo real de acuerdo con la naturaleza que dio origen a su registro de acuerdo con lo convenido entre COMCEL y el distribuidor.

Respuesta c.

De acuerdo al inciso 1ro del artículo 447 del Estatuto Tributario:

En la venta y prestación de servicios, la base gravable será el valor total de la operación, sea que esta se realice de contado o a crédito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiación ordinaria, extraordinaria, o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones, seguros, comisiones, garantías y demás erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y aunque, considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposición.

En el anterior orden de ideas, se genera el hecho gravable, se determina la base gravable y se aplica la tarifa respectiva de acuerdo a las tablas definidas por la DIAN de acuerdo a la naturaleza de Honorarios y Comisiones (Cuando el beneficiario del pago sea una persona jurídica o asimilada) la cual es igual al 11%.

Respuesta d.

Aplica la misma lógica de la anterior pregunta, sin embargo, se debe hacer claridad que de acuerdo al artículo 447 "aunque se facturen o convengan por separado" constituyen la base gravable.

Sobre este particular es importante anotar que el pago de impuestos obedece puramente a razones de carácter tributario, que nada tienen que ver con la calificación de dicho desembolso desde el punto de vista del derecho comercial².

En síntesis y como se demostrará a continuación, los pagos por comisiones realizados por COMCEL están definidos dentro de la taxonomía del plan de cuentas como gastos, tanto en la parte del 80% como del 20%, y estos gastos por contrapartida son ingresos para quien los recibe y por lo tanto son sujetos de ser gravados.

22. Indique el perito a que se debe que la relación de 80/20 se debita de una misma cuenta y no de cuentas separadas, considerando que obedecen a conceptos diferentes

Como se comentó en la respuesta No. 10 del presente dictamen, el registro se realiza a nivel 10 de la contabilidad, a este nivel de cuenta la aplicación de los conceptos depende de las políticas contables de la compañía.

Sí bien es cierto que son conceptos diferentes, ambos tienen como hecho originador la gestión del Distribuidor y por ello se consolidan en una sola cuenta en el activo. A esto se le debe complementar que es en la contrapartida, en el pasivo, donde se registra el control detallado de los conceptos tal como se describió en la respuesta 18 del presente dictamen donde se describe la dinámica de la transacción.

- En el expediente obra certificación del revisor fiscal Edwin René Vargas de Ernst and Young, en el cual indicó lo siguiente:

Los registros contables a la fecha intermedia del 17 de mayo de 2019, de la cuenta por pagar 2103031001 "Distribuidores", incluye transacciones con Comunicaciones Móviles Cartagena S.A.S., NIT 806.014.268-1, por concepto de "Pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones" por \$1,371,862,615.

El señor Edwin René Vargas en audiencia, testificó que esa cuenta indicaba los valores específicamente pagados por COMCEL S.A. al EXDISTRIBUIDOR por concepto de pago anticipado durante la relación contractual.

- Igualmente, en la exhibición a cargo de COMCEL obran todos los certificados de retención en la fuente que aplicó COMCEL por todos los pagos hechos por COMCEL al EXDISTRIBUIDOR, lo que incluye las facturas de pago anticipado.

De acuerdo con esto, abundan las pruebas que dan cuenta de que hubo un pacto válido de pago anticipado de la cesantía mercantil, el cual fue efectivamente realizado por COMCEL S.A. a el EXDISTRIBUIDOR, razón por la cual debe tenerse en cuenta y descontarse en el cálculo de la cesantía, tal como se explicará a continuación, pues de lo contrario, esos pagos anticipados quedarían huérfanos de causa legal y, por tanto, no tendrían ningún soporte real para su causación y pago.

5. EN EL EVENTO DE EXISTIR UNA RELACIÓN CONTRACTUAL DE AGENCIA COMERCIAL, DE LA CESANTÍA MERCANTIL SE DEBE DEPURAR A LO QUE ESTRICTAMENTE CORRESPONDE A COMISIÓN, DESCONTANDO EL PAGO ANTICIPADO.

Si bien es cierto que el Despacho hizo una depuración de lo que debía considerarse como cesantía comercial, restando algunos rubros que la demandante, habilidosamente, intentó incorporar como si fueran comisión o como si hicieran parte del concepto de cesantía mercantil, lo cierto es que al valor de \$723'199.189, hay que restarle, además, otros rubros, como lo son: a) Comisión de por recaudo CPS, b) Pagos de Plan Coop y c) pago anticipado

del 20%, dado que, por un lado, estos conceptos en absoluto tienen una relación contractual de agencia y, por tanto, no son comisiones en estricto sentido.

Para detallar lo anterior, a pesar de que ya ha sido suficientemente explicado, reitero: a) la comisión por recaudo CPS no es estrictamente una comisión, sino un pago por una serie de labores administrativas que se refieren a recaudar o recibir los dineros de los pagos de los clientes y entregar esos dineros a COMCEL S.A., por lo que no es como tal un esfuerzo que debió hacer el EXDITRIBUIDOR para lograr una venta, porque no está relacionado con ventas¹, b) el Plan Coop es un apoyo económico que hace COMCEL S.A. para desarrollar la escasa publicidad que hizo para generar tráfico para su propio punto el EXDISTRIBUIDOR, por lo que nada tienen que ver con el pago de comisión regalía o utilidad, pues es un REEMBOLSO DE GASTOS², y c) el pago anticipado fue un pago real y verdadero jurídica, contable, tributaria y financieramente hablando, cuya operación fue aceptada y ejecutadas por ambas partes durante más de 15 años.

En ese sentido, procedo a hacer un comparativo entre la forma como el Despacho determinó el valor de la cesantía comercial, la cual no es otra que el cálculo hecho en el dictamen pericial de JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA en el punto A.1.b), página 12, y el valor de la cesantía comercial, una vez depurados los conceptos anteriormente indicados. Veamos:

CÁLCULO DE CESANTÍA COMERCIAL APROBADO POR EL JUZGADO

¹ Esto fue claramente explicado por el Perito JORGE ARANGO VELASCO quien explicó en la página 7 del dictamen pericial de contradicción, en respuesta a la pregunta 2, que las labores de recaudo de CPS eran meras prestaciones de servicios, que incluso la hacían bancos tales como Bancolombia, Banco de Bogotá D.C., Davivienda, BBVA, Colpatría, Citibank, o también podían hacerla entidades como Almacenes Éxito, Punto Baloto, Red Servi, Giros y Finanzas, Efecty, Superefectivo, Copenessa, Servy Pagos, Servicer o CAVs.

² Así lo explica el Perito JORGE ARANGO en su dictamen de contradicción en la página 7: *Los dineros aportados por Comcel a este fondo, de acuerdo con el anexo C del contrato, tenían la finalidad de reembolsar el 50% de la gestión publicitaria que llevara a cabo el Distribuidor, la cual debía ser previamente aprobada por Comcel. Por ende, este concepto no se encuentra vinculado con la obligación de pago de las comisiones por ventas, sino originada en una cláusula que regula un pago absolutamente voluntario.*

PERIODO	VALORES
Entre el 9/3/2015 al 8/3/2016	657.326.827
Entre el 9/3/2016 al 8/3/2017	566.587.536
Entre el 9/3/2017 al 8/3/2018	530.477.214
TOTAL COMISIONES ULTIMOS TRES AÑOS	1.754.391.577
Promedio: $\$1.754.391.577 \div 3=$	584.797.192
Doceava parte: $\$584.797.192 \div 12=$	48.733.099
Duración del contrato	14,84
Prestación Mercantil: $\\$48.733.099 \times 14,84 \text{ años} =$	723.199.189

Este cálculo contiene pagos hechos por concepto de CPS y Pagos del Plancoop, tal como lo explicó el perito de JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA en audiencia. Recordemos:

22 de enero de 2021, audiencia de instrucción y juzgamiento:

A partir de min 18:09

[Pregunta Adriana López, apoderada de Comcel S.A.]: En ese capítulo A.1 denominado comisiones, usted calcula, de acuerdo a unas preguntas que le realizan, el promedio de las comisiones que la demandante recibió de Comcel, durante los tres últimos años del contrato de ejecución, y allí obviamente con base en ese gran cálculo, ya se aplica la fórmula para llegar a la cifra. Le quiero preguntar: ¿Ese cálculo que usted realiza que, según su dictamen comprende 878 facturas, explíqueme por favor al Despacho, si esas facturas correspondían todas a comisión o si allí se incluyeron rubros diferentes, que podían llamarse bonificaciones, labores en CPS, descuentos, en fin? . Explíqueme al despacho, si en esas 878 facturas sólo están las netas facturas por comisión, o en general usted incluyó todos los ingresos que se generaban con ocasión de ese contrato de distribución.

[Responde Eduardo Jiménez, perito Jega Accounting]: Como lo mencionamos doctora en la respuesta a la pregunta que nos formularon, nosotros revisamos como usted bien lo mencionó, 878 facturas que cubren ese periodo de 3 años de marzo 9 de 2015 a marzo 8 de 2018. La mayoría de los conceptos de esas facturas, y digamos pues, dado el volumen, esos correspondían a comisiones por residual, comisiones por legalización de kits prepago, comisiones por permanencia, por buena venta, por transacción de recaudo, por comercialización de sim card. Eso es básicamente, digamos, habían otros conceptos, en algún momento se cambió el lenguaje, originalmente eran comisiones y posteriormente se hablaba de bonificaciones. Eso también quedó incluido en esos conceptos, cada una de esas facturas fue las que nosotros acompañamos allá en el anexo electrónico 5.a.1.

[Pregunta Adriana López, apoderada de Comcel S.A.]: Por ejemplo, señor Eduardo, ¿dentro de esas ochocientas setenta y pico de facturas para hacer la base del cálculo, usted incluyó, a título de ejemplo, facturas por plan COOP? Es decir, ¿facturas que el distribuidor le hacía a Comcel para el reintegro del 50% de la publicidad que le era autorizada?

[Responde Eduardo Jiménez, perito Jegga Accounting]: Sí. Creo que hay 1 o 2 facturas, hasta donde es mi memoria, de comisiones por plan COOP. También fueron incluidas. Eran 1 o 2 o 3, relacionadas con ese tema.

[Pregunta Adriana López, apoderada de Comcel S.A.]: En su respuesta, y solamente para clarificar y hacerle unas preguntas sobre el punto, usted incluyó, y aclárenos si es así, dentro de ese cálculo las denominadas bonificaciones por venta de kits prepago?

[Responde Eduardo Jiménez, perito Jegga Accounting]: Sí, sí. Haciendo la aclaración de que originalmente eso era comisión, y después en el lenguaje se cambió a bonificación, pero sí quedaron incluidas, sí señora.

CÁLCULO DE CESANTÍA COMERCIAL DEPURANDO PLAN COOP Y COMISIONES CPS.

Valor estimado por Jegga en el dictamen	\$ 1.754.391.577
Valores que no corresponden a comisión	\$ 918.938.709
Base para el cálculo de la cesantía	\$ 835.452.868
Promedio	\$ 278.484.289
Promedio/12	\$ 23.207.024
Valor cesantía	\$ 344.392.238

Anexo en archivo Excel está la relación de facturas por Plan Coop y por remuneración de CPS que fueron descontadas para obtener la base real para el cálculo de una cesantía.

Si descontamos, además, los pagos anticipados hechos por COMCEL durante la ejecución contractual, el valor de la cesantía se disminuye hasta el punto de quedar un saldo a favor de COMCEL y a cargo de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA. Veamos:

Valor cesantía	\$ 344.392.238
Pago anticipado total	\$ 1.371.862.615
TOTAL	\$ 1.027.470.377

El valor del pago anticipado está debidamente registrado y soportado contablemente, y se refleja como un pago anticipado de COMCEL a COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. Veamos lo que indica la Certificación de Revisoría Fiscal:

Los registros contables a la fecha intermedia del 17 de mayo de 2019, de la cuenta por pagar 2103031001 "Distribuidores", incluye transacciones con Comunicaciones Móviles Cartagena S.A.S., NIT 806.014.268-1, por concepto de "Pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones" por \$1,371,862,615.

Ahora de no aceptarse el pago anticipado en su totalidad, si descontamos solamente los pagos anticipados hechos los últimos tres (3) años de ejecución contractual, el valor de la cesantía se disminuye en todo caso. Veamos:

Valor cesantía	\$ 344.392.238
Pago anticipado últimos 3 años	\$ 226.309.961
TOTAL	\$ 118.082.277

Así, es claro que no existiría un valor a pagar a cargo de COMCEL y a favor de COMUNICACIONES MÓVILES por cuanto la cesantía mercantil fue completamente prepagada, quedando incluso un saldo a favor de COMCEL por valor de **-\$ 1.027.470.377,**

pero, en todo caso, en el peor escenario, de tenerse en cuenta solamente los últimos tres (3) años de pago anticipado de cesantía mercantil el valor real de ésta sería de **\$118.082.277**

En el archivo Excel se reflejan las facturas tenidas en cuentas y las operaciones realizadas.

Estos valores se obtuvieron con base en los anexos electrónicos aportados con el Dictamen pericial de JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA, como Carpeta A, Subcarpeta Anexo No. 5-A1.a. Facturas comisiones y libros de contabilidad últimos tres años, subcarpeta Facturas comisiones 14 mar 2020, en donde están 878 facturas de comisiones.

6. EN EL EVENTO DE CONSIDERARSE QUE EXISTE UNA RELACIÓN CONTRACTUAL DE AGENCIA COMERCIAL, Y QUE EL PAGO DE LA CESANTÍA CORRESPONDE AL VALOR \$723.199.189, EL PAGO ANTICIPADO TOTAL SE DEBE COMPENSAR CON ESTE VALOR.

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con la Certificación emitida por ERNST AND YOUNG, compañía que adelanta la revisoría fiscal de la contabilidad de COMCEL, la cual fue aportada por COMCEL, COMUNICACIONES MÓVILES registra en la contabilidad de COMCEL la suma de \$1.371.862.615 por concepto de pago anticipado. Este valor debidamente registrado y soportado contablemente, se refleja como una deuda de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S con COMCEL. Veamos lo que indica la Certificación de Revisoría Fiscal:

Los registros contables a la fecha intermedia del 17 de mayo de 2019, de la cuenta por pagar 2103031001 "Distribuidores", incluye transacciones con Comunicaciones Móviles Cartagena S.A.S., NIT 806.014.268-1, por concepto de "Pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones" por \$1,371,862,615.

En ese orden de ideas, en el evento de que, en efecto, el Tribunal considere que el valor de la cesantía mercantil a cargo de COMCEL y a favor de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA ascienda a la suma de \$723'199.189, como lo estimó el a quo, éste valor se debe compensar con el valor correspondiente al pago anticipado por valor de \$1.371.862.615, razón por la cual quedaría un saldo a favor de COMCEL por valor de **\$648.663.426**

7. EL EJERCICIO INTEMPESTIVO DEL DERECHO DE COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de abril de 2011, Referencia: 41001-3103-004-2005-00054-01, explicó lo siguiente:

La doctrina alemana desde la sentencia pronunciada por el Reichsoberhandelsgericht el 20 octubre de 1877, admite la Verwirkung basada en la buena fe (Treu und Glauben, §242 BGB), en cuanto “la demandada podía confiar y ha confiado en que la demandante ya no haría ejercicio de sus derechos” (“sich die Beklagte darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, die Klagerin werde vor ihren Rechten nicht mehr Gebrauch machen”; Tribunal Supremo Alemán [BGH] sentencias de 10 de junio de 1876, 13 y 16.7.2004.), ora en la seguridad del tráfico jurídico o la evitación de abusos (Ausschlussfrist o Verfallfrist).

Dicha figura, anota SIEBERT, consiste en la “pérdida del derecho por retardo desleal en su ejercicio, fundada en la prohibición del ejercicio abusivo del derecho” (Wolfgang Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1 ff, 53, 1934), su extinción o efecto jurídico extintivo derivado del comportamiento desleal por contrario a la confianza legítima inspirada de buena fe en otro sujeto con la falta de ejercicio del derecho durante un período relevante que permite concluir razonablemente que no será ejercido.

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

En cambio, aquélla, además requiere una conducta contraria a la buena fe y a la confianza legítima. Asimismo, pese a exigir una conducta actual contradictoria con la anterior, tampoco se confunde con el venire contra factum proprium, porque éste, de suyo no

presupone, ni se basa en la ausencia de ejercicio del derecho durante un período relevante, sino un acto dicotómico opuesto a la buena fe y a la confianza legítima.

*En otros términos, la Verwirkung, efecto jurídico de una conducta desleal, encuentra por elementos estructurales, el transcurso de un tiempo menor al de prescripción o caducidad, la falta de ejercicio del derecho durante este período y la confianza legítima inspirada a otro sujeto en cuanto no será ejercido, por lo cual, su exigibilidad tardía es inadmisibile al reputarse abusiva y contraria a la buena fe; la caducidad o prescripción, estrictamente, el no ejercicio del derecho durante el plazo legal, y la doctrina del acto propio, una conducta incompatible con la precedente, vulneradora de la confianza legítima (Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Aufl.München, 1971, C. H. Beck, pp. 510-514 y nota 38; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Band I, Allgemeiner Teil*, München, C. H. Beck, 1973, 178; Karl Larenz (fortgeführt von Manfred Wolf), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 9.Aufl.München*, 2004, C. H. Beck; C. Weiß, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, 1905, S. 32 ff. R. Zimmermann, *Die Verjährung*, JuS 1984, S. 409 ff; Fernando Hinestrosa, *La prescripción extintiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 211-255; Bernardo Gómez Corraliza, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 33 y ss).”*

De acuerdo por lo expuesto, resulta contrario a la buena fe y a la confianza legítima cuando un sujeto en una relación contractual ejercita un derecho en forma intempestiva, esto es cuando ha generado la confianza en que ese sujeto no haría ejercicio de su derecho.

Tal como se advierte en este caso, no cabe la menor duda de que, en el evento de que se considere de que entre COMCEL S.A. y COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S., hubo una relación de agencia mercantil y que, consecuentemente, tiene derecho a la cesantía comercial, es claro que el ejercicio de este derecho es intempestivo y sorpresivo.

Y es que durante 15 largos años nunca manifestó que la relación contractual fuera de otro tipo y, lo que es peor, siempre transigió con COMCEL y aceptó lo que le pagó por concepto de comisiones, como para que venga ahora a reclamar que nunca estuvo conforme con el contrato, que la mayoría de las cláusulas del contrato son abusivas, inválidas, ineficaces o

inoperantes y que además tiene derecho a que se le conceda un reconocimiento económico a título de cesantía mercantil.

Nada más contrario a la buena fe y la confianza legítima, que el engaño en que COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA llevó a COMCEL, con quien durante más de 15 años le hizo creer que la relación contractual era la consignada en el texto contrato y que todo su clausulado era válido, pues nunca presentó ni una sola reclamación respecto de este, pero ahora rechaza, objeta, se queja y despotrica de una relación contractual sana durante ese largo periodo.

No queda otra conclusión distinta que considerar que ese ejercicio de sus supuestos derechos por parte de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA, es claramente intempestivo y abusivo, y contrario a la buena fe y la confianza legítima de COMCEL, por tanto no hace justicia reconocimiento económico alguno.

8. SANCIÓN POR JURAMENTO ESTIMATORIO EXAGERADO Y DESBORDADO.

El Despacho con relación al juramento estimatorio señaló:

“Finalmente, pese a que se objetó la estimación jurada presentada por el actor, no se advierte fraude o temeridad en la formulación de las pretensiones que se acogen de manera parcial, lo cual da lugar a que el Juzgado no aplique las sanciones previstas en el artículo 206 del C. G. P. para eventos en que dicho juramento no resulte exitoso, en la forma planteada y conforme los parámetros de la regla mencionada.”

Sin embargo, debe precisarse que según el artículo 206 del CGP no es cierto, como suele pensarse, que la sanción establecida en el inciso 4º de esa disposición deba someterse a un análisis subjetivo de la conducta, como sí ocurre en la sanción prevista en el párrafo.

Para dilucidar lo anterior, debe aclararse que el artículo 206 del CGP prevé situaciones de hecho distintas a las que puede establecerse sanciones cuando el juramento estimatorio es

desbordado o excesivo, una es, como se dijo, el inciso 4º, y otras muy diferente es el párrafo. Veamos:

1. Situación de hecho 1:

El inciso 4º del artículo 206 del CGP indica que hay lugar a imponer una sanción cuando la cantidad estimada excediere del 50% de la que resulte probada, la cual asciende a un 10% de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

Esto es lo que indica la norma: **Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.**

Este evento supone los siguientes supuestos:

- Un sujeto, demandante o demandado (usualmente el demandante), estima bajo la gravedad de juramento una suma determinada que reclama.
- El juramento estimatorio es objetado o el juez de oficio, aunque no se objete, decreta pruebas por considerarlo excesivo.
- Posteriormente, la suma estimada excede en un 50% a la que resulta probada en el juicio, por lo que habrá lugar a la sanción.
- La sanción es de un 10% de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada

Como se evidencia de esa disposición, no prevé ni indica que deba hacerse un análisis subjetivo de la conducta de quien estima excesivamente y prueba menos de lo estimado.

2. Situación de hecho 2:

Otra situación de hecho muy distinta es la prevista en forma específica en el **parágrafo** del artículo 206 del CGP, en la cual también habrá sanción cuando se nieguen las pretensiones por **ausencia total de demostración de perjuicios**.

El parágrafo del artículo 206 del CGP prevé: **PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.**

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

Este evento supone los siguientes supuestos:

- Un sujeto **demandante** estima bajo la gravedad de juramento una suma determinada que reclama como **perjuicios**. (En este caso sólo se refiere al demandante)

- El juramento estimatorio es objetado o el juez de oficio, aunque no se objetó, decreta pruebas por considerarlo excesivo.
- Posteriormente, las pretensiones son denegadas, es decir se dicta sentencia absolutoria, pero por una causa particular y concreta que no haberse demostrado los perjuicios.
- El juez está obligado a hacer un análisis subjetivo de la conducta del demandante y verificar si hubo un actuar negligente o temerario esta parte en la falta de demostración de los perjuicios reclamados.
- Si se halla probada la negligencia o temeridad, el juez procede a imponer una sanción de un 5% del valor pretendido en la demanda.

3. Conclusión de las dos situaciones de hecho.

Tal como se evidencia, la situación 1, prevista en el inciso 4° del artículo 206 del CGP, es muy diferente a la situación 2, prevista en el parágrafo del artículo 206 del CGP, lo cual indica que sólo bajo la situación consagrada en ese parágrafo es pertinente y procedente hacer un análisis subjetivo sobre negligencia o temeridad, más no en el evento previsto en el inciso 4°, para el cual no se previó ese análisis, por lo que la responsabilidad en este caso es de carácter objetivo.

En el caso de marras, es claro que de conformidad con la sentencia nos encontramos bajo la situación de hecho 1, es decir que la regla aplicable es el inciso 4° del artículo 206, por cuanto la demandante juramentó una suma de **\$6.818.495.710**, pero sólo logró demostrar la suma de **\$723.199.189**, suma que, en todo caso, conforme el presente recurso, deberá ser modificada.

Así las cosas, resulta procedente aplicar la sanción establecida en el inciso 4º del artículo 206 del CGP, sin que sea necesario hacer un análisis subjetivo de la conducta de la demandante, como el *a quo* hizo³.

En todo caso, si se considerara que el análisis subjetivo previsto para el párrafo también es aplicable al inciso 4º, debe tenerse en cuenta que es muy evidente que la demandante sí obró con negligencia y temeridad dado que:

- La demandante sabía que estaba incorporando en el cálculo de la prestación mercantil rubros o conceptos que no tenían nada que ver con la comisión por contratación de servicios postpago e, incluso, incluyó los valores pagados por concepto de compra para reventa de equipo que le son propios de la distribución.
- La demandante conocía y tenía claridad de que los otros valores que reclamaba, distintos a cesantía mercantil, no eran procedentes, pretendiendo desconocer las actas de conciliación y transacción de cuentas, y obtener ventajas de un pago indemnización equitativa por una terminación que no fue con justa causa provocada por COMCEL S.A.
- Y qué ejemplo más claro de temeridad y mala fe el hecho de que desde el principio de la celebración de contrato, la demandante contaba con el apoyo del reconocido abogado **GUILLERMO ZEA FERNÁNDEZ**, que incluso facilitó para garantizar el contrato, la

³ Finalmente, pese a que se objetó la estimación jurada presentada por el actor, no se advierte fraude o temeridad en la formulación de las pretensiones que se acogen de manera parcial, lo cual da lugar a que el Juzgado no aplique las sanciones previstas en el artículo 206 del C. G. P. para eventos en que dicho juramento no resulte exitoso, en la forma planteada y conforme los parámetros de la regla mencionada.

constitución de una hipoteca de propiedad de una sociedad que representa.

9. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

Cualquier acción orientada a buscar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de **COMCEL**, tales como el pago de comisiones, debe tenerse por prescrita teniendo en cuenta que el término para que aquella pudiese presentarse se inició desde el momento mismo en que era exigible (artículo 2535 del Código Civil). Así las cosas, no era necesario esperar a la terminación del contrato para que el **EXDISTRIBUIDOR** pretendiera discutir el cumplimiento de **COMCEL**. Por lo anterior, el ad quo debió declarar la prescripción de todas aquellas que se hubiesen causado hace más de cinco años, contados a partir de la interposición de la demanda, si es que, a pesar de nuestro expreso rechazo, se ratifica que el contrato celebrado es de agencia comercial, siendo aplicable el artículo 1329 del C. de Co.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la validez y eficacia de renuncia voluntaria del **EXDISTRIBUIDOR** a prestaciones propias de la agencia comercial, pues en el hipotético caso que se ratifique que es un contrato de agencia, el distribuidor renunció expresamente a cualquier reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación contractual (clausula 5.3. y 15 del Contrato de Distribución), siendo esta renuncia admisible conforme al artículo 15 y 16 del Código Civil, al corresponder a un interés individual del renunciante, que no está prohibida por la ley y ha sido permitida por la jurisprudencia aplicable de la Corte Suprema de Justicia, como ha sucedido en las sentencias previamente mencionadas, por lo que cualquier reclamación.

III. PETICIÓN.

Conforme lo expuesto anteriormente, solicito al H.- Tribunal revocar la sentencia del 15 de febrero de 2021 y, en su lugar, denegar todas las pretensiones.

Atentamente,



ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ
C.C. No. 52.051.679
T.P. No. 85.250 del C.S. de la J.

Anexo: Archivo Excel Copia de Base de Cálculo cesantía CMC.

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil.

Vía e-mail: secsetribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co; secsetribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Atención: H. Magistrada Clara Inés Márquez Bulla.

Bogotá D.C.

DATOS DEL PROCESO

RADICACIÓN	11001-31-03-037-2019-00158-01
PROCESO	Declarativo. Verbal de mayor cuantía.
DEMANDANTE	COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S.
DEMANDADA	COMCEL S.A.
ASUNTO	ART. 14 DEL DECRETO LEY 806 DE 2020: 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 COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. (“LA DEMANDANTE”), como miembro de la sociedad ZEAbogados Dos SAS, sociedad prestadora de servicios jurídicos a la cual se le confirió el poder especial por parte de LA DEMANDANTE, por medio del presente memorial **S U S T E N T O** el recurso de apelación que fue interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia:

DE LA PRESENTACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN

Para facilitar su consulta, este memorial incorpora “marcadores” que permiten acceder directamente a los diferentes títulos que lo componen:

- En el archivo PDF, al abrir el documento, se selecciona el menú Vista (View) / Mostrar (show) / Navigation Pane (Panel de Navegación) / Bookmarks (marcadores).
- En el archivo de Word, al abrir el documento, se selecciona el menú Vista (View) / Mostrar (show) / Navigation Pane (Panel de Navegación).

En ambos casos se despliega, al lado izquierdo de la pantalla, el índice del documento. Al seleccionar con el cursor algún título en particular, se accede directamente a la página a partir de la cual se desarrolla el respectivo contenido. De esta manera se puede navegar fácilmente por el memorial.

GLOSARIO

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

CONCEPTO	ABREVIATURA
COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S.	LA DEMANDANTE
COMCEL S.A.	COMCEL
Contrato sub iúdice celebrado entre COMCEL y LA DEMANDANTE	CONTRATO
Dictamen pericial elaborado por Jega Accounting House Ltda	DICTAMEN
Sentencia de primera instancia dictada en el presente proceso	SENTENCIA

PREÁMBULO. INFORMACIÓN IMPORTANTE

Actualmente, ante los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá D.C. se tramitan en contra de COMCEL S.A. los siguientes veintiún (21) procesos declarativos (verbales de mayor cuantía), entre los cuales se halla el presente proceso:

DEMANDANTE	DEMANDANDO	JUZGADO	EXPEDIENTE 1100131030
Vergara de Vergara & Cía Ltda	COMCEL S.A.	24	2018-00479-01
Celldigital SAS		2	2018-00488-00
Celline SAS		17	2020-00004-00
Celucel Ltda		33	2018-00607-00
Inversiones & Compañía SAS		35	2020-00036-01
Raigoza y Villegas SAS		19	2019-00326-00
Salcedo Domínguez Comerciantes SAS		24	2019-00350-00
Comline SAS		37	2019-00330-00
Comunicaciones Móviles Cartagena SAS		37	2019-00158-01
Digimóvil SAS		23	2019-00576-00
Distritiek SAS		34	2019-00309-00
Inversiones Gutiérrez García & Cia S en C		40	2018-00378-00
Globalcom SAS		19	2018-00455-00
Konicell SAS		28	2019-00095-00
Multinegocios de Colombia Ltda		23	2018-00767-00
Panacell Comunicaciones SAS		23	2018-00542-00
Premium Phone Ltda		25	2020-00250-00
Procom SAS		35	2019-00063-00
Simóvil Comunicaciones SAS		30	2020-00144-00
Telincel Comunicaciones SAS		35	2019-00403-00
Unicell SAS		27	2018-00469-00

En el proceso de Comunicaciones Móviles Cartagena SAS Vs COMCEL, de Inversiones Gutiérrez García & Cia S en C. Vs COMCEL y de Vergara de Vergara & Cía Ltda Vs COMCEL, ya se dictaron sentencias de primera instancia y, en este momento, se están tramitando ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, las respectivas apelaciones que tanto los demandantes como COMCEL presentaron:

- Las apelaciones del presente proceso de Comunicaciones Móviles Cartagena SAS Vs COMCEL, están a cargo de la H. Magistrada Clara Inés Márquez Bulla.
- Las apelaciones del proceso de Vergara de Vergara & Cía Ltda Vs COMCEL, están a cargo de la H. Magistrada Martha Patricia Guzmán Álvarez.
- Las apelaciones del proceso de Inversiones Gutiérrez García & Cía S en C. Vs COMCEL, están a cargo del H. Magistrado Carlos Augusto Zuluaga Ramírez.

Los veintiún (21) procesos referidos comparten las siguientes características:

- a) Todos los demandantes hicieron parte de la red de agentes/distribuidores de COMCEL.
- b) Son procesos en los cuales los contratos demandados corresponden con el modelo contractual que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores, contratos que, además de compartir el mismo texto, COMCEL ejecutó de manera uniforme y estandarizada.
- c) Son procesos en los cuales el suscrito actúa como apoderado de los agentes/distribuidores demandantes y en los que: (i) Las demandas comparten, literalmente, las mismas pretensiones. (ii) COMCEL propuso, sustancialmente, las mismas excepciones de mérito, todas las cuales se fundamentan en los esfuerzos que COMCEL misma, como parte dominante y como predisponente de los contratos demandados, realizó para eludir la Agencia Comercial y sus

consecuencias económicas. (iii) Las pretensiones de todos los demandantes se soportan, cualitativamente, en los mismos hechos. (iv) Los demandantes aportaron los mismos elementos probatorios, entre ellos dictámenes periciales realizados por el mismo perito (Jega Accounting House Ltda) y cuyos contenidos son cualitativamente idénticos; incluso, los interrogatorios y el grueso de los testimonios que se han practicado en estos procesos se han rendido por las mismas personas y en todos ellos se han repetido una y otra vez los mismos hechos. (v) La fundamentación jurídica es la misma.

- d) En estos veintiún (21) procesos se debaten los mismos problemas jurídicos; los principales son:
- ¿Incorporaron los contratos demandados los elementos esenciales de la Agencia Comercial?
 - Con la terminación de los contratos demandados, ¿nació y se hizo exigible la denominada Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CC?
 - Los intereses moratorios que sobre la denominada Prestación Mercantil se reclaman, ¿se causan a partir de la terminación de los contratos demandados (Art. 1608 CC, Num. 1), o se causan a partir de la notificación a COMCEL de los respectivos autos admisorios de las demandas (Art. 1608 CC, Num. 3 y Art. 94 CGP)?
 - ¿Terminaron los contratos demandados por justa causa provocada por COMCEL?
- e) La justicia arbitral, desde el año 2006, ha tenido la oportunidad de estudiar pormenorizadamente estos mismos problemas jurídicos en por lo menos veintiséis (26) litis arbitrales, todas ellas convocadas en contra de COMCEL por otros ex miembros de su red de agentes/distribuidores.

En estos procesos arbitrales se discutió la naturaleza jurídica del modelo contractual que COMCEL extendió, modelo que es idéntico al texto de los contratos demandados en los veintiún (21) procesos ordinarios mencionados, incluido el sub iúdice, y, sin excepción, en todos estos procesos arbitrales se resolvió que dicho modelo correspondió, en cuanto a su naturaleza, a un típico y nominado contrato de Agencia Comercial.

En estos procesos arbitrales se condenó a COMCEL a pagar la denominada Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO, la cual nació y se hizo exigible al momento de la terminación de cada contrato arbitrado:

ART. 1324 CCO: 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, ...

Asimismo, en estos procesos arbitrales se condenó a COMCEL a pagar los intereses moratorios que, con fundamento en los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990 y 1608 CC, se causaron sobre las referidas Prestaciones Mercantiles. Estos intereses moratorios, sin excepción, se calcularon, o a partir de la terminación de los contratos arbitrados (así sucedió en 14 casos), o a partir de la notificación a COMCEL de los respectivos autos admisorios de las demandas (así sucedió en los 12 casos restantes).

- f) La justicia ordinaria, por su parte, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a la naturaleza jurídica del modelo que COMCEL extendió para su red de agentes/distribuidores. Las decisiones de la justicia ordinaria, concretamente las del Tribunal Superior de Bogotá, han sido, sin embargo, contradictorias:
- Casos en los que se resolvió que el contrato extendido por COMCEL fue un típico y nominado contrato de Agencia Comercial: (i) LIVE MOVIL S.A.S. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Octubre de 2018 en el proceso 11001310301420110070501. (ii) EMLASA S.A. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Agosto de 2018 en el proceso 11001310304220080028804. (iii) ORBITA COMUNICACIONES LTDA Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, dictada el

29 de abril de 2019 en el proceso 76001310300620130002502. (iv) COMUNIDAD CELULAR Vs COMCEL, Sentencia del Tribunal Superior de Manizales del 10 de agosto de 2020.

- **Casos en los que se resolvió que los demandantes no demostraron que los contratos demandados reunían los elementos esenciales de un típico y nominado contrato de Agencia Comercial:** (i) HUNZACEL LTDA. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 27 de mayo de 2019 en el proceso 11001310302220100058801. (ii) COCELL CARIBE LTDA Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 5 de septiembre de 2019 en el proceso 11001310303620100008701. (iii) CONEXCEL S.A., EN REORGANIZACIÓN Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 19 de febrero de 2020 en el proceso 11001310300320140060703. (iv) CELOCCIDENTE & CIA S.A. EN LIQUIDACIÓN vs COMCEL, Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 18 de agosto de 2020 en el proceso 11001310300420120007702.

g) **¿Por qué algunos contratos han sido llevados a la justicia arbitral y otros a la justicia ordinaria?**

El 18 de marzo de 2002, en el proceso arbitral de CELLULAR TRADING DE COLOMBIA LTDA Vs COMCEL S.A., se expidió un Laudo en el que se resolvió: "Segundo. Declarar, en consecuencia, que el contrato celebrado y ejecutado entre las sociedades CELL POINT S.A. y COMCEL S.A. es un contrato de agencia comercial. De esta forma se acoge la pretensión principal 1.1.1. de la demanda". La existencia de este proceso resultó probada con el informe anual de COMCEL del año 2002 que reposa en el expediente:

Informe Anual de COMCEL 2002. Página 75. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO CELLPOINT: El ex distribuidor CELLPOINT demandó a COMCEL en noviembre de 1999 para comenzar un proceso de arbitramento ante la Cámara de Comercio de Bogotá. COMCEL fue notificada de tal proceso en junio de 2000. Las pretensiones de CELLPOINT son que se declare que COMCEL incumplió el contrato de distribución y que la naturaleza del contrato no era de distribución sino de agencia comercial...

VER Prueba No. 2 de la demanda. Informe Anual de Comcel del año 2002.

Descontenta con el resultado de este laudo arbitral, COMCEL, a partir del mes de abril de 2002, excluyó de su modelo contractual la cláusula arbitral. Por este motivo, los contratos que COMCEL suscribió con anterioridad al mes de abril 2002 se han llevado ante la justicia arbitral y, los suscritos con posterioridad al mes de abril de 2002, se han llevado ante la Justicia Ordinaria.

Ver Prueba 8 aportada por LA DEMANDANTE. Modelos contractuales de COMCEL.

CONCLUSIONES: El modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores:

- Corresponde y se identifica con el **CONTRATO** sub iúdice y con los contratos que han sido demandados en la veintena de procesos declarativos que actualmente se tramitan ante la justicia ordinaria por el suscrito.
- Corresponde y se identifica con los contratos que han sido arbitrados en por lo menos veintiséis (26) litigios que se surtieron entre 2006 y 2021 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En estos veintiséis (26) laudos arbitrales se resolvió, de manera uniforme y reiterada, que los contratos que COMCEL confeccionó y extendió para ser suscritos por los miembros de su red de agentes/distribuidores, fueron típicos y nominados contratos de Agencia Comercial. COMCEL, en todos estos casos, fue condenada a pagarle a cada uno de los demandantes la denominada Prestación Mercantil junto con sus intereses moratorios.
- Corresponde con los contratos que han sido llevados en sede de apelación ante los Tribunales Superiores de Bogotá, Cali y Manizales, en por lo menos ocho (8) litigios con los siguientes resultados: En cuatro (4) casos, los Tribunales Superiores de Bogotá, Cali y Manizales resolvieron que la naturaleza del modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió fue

de Agencia Comercial y, en los cuatro (4) casos restantes, el Tribunal Superior de Bogotá resolvió que los respectivos demandantes no lograron demostrar que los contratos demandados reunían los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

Como se señaló anteriormente, en relación con los veintiún (21) procesos declarativos que están en curso ante los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, hasta la fecha se han dictado tres (3) sentencias de primera instancia, con los siguientes resultados:

- En los procesos de Inversiones Gutiérrez García Vs COMCEL (Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá) y Comunicaciones Móviles Cartagena SAS Vs COMCEL (Juez 37 Civil del Circuito de Bogotá), los jueces declararon que los contratos demandados fueron típicos y nominados negocios de Agencia Comercial y condenaron a COMCEL a pagar las respectivas Prestaciones Mercantiles.
- En el proceso de Vergara de Vergara & Cía Ltda Vs COMCEL, y contra de toda la evidencia probatoria, la Jueza 24 Civil del Circuito de Bogotá resolvió que el contrato demandado no incorporó los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

En los procesos de Inversiones Gutiérrez García Vs COMCEL (Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá) y Comunicaciones Móviles Cartagena SAS Vs COMCEL (Juez 37 Civil del Circuito de Bogotá), **si bien se declaró que los contratos demandados fueron de Agencia Comercial, ambos jueces, en franco desconocimiento de lo establecido en los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990 y 1608 CC, condenaron a COMCEL a pagar los intereses moratorios de la Prestación Mercantil a partir de la ejecutoria de la Sentencia, y no a partir de la terminación de los contratos demandados o, en subsidio, a partir de la notificación a COMCEL de los respectivos autos admisorios de las demandas, como en derecho corresponde.**

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), esto con fundamento en el Art. 65 de la Ley 45 de 1990 que establece:

Ley 45 de 1990. Artículo 65: 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.

Para los jueces 37 y 40 Civiles del Circuito de Bogotá, COMCEL quedará constituida en mora de pagar la prestación mercantil a partir de la ejecutoria de la sentencia, **decisión que viola, abiertamente, lo establecido en el Art. 1608 CC, norma que regula la constitución en mora en materia de contratos y obligaciones.** 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.** Al respecto, en una controversia sustancialmente idéntica, el Tribunal Superior de Manizales sostuvo:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES. Proceso ordinario de Comunidad Celular SA Vs COMCEL S.A.. 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 reconocitivas 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 notificada 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.

Controversias idénticas que se fundamentan en los mismos hechos, en las mismas pruebas y en los mismos argumentos jurídicos, no deberían producir decisiones contradictorias entre sí: A los veintiún (21) agentes/distribuidores que han demandado a COMCEL les asiste el derecho fundamental de la igualdad ante la Ley (Art. 13 C.P.): **Las mismas pretensiones, con los mismos fundamentos probatorios y con los mismos argumentos de hecho y de derecho, deben tener, a la luz del mismo ordenamiento jurídico, el mismo resultado.**

Porque en los veintiún (21) procesos declarativos que están en curso ante los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, las partes apelarán en todo lo que les resulte desfavorable, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como Juez de segunda instancia, tendrá competencia plena para pronunciarse sobre la totalidad de los problemas jurídicos envueltos en estas veintiún (21) litis.

Para salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad que le asiste a LA DEMANDANTE y a los demás agentes/distribuidores que han demandado a COMCEL, **y ante la imposibilidad procesal de acumular las demandas o los procesos bajo un mismo expediente**, al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le corresponde emprender un análisis profundo y detallado de los problemas jurídicos que subyacen por igual en los veintiún (21) litigios que actualmente se tramitan ante la Justicia Ordinaria, esto con el fin de resolverlos de manera uniforme como en derecho corresponde, de tal manera que en todos ellos se imparta la misma justicia. Cada uno de estos veintiún (21) litigios, ciertamente, versan sobre relaciones jurídico-negociales independientes, entabladas cada una entre COMCEL y el respectivo agente/distribuidor demandante. Pero si los contratos demandados en esos veintiún (21) litigios son idénticos en su texto y además en su forma de ejecución, su naturaleza jurídica es una y solamente una. En ese sentido, al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le corresponde la tarea de analizar y definir cuál es la única y verdadera naturaleza jurídica de ese único modelo contractual confeccionado y extendido por COMCEL.

Es evidente la complejidad y extensión del presente caso y de los litigios idénticos que están en curso. Asimismo, es incuestionable la preexistente e imperante carga y congestión judicial. Bajo estas dos premisas, el aforismo latino “*da mihi factum, dabo tibi ius*” (dame los hechos que yo te daré el derecho) adquiere especial relevancia, así: Porque el Tribunal Superior de Bogotá conoce a fondo el ordenamiento jurídico, el esfuerzo del suscrito se deberá centrar en la exposición detallada de los hechos relevantes y los medios probatorios que soportan su verosimilitud. La argumentación jurídica, en cambio, deberá enunciarse de manera breve y concreta, evitando extenderse en doctrinas y en largas citas jurisprudenciales, para no congestionar el tiempo de los H. Magistrados con cuestiones ya conocidas.

1. EL CONTRATO FUE EXTENDIDO POR COMCEL.

Con la venia de la H. Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, se estima conveniente iniciar la sustentación del recurso de apelación con la exposición de un hecho capital que resultó probado en el presente proceso y que subyace, por igual, a todos y cada uno de los reparos que fueron formulados por LA DEMANDANTE al momento de interponer el recurso de apelación en contra de la SENTENCIA.

Hecho que resultó probado: El CONTRATO se suscribió inicialmente entre LA DEMANDANTE y CELCARIBE S.A.; sin embargo, y como resultó probado en el proceso, el texto del CONTRATO fue concebido y extendido directamente por COMCEL; veamos:

Con fundamento en la Ley 37 de 1993, y con ocasión de la Licitación Pública No. 046 de 1993 del Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones MINTIC, el 28 de marzo de 1994 la Nación celebró los Contratos de Concesión No. 004, 005 y 006 con COMCEL S.A., OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., respectivamente. Estos contratos tuvieron por objeto conferir a estos concesionarios la facultad para prestar el Servicio de Telefonía Móvil Celular en Colombia en las tres áreas en las que la Ley 37 de 1993 dividió el territorio nacional: (i) Área Oriental, la cual le fue concesionada a COMCEL, (ii) área Occidental la cual le fue concesionada a OCCEL y (iii) área Costa la cual le fue concesionada a CELCARIBE.

Operaciones - Comcel S.A. (la Compañía) es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, constituida por escritura pública No. 588 del 14 de febrero de 1992, de la Notaría 15 del Círculo de Santa Fe de Bogotá. Su objeto social consiste en la prestación del servicio de telefonía móvil celular en la región oriental de Colombia, de acuerdo con la concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones. La duración de la Compañía va hasta el 14 de febrero del 2082. Ocel presta servicios de telefonía celular y de telecomunicaciones en la región occidental de Colombia. Celcaribe presta el servicio de telefonía móvil celular en la región norte de Colombia de acuerdo con las concesiones otorgadas por el Ministerio de Comunicaciones ("la concesión de Ocel", "la concesión de Celcaribe" y "la concesión de Comcel", "las Concesiones").

Ver Prueba No. 2. Informe anual de COMCEL de 2003, Pág. 69

Por medio de la cual se renueva un permiso para uso del espectro radioeléctrico a Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. en las bandas de 824.040 MHz a 825.000 MHz, 825.030 MHz a 834.990 MHz, 845.010 MHz a 846.480 MHz, 869.040 MHz a 870.000 MHz, 870.030 MHz a 879.990 MHz, 890.010 MHz a 891.480 MHz, 1877,5 MHz a 1885 MHz y de 1957,5 MHz a 1965 MHz.

EL MINISTRO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que confiere la Ley 1341 de 2009 y los Decretos 4722 de 2009, 2618 de 2012 y 2044 de 2013 y 542 de 2014, y

CONSIDERANDO

Que, con ocasión de la Licitación Pública N° 046 de 1993, el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, celebró los **Contratos de Concesión N° 004, 005 y 006 del 28 de marzo 1994** con Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., Occidente y caribe Celular S.A. Ocel S.A. y Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A., **actualmente Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, cuyo objeto fue conferir al concesionario la facultad para prestar el servicio de telefonía móvil celular en Colombia, en la red A de las áreas Oriental, Occidental **y Costa Atlántica, respectivamente**, como servicio público de telecomunicaciones no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado al concesionario constituye su elemento principal, de conformidad con los artículos 14 del Decreto 1900 de 1990 y 1 de la Ley 37 de 1993, vigentes al momento de la celebración de los contratos.

Ver Prueba No. 3 aportada con la demanda: Ver 2014 3 27, Mintic, Resolución 598 de 2014.

Como resultó probado en el presente proceso, 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.

Ver Pruebas No. 1 y 2 aportadas con la demanda: 1. Certificado de EyR de COMCEL. 2. Informes Anuales de COMCEL.

El 100% de los ingresos operacionales de COMCEL, en efecto, provienen de las dos fuentes señaladas, así: (i) El 85% de sus ingresos proviene de la prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular; (ii) el 15% restante, de la venta de equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards). A título de ejemplo, se transcribe el Estado de Resultados incorporado en el Informe Anual de COMCEL del 2013, informe que fue aportado como prueba en el presente proceso; información similar se halla en los informes anuales de COMCEL de los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 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 2013 Y 2012		
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)		
	2013	2012
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 19)	\$ 7,022,939,621	\$ 6,799,381,869
Venta de equipos telefónicos	1,355,524,972	948,181,655
Total ingresos	8,378,464,593	7,747,563,524

Ver Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2013.

Al respecto, el testigo Oscar Rodríguez manifestó:

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Reportes y Consolidación Contable de COMCEL.	
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿El negocio de COMCEL, los ingresos fundamentales de COMCEL provienen de esa venta de servicios de telecomunicaciones y de esa venta de equipos telefónicos?	[TESTIGO OSCAR RODRIGUÉZ] Si doctor, claro que si, porque... sin teléfonos no había servicio, o sea si uno no compraba el teléfono o no activaba el servicio o el teléfono, pues el servicio no se prestaría, entonces están asociados los dos, ... para que haya servicio de telecomunicaciones necesita un teléfono celular <u>y ese teléfono los proveía y los vendía a COMCEL.</u>
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿Oscar estos que se refieren aquí como servicios y teléfonos son los que estaba COMUNICACIONES MOVILES CARTAGENA en cargo de comercializar a los clientes finales?	[TESTIGO OSCAR RODRIGUÉZ] Si, claro que sí, él y toda la red de distribución y los puntos directos de COMCEL entre todos vendían teléfonos, sean pospago, sean, prepago, claro que sí.
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿Y esos clientes a quienes se vendían el pospago o prepago son clientes de quién?	[TESTIGO OSCAR RODRIGUÉZ] De COMCEL...

Ver Prueba Testimonio Oscar Rodríguez

COMCEL, para promover y explotar los Servicios de Telefonía Móvil Celular y los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio, v. gr. para promover y explotar su negocio, tenía las siguientes opciones:

- Abrir sus propios establecimientos de comercio con sus propios empleados y ejecutar, directamente ante su clientela, las actividades de promoción y explotación de su negocio.
- Organizar una red de agentes/distribuidores conformada por empresarios independientes, y encargarles a estos empresarios la promoción y explotación de su negocio.

De estas opciones, COMCEL, como resultó probado en el proceso, decidió encargarle la promoción y explotación de su negocio a una red de agentes/distribuidores independientes. Al respecto, en los informes anuales y de sostenibilidad que se aportaron al expediente como pruebas documentales y que fueron elaborados y publicados por COMCEL, se lee:

Distribuidores Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades y expectativas llevándoles nuestros productos y servicios, y logrando una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Ver Prueba No. 2. Informe de Sostenibilidad 2016 de COMCEL, Pág. 19.

Ver Informe de Sostenibilidad 2018 de COMCEL, Pág. 13. Documento exhibido por COMCEL en el presente proceso.

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. Ver Informe anual de 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. Ver Informe de Sostenibilidad de COMCEL de 2014, página 60.

Canal de distribución

A través de este canal, nos acercamos más a nuestros clientes con presencia en **19.462** puntos de venta en **1.004** ciudades, municipios y /o poblaciones de Colombia.

Ver Informe de Sostenibilidad 2018 de COMCEL, Pág. 81. Documento exhibido por COMCEL en el presente proceso.

Al emplear el mismo lenguaje de COMCEL que se lee en sus informes anuales, se tiene: (i) Los agentes/distribuidores son “el canal más representativo en la comercialización de soluciones móviles” de COMCEL. (ii) Los agentes/distribuidores son la “cara frente al cliente” de COMCEL y con “los 19.442 puntos de venta” de sus agentes/distribuidores, COMCEL se “acercó más a sus clientes”. (iii) A través de sus agentes/distribuidores, COMCEL tuvo presencia y permanencia “en 1004 ciudades, municipios y/o poblaciones de Colombia”. (iv) La red de agentes/distribuidores, para el año 2002, representó “el 93% de las ventas” de COMCEL y, para los años 2014 y 2018, “aportó el 70% de participación de ventas de” COMCEL

Al respecto, la testigo Patricia Martínez manifestó:

Testimonio de Patricia Martínez. Líder Regional de Canales Presenciales de COMCEL.	
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: OK, tú le puedes contar un poco al despacho, dividiéndolo en actividades preventa, venta y post venta, ¿qué era lo que normalmente realizaban estos miembros de la red para Comcel?, ¿cuáles serán las actividades comerciales que realizaban en esos tres ítem, preventa venta y post venta?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ] Hacían, los distribuidores hacían actividades comerciales para atraer clientes, posterior a esa actividad comercial el distribuidor generaba una activación, digamos que eso sería el tema de la venta, generaba una activación de uno de esos clientes.
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿Y con esas actividades comerciales se buscaba promocionar los productos y servicios de Comcel?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ] Si señor.
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿Cuáles son esos productos comerciales de Comcel a los que haces referencia?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ] Planes post pago, planes prepago que era lo que se vendía en su momento, estamos hablando prepago venta de Sin card y kit prepago.
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: OK, esas actividades comerciales que realizaba el miembro de la red ¿debían realizarse en un lugar específico, en una zona específica?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ] En el punto autorizado por ellos, el que nosotros les habíamos autorizado.
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿Tú sabes si dentro de los requisitos para esa venta, el distribuidor debía hacer suscribir un contrato de prestación de servicios al cliente?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ] Si señor.

[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: OK, ¿y ese contrato de prestación de servicios a quienes vinculaba, quiénes eran las partes de ese contrato de prestación de servicios?

[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ] El cliente final, era un contrato de Comcel S.A. con el cliente final.

Ver Prueba Testimonio Patricia Martínez

¿Cómo consolidó COMCEL su red de agentes/distribuidores? 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:

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 Ocel 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. Ocel 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.

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. Al respecto, en la prueba "No. 8 Modelos Contractuales de COMCEL" que LA DEMANDANTE aportó con la demanda, se hallan:

- a) Prueba No. 8. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental). Al comparar estos veintidós (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos comparten el mismo texto, v. gr. que todos ellos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.
- b) Prueba No. 8. 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 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: (i) que todos estos negocios, en cuanto a su contenido, son idénticos y (ii) que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma.
- c) Prueba No. 8. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco 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. CELCARIBE, bajo el control de COMCEL, extendió para su propia red de agentes/distribuidores el mismo modelo contractual que COMCEL creó para sí misma. Al comparar estos

cinco contratos con el CONTRATO, se deduce que todos estos negocios comparten el mismo texto, es decir, que todos ellos corresponden con el modelo que COMCEL extendió.

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

- d) Pruebas trasladadas: Los veintiséis (26) contratos suscritos por COMCEL con los miembros de su red de agentes distribuidores que fueron arbitrados en los (26) procesos arbitrales referidos en el preámbulo del presente memorial; algunos de estos contratos fueron aportados por LA DEMANDANTE, otros fueron exhibidos por COMCEL, y otros fueron trasladados junto con los respectivos expediente al presente proceso por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Ver Prueba Trasladas. Expedientes procesos arbitrales Vs Comcel.

Fusión de COMCEL con OCCEL y CELCARIBE: COMCEL, mediante la 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 Pruebas No. 1 y 4 aportada con la demanda: Ver E.P. 3799 del 21/12/04 y Certificado de EyR de COMCEL.

En virtud de esta Fusión:

- a) COMCEL asumió las posiciones contractuales que OCCEL y CELCARIBE tenían en los respectivos contratos de concesión celebrados con la Nación/Ministerio de Comunicaciones y, desde entonces, COMCEL presta directamente los Servicios de Telefonía Móvil Celular en las tres áreas en las que la Ley 37 de 1993 dividió el territorio nacional: Oriental, Occidental y Costa.
- b) COMCEL quedó vinculada directa y contractualmente con los miembros de las redes de agentes/distribuidores de OCCEL y CELCARIBE, conformando así una única red nacional de agentes/distribuidores que abarcaron las tres áreas: Oriente (Comcel), Occidente (Ocel) y Celcaribe (Costa). Las tres redes de agentes/distribuidores operaron bajo el mismo modelo contractual que COMCEL concibió y extendió, y todas ellas operaron de manera uniforme y estandarizada.

Ver Pruebas No. 1 y 4 aportada con la demanda: Ver E.P. 3799 y Certificado de EyR de COMCEL.

CONCLUSIÓN: El CONTRATO corresponde con el modelo contractual que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de las redes de agentes/distribuidores de COMCEL, OCCEL y CELCARIBE. Con este modelo contractual, y a partir de la FUSIÓN de COMCEL (absorbente) con OCCEL y CELCARIBE (absorbidas), COMCEL consolidó una única y estandarizada red de agentes/distribuidores en las tres zonas en las que la Ley 37 dividió el territorio nacional (Oriente, Occidente y Costa), red a la cual le encargó la promoción y explotación de su negocio.

2. REPARO PRIMERO: RELATIVO AL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada en todos sus literales la Pretensión Décima de la demanda reformada y, en consecuencia, modificar el numeral TERCERO de la parte resolutive de la SENTENCIA de primera instancia así: CONDENAR a la entidad demandada a pagar a LA DEMANDANTE, por concepto de la PRESTACIÓN MERCANTIL que regula el Art. 1324 CCO, la suma de \$1.405.718.321.

2.1. De lo que resultó probado y del yerro cometido en la SENTENCIA.

LA DEMANDANTE, en el hecho 109 de la demanda reformada, alegó:

109. Como se explicó en los hechos relativos a la remuneración que devengó LA DEMANDANTE, el sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo dos (sic) 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.

COMCEL, al contestar la demanda y en relación con el referido hecho 109 sostuvo:

109. ES CIERTO.

Ver Página 37 de la Contestación de COMCEL a la demanda reformada.

En relación con este hecho, La DEMANDANTE, en los literales b) y d) de la Pretensión Décima de la demanda reformada, solicitó:

PRETENSIÓN DÉCIMA: Se solicita: (...) **b) Declarar** que para el cálculo de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 del CCO se deben promediar (i) las comisiones y utilidades que se causaron a favor de LA DEMANDANTE y que COMCEL efectivamente le pagó y (ii) las comisiones y utilidades que se causaron a favor de LA DEMANDANTE y que COMCEL, en incumplimiento de sus obligaciones contractuales o en franco abuso de su posición de dominio contractual y de sus derechos, no le liquidó ni tampoco le pagó a LA DEMANDANTE. **d) Declarar, con fundamento en la exposición de motivos del Código de Comercio (Art. 27 CC), que los márgenes de utilidad (v. gr. los descuentos) que LA DEMANDANTE obtuvo con la promoción y explotación del negocio de COMCEL en planes prepago (v. gr. Kits Prepago, Sim Cards y Recargas), al ser éstos una de las formas de remuneración que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial, son márgenes de utilidad que se deben incluir en la fórmula de cálculo de la Prestación Mercantil.**

El Juez de primera instancia, para el cálculo de la Prestación Mercantil, únicamente tomó en cuenta las comisiones recibidas por LA DEMANDANTE; al respecto, en la parte motiva de la SENTENCIA se lee:

Así, revisado el dictamen pericial aportado a instancia del demandante, se tiene que hizo una revisión de todas las facturas y en general los soportes contables de la empresa demandante, en donde se extrajeron las ganancias totales a título de comisiones devengadas en los últimos tres años del contrato de marras, esto es, entre marzo de 2015 y marzo de 2018, que sumaban un total de \$1.754.391.577. Ahora, se hizo en el dictamen el cálculo de lo que sería la prestación consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio, esto es, el equivalente a la doceava parte de las comisiones

percibidas en los últimos tres años y ésta operación dio como resultado la cantidad de \$723'199.189. Cifra que encaja dentro de la hipótesis normativa aquí mencionada.

Ver Página 15 de la SENTENCIA

Para el cálculo de la Prestación Mercantil, el Juez a quo, expresamente, excluyó, bajo las siguientes consideraciones, los “márgenes de utilidad” (descuentos) a que se refiere el literal d) de la Pretensión Décima de LA DEMANDANTE:

También se incluyeron conceptos como descuentos relacionados con la venta de kits prepago, otras deducciones de diferente índole durante la ejecución de la relación comercial, las notas crédito y las recargas, pero dichos elementos no encajan dentro de lo que jurisprudencialmente se ha reconocido como el fundamento o base de cálculo de la cesantía comercial. Únicamente para estos efectos, habrá de tenerse en cuenta lo relacionado con comisiones, que son la ganancia o contraprestación devengada y pactada en el curso del contrato. En suma, el actor tendría derecho al reconocimiento de la suma de \$723'199.189, a título de cesantía comercial.

Ver Pág. 15 de la SENTENCIA

DEL YERRO COMETIDO EN LA SENTENCIA: El yerro cometido en la SENTENCIA consistió, precisamente, en no incorporar para el cálculo de la Prestación Mercantil, ni los “márgenes de utilidad” (descuentos) que LA DEMANDANTE obtuvo en la comercialización de planes prepago de COMCEL (Kits Prepago, Sim Cards y Recargas), ni las Notas Crédito a través de las cuales COMCEL contabilizó la devolución causadas a favor de LA DEMANDANTE.

A partir del yerro cometido, la cuantía establecida en el numeral 3º de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA resultó muy inferior a la suma que en derecho corresponde: En efecto, la condena fue por \$723'199.189 cuando, en recta aplicación del inciso 1º del Art. 1324 CCO, ha debido ser por \$1.405.718.321.

PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a COMCEL S.A. a pagar a favor de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. la suma de \$723'199.189 a título de cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima comercial desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

TERCERO: (...) Denegar las demás pretensiones de la demanda.

2.2. Sustentación del reparo.

El inciso 1º del Art. 1324 CCO reza:

ARTÍCULO 1324 CCO: 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, ...

El legislador, dentro de los factores que estableció para el cálculo de la Prestación Mercantil, incorporó los conceptos “REGALÍA”, “COMISIÓN” y “UTILIDAD”, concepto que tienen significados distintos: cada concepto constituye un mecanismo remuneratorio del agente comercial.

Porque estos mecanismos remuneratorios no son excluyentes entre sí, en un contrato de Agencia Comercial se puede emplear uno solo de estos mecanismos, o se pueden emplear varios o todos ellos simultáneamente; veamos:

1. **COMISIÓN:** Una comisión es un dinero que el agente comercial le factura al empresario agenciado por cada acto de promoción que ejecuta y/o de explotación que celebra. Para efectos

del cálculo de la Prestación Mercantil, se deben tener en cuenta las COMISIONES que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL, v. gr. el importe bruto de los dineros que COMCEL le liquidó y le pagó a LA DEMANDANTE por concepto de comisiones. Al respecto, en la sentencia de noviembre 9 de 2017, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona, Expediente: 73001-31-03-004-2011-00081-01, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

Páginas 30 y ss: Esta forma de entenderla preceptiva se aviene al criterio utilizado en numerosos fallos de esta Corporación cuando alude a la remuneración como la "contraprestación" que recibe el agente de manos de la agenciada por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. La Sala ha acogido implícitamente el criterio de la comisión con ocasión de la liquidación de la PRESTACIÓN MERCANTIL, entendiendo allí el concepto de asignación bruta y no neta, es decir, el importe total de lo percibido por el "agente" como contraprestación, constatándose así una doctrina probable en los términos del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, que aquí se reitera, entendida por esta Corporación en la mayoría de los casos como la "comisión", hipótesis todas ellas, donde se ha mensurado dicha prerrogativa económica sobre los ingresos totales recibidos por el "agente" fruto del anotado contrato.

En esta sentencia, y para corroborar que lo dicho en ella constituye doctrina probable, la Corte Suprema misma transcribió los apartes pertinentes de las sentencias de 22 de octubre de 2001 (exp. 5817), del 6 de julio de 2007 (exp. 7504) y del 13 de diciembre de 2007 (exp. 1998-00199-01), cúmulo de providencias que, tal y como la propia Corte sostuvo, constituyen doctrina probable en los términos del Art. 4º de la Ley 169 de 1896.

El Juez de primera instancia, en materia de las comisiones, ajustó su decisión al Art. 1324 CCO y a la doctrina probable que lo explica.

2. **UTILIDAD:** La DEMANDANTE, en el literal d) de la pretensión 10ª de la demanda reformada, solicitó:

PRETENSIÓN DÉCIMA: Se solicita: (...) d). Declarar, con fundamento en la exposición de motivos del Código de Comercio (Art. 27 CC), que los márgenes de utilidad (v. gr. los descuentos) que LA DEMANDANTE obtuvo con la promoción y explotación del negocio de COMCEL en planes prepago (v. gr. Kits Prepago, Sim Cards y Recargas), al ser éstos una de las formas de remuneración que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial, son márgenes de utilidad que se deben incluir en la fórmula de cálculo de la Prestación Mercantil.

Esta pretensión, como se demuestra a continuación, resultó probada y así deberá declararse en la Sentencia de segunda instancia.

Ante la posibilidad de que el agente sea remunerado mediante una "utilidad", y frente a la ausencia de una definición legal en las normas regulatorias de la Agencia Comercial, surge la siguiente pregunta: ¿cómo puede ser el agente comercial remunerado mediante una "utilidad"? El problema de la interpretación que está inmerso en la pregunta se resuelve con fundamento en el artículo 27 del CC:

ARTÍCULO 27 CC, inciso 2º: Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Al consultar el espíritu e intención de la ley manifestados en la historia fidedigna del establecimiento del Código de Comercio, v. gr. manifestados en la Exposición de Motivos del Código de Comercio, se halla lo siguiente:

Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal. (...) 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... (Exposición de Motivos del CCO, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

La remuneración del agente comercial, entonces, puede provenir de la utilidad obtenida en la diferencia de precios entre el precio fijado al agente por el principal y el precio que éste obtenga del comprador al colocar el artículo en el respectivo mercado: Esta regla emana del imperio de la Ley y resulta, por ende, AXIOMÁTICA en nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente proceso, resultó probado que LA DEMANDANTE obtuvo, por cada suministro de equipos terminales que COMCEL le hizo con destino a la venta de Planes Prepago de CONTADO (Kits Prepago de contado y Sim Cards), una utilidad en la diferencia en precios; se trató, precisamente, del mecanismo remuneratorio que el legislador expresamente previó en la Exposición de Motivos del Código de Comercio. Esta diferencia en precio, entonces, corresponde con la “utilidad” a que se refiere el Art. 1324 CCO, utilidad que debe ser tenida en cuenta al momento de calcular la Prestación Mercantil.

SE ABRE UN PARÉNTESIS: Se aclara que este mecanismo remuneratorio únicamente operó respecto de los Planes Prepago que los clientes/suscriptores adquirirían de CONTADO (Kits Prepago de Contado y Sim Cards). En los demás casos (Planes Pospago de contado o financiados y Planes Prepago-Financiados), la remuneración de LA DEMANDANTE, tanto por la activación del respectivo Plan Pospago o Prepago, como por la venta del equipo terminal al cliente/suscriptor, fue 100% por concepto de comisiones.

En estos casos COMCEL el pagó a LA DEMANDANTE una comisión por activación/legalización del Plan y una comisión por venta del equipo terminal: en la venta de los equipos de contado para planes Pospago y los equipos financiados para planes Prepago -que son la mayoría de los casos-, LA DEMANDANTE, como resultó probado en el proceso, celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL los contratos de compraventa de equipos terminales actuando en nombre y por cuenta de COMCEL).

Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016.

Cuando los clientes de COMCEL adquirirían el equipo terminal financiado, tanto para planes Pospago como para Planes Prepago, LA DEMANDANTE tenía la obligación de cumplir con las siguientes instrucciones:

Para De Asunto Distribuidores Claro Móvil
María del Pilar Suárez G.
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.

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:




CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS

No. C XXXXXXXX

W3R0R1M2Y: 20160205 15:44:00 15/02/2016

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 equipo 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 las siguientes condiciones:

FABRICANTE	REFERENCIA	IMEI	VALOR TOTAL EQUIPO SIN IVA	IVA DEL EQUIPO	PAGO INICIAL EQUIPO	SALDO DEL EQUIPO	No. CUOTAS PACTADAS	VALOR CUOTA MENSUAL
ALCATEL	xxxxxxx	xxxxxxxxxxx	\$957.397	\$153.183	\$95.740	\$861.657	12	\$71.805
TOTAL VENTA								

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 indicada en éste 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

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016 exhibida por COMCEL.

Como se deduce del texto contractual incorporado en esta Circular, LA DEMANDANTE celebraba el contrato de venta actuando en nombre de COMCEL, v.gr. como su agente con representación: Fue COMCEL la parte que quedó vinculada con los clientes/suscriptores, de tal manera que tales negocios se ejecutaron por cuenta de COMCEL. Esto explica por qué fue COMCEL, no LA DEMANDANTE, la parte que asumió el riesgo de cartera ante los clientes/suscriptores: 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:

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.

Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017.

Para De Asunto	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G. PROHIBIDA VENTA DE EQUIPOS NO SUMINISTRADOS POR CLARO
-----------------------	---



Ver Prueba Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017 exhibida por COMCEL.

Para comercializar los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL, LA DEMANDANTE se obligó a comercializar, simultánea y necesariamente, el respectivo equipo terminal (teléfono celular y Sim Cards). El CONTRATO, en su cláusula 1.14, definió “Producto de Abonado” así:

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.

LA DEMANDANTE comercializó los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) atados siempre a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL. Al respecto, COMCEL, al contestar la demanda, confesó que el siguiente hecho es cierto:

Hecho 64. 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...

Ver Demanda reformada, Pág. 45.

64. HAY VARIOS HECHOS, los cuales contesto así:

Frente a que *"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. Al respecto, el CONTRATO SUB IÚDICE define "Producto del Abonado", así: ... "* **ES CIERTO.** En lo demás es una transcripción de una cláusula del Contrato de Distribución, a cuyo tenor literal me apego.

Ver Pág. 28 de la Contestación de COMCEL a la demanda reformada.

En el mismo sentido, en el testimonio rendido en el presente proceso por Gerente de Comisiones de COMCEL, señor Andrés Martínez, y en el testimonio también suyo que se trasladó del proceso de CELL NET DE OCCIDENTE S.A. Vs COMCEL S.A., se sostuvo:

Testimonio de Andrés Martínez. Gerente de comisiones de COMCEL.

[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: OK, esos servicios de los kits prepago Andrés Francisco te pregunto ¿cuándo se vende el KIT PREPAGO que ya nos explicaste, el KIT porqué está conformado, qué conforma el KIT?

[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: El kit es un equipo, un terminal más una sim card.

[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: OK, y esa sim card está atada o vinculada a una línea telefónica de COMCEL.

[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Si, esa sim card tiene una línea de COMCEL.

[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿Entonces para redondear la idea cada vez que se vende ese KIT PREPAGO, necesariamente va con una línea telefónica de COMCEL para ser utilizada?

[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Si, el kit viene con una línea de COMCEL, sí señor.

Ver Prueba Testimonio Andrés Francisco Martínez.

Testimonio de Andrés Martínez. Gerente de comisiones de COMCEL.

Testimonio trasladado del proceso CELL NET DE OCCIDENTE S.A. Vs COMCEL S.A.

DR. ZEA: Explique al Tribunal qué es un kit prepago?

SR. MARTÍNEZ: Un kit prepago es cuando se vende un equipo con una sim card que tiene un paquete de bienvenida para que el cliente utilice y funciona a través del método de recarga por tarjetas

DR. ZEA: A propósito de esos kit prepago Cell Net al momento de comercializarlos podía vender el equipo sólo en sí mismo o tenía necesariamente que venderlo activado a la red celular de Comcel?

SR. MARTÍNEZ: La figura del kit es teléfono con el chip.

DR. ZEA: Eso qué significa?

SR. MARTÍNEZ: O sea, el kit sale con una línea de Comcel.

Ver Pruebas Trasladas Proceso CELLNET vs COMCEL – Testimonio Andrés Francisco Martínez.

SE CIERRA EL PARÉNTESIS.

Por su pertinencia, se cita el siguiente antecedente arbitral:

Laudo Arbitral de noviembre 20 de 2014. Tribunal de Arbitraje de SIMTEC S.A. Vs COMCEL S.A. Árbitros: Luís Helo Kattah, Fernando Santos Silva y Hernando Yepes Arcila. Secretario: **Fernando Pabón Santander**. Página 101: ... Esto significa que la distribución de productos, entendida como la compra de productos para su reventa, no es ajena a las labores de promoción, ni a la agencia comercial. Tanto es así que al agente se le aplican, en lo pertinente, las normas que regulan el contrato de suministro, por expresa remisión del artículo 1330 del Código de Comercio. Por este aspecto, el Tribunal considera que la utilidad recibida por SIMTEC en virtud de la compra y venta de los equipos y productos, debe tenerse como ingreso para el cálculo de la PRESTACIÓN MERCANTIL, si se tiene en cuenta, además, que el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio incluye expresamente la "utilidad" como parte de dicho ingreso y no hace la distinción que pretende la convocada.

COMCEL misma, en el lenguaje de las Cartas de Comisiones que le envió a su red de agentes/distribuidores, reconoció el carácter remuneratorio que tuvo dicha "utilidad":

Kit Amigo

A. PRECIOS Y REFERENCIAS KIT PREPAGO:

Precios de venta del Kit a Distribuidores y precio de venta al público dependiendo de la clase de equipo que se pretenda vender (Ver tabla anexa)

Equipos	Precio de Venta Publico	Precio de Venta Distribuidor
Nokia 5120 / 5125	\$ 229.000 + IVA. Incluye \$ 20.000 de carga.	\$ 209.000 + IVA.
Motorola V2290	\$ 199.000 + IVA. Incluye \$ 20.000 de carga.	\$ 179.000 + IVA.
Nokia 8260	\$499.000 + IVA Incluye \$60.000 de carga	\$ 479.000 + IVA.

♦ En el momento de la venta del Kit al usuario final, el distribuidor tendrá derecho al pago de una comisión única y anticipada por valor de \$20.000. Estos \$20.000 provienen de la diferencia entre el precio de venta de Comcel al Distribuidor y el precio de venta al Usuario final.

Como se mencionó anteriormente en el presente memorial, el 18 de marzo de 2002, en el laudo arbitral del proceso de CELLULAR TRADING DE COLOMBIA LTDA Vs COMCEL S.A. se resolvió: "Segundo. Declarar, en consecuencia, que el contrato celebrado y ejecutado entre las sociedades CELL POINT S.A. y COMCEL S.A. es un contrato de agencia comercial. De esta forma se acoge la pretensión principal 1.1.1. de la demanda". La existencia de este proceso resultó probada con el informe anual de COMCEL del año 2002 que reposa en el expediente; el laudo arbitral, por su parte, consta en los registros públicos que al respecto tiene el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

Ver Prueba documental No. 2 de la demanda. Informe Anual de Comcel del año 2002, Pág. 75.

A partir de este laudo arbitral, COMCEL, descontenta con el hecho de que su modelo contractual se calificara por primera vez como un típico contrato de Agencia Comercial, cambió el lenguaje de sus comunicaciones, esto con el fin de ocultar o eludir la Agencia Comercial que en realidad celebró con los miembros de su red de agentes/distribuidores; veamos:

COMCEL, en las "Cartas de Comisiones" que empezó a extender para para su red de agentes/distribuidores a partir del año 2003, sustituyó el texto: "En el momento de la venta del Kit al usuario final, el distribuidor tendrá derecho al pago de una comisión única y anticipada por valor de \$20.000. Estos \$20.000 provienen de la diferencia entre el precio de venta de Comcel al Distribuidor y el precio de venta al Usuario final", por los siguientes:

Cartas de comisiones 2003 – 2007: COMCEL, entre los años 2003 y 2007, utilizó la fórmula "Por la compraventa de Kits de contado por parte del DISTRIBUIDOR a COMCEL, COMCEL otorgará un descuento...":

II. PREPAGO

Kit de contado

Por la compraventa de Kits de contado por parte del Distribuidor a COMCEL, COMCEL otorgará un descuento sobre el precio de venta al público, conforme la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS AL PUBLICO	Descuento sobre precio al público
Entre \$0 y \$199.999	\$32.000
Entre \$200.000 y \$229.999	\$37.000
Entre \$230.000 y \$379.999	\$44.000
Desde \$380.000	\$50.000

Ver Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE. Carta de 2004 12 14.

Cartas de comisiones a partir de 2007: COMCEL, a partir del año 2007, empleó la fórmula “Kits Prepago de Contado. Por la compra de Kit destinados a la reventa”:

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

Ver Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE. Carta de 2010 06 28.

A pesar del cambio de lenguaje, la realidad contractual no se modificó: LA DEMANDANTE continuó devengando una “utilidad” remuneratoria por cada Plan Prepago de Contado que fue comercializado ante el cliente final. En el testimonio del Gerente de Comisiones de COMCEL que fue rendido en el presente proceso, al respecto, se sostuvo:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.

[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: Ok, en el caso de PREPAGO tu nos podrías remitir, repetir rápidamente desglosadas las remuneraciones que recibía Comunicaciones Móviles Cartagena por los PREPAGO, ya tenemos claro el post pago, por prepago las remuneraciones que recibía Comunicaciones Móviles Cartagena cada vez que vendía un kit prepago.

[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Entonces, en prepago recordemos que hay dos cosas el welcome back y el kit prepago, para el welcome back en el momento de la venta cierto a partir de ahí se cuentan 6 meses y por las cargas que haga el cliente durante esos 6 meses de manera mensual se liquida 8% sobre el valor de esa recarga, esa bonificación es independiente de donde lo hagan o donde el cliente haga la recarga lo puede hacer por medios virtuales o donde sea independiente le vamos a pagar el 8%.

Y en el caso del kit se presenta lo mismo 6 meses se le paga es ya el 30% sobre esas recargas que haga el cliente independiente donde la haga y adicional a eso el distribuidor obtenía ese descuento, o esa UTILIDAD en precio de venta que es, COMCEL le vende el equipo al distribuidor en noventa mil pesos (90,000) el precio del mercado es cien mil pesos (\$100,000) entonces cuando el distribuidor vende el equipo al cliente final pues se ganaba esos diez mil pesos (\$10,000) y adicional a eso había un tema de una liquidación de una bonificación por permanencia de equipo.

<p>[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: OK ¿respecto de ese, de ese margen de utilidad que tu refieres entre el valor al que se le entrega al equipo a Comunicaciones Móviles Cartagena y al valor al que debe llevarlo al cliente, esa es un tipo de dinero que gana Comunicaciones Móviles celular <u>a través del cual se le remunera?</u></p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Es que eso es una diferencia en precio <u>entonces automáticamente ese precio lo tiene.</u></p>
--	---

Ver Prueba Testimonio Andrés Francisco Martínez

En el mismo sentido declaró el Gerente de reporte de COMCEL, Oscar Rodríguez, quien señaló lo siguiente:

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Informes de COMCEL.	
<p>[APODERADO DEMANDANTE] A demás de ese margen de utilidad que tenía COMUNICACIONES MOVILES CARTAGENA en esos KITS PREPAGO, ¿COMCEL le pagaba la comisión por legalización del kit, la comisión por buena venta del kit, la comisión por recargas del kit, una vez se vendía el kit?</p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUÉZ] COMCEL, sí que usted me leyó antes, en este caso el KIT, cuando legalizaban, cuando se generaba la primera actuación se ganaba o la comisión por activación, en este caso era la comisión <u>y adicionalmente se ganaba el descuento por la venta.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE] Es decir, ¿por la venta del KIT se ganaba esos <u>dos conceptos, las comisiones y el margen de utilidad?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUÉZ] <u>La comisión y el margen de utilidad, Sí, una vez activado</u></p>

Ver Prueba Testimonio Oscar Rodríguez

Con los siguientes testimonios trasladados, asimismo, se confirmó el carácter remuneratorio de la utilidad que LA DEMANDANTE obtuvo en la diferencia en precio en la comercialización de los Kits Prepago de Contado (descuento):

Testimonio trasladado de Carlos Alberto Torres / Proceso de CELUTEC Vs COMCEL	
<p>DR. LAGUADO: En el caso del suministro de equipos terminales... cómo se liquidaba el margen de remuneración para el distribuidor?</p>	<p>SR. TORRES: El proceso de venta de equipos terminales se hace mediante la metodología de consignación al distribuidor, es decir le entregamos los equipos al distribuidor, cuando el distribuidor los vende la compañía se los factura y a ese precio de ventas si no me falla mi memoria, se le descuenta un valor determinado por el área comercial entiendo que depende mucho del equipo y de la gama del equipo y la rotación de estos materiales en el mercado, de manera que el distribuidor pues obtenga su margen de utilidad entre el diferencial del precio que concede vendió al distribuidor y el precio que el distribuidor le vendió al cliente.</p> <p>SR. TORRES: ... el equipo nuevo es entregado en consignación al distribuidor, cuando el distribuidor lo vende, lo vende al precio que la compañía ha determinado que debe llegar a su cliente final, para efectos de un ejemplo se lo vende a 100 pesos al cliente final, cuando eso sucede Comcel se lo factura al distribuidor y se lo factura a un precio a título de ejemplo de 90 pesos, de manera que el distribuidor se queda con ese diferencial.</p>

Testimonio trasladado de José Orlando Peralta / Proceso de CELUTEC Vs COMCEL	
<p>SR. PERALTA: En el caso de prepago lo que se manejaba era un auto liquidable o una comisión auto liquidable; operativamente la conocemos así y es que al distribuidor se le vendía el kit a un valor y ellos estaba autorizados a venderlo a otro, la diferencia entre eso y entre lo que Comcel se lo vendía a él y él lo vendía al público era lo que se conocía como la comisión auto liquidable, ...</p>	

COMCEL misma, en las circulares que le envió a LA DEMANDANTE y toda la red de agentes/distribuidores, reconoce el carácter remuneratorio de la mencionada utilidad (descuento comercial autoliquidable). Seguidamente se cita la Circular 2015-GSDI011-S68428 del 17 de junio de 2016 obrante en el expediente:

  **Circular Informativa** 

Para: Distribuidores Claro Móvil
 De: María del Pilar Suárez G.
 Asunto: **IMPORTANTE DISTRIBUIDORES – CAMBIO BONIFICACIONES KIT PREPAGO**



Claro pensando en los **DISTRIBUIDORES** renovó las bonificaciones de **kit prepago**

RECIBES 30%

Ahora **Claro** te pagará una bonificación equivalente al **30%** del 100% de las cargas realizadas por las líneas en los **primeros 6 meses**

2015-GSDI01-S168428
 17 DE JUNIO DE 2016

1
 INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

¡Conoce los cambios!

	ANTES	A PARTIR DEL 17 DE JUNIO
Descuento comercial (autoliquidable)	si	si

Bonificación por Legalización	\$ 12.500	30% por las cargas realizadas de la línea durante los primeros 6 meses
Bonificación por Buena Venta	si	no

ES ASÍ DE SENCILLO!

IMPORTANTE

- Para despertar el paquete de bienvenida el cliente debe cargar \$2.000 y con este evento la línea cuenta como alta.
- Para ganarse el 30% sobre el consumo de la línea debe estar legalizada con las condiciones vigentes.

PARA MAYOR INFORMACIÓN CONSULTA TU CARTA DE COMISIONES

Sin otro particular,

MARIA DEL PILAR SUAREZ G.
 Gerente de Servicio y Entrenamiento al Distribuidor

Esta utilidad, según se explicó en estos testimonios, equivalió al descuento que COMCEL incorporó en cada factura que emitió por concepto de Kit Prepago de contado y Sim Cards. A continuación, con apoyo en la prueba documental obrante en el expediente, se explica el funcionamiento de este sistema remuneratorio:

- COMCEL, respecto de los “Kits Prepago de Contado”, le facturó a LA DEMANDANTE cada equipo terminal a precio de cliente final, y sobre este precio le otorgó un descuento condicionado. A título de ejemplo se transcribe la Carta de Comisiones de mayo 12 de 2017:

A continuación presentamos el Plan de Anticipos¹, Bonificaciones y descuentos, que COMCEL aplica desde el **01 de Mayo de 2017**, sin perjuicio que COMCEL en cualquier tiempo, los ajuste o varíe:

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:

Precio Venta al público sin IVA		Descuento
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	\$ 17.400
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 21.700
\$ 130.001	\$ 180.000	\$ 30.400
\$ 180.001	\$ 230.000	\$ 31.000
\$ 230.001	\$ 299.000	\$ 33.000
\$ 299.001	\$ 399.000	\$ 40.000
\$ 399.001	\$ 499.000	\$ 45.000
\$ 499.001	\$ 600.000	\$ 50.000
\$ 600.001	\$ 1.500.000	\$ 60.000
\$ 1.500.001	en adelante	\$ 80.000

Ver Prueba No. 11 aportada con la demanda. Cartas de Comisiones de 2017 05 12

- LA DEMANDANTE tenía la obligación de comercializar el equipo ante el cliente final al precio que COMCEL estableció (precio de cliente final). Al respecto, en el CONTRATO se pactó tal obligación así:

7.4 EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique CELCARIBE 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.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice

En relación con la fijación de todos los precios por parte de COMCEL, tanto el precio de suministro del equipo a LA DEMANDANTE como el precio final de venta al público, en el testimonio de Andrés Francisco Martínez, Gerente de Comisiones de COMCEL y en el testimonio de Oscar Rodríguez Rodríguez, Gerente de Informes de COMCEL, ambos testigos manifestaron lo siguiente:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.

[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿Quién fija los precios, tanto aquel que va para Comunicaciones Móviles Cartagena como aquel que va al público, quien fija esos precios?

[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: pues los precios son fijados por COMCEL por temas de competencia, por temas de que se quiere incentivar precios de los equipos de los fabricantes y demás.

[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ok, ¿Ambos precios son fijados por COMCEL?

[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Si señor

Ver Prueba Testimonio Andrés Francisco Martínez

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Informes de COMCEL.	
[APODERADO DEMANDANTE] Bueno okey, para efectos de aclaración acá cuando tú te referiste a los KIT PREPAGO y hablabas de ese margen de utilidad que tenía COMUNICACIONES MOVILES CARTAGENA yo te pregunto, ¿El precio, el precio tanto al que se le entregaba el equipo a COMUNICACIONES MOVILES CARTAGENA en el kit como el precio al que debía entregarse ante al usuario final eran precios fijados por COMCEL?	[TESTIGO OSCAR RODRIGUÉZ] <u>Si doctor, esos los fija COMCEL.</u>
Ver Prueba Testimonio Oscar Rodríguez	

- El descuento que COMCEL le otorgó a LA DEMANDANTE quedó condicionado a la activación y uso del equipo por parte del cliente/suscriptor, cuestión que demuestra que la remuneración (comisión y descuento) de LA DEMANDANTE iba atada a la comercialización de los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, servicios que, técnica y operativamente, requieren que al cliente final se le entregue un equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL:

<p>1 PREPAGO</p> <p>1.1 Kit Prepago de Contado</p> <p>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:</p> <p style="text-align: center;">(...)</p> <p>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</p> <p>En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta indicadas en los numerales (i) al (iv) 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.</p>
--

Ver Prueba No. 11 aportada con la demanda. Cartas de Comisiones de 2017 05 12

- El mecanismo como operó esta utilidad (descuento) fue así: (i) COMCEL le facturó a LA DEMANDANTE el valor del equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) al precio al cual debía ofrecerlo al cliente final. (ii) Sobre ese precio, y en la misma factura, COMCEL le otorgó un descuento a LA DEMANDANTE. (iii) LA DEMANDANTE comercializó el equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) al precio establecido por COMCEL y obtuvo una utilidad en la diferencia en precios: esta utilidad, nominalmente, equivalió al descuento otorgado.

CONCLUSIÓN: Los márgenes de utilidad (descuento) que LA DEMANDANTE obtuvo en la colocación de planes prepago (Kits Prepago de contado y Sim Cards), al haber sido márgenes remuneratorios de las actividades de promoción y explotación que LA DEMANDANTE ejecutó como agente comercial de COMCEL, corresponden con utilidades que deben ser promediadas para efectos del cálculo de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

Esta CONCLUSIÓN, como se anticipó, tiene respaldo absoluto en lo alegado por LA DEMANDANTE en el hecho 109 de la demanda reformada, hecho que COMCEL, al contestar la demanda, confesó que es cierto:

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."

En el DICTAMEN se estableció la utilidad -diferencia en precio- que LA DEMANDANTE recibió con la comercialización de Kits Prepago de contado durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO, así:

A.2.b) Si este promedio se divide por 12 y posteriormente se multiplica por el número de años de vigencia del CONTRATO SUB IÚDICE (14,84 años), ¿cuál es el monto de la prestación mercantil causada a partir de los ingresos así devengados por LA DEMANDANTE con la comercialización de los Kits Prepago? **RESPUESTA.** Para calcular la prestación mercantil se toma el total de los descuentos recibidos durante los tres últimos años de ejecución del contrato y se divide entre tres (3); este resultado se divide entre doce (12) y finalmente se multiplica por el número de años de duración del contrato (14.84). La duración del contrato se determinó con base en el contrato suscrito entre LA DEMANDANTE y COMCEL, con fecha de inicio mayo 10 de 2003 y la terminación del mismo, en marzo 8 de 2018. (...) Con fundamento en lo anterior, a continuación, se presenta el cálculo de la prestación mercantil:

PERIODO	VALORES
Entre el 9/3/2015 al 8/3/2016	426.533.396
Entre el 9/3/2016 al 8/3/2017	399.239.336
Entre el 9/3/2017 al 8/3/2018	494.203.562
TOTAL DESCUENTOS ULTIMOS TRES AÑOS	1.319.976.294
Promedio: \$1.319.976.294 ÷ 3=	439.992.098
Doceava parte: \$439.992.098 ÷ 12=	36.666.008
Duración del contrato	14,84
Prestación Mercantil: \$36.666.008 x 14,84 años =	544.123.559

El monto de la prestación mercantil causada a partir de los descuentos kits prepago devengados por LA DEMANDANTE por el Contrato de Voz, es de \$544.123.559. En el siguiente anexo se detallan las fórmulas, datos y resultados del cálculo de la prestación mercantil por descuentos kits prepago: Anexo electrónico No. 9-A.2.b-Cálculo de la prestación mercantil por descuentos kits prepago.

Ver Prueba: Págs. 14 y 15 del DICTAMEN.

3. **RECARGAS:** Todo lo dicho anteriormente aplica por igual respecto de la remuneración que LA DEMANDANTE recibió por la comercialización de las denominadas RECARGAS, v. gr., por la comercialización del "servicio de telefonía móvil celular" que los clientes/suscriptores de Planes Prepago debían, como su nombre lo indica, prepagarle a COMCEL para posteriormente consumir. En el presente proceso, resultó probado que COMCEL le reconoció a LA DEMANDANTE una utilidad del 8% de los dineros que los clientes de COMCEL pagaron por concepto de "Recargas de Tiempo al Aire" en Planes Prepago/Sim Cards. Al respecto, en las Cartas de Comisiones que obran como prueba documental en el expediente se lee:

1.3 Amigo SIM (Chip Estratégico)
<p>Para las activaciones de líneas prepago con Amigo Sim (Chip Estratégico) que se realicen en el periodo a partir del 17 de Junio de 2016, el distribuidor tendrá derecho a recibir dentro de los seis meses siguientes a la activación de la línea una bonificación mensual del 8% del valor de las recargas realizadas dentro del respectivo mes. Esta bonificación se reconocerá, siempre y cuando la línea haya realizado al menos una llamada con costo.</p> <p>Así mismo, para el pago de la bonificación y el anticipo se requiere que el cliente este activo en COMCEL, que los documentos hayan sido debidamente revisados y aprobados conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL e ingresados a través de los sistemas de activación y de legalización (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 y que 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.</p>

Ver Prueba No. 11 de la demanda. Carta de Comisiones de julio 30 de 2016

4. **NOTAS CRÉDITO:** Las Notas Crédito que COMCEL contabilizó, constituyen un mecanismo remuneratorio que COMCEL estableció a favor de LA DEMANDANTE; este mecanismo se aplicó, principalmente, como un ingreso remuneratorio adicional y complementario a las

“Recargas de Tiempo al Aire” que los clientes/suscriptores de COMCEL realizaron en las Sim Cards (Chip Estratégico y Chip Costa) cuya activación fue gestionada por LA DEMANDANTE.

Al respecto, en las circulares exhibidas por COMCEL se lee:

Para De	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G.
Asunto	INCENTIVOS POR VENTAS – CHIP ESTRATEGICO Y CHIP COSTA PARA DISTRIBUIDORES – JUNIO

iiii LOS DISTRIBUIDORES PODRAN GANAR DEL 1 AL 30 DE JUNIO HASTA \$2.000 POR LA VENTA DEL CHIP ESTRATEGICO Y CHIP COSTA!!!!

1. Contará como alta comercial los chip que generen una recarga mínima de \$2.000, estos chips generan una nota crédito de **\$1.000** por cada chip.
2. Por el cumplimiento de la cuota de **CHIP** asignada para el mes de **Junio de 2016**, Claro aplicará una Bonificación adicional de **\$500**. (siempre y cuando la línea tenga una recarga de \$2.000).
3. Por las líneas que hayan generado una recarga mínima de **\$2.000** del día 4 al día 30, Claro reconocerá al distribuidor una Bonificación de **\$500**.

Beneficios para el Distribuidor

1. Diferencia en el precio de venta del chip.
2. Bonificación durante seis meses por las recarga de los CHIPS.

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S171111 de junio 21 de 2013 exhibida por COMCEL.

Nótese que en esta circular, COMCEL misma reconoce que el sistema remuneratorio de LA DEMANDANTE incorporó la “diferencia en precio de venta de chip” (utilidad) y una “bonificación” durante seis meses por las recargas de las Sim Cards.

Para De	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G.
Asunto	CHIP - INCENTIVO POR SOBRECUMPLIMIENTO.

INCREMENTA TUS INGRESOS!!!

A los Distribuidores que sobrecumplan al 110% el presupuesto de Chip Estratégico/Costa del 1 al 31 de Agosto de 2017, recibirán como incentivo adicional una **Nota Crédito de \$500**.

CONDICIONES:

- Nota crédito solo aplica para las líneas que cuenten como alta del 1 al 31 de agosto con una recarga de \$10.000.
- Para la liquidación de éste incentivo, se revisarán todas las ventas de los Distribuidores, en los casos en los cuáles se encuentren anomalías en las ventas, no se cancelará el incentivo.
- La línea debe estar legalizada para realizar el pago del incentivo.
- Incentivo para la Unidad de Negocios Personas.

Ver Prueba Circular 2017-GSDI01-S225586 de agosto 23 de de 2017 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
 De María del Pilar Suárez G.
 Asunto INCENTIVOS POR VENTAS– CHIP ESTRATEGICO Y
 CHIP COSTA PARA DISTRIBUIDORES – MAYO 2016

Importante hasta el 06 de Mayo se mantienen las condiciones de la circular 2016-GSDI01-S125295

(...)

A partir del 07 de mayo de 2016 Las condiciones para el incentivo de CHIP ESTRATEGICO Y CHIP COSTA PARA DISTRIBUIDORES son:

1. Nota crédito de **\$1.000** por cada una de las Sim Card que recarguen mínimo **\$2.000** dentro de los 3 primeros días.

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S131199 de mayo 6 de 2016 exhibida por COMCEL.

- 2.3. Modificación de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA: Condena que debe ser impuesta a COMCEL a título de Prestación Mercantil.

Al incorporar en el cálculo de la Prestación Mercantil los factores de cálculo a que se refiere la Pretensión Décima de LA DEMANDANTE y el hecho 109 de la demanda reformada (hecho que COMCEL confesó como cierto), al emplear las mismas fuentes y el mismo lenguaje utilizado por El Juez de primera instancia en la parte motiva de la SENTENCIA, se tiene:

Así, revisado el dictamen pericial aportado a instancia del demandante, se tiene que hizo una revisión de todas las facturas y en general los soportes contables de la empresa demandante, en donde se extrajeron las ganancias totales que obtuvo LA DEMANDANTE a título remuneratorio, así:

Comisiones recibidas por LA CONVOCANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

PERIODO	CANTIDAD FACTURAS	VALORES
Entre el 9/3/2015 al 8/3/2016	333	657.326.827
Entre el 9/3/2016 al 8/3/2017	279	566.587.536
Entre el 9/3/2017 al 8/3/2018	266	530.477.214
TOTAL COMISIONES ULTIMOS TRES AÑOS	878	1.754.391.577

(Pág. 11 del DICTAMEN)

Kits Prepago: Utilidades (descuentos) recibidos por LA CONVOCANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

PERIODO	CANTIDAD FACTURAS	VALORES
Entre el 9/3/2015 al 8/3/2016	403	426.533.396
Entre el 9/3/2016 al 8/3/2017	408	399.239.336
Entre el 9/3/2017 al 8/3/2018	341	494.203.562
TOTAL DESCUENTOS ULTIMOS TRES AÑOS	1.152	1.319.976.294

(Pág. 14 del DICTAMEN)

Sim Cards: Utilidades (descuentos) recibidos por LA CONVOCANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

PERIODO	CANTIDAD FACTURAS	VALORES
Entre el 9/3/2015 al 8/3/2016	8	6.051.240
Entre el 9/3/2016 al 8/3/2017	11	2.782.370
Entre el 9/3/2017 al 8/3/2018	15	3.142.440
TOTAL DESCUENTOS ULTIMOS TRES AÑOS	34	11.976.050

(Pág. 16 del DICTAMEN)

Notas Crédito: Devolución de Comisiones recibidas por LA CONVOCANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

PERIODO	CANTIDAD DOCUMENTOS	VALORES
Entre el 9/3/2015 al 8/3/2016	12	54.317.666
Entre el 9/3/2016 al 8/3/2017	17	128.781.854
Entre el 9/3/2017 al 8/3/2018	11	103.814.913
TOTAL NOTAS CRÉDITO ULTIMOS TRES AÑOS	40	286.914.433

(Pág. 20 del DICTAMEN)

Recargas: Utilidades (descuentos) recibidos por LA CONVOCANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

PERIODO	CANTIDAD SOPORTES	VALORES
Entre el 9/3/2015 al 8/3/2016	12	10.640.000
Entre el 9/3/2016 al 8/3/2017	16	16.400.000
Entre el 9/3/2017 al 8/3/2018	11	9.800.000
TOTAL INGRESOS RECARGAS ULTIMOS TRES AÑOS	39	36.840.000

(Pág. 22 del DICTAMEN)

Al sumar los ingresos remuneratorios que LA DEMANDANTE obtuvo durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO, se obtiene la suma de \$3.410.098.354.

Ahora, aplicando la fórmula aritmética utilizada por Jega Accounting House Ltda., la cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1324 del C. Co., se tiene que $\$3.410.098.354 \div 3 = \$1.136.699.451 \div 12 = \$94.724.954 \times 14.84$ (años de vigencia del CONTRATO) = **\$1.405.718.321**, monto al que asciende el valor de la PRESTACIÓN MERCANTIL para la época en que finalizó del contrato. Valga decir que los anteriores valores y conceptos se encuentran debidamente soportados, sustentados y discriminados en el dictamen pericial de la parte demandante, tal como se observa de las facturas asientos, registros y papeles contables, y libro mayor y auxiliares, documentos que no fueron desconocidos, rechazados ni tachados de falsos, los que por reunir las características de los artículos 244 a 246, 260, 263 y 264 del Código General del Proceso constituyen plenas pruebas.

CONCLUSIÓN FINAL: El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá modificar la primera parte del numeral TERCERO de la parte resolutive de la SENTENCIA, así:

TERCERO: Declarar probadas las pretensiones décima y undécima propuestas por LA DEMANDANTE y, como consecuencia de lo anterior, condenar a COMCEL S.A. a pagar a favor de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. la suma de \$1.405.718.321 a título de cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio.

3. REPARO SEGUNDO: INTERESES MORATORIOS CAUSADOS SOBRE LA PRESTACIÓN MERCANTIL.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión Décima Tercera de la demanda reformada y, en consecuencia, 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 11 de marzo de 2018 (día siguiente a la terminación del CONTRATO), momento en el cual venció el plazo legalmente estipulado que tenía COMCEL para cumplir con su obligación, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Petición subsidiaria: Si se rechaza la petición que antecede, 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 del 4 de junio de 2019, 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.

3.1. De lo que resultó probado y del yerro cometido en la SENTENCIA.

En el proceso resultó probado (i) que el CONTRATO fue un típico y nominado contrato de Agencia Comercial y (ii) que COMCEL le debe pagar a LA DEMANDANTE la denominada Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO; al respecto, en la Parte Resolutiva de la SENTENCIA se estableció:

PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA.

SEGUNDO: SEGUNDO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de agencia comercial vigente en el período comprendido desde el 10 de mayo de 2003 y el 8 (sic) de marzo de 2018.

TERCERO: TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a COMCEL S.A. a pagar a favor de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. la suma de... a título de cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio...

Porque la Prestación Mercantil es una obligación mercantil de carácter dinerario, sobre la misma se han venido causando intereses moratorios desde que COMCEL quedó constituida en mora; así lo ordena, inequívoca y expresamente, el Art. 65 de la Ley 45 de 1990:

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.

La constitución en mora de COMCEL, por su parte, se rige por las reglas incorporadas en los Arts. 1608 CC y Art. 94 CGP:

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. (...) 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

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 Art. 1608 CC, quedó constituida en mora, o a partir del 11 de marzo de 2018 (días siguientes a la terminación del CONTRATO), es decir, a partir del día siguiente a la fecha en que se le venció el término legalmente establecido en el inciso 1º del Art. 1324 CCO para pagarla (si se aplica el Num. 1º del Art. 1608 CC), o, subsidiariamente, a partir del momento en que se le notificó el auto admisorio de la demanda -junio 4 de 2019- (si se aplica el Num. 3º del Art. 1608 CC; en este caso, la notificación del auto admisorio de la demanda, en voces del Art. 94 CGP, hace las veces de requerimiento judicial para la constitución en mora).

DEL YERRO COMETIDO EN LA SENTENCIA: El Juez de primera instancia pretermitió por completo la aplicación de los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 CC y 94 CGP. En efecto, el Juez de primera instancia estimó que los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil únicamente se causarían a partir de la ejecutoria de la SENTENCIA; para el Juez a quo, la SENTENCIA es el acto a través del cual COMCEL quedara constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil, cuestión que viola abiertamente lo establecido en los Arts. 1608 CC y 94 CGP.

PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA.

TERCERO: TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a COMCEL S.A. a pagar a favor de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. la suma de... a título de cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima comercial desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

Ver Pág. 24 de la SENTENCIA

PARTE MOTIVA DE LA SENTENCIA.

A su vez, se condenará a Comcel S.A. a pagar a favor del demandante la suma de \$723'199.189 a título de cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima comercial desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago total de la obligación. Ello en razón a que es la sentencia el acto mediante el cual se declara la prestación a cargo del demandado, como consecuencia de la terminación del contrato y se obtiene la certeza de la obligación que le incumbe desembolsar al demandado.

Ver Pág. 22 de la SENTENCIA

3.2. Sustentación del reparo.

LA DEMANDANTE, en la demanda reformada, elevó la siguiente pretensión:

DÉCIMA TERCERA: Se solicita al señor Juez:

a) Declarar que la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior es una obligación mercantil de carácter dinerario.

b) 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.

c) 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.

d) CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, los cuales se calcularán a partir 11 DE MARZO DE 2018, momento en el cual venció el plazo legalmente estipulado que tenía COMCEL para cumplir con su obligación, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

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.

2.2.1. Art. 1617 CC. Cuando se reclaman intereses moratorios no es necesario probar 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.

LA DEMANDANTE, en la Pretensión Décima Tercera de su demanda, únicamente pretende los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil; por este motivo, el solo retardo de COMCEL en el pago de la Prestación Mercantil legitima a LA DEMANDANTE a cobrar dichos intereses, sin que LA DEMANDANTE tenga necesidad de justificar perjuicios.

2.2.2. 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.

El Código de Comercio, en el inciso 1º de su Art. 1324, crea y regula la Prestación Mercantil, de tal manera que tal Prestación tiene por fuente una norma mercantil.

La Prestación Mercantil, es entonces, para todos los efectos legales, una obligación de carácter mercantil.

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, necesariamente, una SUMA LÍQUIDA DE DINERO.

CONCLUSIÓN: La Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dinerario.

2.2.3. 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. 883 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 falta de pacto expreso, la tasa del interés moratorio aplicable en el presente caso es la equivalente a una y media veces el bancario corriente:

ARTICULO 884 CCO: (...); si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente, ...

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.

CONCLUSIÓN: (i) **COMCEL**, como resultó probado en el proceso, es deudora de la **Prestación Mercantil** que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) La **Prestación Mercantil** que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dinerario. (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. (iv) **La tasa de este interés moratorio equivale a 1,5 veces el interés bancario corriente.**

2.2.4. ¿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: 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. (...) 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En el presente caso, la constitución en mora de COMCEL depende de la regla que el operador jurídico seleccione como la regla que resulta aplicable a la Prestación Mercantil (inciso 1º del Art. 1324 CCO): Si se elige la regla del numeral 1º del Art. 1608 CC, COMCEL habría quedado constituida en mora a partir del día siguiente al de la terminación del CONTRATO. Si se elige la regla del numeral 3º del Art. 1608 CC, COMCEL habría quedado constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda; veamos:

- a) Regla del numeral 1º del Art. 1608 CC: COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil a partir del día siguiente al de la terminación del CONTRATO: La Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil que nace y se hace exigible al momento de la terminación del contrato de Agencia Comercial. Su nacimiento y exigibilidad están determinados por el término que la Ley estipuló. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

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."

Porque la Ley estableció la terminación del contrato de Agencia Comercial como el término en el que nace y se hace exigible la Prestación Mercantil, el empresario agenciado (COMCEL) que no le paga en ese momento la Prestación Mercantil al agente comercial (LA DEMANDANTE), queda legalmente constituido en mora, esto según la regla establecida en el numeral 1º del Art. 1608 CC. Al respecto, la justicia arbitral ha sostenido:

LAUDO ARBITRAL DE COMCELULARES F.M. Vs COMCEL DE DICIEMBRE 14 DE 2006

Además, como de acuerdo con el artículo 1324 del Código de Comercio dicha prestación debe pagarse a la terminación del contrato, considera el Tribunal que a partir de dicha fecha se deben causar intereses de mora a la tasa más alta autorizada, pues en dicho momento se configura la mora de conformidad con el numeral 1º del artículo 1608 del C. Civil. En efecto, el artículo 1608 del Código Civil dispone: "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." (...) Por su parte el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil establece en su segundo inciso: "La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes." De lo anterior se desprende que la constitución en mora por la notificación del auto admisorio de la demanda prevista por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil sólo opera cuando no se aplican los numerales 1º y 2º del -Art. 1608- del Código Civil. Ahora bien, estos numerales prevén la constitución en mora bien sea cuando la obligación debe cumplirse en un término estipulado, o 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 estos casos la mora opera sin que sea necesario requerimiento alguno. Es por ello que el profesor Fernando Hinestrosa Forero expresa (Tratado de las Obligaciones, página 597): "Los ordenamientos franceses e italiano optaron por el sistema de la mora ex persona, de modo que para ellos la regla es la mora en virtud del requerimiento y el vencimiento del término la excepción. En lo que respecta a nuestro sistema, es menester tener presente que, cual ocurre en la mayoría, entre ellos en el common law (late performance) rige el principio romano de dies interpellatio pro homine, que agiliza y facilita el desarrollo de las relaciones crediticias y le imprime más precisión y seguridad al fenómeno mismo del incumplimiento por retardo. A este propósito ha de rechazarse la tendencia a considerar que el principio o regla general en el derecho nacional es el de la mora en virtud de requerimiento judicial. Para ello se retuerce el art. 1608 c.c., que, bien se advierte,

comienza por reglas las hipótesis comunes, usuales: la inejecución dentro de un término estipulado (o legal) o del término natural, para a la postre (ord. 3) prevenir la excepción, lo inusitado, el remanente, que es marginal 'en los demás casos, cuando deudor ha sido requerido judicialmente por el deudor (sic)'. Ahora bien, como quiera que el numeral 1º del artículo 1608 expresa que el deudor está en mora cuando la obligación debe cumplirse en "un término estipulado", se ha sostenido que tal evento de constitución en mora sólo opera cuando se ha pactado un plazo. Sin embargo, como se puede observar en el texto transcrito del profesor Hinestrosa, tal regla puede operar no sólo cuando hay plazo convencional sino también cuando hay plazo legal. En efecto, si la regla del artículo se funda en el hecho de que el deudor sabe exactamente cuándo debe cumplir la obligación, igual efecto se produce tanto cuando el plazo es fijado por la ley, como cuando es fijado por el contrato.

Ver Prueba No. 14 aportada con la demanda. Antecedentes arbitrales

- b) Regla del numeral 3º del Art. 1608 CC: COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil desde el momento en 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 en aquellos casos en los que no se aplican 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 y, frente a este requerimiento, el Art. 94 CGP establece:

ARTICULO 94 CGP: INTERRUPTIÓN 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.

Al amparo de la regla del Num. 3º del Art. 1608 CC, COMCEL, con fundamento en el inciso 2º del Art. 94 CGP, quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

CONCLUSIONES:

- Si el H. Tribunal Superior de Bogotá estimara que la constitución en mora de la Prestación Mercantil se rige por el numeral 1º del Art. 1608 CC, COMCEL, entonces, habría quedado constituida en mora el 11 DE MARZO DE 2018, fecha siguiente al día en que el CONTRATO terminó, v. gr. fecha en que empezó la mora de COMCEL para pagar dicha prestación. En este caso el Tribunal Superior de Bogotá deberá acceder a la condena solicitada en la Pretensión Décima Tercera de la demanda:

DÉCIMA TERCERA: (...) d) 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 11 DE MARZO DE 2018, momento en el cual venció el plazo legalmente estipulado que tenía COMCEL para cumplir con su obligación, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Únicamente a título informativo, a continuación se establecen los intereses moratorios que, al amparo del Num. 1º del Art. 1608 CC, se han causado hasta el 30 de junio de 2021 (al momento de la elaboración del presente memorial, este es el último mes de tasa moratoria certificada por la Superfinanciera):

Periodo		Interés Bancario Corriente	Interés Moratorio 1,5 Bancario Corriente	Interes Nominal Periódico	Capital	Intereses
Inicio	Final					
MAR. 11 a 31 2018		19.40%	29.10%	0.0700%	\$1,405,718,321	\$20,664,059
ABRIL 2018		20.48%	30.72%	2.2575%	\$1,405,718,321	\$31,734,091
MAYO 2018		20.44%	30.66%	2.2536%	\$1,405,718,321	\$31,679,268
JUNIO 2018		20.28%	30.42%	2.2379%	\$1,405,718,321	\$31,458,570
JULIO 2018		20.03%	30.05%	2.2137%	\$1,405,718,321	\$31,118,386
AGOSTO 2018		19.94%	29.91%	2.2045%	\$1,405,718,321	\$30,989,060

SEPTIEMBRE 2018	19.81%	29.72%	2.1921%	\$1,405,718,321	\$30,814,751
OCTUBRE 2018	19.63%	29.45%	2.1743%	\$1,405,718,321	\$30,564,533
NOVIEMBRE 2018	19.49%	29.24%	2.1605%	\$1,405,718,321	\$30,370,544
DICIEMBRE 2018	19.40%	29.10%	2.1513%	\$1,405,718,321	\$30,241,218
ENERO 2019	19.16%	28.74%	2.1275%	\$1,405,718,321	\$29,906,657
FEBRERO 2019	19.70%	29.55%	2.1809%	\$1,405,718,321	\$30,657,311
MARZO 2019	19.37%	29.06%	2.1487%	\$1,405,718,321	\$30,204,670
ABRIL 2019	19.32%	28.98%	2.2091%	\$1,405,718,321	\$31,053,723
MAYO 2019	19.34%	29.01%	2.1454%	\$1,405,718,321	\$30,158,281
JUNIO 2019	19.30%	28.95%	2.1414%	\$1,405,718,321	\$30,102,052
JULIO 2019	19.28%	28.92%	2.1394%	\$1,405,718,321	\$30,073,938
AGOSTO 2019	19.32%	28.98%	2.1434%	\$1,405,718,321	\$30,130,166
SEPTIEMBRE 2019	19.32%	28.98%	2.1434%	\$1,405,718,321	\$30,130,166
OCTUBRE 2019	19.10%	28.65%	2.1216%	\$1,405,718,321	\$29,823,720
NOVIEMBRE 2019	19.03%	28.55%	2.1150%	\$1,405,718,321	\$29,730,942
DICIEMBRE 2019	18.91%	28.37%	2.1030%	\$1,405,718,321	\$29,562,256
ENERO 2020	18.77%	28.16%	2.0891%	\$1,405,718,321	\$29,366,861
FEBRERO 2020	19.06%	28.59%	2.1176%	\$1,405,718,321	\$29,767,491
MARZO 2020	18.95%	28.43%	2.1070%	\$1,405,718,321	\$29,618,485
ABRIL 2020	18.69%	28.04%	2.0811%	\$1,405,718,321	\$29,254,404
MAYO 2020	18.19%	27.29%	2.0312%	\$1,405,718,321	\$28,552,951
JUNIO 2020	18.12%	27.18%	2.0238%	\$1,405,718,321	\$28,448,927
JULIO 2020	18.12%	27.18%	2.0238%	\$1,405,718,321	\$28,448,927
AGOSTO 2020	18.29%	27.44%	2.0412%	\$1,405,718,321	\$28,693,522
SEPTIEMBRE 2020	18.35%	27.53%	2.0472%	\$1,405,718,321	\$28,777,865
OCTUBRE 2020	18.09%	27.14%	2.0211%	\$1,405,718,321	\$28,410,973
NOVIEMBRE 2020	17.84%	26.76%	1.9957%	\$1,405,718,321	\$28,053,921
DICIEMBRE 2020	17.46%	26.19%	1.9574%	\$1,405,718,321	\$27,515,530
ENERO 2021	17.32%	25.98%	1.9432%	\$1,405,718,321	\$27,315,918
FEBRERO 2021	17.54%	26.31%	1.9655%	\$1,405,718,321	\$27,629,394
MARZO 2021	17.41%	26.12%	1.9527%	\$1,405,718,321	\$27,449,462
ABRIL 2021	17.31%	25.97%	1.9426%	\$1,405,718,321	\$27,307,484
MAYO 2021	17.22%	25.83%	1.9331%	\$1,405,718,321	\$27,173,941
JUNIO 2021	17.21%	25.82%	1.9320%	\$1,405,718,321	\$27,158,478
TOTAL A PAGAR					\$1,170,112,902

- Si el H. Tribunal Superior de Bogotá estimara que la constitución en mora de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO se rige por el numeral 3º del Art. 1608 CC, COMCEL, en este caso, habría quedado constituida en mora el 4 DE JUNIO DE 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda dictado en el presente proceso.

En este caso el Tribunal Superior de Bogotá deberá acceder a la condena solicitada en la Pretensión Décima Tercera subsidiaria de la demanda:

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA: Si se rechaza la pretensión principal DÉCIMA TERCERA que antecede, 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.

Únicamente a título informativo, a continuación se establecen los intereses moratorios que, al amparo del Num. 3º del Art. 1608 CC, se han causado hasta el 30 de junio de 2021 (al momento de la elaboración del presente memorial, este es el último mes de tasa moratoria certificada por la Superfinanciera):

Periodo		Interés Bancario Corriente	Interés Moratorio 1,5 Bancario Corriente	Interes Nominal Periódico	Capital	Intereses
Inicio	Final					
JUN. 4	a 30 2019	19.30%	28.95%	0.0697%	\$1,405,718,321	\$26,454,213
JULIO 2019		19.28%	28.92%	2.1394%	\$1,405,718,321	\$30,073,938
AGOSTO 2019		19.32%	28.98%	2.1434%	\$1,405,718,321	\$30,130,166
SEPTIEMBRE 2019		19.32%	28.98%	2.1434%	\$1,405,718,321	\$30,130,166
OCTUBRE 2019		19.10%	28.65%	2.1216%	\$1,405,718,321	\$29,823,720
NOVIEMBRE 2019		19.03%	28.55%	2.1150%	\$1,405,718,321	\$29,730,942
DICIEMBRE 2019		18.91%	28.37%	2.1030%	\$1,405,718,321	\$29,562,256
ENERO 2020		18.77%	28.16%	2.0891%	\$1,405,718,321	\$29,366,861
FEBRERO 2020		19.06%	28.59%	2.1176%	\$1,405,718,321	\$29,767,491
MARZO 2020		18.95%	28.43%	2.1070%	\$1,405,718,321	\$29,618,485
ABRIL 2020		18.69%	28.04%	2.0811%	\$1,405,718,321	\$29,254,404
MAYO 2020		18.19%	27.29%	2.0312%	\$1,405,718,321	\$28,552,951
JUNIO 2020		18.12%	27.18%	2.0238%	\$1,405,718,321	\$28,448,927
JULIO 2020		18.12%	27.18%	2.0238%	\$1,405,718,321	\$28,448,927
AGOSTO 2020		18.29%	27.44%	2.0412%	\$1,405,718,321	\$28,693,522
SEPTIEMBRE 2020		18.35%	27.53%	2.0472%	\$1,405,718,321	\$28,777,865
OCTUBRE 2020		18.09%	27.14%	2.0211%	\$1,405,718,321	\$28,410,973
NOVIEMBRE 2020		17.84%	26.76%	1.9957%	\$1,405,718,321	\$28,053,921
DICIEMBRE 2020		17.46%	26.19%	1.9574%	\$1,405,718,321	\$27,515,530
ENERO 2021		17.32%	25.98%	1.9432%	\$1,405,718,321	\$27,315,918
FEBRERO 2021		17.54%	26.31%	1.9655%	\$1,405,718,321	\$27,629,394
MARZO 2021		17.41%	26.12%	1.9527%	\$1,405,718,321	\$27,449,462
ABRIL 2021		17.31%	25.97%	1.9426%	\$1,405,718,321	\$27,307,484
MAYO 2021		17.22%	25.83%	1.9331%	\$1,405,718,321	\$27,173,941
JUNIO 2021		17.21%	25.82%	1.9320%	\$1,405,718,321	\$27,158,478
TOTAL A PAGAR						\$714,849,938

2.2.5. De las motivaciones del Juez a quo y de la excepción de mérito propuesta por COMCEL frente a los intereses moratorios reclamados por LA DEMANDANTE:

COMCEL, al contestar la demanda reformada, propuso la siguiente excepción de mérito:

14. SUBSIDIARIA: IMPOSIBILIDAD DE COBRO DE INTERESES DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

Pretende la DEMANDANTE que se reconozcan intereses moratorios sobre las sumas objeto de la condena desde el momento mismo en que terminó el Contrato de Distribución, olvidando que en ese momento COMCEL no estaba constituido en mora según lo dispone el artículo 1608 del Código Civil, en tanto que las sumas aquí reclamadas no cuentan con plazo legal o convencional para ser satisfechas.

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. Así, lo especificó la Corte en sentencia del 10 de julio de 1995, con ponencia del Magistrado Pedro Lafont Pianetta, expediente No. 4540:

(...)

De lo anteriormente expuesto se deriva que mal puede pretender la DEMANDANTE que se le concedan intereses sobre sumas que no son líquidas, y frente a las cuales mi representada no ha sido constituida en mora, toda vez que su propia existencia está en entredicho.

Ver Págs. 95 y ss de la Contestación de COMCEL a la demanda reformada.

La Sentencia del 10 de julio de 1995 que fue invocada por COMCEL no resulta aplicable a la cuestión sub examine, pues en dicha Sentencia el punto de debate fue, precisamente, la constitución en mora del deudor. Al respecto, en dicha providencia se lee:

2.1.1- La demanda inicial (fls. 269 a 232. C-I) fue presentada el 21 de junio de 1989 es decir antes de la vigencia de la reforma introducida al código de procedimiento civil por el decreto 2282 de ese año la cual se inició el 10 de junio de 1990 conforme de dispuso por su artículo 20, lo que indica que la notificación del auto admisorio de tal demanda no hace las veces de requerimiento judicial en este proceso. (...) 2.3.3.- Luego, ha de seguirse que cuando el sentenciador al apreciar el acervo probatorio, especialmente el documento No. 0007924 citado saca como conclusión que "la deudora había comenzado a incurrir en mora" desde la fecha de esa liquidación, incurrió en yerro judicial evidente por suposición de prueba de la mora cuando no la había, lo que, a su vez lo condujo a violar indirectamente la ley al imponer al demandada pago de perjuicios por incurrir en mora que equivocadamente encontró probada cuando no lo estaba. Porque como lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación, que ahora se reitera a "tratándose de intereses de dinero, los cuales constituyen perjuicios, ellos no se deben si no desde la mora (C. C. Art. 1615); cuando no se ha fijado plazo para cumplir la obligación o cuando ésta no ha podido cumplirse si no desde cierto tiempo, es necesario requerir judicialmente." Todo lo dicho conduce a concluir que la sentencia que se dicte en estas circunstancias no debe condenar a intereses. (...) 2.3.4.- Viene en entonces de la sentencia impugnada habrá de casarse parciamente, en cuanto la condena impuesta en el punto 30 de su parte resolutive condenó a la Sociedad Grasas S.A. a pagar a la demandante intereses moratorios sobre la suma debida desde el 2 de noviembre de 1988, sin que para ello se hubiere requerido a la deudora, como lo exigen los artículos 1608, numeral 3o. 1615 y 1617 del Código Civil.

En dicha Sentencia, y porque el deudor nunca quedó constituido en mora, la condena se limitó al capital debido y excluyó, por ende, los intereses moratorios.

En el presente caso el problema jurídico es diferente: COMCEL alega que no es deudora de la Prestación Mercantil, LA DEMANDANTE alega que sí lo es. 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) o a la etapa de terminación del CONTRATO (Num. 1 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 (...)".

Porque la SENTENCIA así lo estableció, COMCEL, en efecto, es deudora de la Prestación Mercantil. Porque la Prestación Mercantil es una obligación mercantil de carácter dinerario, COMCEL está obligada a pagar los intereses moratorios a que se refiere el Art. 65 de la Ley 45/90, intereses que se han venido causando desde que COMCEL, con fundamento en los Arts. 1608 CC y 94 CGP, quedó legalmente constituido en mora.

El Juez a quo, en la parte motiva de la SENTENCIA y en relación con los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, acogió, en los siguientes términos, la excepción propuesta por COMCEL:

A su vez, se condenará a Comcel S.A. a pagar a favor del demandante la suma de \$723'199.189 a título de cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima comercial desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago total de la obligación. Ello en razón a que es la sentencia el acto mediante el cual se declara la prestación a cargo del demandado, como consecuencia de la terminación del contrato y se obtiene la certeza de la obligación que le incumbe desembolsar al demandado.

Ver Pág. 22 de la SENTENCIA

Contrariamente a lo sostenido por el Juez de primera instancia, la constitución en mora de COMCEL, legalmente, se perfeccionó en un momento muy anterior a la ejecutoria de la SENTENCIA; veamos:

- Se reitera: 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), reconvenición que, según el Art. 94 CGP, se perfecciona con la notificación del auto admisorio de la demanda.

- La autonomía judicial de la que goza el Juez a quo no puede pretermitir el marco de los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 CC y 94 CGP: o los intereses moratorios de la Prestación Mercantil se calculan a partir de la fecha de terminación del contrato (si se acoge el Num. 1 del Art. 1608), o se calculan a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (si se acoge el Num. 3 del Art. 1608 CC y Art. 94 CGP): La Ley no admite otra interpretación.

La excepción propuesta por COMCEL y la decisión adoptada por el Juez a quo, por las siguientes razones complementarias, resultan contrarias a derecho:

- La Parte que cuestione la suma líquida determinable que resulte al aplicar la fórmula matemática del inciso 1º del Art. 1324 CCO, asume el riesgo del litigio: La fórmula matemática del inciso 1º del Art. 1324 CCO tiene, como insumos, el promedio de las comisiones, utilidades o regalías que el agente comercial recibió durante los últimos tres años de ejecución del contrato de Agencia Comercial, y el número de años en que estuvo vigente el contrato:

ARTÍCULO 1324 CCO: 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, ...

Todos estos insumos, al momento de la terminación del contrato, v. gr. al momento en que se hace exigible la Prestación Mercantil, son perfectamente determinables, de tal manera que, al aplicar la fórmula matemática del Art. 1324 CCO, se obtiene, necesariamente, UNA SUMA LÍQUIDA DE DINERO.

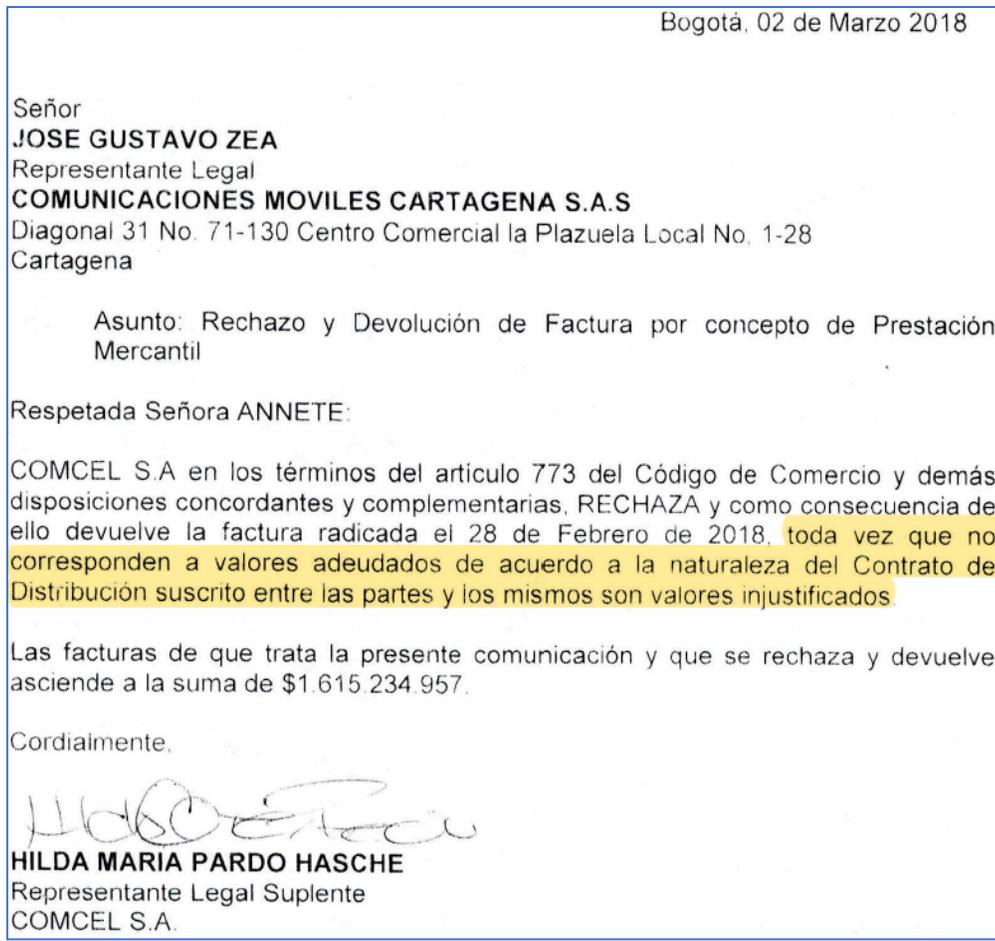
Si el empresario agenciado (COMCEL) no paga la Prestación Mercantil o paga una suma inferior a la que arroja la recta aplicación del inciso 1º del Art. 1324 CCO, queda, en estos casos, en posición de incumplimiento. El agente comercial (LA DEMANDANTE), ante dicho incumplimiento, puede demandar al empresario agenciado y exigirle judicialmente el pago completo de la Prestación Mercantil, caso en el cual el empresario agenciado (COMCEL) asume los riesgos de la litis, incluida las consecuencias de la mora (más las costas del proceso y las agencias en derecho):

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 (...)”.

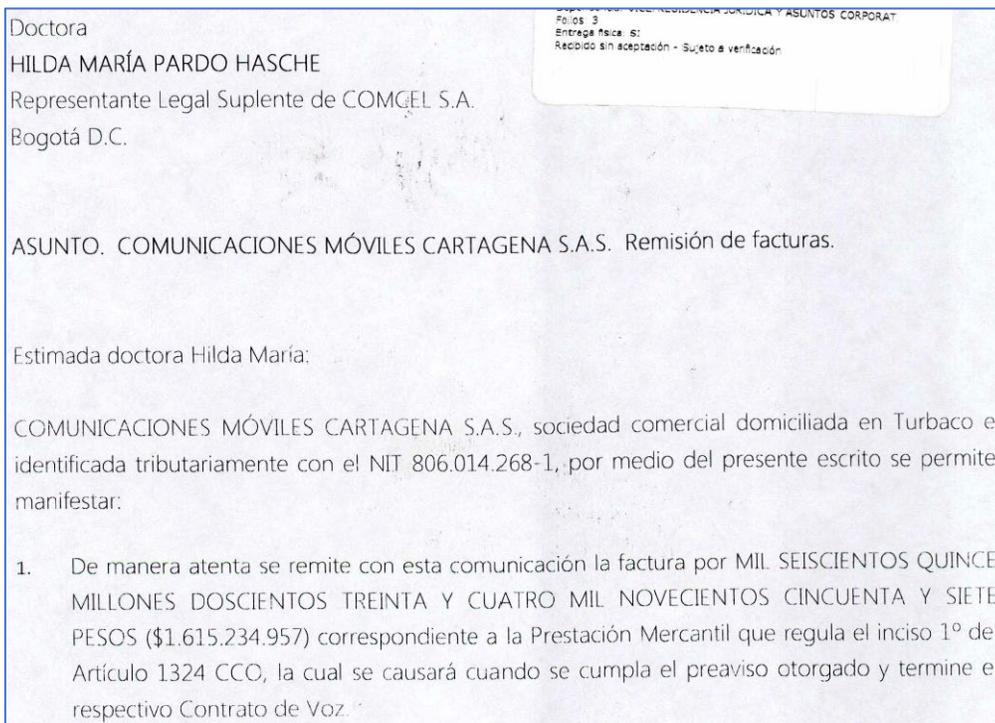
De la misma manera, si el agente comercial al que se le paga la Prestación Mercantil demanda al empresario agenciado porque considera que se le pagó una cifra inferior a la que corresponde, pero en el proceso se demuestra que la suma que se le pagó fue la que efectivamente arrojó la recta aplicación del inciso 1º del Art. 1324 CCO, en este caso, es el agente comercial el que asume el riesgo de la litis, riesgo que corresponde con el pago de las costas y agencias en derecho derivadas del proceso fallido.

En el presente caso se tiene: COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió cláusulas y disposiciones con las cuales ha intentado eludir las consecuencias económicas de la Agencia Comercial, entre ellas la denominada Prestación Mercantil. COMCEL, amparada en los intentos abusivos y elusivos que ella misma maquinó, decidió no pagarle a LA DEMANDANTE la

Prestación Mercantil que se causó al momento de la terminación del CONTRATO. Como resultó probado en el proceso, COMCEL rechazó la factura que LA DEMANDANTE le envió por concepto de la Prestación Mercantil, alegando que la naturaleza del CONTRATO era de distribución:



Ver Prueba No. 18 aportada con la demanda. 2018 03 02, Rechazo de Comcel de la Factura.



Ver Prueba No. 18 aportada con la demanda. 2018 02 28, Carta remisoría de LA DEMANDANTE.

Si COMCEL resulta derrotada en el proceso, debe asumir todas las consecuencias legales de su incumplimiento, entre ellas el pago completo de la Prestación Mercantil junto con los intereses moratorios que se han causado desde que quedó constituida en mora en los términos del Art. 1608 CC.

- 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; 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 dimanán, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención... los derechos y obligaciones que le son propios (CSJ SL3169-2014)."

(i) Porque la naturaleza jurídica del CONTRATO fue de Agencia Comercial, situación que se declaró en la Sentencia de primera instancia 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 y COMCEL se negó a pagarla, (iv) porque la Prestación Mercantil corresponde con UNA SUMA LÍQUIDA DE DINERO que se obtiene al aplicar la fórmula matemática del inciso 1º del Art. 1324 CCO, (v) y 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), el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han causado desde el momento en que COMCEL, con fundamento en el Art. 1608 CC, quedó constituida en mora (o desde el 5 de enero de 2018 -Num. 1 del Art. 1608-, o desde el 1 de octubre de 2018 -Num. 3 del Art. 1608 CC-).

- La Sentencia no es el acto jurídico a partir del cual COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil: 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 la regla especial del Num. 1º ibidem, la constitución en mora de COMCEL, en cualquier caso, es un acto jurídico que se perfeccionó en un MOMENTO MUY ANTERIOR al momento en que se dictó la SENTENCIA y al momento en el que se dictará la Sentencia de segunda instancia.

Por este motivo, sostener, directa o implícitamente, que los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se causan 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 para, en su lugar, crear la siguiente regla pretoriana que resulta contraria a la Ley: En las obligaciones contractuales de carácter mercantil, el deudor que incumpla una obligación dineraria determinable, solamente quedará constituido en mora a partir de la ejecutoria de la sentencia que se dicte en su contra. Semejante regla, inadmisibles por completo, constituiría un incentivo para que los deudores mercantiles incumplan sus obligaciones contractuales de carácter dinerario, pues les resultaría más ventajoso retardar siempre el pago de sus obligaciones para invertir el respectivo dinero en CDTs o en cualquier otro título de renta fija, pues al cabo de los años, cuando por fin se emita una sentencia en su contra, la rentabilidad así obtenida superaría con creces cualquier actualización monetaria (si la mora empezará a partir de la ejecutoria de la sentencia, la actualización monetaria, según el Art. 16 de la Ley 446/98, sería la única consecuencia derivada del retardo).

- COMCEL y el Juez a quo pretenden aplicarle a una obligación mercantil de carácter dinerario, las reglas que en materia de intereses rige en los procesos de responsabilidad civil extracontractual: Este enunciado se desarrolla con apoyo en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia:

Corte Constitucional. Sentencia T-901/02.

MORA EN OBLIGACIONES DINERARIAS. Momento en que se constituye: La mora, como título jurídico para hacer efectivo el cobro de perjuicios en obligaciones dinerarias, se constituye desde el momento en que la persona que tiene a su cargo tal tipo de obligación, incumple con el pago de la misma de acuerdo con el plazo estipulado. Se trata de un retardo sin reconvención. El perjuicio que se cobra es aquél que el legislador ha presumido; se trata de un perjuicio que al no poder ser dividido claramente entre lucro cesante y daño emergente se ha tasado acorde con la propiedad del dinero, la cual es producir más dinero. En esa medida, el sólo retardo en ese cumplimiento, es indicio claro de perjuicio, que por producirse en una obligación dineraria, genera intereses de mora. Téngase en cuenta que frente a las obligaciones dinerarias, el momento de constitución en mora es claramente precisable si se tiene en cuenta que la mora se da cuando se incumple con la obligación de acuerdo con el plazo establecido. Lo anterior es fácilmente aplicable a obligaciones dinerarias derivadas de la responsabilidad civil contractual puesto que las partes pueden fijar una fecha cierta en la cual deba ser cumplida la obligación dineraria.

MORA EN OBLIGACIONES DINERARIAS PROCEDENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Momento en que se constituye: El concepto de constitución en mora en obligaciones dinerarias que tienen como fuente la responsabilidad civil extracontractual no es tan pacífico. En ocasiones se ha entendido la obligación de reparar desde el momento de la ocurrencia del daño pero también se ha llegado a estimar que la responsabilidad extracontractual tiene como título judicial el fallo ejecutoriado donde se condena en perjuicios; por tanto, el plazo para contabilizar el incumplimiento de la misma está establecido en la sentencia y desde allí se constituye la mora.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, EN SENTENCIA DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2012, EXPEDIENTE 00327, M. P.: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA: La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la disimilitud de los intereses en materia mercantil y el civil: Sobre el tema de la causación de réditos de la especie exigida, el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en lo pertinente reza: “En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”. Obsérvese, que el precepto alude al concepto de “obligaciones mercantiles”, por las cuales se entiende aquellas que provienen de “actos o negocios comerciales”, y también que tengan carácter “dinerario”, es decir, que su objeto consiste en la entrega por el deudor a su acreedor de una suma de “dinero”; (...)

Sin embargo, en los eventos de responsabilidad civil extracontractual, modalidad a la que corresponde la invocada como fundamento de la súplica resarcitoria, aunque con carácter especial, es claro que solo a partir de la concreción o cuantificación de aquella, pueden generarse réditos, dado que es en ese momento que se establece el monto en una suma líquida y la oportunidad para hacer el pago.

2.2.6. Antecedentes Jurisprudenciales:

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 reconocitivas 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 notificada 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.

Asimismo, en las siguientes veintiséis (26) litis arbitrales convocadas en contra de COMCEL por ex miembros de su red de agentes/distribuidores, y en las que, sin excepción, se resolvió que el modelo contractual extendido por COMCEL, en cuanto a su naturaleza, fue un típico y nominado contrato de Agencia Comercial, se condenó a COMCEL a pagar las respectivas Prestaciones Mercantiles junto con los intereses moratorios que sobre ellas se causaron.

En catorce (14) laudos arbitrales los intereses moratorios se calcularon a partir de la fecha de terminación de los respectivos contratos y, en los doce (12) restantes, a partir de la fecha de la notificación a COMCEL de los respectivos autos admisorios de las demandas. En este punto no hay una posición pacífica: la mayoría de los Tribunales estimaron que COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil a partir de la terminación del contrato (Art. 1608 CC, Num. 1), los demás consideraron que la constitución en mora se perfeccionó con la notificación del respectivo auto admisorio de la demanda (Art. 1608 CC, Num. 3 y Art. 94 CGP).

CONVOCANTE	FECHA DEL LAUDO	NATURALEZA DEL CONTRATO	PRESTACIÓN MERCANTIL	MORATORIOS PRESTACIÓN MERCANTIL
CONCELULAR S.A.	Dic. 1º de 2006	AGENCIA COMERCIAL	\$2.406.304.074	Desde la terminación del contrato
COMCELULARES F.M. LTDA	Dic. 14 de 2006	AGENCIA COMERCIAL	\$897.985.570	Desde la terminación del contrato
PUNTO CELULAR LTDA	Feb. 23 de 2007	AGENCIA COMERCIAL	\$3.746.334.345	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
MOVITELL AMERICAS LTDA	Sep. 30 de 2008	AGENCIA COMERCIAL	\$1.117.960.448	Desde la terminación del contrato
AUTOS DEL CAMINO LTDA	Dic. 16 de 2008	AGENCIA COMERCIAL	\$1.706.540.192	Desde la terminación del contrato
COLCELL LTDA	Abr. 30 de 2009	AGENCIA COMERCIAL	\$4.917.350.203	Desde la terminación del contrato
CONEXCEL S.A.	May. 9 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$24.354.003.685	Desde la terminación del contrato
ELECTROPHONE S.A.	Jun. 15 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$6.972.493.276	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
ANDINO CELULAR S.A.	Jul. 27 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$968.477.712	Desde la terminación del contrato
CTM S.A.	Ago. 18 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$14.044.452.618	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
K-CELULAR LTDA	Oct. 26 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$2.262.250.000	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda

MUNDO CELULAR S.A.	Jun. 21 de 2012	AGENCIA COMERCIAL	\$22.751.111.878	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
EVER GREEN S.A.	Nov. 2 de 2012	AGENCIA COMERCIAL	\$1.291.780.000	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
LLAMA TELECOMUN. S.A.	May. 15 de 2013	AGENCIA COMERCIAL	\$4.014.020.940	Desde la terminación del contrato
DISTRICEL S.A.S	May. 17 de 2013	AGENCIA COMERCIAL	\$749.260.837	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.	Sep. 6 de 2013	AGENCIA COMERCIAL	\$1.626.402.240	Desde la terminación del contrato
ALJURE TELECOMUN S.A.	Ene. 31 de 2014	AGENCIA COMERCIAL	\$4.609.353.578	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
SIMTEC S.A.	Nov. 20 de 2014	AGENCIA COMERCIAL	\$15.410.350.579	Desde la terminación del contrato
FASE COMUNICACIONES S.A.S.	Jul. 15 de 2015	AGENCIA COMERCIAL	\$1.106.551.024	Desde la terminación del contrato
MELTEC S.A.	Feb. 4 de 2016	AGENCIA COMERCIAL	\$15.044.582379	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
CELUTEK S.A.S.	Abr. 4 de 2019	AGENCIA COMERCIAL	\$11.920.432.589	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
CELL NET DE OCCIDENTE S.A.	Feb. 3 de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$10.865.348.921	Desde la terminación del contrato
CELCOM S.A.	Jun. 1º de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$13.263.560.954	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
MDC S.A.S	Jul. 2 de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$4.490.555.825	Desde la terminación del contrato
CELULAR SUN S.A.	Dic. 4 de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$16.015.708.746	Desde la terminación del contrato
BONNCEL SAS	Mar. 18 de 2021	AGENCIA COMERCIAL	\$9.233.541.210	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda

Ver Prueba No. 14 de la demanda. Antecedentes Arbitrales. Los últimos 5 laudos están publicados por el CAC/CCB

4. REPARO TERCERO: ACTAS DE CONCILIACIÓN DE CUENTAS.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, REVOCAR parcialmente el numeral PRIMERO de la parte resolutive de la Sentencia y, en su lugar DECLARAR probada la Pretensión 27 de la Demanda Reformada.

4.1. De lo que resultó probado y del yerro cometido en la SENTENCIA.

En el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO se estableció:

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, CELCARIBE, 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 Sub Iúdice

En el expediente, como pruebas documentales aportadas por COMCEL y LA DEMANDANTE, obran catorce (14) Actas de Conciliación de Cuentas que las partes, en desarrollo de lo establecido en el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, suscribieron durante la ejecución del negocio sub iúdice.

Ver Prueba No. 28 aportada con la demanda. Ejemplo de Acta de Conciliación de Cuentas

Ver Pruebas No. 2 a 15 aportada por COMCEL al contestar la demanda reformada

Respecto de estas Actas de Conciliación de Cuentas, LA DEMANDANTE elevó en su demanda reformada la siguiente pretensión:

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" 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".

c) Declarar que COMCEL, para eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, buscó asignarle los efectos propios de una transacción a documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer "paz y salvos parciales".

d) 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.

Yerros de la Sentencia: La Sentencia no se pronunció en concreto frente a la Pretensión Vigésima Séptima de la demanda, esto a pesar de que en el presente proceso resultaron probados los hechos que la subyacen. El Juez a quo, frente a las Actas de Conciliación de Cuentas, se limitó a constatar que las catorce (14) “Actas de Conciliación, Transacción y Compensación” que obran en el expediente se suscribieron libremente sin vicio alguno del consentimiento, cuestión que nunca fue objeto de debate o controversia en la presente litis; en efecto, ni LA DEMANDANTE ni COMCEL ejercieron la acción de anulabilidad regulada en el Art. 900 CCO, ni tampoco alegaron hecho alguno relativo a un vicio del consentimiento al momento de suscribir dichas Actas:

ARTÍCULO 900 CCO: Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.

Al respecto, en la SENTENCIA se lee:

PARTE MOTIVA DE LA SENTENCIA.

7. Otro grupo de pretensiones está dirigido a declarar que deben declararse ineficaces o sin valor las actas de conciliación celebradas durante cada año de vigencia del contrato para solucionar diferencias relacionadas con cuentas por cobrar, pagar y conceptos que está reclamando el demandante en su libelo, tales como reducción de bonificaciones, comisiones por residual, por legalización de kits prepago, transacciones por recaudo en centros de pago y servicios, por toda clase de descuentos inconsultos o no concordantes con el contrato y, en general, desestimar la existencia de pagos anticipados. Para el extremo activo, según lo expuso su representante legal en la audiencia inicial, no eran más que cruces o conciliación de cuentas entre las partes que no surtirían efecto alguno de transacción de diferencias. (...) Es de anotar que las actas fueron suscritas por los representantes legales de las entidades aquí involucradas, sin que se haya demostrado alguna coacción o presión para suscribir unos documentos en un determinado sentido, como lo discute la parte demandante. (...) Por todo ello, no se accederá a la declaratoria de ineficacia o nulidad de tales actas... Todo porque con la firma de tales actas, en completa libertad y sin haberse demostrado alguna irregularidad o vicio en el consentimiento, se superaron las diferencias relacionadas con los anteriores elementos, salvo lo de la cesantía comercial, conforme lo informado líneas atrás.

Ver Págs. 18 y ss de la SENTENCIA

En otro yerro cometido, el Juez a quo, exclusivamente a partir del texto de las Actas de Conciliación de Cuentas que COMCEL extendió, señaló que “el tenor literal de los documentos es claro en señalar que con las aludidas actas se daban por solucionadas todas las diferencias, lo cual comportaba el asentimiento del demandante a un pacto de tal categoría para superar divergencias relacionadas con conceptos como los aquí descritos, y que renunciaba a cualquier posibilidad de reclamo judicial o extrajudicial por los mismos. No se olvide que con la transacción, conforme lo enseña el Código Civil, “las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual”, de modo que con cada cierre contable las partes finiquitaban cualquier controversia sobre las cuentas o pagos anticipados o posibles desacuerdos con reducciones o aumentos en las prestaciones requeridas y reclamadas en el curso del contrato.”

Se trató de un yerro, pues en el proceso resultó probado que:

- 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.
- 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”.

- Que COMCEL, para eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, buscó asignarle los efectos propios de una transacción a documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer “paz y salvos parciales”.
- 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.

A partir de los yerros cometidos, en la SENTENCIA se resolvió:

PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA.

PRIMERO: (INCISO 2º) DECLARAR probadas, con alcance parcial, las excepciones de mérito de transacción y cosa juzgada, inexistencia de justa causa para terminar el contrato, ausencia de abuso del derecho, inexistencia de antinomias derivadas de las estipulaciones contractuales y compensación.

Ver Pág. 23 de la SENTENCIA

4.2. Sustentación del recurso.

Como se explicará en los subsiguientes títulos, en el presente proceso resultaron probados los literales a), b) c) y d) de la Pretensión Vigésima Séptima de la demanda reformada.

4.2.1. Pretensión Vigésima Séptima, literal a).

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.

Previamente a la audiencia de conciliación con la que LA DEMANDANTE agotó el requisito de procedibilidad que le permitió incoar el presente proceso judicial, COMCEL y LA DEMANDANTE nunca celebraron audiencia de conciliación alguna, ni judicial ni extrajudicial:

Prueba

Art. 167 CGP: “... las ... negaciones indefinidas no requieren prueba.”

La conciliación, por definición (Art. 64 Ley 446), requiere la presencia y participación de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador:

LEY 446 de 1998. ARTICULO 64. DEFINICION. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

LEY 640 de 2001. ARTICULO 3o. CLASES. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Las Actas de Conciliación que incorporan un acuerdo conciliatorio deben reunir los siguientes requisitos formales:

LEY 640 de 2001. ARTICULO 1o. ACTA DE CONCILIACION. El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente: 1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación. 2. Identificación del Conciliador. 3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia. 4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación. 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Las Acta de Conciliación de Cuentas que las partes suscribieron: (i) No incorporaron un acuerdo conciliatorio. (ii) No son el resultado de una conciliación judicial, ni extrajudicial. (iii) No se suscribieron en presencia ni con la mediación de un conciliador.

4.2.2. Pretensión Vigésima Séptima, literal b).

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita.

b) 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".

Las Actas de Conciliación de Cuentas incorporaron una conciliación de cuentas de origen contractual; ni COMCEL ni LA DEMANDANTE las suscribieron como un acto espontáneo para transar una controversia litigiosa que hubiese existido entre ellas durante la ejecución del CONTRATO.

Las Actas que COMCEL extendió y que denominó "Actas de Conciliación, Transacción y Compensación" fueron, en realidad, Actas de Conciliación de Cuentas cuya fuente y origen negocial proviene de la cláusula 30 del CONTRATO. Al respecto, COMCEL misma, al contestar la demanda, así lo señaló:

1. TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA RESPECTO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE COMCEL Y LA DEMANDANTE.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, y de conformidad con los acuerdos a que llegaron COMCEL y el EXDISTRIBUIDOR en virtud de las negociaciones ejecutadas en igualdad de condiciones, quedó establecido en el Contrato de Distribución, específicamente en la cláusula 30:

"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, CELCARIBE 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.

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, cualesquiera sea su naturaleza."

COMCEL y el EXDISTRIBUIDOR celebraron las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción de fechas 1 de febrero de 2013 y 25 de abril de 2014.

En el testimonio trasladado de Evelio Arévalo del proceso arbitral de Celutec Vs Comcel, se confirma lo dicho por COMCEL al contestar la demanda reformada:

Testimonio Traslado de Evelio Hernán Arévalo / Proceso CELUTEC Vs COMCEL.	
DR. ZEA: Por último, retomando el tema de las actas de conciliación, le quiero poner de presente un texto del contrato, el inciso 2º de la cláusula 30 y le pregunto: Si las que usted denomina actas de transacción, son las actas de conciliación de cuentas a que se refiere ese inciso y si puede leerlo le agradezco.	DR. ARÉVALO: Sí, son esas.

Conforme al fundamento contractual de estas actas, las partes expresaban en ellas los valores y los conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgaban un paz y salvo parcial. De lo pactado se destaca que las actas eran de “conciliación de cuentas”: su objeto y la fuente contractual que les dio origen así lo confirman. Siguiendo estos criterios, y efectuada la valoración conjunta del CONTRATO y de las actas suscritas por las partes, se concluye que con ellas las partes conciliaron cuentas periódicamente para otorgarse un paz y salvo parcial. Para comprender los efectos que estos paz y salvos producen entre las partes, es importante tener en cuenta el contenido de los Arts. 879 y 880 CCO:

ARTICULO 879 CCO: El finiquito de una cuenta hará presumir el pago de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos.

ARTICULO 880 CCO: El comerciante, que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta.

Con fundamento en estas normas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que los paz y salvos o finiquitos que las partes se extienden no tienen un carácter definitivo, dada la prerrogativa de las partes para reclamar luego la rectificación de la cuenta por errores, omisiones u otros vicios:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4902-2019 de 13 de noviembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta: Pese su naturaleza conclusiva, el legislador estableció que los contratantes tienen la posibilidad de protestarlo. No de otro modo se entiende lo dispuesto en el artículo 880 del C. de Comercio, que en referencia a los contratos de colaboración, que en esencia son de tracto sucesivo, consagra: «El comerciante, que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta.

Ni las Actas de Conciliación de Cuentas incorporaron transacciones, ni los paz y salvo en ellas otorgados fueron definitivos; el Art. 880 CCO es contundente: El comerciante, que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta.

Andrés Martínez, en su condición de Gerente de Comisiones de COMCEL, al respecto sostuvo:

Testimonio de Andrés Martínez. Gerente de comisiones de COMCEL.	
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: Voy a poner de presente el contrato que es objeto del presente proceso... y quiero ir a la cláusula 30 inciso 2º	[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: entendería que si... desde de comisiones se entendería que si, pues al final nos ponemos al día en las cuentas que se tienen y saber que de ahí para atrás está todo saldado.
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ... en el inciso 2º dice lo siguiente se lo voy a leer al testigo, dice: 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. Te preguntó Andrés Francisco ¿en tu concepto esos documentos que	

se firman a los que has venido haciendo referencia corresponden a estas actas de conciliación de cuentas y paz y salvos parciales?	
[APODERADO COMUNICACIONES CARTAGENA SAS]: ¿es decir desde tu área esos documentos lo que hacen es conciliar cuentas y otorgarse paz y salvos parciales entre las partes?	[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Saber que tenemos las cuentas listas y que tenemos entendido que a esa fecha se ha pagado todo y que todos los reclamos fueron resueltos...
[APODERADO COMCEL SA]: y por una última pregunta frente a las actas de transacción y conciliación... en la consideración de la mayoría esas actas se señala que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de prestaciones y comisiones. Yo quisiera que usted fuera un poco más profundo señor Andrés: ¿esas discrepancias se daban, son reales o simplemente es una frase de cajón que aparece en esas actas de transacción?, ¿qué nos puede decir?	[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: ... para mí cuando ahí dice discrepancias, para mí es eso, es como una parte dice que no lo he pagado y otra parte cree que sí, entonces vuelven a analizar el tema, que es volver a analizar las líneas y poder decir que los dos estemos de acuerdo, decir si se tenía que pagar o sí me lo pago...
Ver Prueba Testimonio Andrés Francisco Martínez.	

4.2.3. Pretensión Vigésima Séptima, literal c).

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita.

c) Declarar que COMCEL, para eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, buscó asignarle los efectos propios de una transacción a documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer "paz y salvos parciales".

Las Actas de Conciliación de Cuentas, como resultó probado en el presente proceso, no se suscribían para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual: Este hecho resultó probado con el interrogatorio de parte que rindió LA DEMANDANTE y también con los testimonios trasladados que se solicitaron en la demanda y que ingresaron al expediente con las copias de los respectivos procesos arbitrales que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá remitió; en estos testimonios se sostuvo:

Testimonio de Sonia de la Roche. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
PREGUNTA. DR. ZEA. Cambiando de tema a las actas de conciliación, ya que se las puso de presente el doctor Salazar, me podría decir, por ejemplo para el acta de conciliación de junio 30 de 2009, ¿exactamente cuál fue la controversia que se transó o que se concilió, cuál fue la reclamación que le hizo Latincom a COMCEL para que ameritara la suscripción de una acta de conciliación o transacción?	RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. No, el acta de transacción no se da porque el distribuidor genere un reclamo,
PREGUNTA. DR. ORTIZ: Es decir, ¿el acta de conciliación no se firma para dirimir un conflicto o una controversia, sino simple y llanamente para conciliar una cuenta?	RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. Exacto, si señor.

Testimonio de Viviana Jiménez. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
PREGUNTA. Dr. ZEA. O sea que ¿esas actas se celebraban independientemente de si había o no había un conflicto concreto?	RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. Es que como le digo no se necesitaba que existiera un conflicto, o sea las actas no era porque existiera un conflicto,...

COMCEL, al contestar la demanda reformada, propuso la excepción de TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA RESPECTO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE COMCEL Y LA DEMANDANTE, y lo hizo con fundamento en unas Actas que las partes suscribieron de para conciliar sus cuentas y otorgaron un paz y salvo parcial, no para solucionar alguna diferencia litigiosa que hubiera existido entre ellas.

Falta a la buena fe y a la lealtad procesal COMCEL cuando al proponer la excepción de transacción, señale los pocos procesos ordinarios en los que los Jueces Civiles cayeron en el error al que ella misma los indujo denominando y dándole forma de transacciones a unos documentos que en realidad correspondían a unas Actas de Conciliación de Cuentas, y guarde silencio u oculte la treintena de

decisiones arbitrales y judiciales (algunas del propio Tribunal Superior de Bogotá), en las que se resolvió que las cuestiones llevadas a juicio por los agentes/distribuidores de COMCEL no fueron objeto de transacción alguna, pues las actas que COMCEL denominó “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” no tuvieron tales efectos. Al revisar los pocos procesos en los que se reconocieron transacciones, resulta evidente que los apoderados de los respectivos agentes/distribuidores fallaron al no alegar, mucho menos demostrar, que tales Actas no incorporaron negocios de transacción.

Como se demuestra con la siguiente prueba documental que COMCEL aportó al contestar la demanda, la última Acta que suscribieron las partes tuvo como fecha de corte el 30 de junio de 2014:

V. PRUEBAS.

6.1. Documentales.

15. “CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS”, suscrito entre COMCEL y el EXDISTRIBUIDOR, con corte a 30 de junio de 2014.

Ver COMCEL, Contestación de la demanda reformada. Pág. 102 y 104.

La Prestación Mercantil con sus intereses moratorios, y las comisiones causadas durante la última etapa contractual que LA DEMANDANTE le reclama a COMCEL en el presente proceso, todas ellas, se refieren a obligaciones que COMCEL incumplió años después de suscrita la última Acta de Conciliación de cuentas, de tal manera que, al momento de suscribir dichas Actas, tales derechos ni siquiera existían en cabeza de LA DEMANDANTE. Es reprochable, entonces, que COMCEL, actuando en contravía de las normas propias de la transacción, intente inducir a error al Juez natural del CONTRATO alegando que los efectos de las “supuestas” transacciones comprenden todos los asuntos que LA DEMANDANTE propone en la presente litis; al respecto, el Artículo 2485 CC establece:

ARTICULO 2475 CC: No vale la transacción... sobre derechos que no existen.

ARTICULO 2485 CC: Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.

Varios comentarios se merece la excepción propuesta por COMCEL:

- COMCEL alega que entre las partes se celebraron típicos contratos de Transacción. Sin embargo, no demuestra que las Actas de Conciliación de Cuentas suscritas por las partes incorporaron los elementos esenciales del contrato de Transacción.
- Por otra parte, lo que resulta completamente inexcusable es que COMCEL pretenda, en contravía misma de las normas propias de la transacción, incluir en las “supuestas” transacciones derechos que no existían al momento en que fueron celebradas:

ARTICULO 2475 CC: No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

- Finalmente, la alegación de COMCEL se fundamenta exclusivamente en la denominación que COMCEL misma les asignó a los documentos que ella extendió, denominación que de todas maneras es equívoca, pues COMCEL, además de calificarlas como transacciones, las califica también como conciliaciones y como actos de compensación de cuentas:

ACTA DE TRANSACCION, CONCILIACION Y COMPENSACION DE CUENTAS

Entre **HILDA MARIA PARDO H.**, como representante legal suplente de **COMCEL S.A. ZONA COSTA** y **MARINA MERLANO DE VERGARA** en calidad de representante legal de **VERGARA DE VERGARA Y CIA. LTDA – ZONA COSTA**, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra la presente acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas:

La ambigüedad en la denominación de las Actas se interpreta en contra de COMCEL como predisponente de los respectivos textos:

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.

Ante la denominación incompatible que COMCEL le asignó a las Actas de Conciliación de Cuentas, se debe preferir aquella que se adecúe con la interpretación de LA DEMANDANTE y con la intención de las partes. En el presente proceso, al respecto, resultó probado que la intención de las partes fue la de extender unas Actas de Conciliación de Cuentas que tenían, según la fuente contractual que les dio origen: (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"*.

30. Conciliación, compensación, deducción y descuentos: (Inciso 2º) 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..

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice

4.2.4. Pretensión Vigésima Séptima, literal d).

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita.

d) 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.

El Art. 2649 CC contiene los elementos esenciales del contrato de transacción.

ART. 2469 CC: La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

- Ausencia de una diferencia litigiosa: La primera vez que LA DEMANDANTE le elevó una reclamación a COMCEL, fue el 13 de febrero de 2018 cuando le envió el preaviso de terminación del CONTRATO; en dicho preaviso se lee:

5.	<u>DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:</u>
	Respecto del Acta de liquidación final del CONTRATO, de manera respetuosa se solicita incorporar la prestación mercantil que, según el inciso 1º del artículo 1324 CCO, se causará a favor de EL DISTRIBUIDOR al momento de la terminación del CONTRATO. Si esta prestación no es incluida, de antemano se rechaza la susodicha Acta.

Porque la terminación del CONTRATO ocurre por justa causa provocada por COMCEL, EL DISTRIBUIDOR se reserva el derecho de reclamar las indemnizaciones especial (inciso 2º del Art. 1324 CCO) y compensatorias (Arts. 870 CCO y 830 CCO) a que tiene derecho. En este sentido, EL DISTRIBUIDOR no suscribirá acta de transacción, liquidación ni constancia de paz y salvo alguna, hasta tanto no se le pague de manera completa la prestación mercantil y las indemnizaciones a que tiene derecho.

Ver Prueba No. 09 aportada con la demanda. Preaviso de terminación del CONTRATO.

En consecuencia, la primera vez que surgió una diferencia litigiosa entre las partes, tal y como se probó en el presente proceso, fue cuando LA DEMANDANTE, **con posterioridad a la terminación del CONTRATO**, convocó a COMCEL a una audiencia de conciliación, esto con el fin de cumplir el requisito de procedibilidad a que se refiere la Ley 640. En el Acta de no conciliación que se levantó y que obra en el expediente, se halla el contenido y alcance de la diferencia litigiosa que aún perdura entre las partes, diferencia que, fracasada la conciliación y satisfecho el requisito de procedibilidad (Arts. 35 y 38 de la Ley 640), derivó en la demanda con la cual LA DEMANDANTE incoó el presente proceso.

Ver Prueba: Acta de no conciliación con la cual se cumplió en el presente proceso el requisito de procedibilidad.

Ni durante la ejecución del CONTRATO, ni previamente a la audiencia de conciliación con la que LA DEMANDANTE agotó el requisito de procedibilidad que le permitió incoar el presente proceso judicial, entre COMCEL y LA DEMANDANTE se había presentado controversia o cuestión litigiosa alguna.

Prueba Art. 167 CGP: "... las ... negaciones indefinidas no requieren prueba."

- Ausencia del elemento esencial "Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla": Las partes no suscribieron las Actas de Conciliación de Cuentas con el fin de ponerle fin o prevenir una cuestión litigiosa; así resultó probado en el presente proceso. Las Actas de Conciliación de Cuentas, como resultó probado en el presente proceso, no se suscribían para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual. En los testimonios trasladados que se solicitaron en la demanda y que ingresaron al expediente con las copias de los respectivos procesos arbitrales que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá remitió al expediente del presente proceso, se sostuvo:

Testimonio de Sonia Viviana Jiménez. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
PREGUNTA. Dr. ZEA. Asumiendo que estas actas fueran de transacción, usted dijo que en su testimonio que se firmaban cada seis meses, le pregunto, ¿cada 6 meses surgían conflictos entre las partes de manera regular?	RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. No, no surgían conflictos...
PREGUNTA. Dr. ZEA. O sea que ¿esas actas se celebraban independientemente de si había o no había un conflicto concreto?	RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. Es que como le digo no se necesitaba que existiera un conflicto, o sea las actas no era porque existiera un conflicto,...

Testimonio de Sonia de la Roche. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
PREGUNTA. DR. ZEA. Cambiando de tema a las actas de conciliación, ya que se las puso de presente el doctor Salazar, me podría decir, por ejemplo para el acta de conciliación de junio 30 de 2009, ¿exactamente cuál fue la controversia que se transó o que se concilió, cuál fue la reclamación que le hizo Latincom a COMCEL para que ameritara la suscripción de una acta de conciliación o transacción?	RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. No, el acta de transacción no se da porque el distribuidor genere un reclamo,
PREGUNTA. DR. CHALELA. ¿También el acta de conciliación? DR. ORTIZ: Es decir, ¿el acta de conciliación no se firma para dirimir un conflicto o una controversia, sino simple y llanamente para conciliar una cuenta?	RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. Exacto, si señor.

Testimonio Traslado de Evelio Hernán Arévalo / Proceso CELUTEC Vs COMCEL.	
DR. ZEA: Por último, retomando el tema de las actas de conciliación, le quiero poner de presente un texto del contrato, el inciso 2º de la cláusula 30 (31) y le pregunto si lo que usted denomina actas de transacción, son las actas de conciliación de cuentas a que se refiere ese inciso y si puede leerlo le agradezco.	DR. ARÉVALO: Sí, son esas.

- **Ausencia del elemento esencial “concesiones recíprocas”:** Si durante la ejecución del CONTRATO no surgieron entre las partes controversias litigiosas susceptibles de ser transadas, mucho menos existieron entre ellas concesiones recíprocas otorgadas con el fin de terminar extrajudicialmente un litigio en curso o de precaver alguno que hubiese estado ad portas de incoarse.

ARTÍCULO 167 CGP. CARGA DE LA PRUEBA. (INCISO 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones negaciones indefinidas no requieren prueba.

Si COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE lo que esta le facturó, y si LA DEMANDANTE nunca le facturó por concepto diferente a las comisiones que COMCEL le liquidó, claramente se infiere que durante la ejecución del CONTRATO las partes nunca se hicieron concesiones mutuas: de haber existido concesiones mutuas, existirían facturas anuladas, constancias de condonación y/o facturación de dineros adicionales por concepto de acuerdos incorporados en las “ACTAS DE TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN Y COMPENSACIÓN”.

En el testimonio trasladado de José Orlando Peralta, al respecto, se manifestó:

Testimonio Traslado de José Orlando Peralta.	
DR. PARDO: Inciso segundo clausula 30: durante la vigencia de este contrato cada doce meses las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en las que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas reciprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial...	
DR. ZEA: La pregunta es si al momento de suscribirse esas actas entre Comcel y LA DEMANDANTE se hacían concesiones recíprocas?	SR. PERALTA: No.

COMCEL no alegó, mucho menos demostró la existencia de concesiones mutuas hechas entre las partes, concesiones a partir de las cuales se pudiera inferir la existencia de negocios de transacción celebrados entre las partes. LA DEMANDANTE, en cambio, sí alega que tales concesiones mutuas nunca existieron, alegación esta que, al ser indefinida, la excusa de probarla.

En relación con las “concesiones recíprocas” que es esencial en todo contrato de Transacción, nótese la mala fe de COMCEL como predisponente del texto contractual y como predisponente de las Actas de Conciliación de Cuentas:

COMCEL, consciente que las “concesiones recíprocas” son un elemento esencial en todo contrato de Transacción, extendió en el texto de las Actas el siguiente texto:

CONSIDERACIONES
(...)
3.- Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final.

Ver Prueba No. 28 de la demanda. Acta de Conciliación de Cuentas aportada por LA DEMANDANTE

Las “concesiones recíprocas” que COMCEL extendió en el texto de dichas Actas es una declaración vacía e irreal, que no tiene fundamento alguno. En las Actas no se refiere el contenido y/o alcance de las “supuestas” concesiones recíprocas y, en cambio, las partes se declaran llanamente a paz y salvo sin que entre ellas se acuerden pagos totales o parciales, o condonaciones (renuncias totales o parciales), v. gr., sin que las partes se hagan verdaderas concesiones recíprocas.

ACUERDA

4o. Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiere haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se entiende celebran transacción. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo, recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.324 del C. de Co.

5o. Las partes han acordado en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación y, por consiguiente, es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existió entre ellas y, por esto, mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo respecto de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia.

Celebrado en Santafé de Bogotá, D.C., _____

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice

Respecto del Acta de Liquidación que las partes debían suscribir una vez terminado el CONTRATO (cláusula 17.5 + Anexo F), LA DEMANDANTE, en el preaviso de terminación del CONTRATO que le envió a COMCEL, manifestó:

5.	<u>DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:</u>
	Respecto del Acta de liquidación final del CONTRATO, de manera respetuosa se solicita incorporar la prestación mercantil que, según el inciso 1º del artículo 1324 CCO, se causará a favor de EL DISTRIBUIDOR al momento de la terminación del CONTRATO. Si esta prestación no es incluida, de antemano se rechaza la susodicha Acta.
	Porque la terminación del CONTRATO ocurre por justa causa provocada por COMCEL, EL DISTRIBUIDOR se reserva el derecho de reclamar las indemnizaciones especial (inciso 2º del Art. 1324 CCO) y compensatorias (Arts. 870 CCO y 830 CCO) a que tiene derecho. En este sentido, EL DISTRIBUIDOR no suscribirá acta de transacción, liquidación ni constancia de paz y salvo alguna, hasta tanto no se le pague de manera completa la prestación mercantil y las indemnizaciones a que tiene derecho.

Ver Prueba No. 09 aportada con la demanda. Preaviso de terminación del CONTRATO.

COMCEL, ante lo manifestado por LA DEMANDANTE, prefirió no remitir el Acta de Liquidación del CONTRATO, motivo por el cual las partes no completaron los espacios en blanco del Anexo F, ni tampoco lo suscribieron.

Nótese como COMCEL, como predisponente del CONTRATO, intentó también con el Acta de Liquidación cuyo modelo preconcebido (cláusula 17.5 + Anexo F), eludir los efectos económicos y normativos del contrato de Agencia Comercial (incorporó una renuncia a la prestación mercantil reforzada con un negocio de transacción).

Estos intentos de COMCEL, sin embargo, resultaron infructuosos pues las partes NO ACORDARON la Liquidación del CONTRATO, NO COMPLETARON los espacios en blanco del Anexo F, NI TAMPOCO SUSCRIBIERON el modelo de Acta preconcebido por COMCEL.

Prueba

Art. 167 CGP: "... las ... negaciones indefinidas no requieren prueba."

4.3. De los ingentes esfuerzos que COMCEL realizó para eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.

COMCEL, como predisponente del modelo contractual al que se adhirieron los miembros de su red de agentes/distribuidores, 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.

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.

Estos esfuerzos elusivos se reflejan en las excepciones de mérito que COMCEL propuso en el presente proceso; entre estos esfuerzos está, precisamente, el intento de COMCEL de asignarle a las Actas de Conciliación de Cuentas del inciso 2º de la Cláusula 30 del CONTRATO, la forma y los efectos propios de un típico contrato de Transacción. Al respecto, LA DEMANDANTE, para evitar que el Juez Natural del CONTRATO cayera en el error al que COMCEL lo trata de inducir, se vio en la imperiosa de elevar Pretensión Vigésima Séptima de la demanda ya tratada.

Con el fin de otorgarle al H. Tribunal Superior de Bogotá el contexto completo en el que COMCEL extendió las Actas de Conciliación de Cuentas, a continuación se demostrará que COMCEL, de múltiples e inicuas maneras, ha intentado eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial, todo esto en perjuicio de los intereses legítimos de LA DEMANDANTE.

El Tribunal Superior de Bogotá ya se pronunció al respecto: Frente a los intentos elusivos de COMCEL a que se refiere el presente título, y frente a la naturaleza del modelo contractual que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores, el Tribunal Superior de Bogotá sostuvo:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL, DE BOGOTÁ – SALA CIVIL, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 11001310301420110070502. Proceso: Declarativo Verbal de Mayor Cuantía. Demandante: Live Móvil SAS. Demandada: Comcel S.A.:

(...) Por lo tanto, pues, eso no significa que el juez no deba evaluar el contexto, las circunstancias en que se produce la negociación, las cláusulas que se pactaron, la forma en que se pactaron dichas cláusulas. Y, digamos que sobre eso la principal prueba es el contrato que se celebra, y obra también en el proceso otros contratos celebrados por Comcel con otras partes, que tienen un clausulado similar. Y eso nos permite identificar el primer punto a que hace referir al precedente de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto que no desconoce el demandado que el contrato que se suscribió con el aquí demandante es una proforma, pues, contrato de condiciones o contrato de condiciones predispuestas, como se lo denomina. Lo cual justifica el demandado, por cuanto dice: "Celebra cientos de contratos con objetos similares en periodos de tiempo muy cortos". O sea, la misma demandada está reconociendo que es un contrato predispuesto y que lo celebra cientos, cientos de veces. Lo anterior, como digo, se ratifica con los contratos que se aportaron, y que obran en el expediente; son contratos con clausulado similar y que fueron objeto de decisiones mediante laudos arbitrales y, pues, igualmente, el contrato que fue objeto de la decisión por parte del Tribunal en la providencia de noviembre de 2013. Entonces, se cumple con el primer requisito de los mencionados, es decir, no se trata de una negociación individual entre las partes del presente proceso, sino del modelo de contrato adoptado por la demandada para la negociación de la prestación del servicio, cuyo objeto principal es la conquista de usuarios para los servicios de telefonía celular que presta la entidad demandante. Entiende el Tribunal que es el objeto principal del contrato: conquista de usuarios para el servicio de telefonía celular que presta dicha entidad. (...) Por otro lado, las cláusulas que se citaron tienen el propósito inocultable, y creo que así lo manifiesta también el apoderado en su alegato, de que aún en el hipotético caso de que se contrapusiera con la realidad pura y dura, el contrato no fuera visto como de agencia comercial. (...) Esa circunstancia de querer impedir que fluya lo que realmente es, y que impere lo aparente, para nada, considera la Sala, constituye un actuar leal, probado y conforme a la buena fe que debe reinar en el trato comercial. Resulta representativo de lo que aquí se dice que en alguna de las cláusulas se dice, comillas: "Si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en otro tipo... en especial en agencia comercial". Esa connotación peyorativa de degenerar, pues, como que algo que no se quiere o que, de pronto, se tiene que llegar el momento de afrontar, ¿no? Igualmente, las cláusulas que citamos son de manera evidente establecidas en favor de Comcel y buscan privar a la

contraparte de unos derechos que la legislación comercial consagra a favor del agente comercial, (...) De manera que, claramente, esas cláusulas reflejan una situación ventajosa para Comcel, al punto que pudiéramos decir que si no existiera la normatividad comercial que consagra esos derechos para el agente comercial, pues no habría ninguna dificultad en que las cosas fueran lo que son y que el contrato se pactara como un contrato de agencia comercial. (...) Así las cosas, encuentra el Tribunal que dada las circunstancias del mercado y las condiciones de los contratantes, las cláusulas analizadas favorecen de manera exclusiva al aquí demandado, a Comcel, y no permiten visualizar una verdadera capacidad de negociación de esas cláusulas por la parte demandante. Por lo tanto, considera la Sala, se vulnera la libertad contractual y, pues, le restará validez a esas cláusulas para entrar a determinar si, efectivamente, ese contrato que se presenta al presente proceso es o no un contrato de agencia comercial. (...) Entonces, estas circunstancias, este análisis, nos llevan a concluir que no atenderá, no tendrá en cuenta esas cláusulas que de manera expresa consagran que no existe agencia comercial, para los efectos de determinar si el contrato celebrado entre las partes aquí concurrentes es o no de agencia comercial. Entonces, no se tendrán en cuenta esas cláusulas y se entrará a analizar el tercer problema jurídico, encaminado a determinar si el contrato suscrito entre demandante y demandado, efectivamente, es un contrato de agencia comercial. (...) Entonces, concluye el Tribunal de lo expuesto, que concurren los elementos que tiene establecida la ley y la jurisprudencia, y sobre todo, este elemento de actuación por cuenta del agenciado y a riesgo del agenciado, concurren los elementos en el contrato, y por lo tanto, cabe predicar que estamos frente a una agencia comercial.

En las siguientes subsecciones del presente memorial son expuestas las diversas estrategias de COMCEL para evitar, de cualquier manera, el pago de la Prestación Mercantil, una de las cuales consistió en tratar de asignarle a las Actas de Conciliación de Cuentas del inciso 2º de la Cláusula 30 del CONTRATO, la forma y los efectos propios de un típico contrato de Transacción.

4.3.1. COMCEL denominó el CONTRATO como un atípico y genérico negocio de distribución.

COMCEL: (i) Denominó el CONTRATO como un negocio de distribución. (ii) Denominó a LA DEMANDANTE como distribuidor. (iii) Extendió cláusulas en las cuales excluyó a la Agencia Comercial como denominación del CONTRATO. (iv) Además de distribución, simultánea y contradictoriamente, intentó reducir el vínculo negocial a un contrato de comisión y también de “compras para la reventa” (Ver cláusulas 4, 15 Inc. 1 del CONTRATO).

A continuación se transcriben las cláusulas que COMCEL extendió:

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.

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...

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

4.3.2. COMCEL extendió cláusulas de renuncia y de exclusión de su responsabilidad:

(i) COMCEL extendió cláusulas en las cuales LA DEMANDANTE renuncia, de manera general y abstracta, a toda prestación que la ley discipline (ver Anexo F Nums. 4 y 5 del CONTRATO). (ii) COMCEL extendió cláusulas de exclusión de su responsabilidad contractual (ver cláusulas 17.4).

17.4 CELCARIBE (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.

ANEXO F. 4o. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo,

recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.324 del C. de Co.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

COMCEL, como predisponente del CONTRATO y en un ejercicio abusivo de su posición de dominio contractual, intentó eludir las consecuencias económicas del contrato de Agencia Comercial mediante cláusulas generales de renuncia.

4.3.3. COMCEL extendió cláusulas en las que creó créditos a su favor que se causarían sí y solo sí tuviera que pagarle a LA DEMANDANTE la denominada Prestación Mercantil:

Se trata de otro intento “creativo” para eludir el pago de la Prestación Mercantil a que tiene derecho LA DEMANDANTE: COMCEL, en la cláusula 15, inciso 5º del CONTRATO, extendió el siguiente texto contractual:

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.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

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.

COMCEL, asimismo, extendió en el numeral 5º del Anexo C del CONTRATO el siguiente texto:

Sin embargo, los dineros que sean pagados provenientes del fondo del Plan CO-OP se imputarán en su totalidad, a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle COMCEL a EL DISTRIBUIDOR a la terminación del contrato de distribución.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

Respecto de estas cláusulas, es preciso advertir que COMCEL, ni al contestar la demanda reformada, ni por vía de una demanda de reconvención, está exigiendo judicialmente el cumplimiento de estas disposiciones contractuales, asunto que se explica por su evidente carácter abusivo: en procesos arbitrales anteriores, COMCEL, cuando intentó reclamar dichas cláusulas, fue juzgada severamente por los Tribunales; ver, al respecto, la Prueba No. 14 aportada con la demanda: Antecedentes Arbitrales.

Laudo Arbitral dictado el 21 de junio de 2012 en el proceso de MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A. (Pág. 164): Sostuvo el Tribunal de Arbitraje:

Lo primero que se observa, por parte de este Tribunal es que en el texto del contrato, quien es llamado distribuidor posee diferentes obligaciones, que no derechos, ligados a alistar el establecimiento de comercio y ostentar en éste los signos distintivos del empresario, observar sus manuales de imagen y posicionar su

marca y, que al término de la relación, debe proceder a su desmonte integral, de modo que este conjunto de actividades en la realidad de los hechos está pactada en directo y mayor beneficio del empresario. El uso de la infraestructura del empresario resulta de la necesidad de ejecutar prestaciones a favor del propio empresario y la función del agente está más bien ligada a acreditar la marca del empresario en el mercado que a acreditar su propio establecimiento que, dicho sea de paso, al término de la relación no puede mantenerlo y distinguirlo con algún tipo de asociación de marca con el empresario. Esta sola consideración denota la ausencia de una causa negocial que fundamente la prestación indicada, pues la referida no corresponde a una causa real o seria que sirva como sustento para el reconocimiento de la prestación indicada a favor del empresario, por lo que no es posible hallar un vínculo de equivalencia entre las prestaciones pactadas. **La falta de realidad y seriedad de la causa, se destaca tanto más, cuando la obligación posee un carácter condicional.** La condición suspensiva de la que pende la obligación en cuestión, consiste en el evento en que el contrato sea calificado como agencia y se deba pagar la prestación correspondiente, **lo que denota que el verdadero móvil de su inclusión ha sido esquivar el pago de la cesantía comercial, mediante la creación de una prestación a favor del empresario que mediante una imitación servil de la fórmula legal con un factor adicional de agravación, estaría llamada a neutralizar los efectos económicos que se derivarían de una condena en contra del empresario por este concepto y a inhibir las reclamaciones ante la justicia por parte del agente, lo que constituye un auténtico fraude a la ley.** Pero, además, salta a la vista el abuso, esta vez dirigido a detraer al agente las sumas que haya podido obtener como producto de haber acudido al aparato de administración de justicia y, para incluso inhibirle de ello, ante la posibilidad de salir a deber una suma mayor. Lo anterior implica no solamente una vulneración al derecho sustancial del agente a la prestación en su favor, sino además, una violación al derecho constitucional fundamental a tutela judicial efectiva de sus intereses jurídicos. Concurrén, en consecuencia, de sobra, en el presente evento, las mismas razones que han llevado a este Tribunal a concluir la ineficacia negocial de las cláusulas que cambiaron la denominación de los contratos con el ánimo de sustraerlos de la regulación aplicable a los contratos de agencia, por lo que se decretará la prosperidad de las pretensiones correspondientes. (Página 165 a 168).

Laudo Arbitral dictado el 15 de julio de 2015 en el proceso de FASE COMUNICACIONES S.A.S. Vs COMCEL S.A. (Pág. 84): Sostuvo el Tribunal de Arbitraje:

c) Cláusula (15), inciso 5º: "(...)." En esta cláusula otra vez, a rajatabla, se asume por Comcel una conducta elusiva orientada a desconocer el verdadero o real contrato que en el fondo estaba celebrando, al buscar evadir la agencia comercial, cuando supedita los efectos que este convenio puede producir con las palabras "si por cualquier circunstancia este contrato llegase a degenerar en este tipo contractual". Tamañas expresiones, amén de no contener ninguna medida, debido a que incluyen ventajas exclusivas del predisponente, desestimulan u obstruyen, de paso, que el adherente pueda acceder eficazmente a la administración de justicia, mayormente cuando se le añaden la obligación condicionada de reconocerle a Comcel "una suma equivalente al 20% de la suma resultante".

Laudo Arbitral dictado el 20 de noviembre de 2014 en el proceso de SIMTEC S.A. Vs COMCEL S.A. (Págs. 69 y 70): Sostuvo el Tribunal de Arbitraje:

c) Cláusula (15), inciso 5º: "(...)." Aparece como una constante en los diversos contratos que han sido estudiados por tribunales de arbitraje similares y no solo lesiona a la parte débil desvirtuando la naturaleza de contratos como la agencia mercantil sino que, además, le impone una carga adicional equivalente a una suma de cuantía casi idéntica a la prestación propia de la agencia mercantil. La convocada -COMCEL- en sus alegatos de conclusión afirma que no existe causa u objeto ilícito ni nada que impida a las partes que se reconozcan sumas determinadas o determinables de dinero con la finalidad que en el desarrollo de su actividad negocial se vean retribuidas patrimonialmente conductas que los beneficien. La causa de la obligación pactada, continua, sin lugar a dudas es la contraprestación debida. Estas y otras razones vinculadas al carácter dispositivo irrestricto de las partes podrían ser defendidas en el caso de contratos negociados; pero visto el carácter y características propias de los contratos de adhesión y su interpretación, el Tribunal encuentra que la cláusula redactada por COMCEL es fruto de un ejercicio abusivo en la posición de dominio contractual y resulta ineficaz.

Los textos extendidos por COMCEL en las cláusulas 15-5 y Anexo C-5 del CONTRATO, dejan en evidencia que COMCEL, como predisponente del CONTRATO y en un ejercicio abusivo de su posición de dominio contractual, intentó eludir las consecuencias económicas de la Agencia Comercial de múltiples y contradictorias maneras: primero intentó eludir la calificación del CONTRATO como una Agencia Comercial, posteriormente extendió cláusulas de renuncia de las prestaciones que la Ley disciplina para el contrato de Agencia Comercial y, finalmente, extendió cláusulas con las cuales pretende crear créditos a su favor, créditos cuya existencia está condicionada al hecho de que deba pagarle a LA DEMANDANTE la denominada Prestación Mercantil.

4.3.4. COMCEL intenta asignarle efectos de “Transacción” a las Actas de Conciliación de Cuentas que las partes, con fundamento en el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, suscribieron periódicamente durante la vigencia del CONTRATO:

COMCEL, en el inciso 2º de la cláusula 30, extendió el siguiente texto contractual: “Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en las que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes y se otorgue un paz y salvo parcial”. (Ver cláusula 30 Inc. 2). **En desarrollo de esta disposición contractual, COMCEL extendió las Actas que ella misma denominó “actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas”, actas que se suscribieron periódicamente por las partes.**

Ver Prueba No. 28 de la demanda. Actas de Conciliación de Cuentas.

COMCEL, al momento de extender las Actas de Conciliación de Cuentas, las denominó “actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas” e intentó darles la forma de un contrato de transacción. A pesar de la denominación y de la forma que COMCEL les dio, en el presente proceso resultó probado que las actas suscritas por las partes no incorporaron los elementos esenciales de un contrato de transacción.

4.3.5. COMCEL extendió cláusulas que simulan el “pago anticipado” de toda prestación, bonificación y/o indemnización:

COMCEL, en el inciso 3º de la cláusula 30 del CONTRATO y en el numeral 6º de su Anexo A, extendió el siguiente texto contractual:

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”.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice

Con esta disposición contractual, COMCEL intentó que los dineros remuneratorios pagados a LA DEMANDANTE, además de extinguir las obligaciones que se pactaron a cargo de COMCEL y a favor de LA DEMANDANTE 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”. Frente al contenido y alcance de esta cláusula, resultan pertinentes las *Rationes Decidendi* de los siguientes antecedentes jurisdiccionales:

Laudo Arbitral de PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL del 23 de febrero de 2007. Páginas 118 y 119.: Señala esta cláusula una inadmisibles regulación comercial, 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 adeudarse 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? (...) 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 inadmisibile. 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. (...) Así lo declarará el Tribunal, con efecto de nulidad absoluta de la estipulación.

VER Prueba No. 14 de la demanda. Antecedentes Arbitrales. Págs. 118 y 119 del Laudo de Punto Celular Vs Comcel.

Laudo Arbitral de EVER GREEN COMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL del 2 de noviembre de 2012. Páginas 118 y 119: ... 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. (...) 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 (...). 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.

Ver Prueba No. 14 de la demanda. Antecedentes Arbitrales. Págs. 52 y 53 del Laudo de Ever Green Vs Comcel.

En relación con esta cláusula contractual, en el presente proceso resultaron probados los siguientes hechos: En el año 2007, COMCEL creó en su contabilidad unas subcuentas auxiliares que ella mismo denominó “Pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones” y, paralelamente, obligó a sus agentes/distribuidores a dividir su facturación de su remuneración en dos, una factura que representara el 80% de las comisiones liquidadas, otra que representara el 20% restante, separación que se conoce como el 80/20. Esta decisión provino de la estrategia que un asesor externo le sugirió a COMCEL el 28 de septiembre de 2006 (Ver Prueba No. 19 aportada con la demanda); en el concepto elevado por dicho asesor, se le recomendó a COMCEL realizar estas dos acciones, así:

- (i) La primera acción fue que COMCEL, en su contabilidad, separara el 20% del supuesto “pago anticipado” en sus cuentas auxiliares:

Se lee en el concepto: El primer paso a seguir en COMCEL, para evidenciar el pago anticipado de las prestaciones a sus distribuidores, consiste en separar el componente de 20 por ciento... **en sus cuentas auxiliares...** Equivale prácticamente a tener dos provisiones: una para las comisiones y otra para el pago anticipado de las prestaciones.

Ver Prueba No. 19 de la demanda. Página 5 del concepto contable del 28 de septiembre de 2006.

COMCEL, como resultó probado en este proceso (Ver DICTAMEN-Complemento), en efecto creó en su contabilidad las subcuentas auxiliares 2605101210 (PASIVO/PROVISIÓN/Comisiones) y 529505 (Gastos/Operacionales de Ventas/Comisiones), subcuentas que ella mismo denominó “Pagos anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones” y en la que registró las facturas que sus agentes/distribuidores emitieron bajo el concepto del 20%. Frente a este proceder de COMCEL, basta, por ahora, transcribir la parte resolutive del laudo arbitral dictado el 15 de mayo de 2013 en el proceso de Llama Telecomunicaciones S.A. Vs COMCEL:

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 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. les 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.

Ver Prueba No. 14 de la demanda. Antecedentes Arbitrales. Págs. 244 y 245 del Laudo de Llama Tele. Vs Comcel.

- (ii) La segunda acción recomendada a COMCEL fue que los miembros de su red de agentes/distribuidores dividieran su facturación en dos, una que representara el 80% de las comisiones liquidadas, otra que representara el 20% restante.

Se lee en el concepto: Por esta razón, estimo que no basta que COMCEL registre en forma discriminada el pago anticipado de las prestaciones en su contabilidad, si el distribuidor no consigna la misma segregación en sus facturas; ese vacío, en mi opinión, podría interpretarse como falta de correspondencia entre los asientos de los libros y los comprobantes de las cuentas, restándoles valor probatorio, según dispone el artículo 59 del Código de Comercio.

Ver Prueba No. 19 de la demanda. Página 6 del concepto contable del 28 de septiembre de 2006.

COMCEL ejecutó esta recomendación mediante el condicionamiento del pago de comisiones a la división de la facturación en 80/20: Si sus agentes/distribuidores no cumplían esta instrucción, COMCEL no les pagaba sus comisiones. Este condicionamiento, como resultó probado en el presente proceso, quedó expresa e inequívocamente establecido en las “Cartas de Comisiones” que COMCEL le envió a su red de agentes/distribuidores a partir de marzo/abril/mayo de 2007, LA DEMANDANTE incluida. A título de ejemplo, se transcribe el aparte pertinente de la “Carta de Comisiones” de mayo 2 de 2007 que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

Las comisiones y los anticipos mencionados **se pagarán siempre y cuando** (i) Los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (Digitación de Datos en el Sistema Poliedro) (ii) La documentación aportada por el Distribuidor se encuentre legalizada, es decir, se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL. (iii) Envío de los documentos físicos al Archivo Central de COMCEL dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla y Pereira, y 120 horas para Distribuidores del Eje Cafetero, Regionales Oriente, Occidente, Córdoba, Sucre, Guajira, Cesar, Atlántico, Bolívar y Magdalena. (iv) **Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la comisión y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada “Conciliación, Compensación, Dedución y Descuentos” y en el numeral 6 del Anexo A del mismo.**

Ver Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE. Carta de 2007 05 02.

Como está probado con las “Cartas de Comisiones” que obran en el expediente y que LA DEMANDANTE aportó como pruebas documentales, COMCEL, hasta la terminación del CONTRATO, mantuvo vigente esta condición.

Ver Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2007 a 2017.

Frente a esta división en la facturación, resulta pertinente la *Ratio Decidendi* del siguiente antecedente judicial:

Laudo Arbitral de CELUTEC S.AS. Vs COMCEL del 4 de abril de 2019. Páginas 136 y 137: 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. (...) 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 resolutive de este laudo.

Ver Prueba No. 14 de la demanda. Antecedentes Arbitrales. Págs. 136 y 137 del Laudo de Celutec Vs Comcel.

Es importante aclarar que la división en la facturación que COMCEL ordenó a partir del año 2007, no significó un incremento del 20% en la remuneración que LA DEMANDANTE y los demás miembros de su red de agentes/distribuidores venían recibiendo con anterioridad. Al respecto, COMCEL, al contestar la demanda, confesó que el siguiente hecho es cierto:

Hecho 120. La susodicha división en la facturación no significó un incremento del 20% en la remuneración que contractualmente venía recibiendo LA DEMANDANTE.

Ver Prueba: Pág. 73 de la demanda reformada y página 38 de la contestación de COMCEL.

El texto extendido por COMCEL en la cláusula 30-3 del CONTRATO, su proceder contable y el condicionamiento que dictó para el pago de las comisiones de LA DEMANDANTE (80/20), dejan en evidencia que COMCEL, mediante la creación de un artificioso e inexistente pago anticipado, intenta inducir a error a los Jueces de la República alegando que ya le pagó a LA DEMANDANTE parte de la Prestación Mercantil que es propia de la Agencia Comercial.

4.3.6. CONCLUSIÓN:

La actitud abusiva, elusiva y antinómica de COMCEL salta a la vista: primero excluyó la calificación del CONTRATO como una 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 se ejecutó mediante compras para la reventa.

5. REPARO CUARTO: INCUMPLIMIENTOS Y PERJUICIOS RELACIONADOS CON EL NO PAGO COMPLETO DE LA COMISIÓN POR RESIDUAL Y CON EL NO PAGO DE LAS COMISIONES CAUSADAAS EN EL ÚLTIMO PERIODO CONTRACTUAL.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, REVOCAR parcialmente el segundo inciso del numeral PRIMERO y el último inciso del numeral TERCERO de la parte resolutive de la SENTENCIA y, en su lugar declarar que prosperan las pretensiones 17, 22 y 25 literales b) y c) de la demanda reformada de LA DEMANDANTE y, como consecuencia de ello, CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes indemnizaciones: (i) En lo relativo a la comisión por residual, la suma de \$91.188.035 (ver página 29 del dictamen pericial aportado por LA DEMANDANTE). (ii) En lo relativo a las comisiones no pagadas durante de la última etapa contractual, la suma de \$ \$41.009.508 (ver página 27 del dictamen pericial aportado por LA DEMANDANTE)..

5.1. Incumplimiento contractual de COMCEL: Exclusión de los tres primeros meses del cálculo de la denominada comisión por residual.

5.1.1. Pretensión Décima Séptima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Exclusión de los tres primeros meses del cálculo de la denominada comisión por residual.

LA DEMANDANTE, en la demanda reformada, elevó la siguiente pretensión:

PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA: En cuanto a la comisión por residual, así denominada en el CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita: **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.

En relación con esta pretensión, en el presente proceso resultó probado lo siguiente:

1. En el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por residual:

2. Con respecto a cada Abonado, CELCARIBE pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" la cuál será determinada de tiempo en tiempo por CELCARIBE 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 CELCARIBE por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente. Esta comisión se causará y será pagadera siempre que el contrato de distribución esté vigente y continuará causándose si el DISTRIBUIDOR mantiene 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 CELCARIBE 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 CELCARIBE y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan. La causación de comisiones, se hará dentro de los periodos mensuales que fije CELCARIBE, indicando el día de iniciación y de cierre de cada periodo.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

2. 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.

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 COMCEL y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan.

3. 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:

2.4 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

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 postpago 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 postpago: 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, CELCARIBE pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual"... Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos... que hubieren sido recibidos por CELCARIBE por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

4. **CONCLUSIÓN:** En el presente proceso resultó probada la Pretensión Décima Séptima, motivo por el cual el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá declarar que COMCEL, al haber excluido de su liquidación los tres primeros meses de causación de la comisión por residual, incumplió el CONTRATO.

5.1.2. Pretensión Vigésima Quinta, literal c). Indemnización relativa a la eliminación de los tres primeros meses de causación de las comisiones por residual.

A partir del incumplimiento contractual a que se refiere la Pretensión Décima Séptima, se le abre paso al literal b) de la Pretensión Vigésima Cuarta de la demanda reformada:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA: Declarar, en consecuencia, que: (...) 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.

COMCEL, en su condición de civilmente responsable, debe indemnizar a LA DEMANDANTE, en este caso, en armonía con lo solicitado en el literal c) de la Pretensión Vigésima Quinta:

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.

A propósito de esta pretensión de condena, en el presente proceso:

1. Se probó que los documentos denominados “Acta de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas”, por ausencia de sus elementos esenciales, no incorporaron contratos de transacción. En consecuencia, la indemnización reclamada en el literal c) de la Pretensión Vigésima Quinta no fue objeto de transacción alguna.
2. Se probó 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:

C.2.COMISIÓN POR RESIDUAL: EXCLUSIÓN DE LOS TRES PRIMEROS MESES. C.2.a) Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, 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. (...) De acuerdo con las evaluaciones realizadas a 93 facturas y a los registros contables de LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años recibió la suma de \$273.564.110. En el siguiente cuadro se muestran las sumas contables recibidas en cada periodo (...) 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 \$91.188.035 (\$364.752.145- \$273.564.110). En el siguiente cuadro se muestran las diferencias en cada periodo:

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)	MONTO RECIBIDO SEGÚN CONTABILIDAD (75%)	DIFERENCIA (25%)
Marzo 9 a diciembre 31 de 2013	\$ 80.142.561	\$ 60.106.921	\$ 20.035.640
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	\$ 75.770.413	\$ 56.827.810	\$ 18.942.603
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	\$ 87.174.821	\$ 65.381.116	\$ 21.793.705
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	\$ 70.105.361	\$ 52.579.021	\$ 17.526.340
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	\$ 47.689.157	\$ 35.766.868	\$ 11.922.289
Enero 1 a marzo 8 de 2018	\$ 3.869.832	\$ 2.902.374	\$ 967.458
Total	\$ 364.752.145	\$ 273.564.110	\$ 91.188.035

Ver Prueba: Págs. 27 a 29, 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 \$91.188.035

5.1.3. La SENTENCIA se debe revocar parcialmente y en su lugar se debe declarar que COMCEL incumplió el CONTRATO al no pagar la comisión por residual que se causó durante los tres primeros meses contados desde la activación de cada plan pospago, y se debe condenar a COMCEL a pagar la indemnización que resultó probada en el proceso.

En la SENTENCIA, El Juez a quo resolvió:

PRIMERO: (...) DECLARAR probadas, con alcance parcial, las excepciones de mérito de transacción y cosa juzgada, inexistencia de justa causa para terminar el contrato, ausencia de abuso del derecho, inexistencia de antinomias derivadas de las estipulaciones contractuales y compensación (...)

TERCERO: (...) denegar las demás pretensiones de la Demanda (...)"

Ver Páginas 23 y 24 de la SENTENCIA

Los numerales Primero y Tercero de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA se deberán revocar parcialmente. Una vez revocados, se deberá,

Declarar probada la Pretensión Décima Séptima de la demanda.

Declarar probado el literal b) de la Pretensión Vigésima Cuarta de la demanda.

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la indemnización a que se refiere el literal c) de la Pretensión Vigésima Quinta, la suma de \$91.188.035.

5.2. Incumplimiento contractual de COMCEL: Comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO y no pagadas por COMCEL.

5.2.1. Pretensión Vigésima Segunda: Incumplimiento contractual de COMCEL: No pago de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

LA DEMANDANTE, en la demanda reformada, elevó la siguiente pretensión:

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 periodo contractual.

En relación con esta pretensión, en el presente proceso resultó probado que COMCEL no pagó las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE durante las últimas semanas de ejecución contractual: COMCEL, desde el momento mismo en que recibió el preaviso de terminación del CONTRATO que LA DEMANDANTE radicó en sus oficinas, dejó de liquidar y pagar las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

Prueba

Art. 167 CGP: "... las ... negaciones indefinidas no requieren prueba."

Con el DICTAMEN se probó la cuantía de la obligación incumplida de COMCEL, v. gr. de las comisiones causadas a favor de LA DEMANDANTE que COMCEL no liquidó ni tampoco pagó:

B.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS.

B.1.a) Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE??

RESPUESTA. De acuerdo a 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 alcanzó la suma de \$41.009.508, en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:

CONCEPTO	MONTO
COMISIÓN LEGALIZACIÓN KIT Y WB	1.794.512
COMISIÓN POSTPAGO	831.424
COMISIÓN TRANSACCIÓN DE RECAUDO-CPS	34.454.049
COMISIÓN RESIDUAL	3.929.523
TOTAL	41.009.508

Para el cálculo de los anteriores valores, se tomó como base los últimos pagos realizados por COMCEL en cada uno de los conceptos. Luego se determinó el promedio y se multiplicó por el número de días faltantes entre la fecha del último pago y la terminación del contrato. Para una mayor ilustración, en el siguiente anexo, se presenta el cálculo indicado anteriormente: [Anexo electrónico No. 20-B.1.a-Calculo de las Comisiones no pagadas](#). De acuerdo con lo anterior, se concluye que, durante la última etapa contractual, las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE son \$41.009.508.

Ver Prueba: Pág. 27, DICTAMEN.

5.2.2. Pretensión Vigésima Quinta, literal c). Indemnización relativa a la eliminación de los tres primeros meses de causación de las comisiones por residual.

A partir del incumplimiento contractual imputable a COMCEL que resultó probado, el literal b) de la Pretensión Vigésima Cuarta de la demanda reformada está llamado a prosperar:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA: Declarar, en consecuencia, que: (...) 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.

COMCEL, en su condición de civilmente responsable, debe indemnizar a LA DEMANDANTE, en este caso, en armonía con lo solicitado en el literal c) de la Pretensión Vigésima Quinta:

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.

A propósito de esta pretensión, en el presente proceso:

1. Se probó que los documentos denominados “Acta de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas”, por ausencia de sus elementos esenciales, no incorporaron contratos de transacción. En consecuencia, la indemnización reclamada en el literal d) de la Pretensión Vigésima Quinta no fue objeto de transacción alguna.

Se probó que, en cualquier caso, la última “Acta de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” fue firmada en el año 2014, motivo por el cual, de ninguna forma este documento tuvo por objeto las comisiones causadas y debidas a LA DEMANDANTE en el último mes de ejecución del CONTRATO.

2. Se probó 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:

B.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS.

B.1.a) Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE??

RESPUESTA. De acuerdo a 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 alcanzó la suma de \$41.009.508, en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:

CONCEPTO	MONTO
COMISIÓN LEGALIZACIÓN KIT Y WB	1.794.512
COMISIÓN POSTPAGO	831.424
COMISIÓN TRANSACCIÓN DE RECAUDO-CPS	34.454.049
COMISIÓN RESIDUAL	3.929.523
TOTAL	41.009.508

Para el cálculo de los anteriores valores, se tomó como base los últimos pagos realizados por COMCEL en cada uno de los conceptos. Luego se determinó el promedio y se multiplicó por el número de días faltantes entre la fecha del último pago y la terminación del contrato. Para una mayor ilustración, en el siguiente anexo, se presenta el cálculo indicado anteriormente: [Anexo electrónico No. 20-B.1.a-Calculo de las Comisiones no pagadas](#). De acuerdo con lo anterior, se concluye que, durante la última etapa contractual, las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE son \$41.009.508.

Ver Prueba: Pág. 27, 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 \$41.009.508

- 5.2.3. La SENTENCIA se debe revocar parcialmente y en su lugar se debe declarar que COMCEL incumplió el CONTRATO al no pagar las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del negocio, y se debe condenar a COMCEL a pagar la indemnización que resultó probada en el proceso.

En la SENTENCIA, El Juez a quo resolvió:

PRIMERO: (...) DECLARAR probadas, con alcance parcial, las excepciones de mérito de transacción y cosa juzgada, inexistencia de justa causa para terminar el contrato, ausencia de abuso del derecho, inexistencia de antinomias derivadas de las estipulaciones contractuales y compensación (...)

TERCERO: (...) denegar las demás pretensiones de la Demanda (...)"

Ver Páginas 23 y 24 de la SENTENCIA

Los numerales Primero y Tercero de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA se deberán revocar parcialmente. Una vez revocados, se deberá,

Declarar probada la Pretensión Vigésima Segunda de la demanda.

Declarar probado el literal b) de la Pretensión Vigésima Cuarta de la demanda.

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la indemnización a que se refiere el literal b) de la Pretensión Vigésima Quinta, la suma de \$41.009.508.

6. REPARO QUINTO: TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA IMPUTABLE A COMCEL.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, revocar parcialmente los numerales Primero y Tercero de la parte resolutive de la SENTENCIA y, en su lugar declarar que prosperan las pretensiones 23ª y 24ª de la demanda reformada de la DEMANDANTE.

Asimismo, se le solicita condenar a COMCEL a pagarle a la DEMANDANTE la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO, para lo cual solicito tasar la indemnización especial del INC. 2 del ART. 1324 del C.CO en una cifra equivalente a todos los dineros sufragados por LA DEMANDANTE en labores de promoción y publicidad de los servicios de COMCEL, las cuales ascendieron a \$286.816.139 (Página 32 del Dictamen Pericial aportado por COMCEL).

6.1. De lo que resultó probado y del yerro de la SENTENCIA.

En el presente proceso resultó probado que:

- COMCEL, motu proprio, y en franco incumplimiento del CONTRATO o en abuso de su posición de dominio contractual, eliminó la comisión por residual que se causó durante los tres primeros contados a partir de la activación de cada plan pospago que LA DEMANDANTE gestionó ante la clientela de COMCEL (Ver numeral 5.1. del presente memorial).
- COMCEL, incumplió el CONTRATO y no le pagó a LA DEMANDANTE las comisiones que se causaron durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO (Ver numeral 5.2. del presente memorial).
- COMCEL, en un ejercicio abusivo de su posición de dominio contractual, decidió, motu proprio, reducir sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo, reducción que en efecto implementó a partir de enero de 2018 (Ver numeral 6.1.3. del presente memorial).

Estos incumplimientos y estas conductas abusivas, tipificaron las justas causas de terminación del CONTRATO a que se refieren los literales 2 a y 2 b del Art. 1325 CCO (Ver numeral 6.2. del presente memorial).

Del yerro de la SENTENCIA: El Juez a quo, en contra de la evidencia probatoria que reposa en el expediente, sostuvo en la parte motiva de la SENTENCIA:

Ninguna de las hipótesis normativas mencionadas en el canon 1325 como motivos justificables para concluir el contrato por parte del agente se presentan en el caso concreto. No se acreditó un incumplimiento claro de parte de Comcel a sus obligaciones, tampoco se demostró una acción u omisión de la demandada que afectare los intereses y el proceder en general de su contraparte en el desarrollo del contrato, mucho menos se probó una situación de insolvencia o cese de actividades.

Ver Página 17 de la SENTENCIA

6.1.1. Exclusión de los tres primeros meses de causación de la comisión por residual.

COMCEL excluyó los tres primeros meses de causación de la comisión por residual y eliminó la comisión por permanencia pospago (Ver Reparación Tercero del presente memorial). Este incumplimiento contractual le causó a LA DEMANDANTE un daño por \$91.188.035 (Ver numeral 5.1. del presente memorial).

6.1.2. COMCEL no pagó las comisiones causadas durante la última etapa de ejecución del CONTRATO.

COMCEL, una vez recibió el preaviso de terminación del CONTRATO que LA DEMANDANTE radicó en sus oficinas, en lugar de solventar los abusos e incumplimientos que LA DEMANDANTE le reclamó (ver preaviso de terminación: prueba documental obrante en el expediente), decidió, en un acto soberbio y retaliativo, no liquidar ni pagar las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE durante las últimas semanas de ejecución del contrato. Este incumplimiento de COMCEL le causó un daño a LA DEMANDANTE por \$41.009.508 (Ver numeral 5.2. del presente memorial).

6.1.3. Reducción sustancial de la comisión por transacción de recaudo.

1. El 19 de enero de 2006, COMCEL y LA DEMANDANTE celebraron una convención con la cual se modificó la cláusula 7.7. del CONTRATO. En esta convención (CPS 2006) se pactó:

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.7. del contrato de distribución deberá quedar así:

7.7.1. Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por CELCARIBE, para actuar como Centros de Centros 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 CELCARIBE... 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 CELCARIBE.

7.7.1.17 EL DISTRIBUIDOR se obliga a seguir las instrucciones y cumplir los procedimientos que CELCARIBE le señale para efectos del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente cláusula.

7.7.1.18. Las anteriores cláusulas nacen como consecuencia de haber sido EL DISTRIBUIDOR autorizado por parte de CELCARIBE, para actuar como Centros de Pago y Servicios.

Ver Prueba No. 7 de la demanda. 2006 01 19, Otrosí CPS.

2. De la comisión por transacción de recaudo: En la convención CPS 2006 se pactó, de la siguiente manera, la comisión por transacción de recaudo que LA DEMANDANTE recibiría por cada operación de recaudo:

7.7.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: CELCARIBE reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas la suma que de tiempo en tiempo determine CELCARIBE, 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. CELCARIBE le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2006 01 19, Otrosí CPS.

Según resultó probado en el presente proceso, COMCEL entre el 5 de enero de 2013 y el 4 de enero de 2018, le pagó a LA DEMANDANTE \$1.574 por cada transacción de recaudo:

B.3.b) Durante los últimos cinco años de ejecución 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 LA DEMANDANTE?

RESPUESTA. De acuerdo con la revisión a la información suministrada por LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE es de \$1.574 por transacción de recaudo ($\$933.891.410 \div 593.313$). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PERIODO	CANTIDAD DE TRANSACCIONES	VALOR FACTURADO
Marzo 9 a diciembre 31 de 2013	88.351	140.404.600
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	116.666	184.245.280
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	98.138	155.030.370
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	119.977	185.326.360
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	143.492	232.617.360
Enero 1 a marzo 8 de 2018	26.689	36.267.440
TOTAL	593.313	933.891.410
PROMEDIO DE TRANSACCIÓN DE RECAUDO		1.574

En el siguiente anexo, se aporta el detalle y los pagos realizados por COMCEL a LA DEMANDANTE por concepto de comisión por transacción de recaudo: [Anexo electrónico No. 26-B.3.b-Facturas, pagos y libros auxiliares de contabilidad de la comisión por transacción de recaudo.](#)

Ver Prueba: Pág. 33 del DICTAMEN.

3. Reducción de la comisión por transacción de recaudo: COMCEL, el 26 de diciembre de 2017 y a través de la siguiente circular, le informó a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, las nuevas cuantías de la comisión por transacción de recaudo que empezarán a regir a partir del 1° de enero de 2018.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUIDORES**

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

Como se puede apreciar, la comisión por transacción de recaudo, para el segundo cuatrimestre bajaría hasta \$950 y para el tercer cuatrimestre bajaría hasta la mitad, es decir, a la suma de \$700.

4. De la afectación grave de los intereses de LA DEMANDANTE: En relación con la denominada comisión por transacción de recaudo, en el proceso resultó probado:

- ✓ Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, LA DEMANDANTE realizó 593.313 transacción de recaudo:

PERIODO	CANTIDAD DE TRANSACCIONES DE RECAUDO
Marzo 9 a diciembre 31 de 2013	88.351
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	116.666
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	98.138
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	119.977
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	143.492
Enero 1 a marzo 8 de 2018	26.689
TOTAL	593.313

Ver Prueba: Pág. 36 del DICTAMEN.

- ✓ COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, le pagó a la DEMANDANTE la suma de \$933.891.410 por comisión por transacción de recaudo:

PERIODO	CANTIDAD DE TRANSACCIONES	VALOR FACTURADO
Marzo 9 a diciembre 31 de 2013	88.351	140.404.600
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	116.666	184.245.280
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	98.138	155.030.370
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	119.977	185.326.360
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	143.492	232.617.360
Enero 1 a marzo 8 de 2018	26.689	36.267.440
TOTAL	593.313	933.891.410

Ver Prueba: Pág. 34 del DICTAMEN.

A partir del informe del perito se puede concluir que LA DEMANDANTE recibía, anualmente, un promedio de \$186.778.282 por concepto de comisión por transacción de recaudo:

$$\$933.891.410 / 5 = \$186.778.282$$

Por otra parte, y según resultó probado en el proceso, LA DEMANDANTE, anualmente, recibía un promedio de \$584.787.192 por concepto de comisiones:

El promedio se calcula dividiendo el total de comisiones entre tres (3), tal como se muestra en el siguiente cuadro:

TOTAL COMISIONES ULTIMOS TRES AÑOS	1.754.391.577
PROMEDIO: \$1.754.391.577 ÷ 3=	584.797.192

El promedio de las comisiones que LA DEMANDANTE recibió de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, es de \$ 584.797.192.

Ver Prueba: Pág. 11 del DICTAMEN.

La comisión por transacción de recaudo, entonces, representaba el 31.9% de las comisiones que COMCEL le pagaba a la DEMANDANTE:

$$(\$186.778.282 \times 100\%) / \$584.797.192 = 31.9\%$$

- ✓ COMCEL redujo sustancial y unilateralmente la denominada comisión por transacción de recaudos:

Para De Asunto	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G. NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUIDORES
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

(...)

CONCLUSIÓN: Porque la comisión por transacción representaba más del 31% de las comisiones que LA DEMANDANTE recibía, su reducción sustancial rompió por completo el equilibrio económico del CONTRATO.

6.2. 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 10 DE MARZO DE 2018.

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;.

En el presente proceso resultó probado lo siguiente:

- COMCEL, al excluir los tres primeros de causación de la comisión por residual, impidió que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, recibiera una suma cercana a los \$91.188.035. Esta conducta imputable a COMCEL constituyó un incumplimiento contractual o, en cualquier caso, un abuso de su posición de dominio contractual (Ver numeral 5.1. del presente memorial).
- COMCEL decidió, en un acto soberbio y retaliativo, no liquidar ni pagar las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE durante las últimas semanas de ejecución del contrato. Este incumplimiento de COMCEL le causó un daño a LA DEMANDANTE por \$41.009.508 (Ver numeral 5.2. del presente memorial).
- COMCEL redujo prácticamente a la mitad la denominada comisión por transacción de recaudo. Porque la comisión por transacción representaba más del 31% de las comisiones que LA DEMANDANTE recibía, su reducción sustancial rompió por completo el equilibrio económico del CONTRATO.

CONCLUSIÓN: Tal y como lo establece el ART. 1325 del CCO, el agente puede terminar unilateralmente el contrato de agencia comercial, (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.

Pues bien, en el presente proceso está probado que COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE todas las comisiones causadas a su favor y redujo a **la mitad** la denominada comisión por transacción de recaudo, la cual representaba más del 31% de todos los ingresos de LA DEMANDANTE.

Estos cambios unilaterales impuestos por COMCEL, al margen de si constituyeron o no incumplimiento del contrato o abusos del derecho, si afectaron gravemente los intereses de la DEMANDANTE, afectación que, en voces del literal b) del numeral 2º del Art. 1325 CCO, la legitimaron para dar por terminado el contrato por justa causa imputable a COMCEL.

6.3. Pretensiones Vigésima Cuarta y Vigésima Quinta Literal a). Indemnización especial del Art. 1324 CCO.

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.

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 inexecutable 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.

Dentro de los lindes del inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO, nada resulta más equitativo que restituirle a LA DEMANDANTE el dinero que de su propio patrimonio ella misma invirtió en actividades mercadotécnicas con las cuales se promovieron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL. Estos dineros así invertidos representan el principal esfuerzo que LA DEMANDANTE realizó para acreditar los servicios de COMCEL, esfuerzo que además es susceptible de ser cuantificado:

ARTICULO 1324 CCO: (Inciso 2º) (...) una indemnización equitativa, ..., como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.

Según resultó probado con el dictamen pericial que aportó COMCEL, LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió \$286.816.139 en actividades mercadotécnicas que COMCEL verificó y aprobó, actividades con las cuales se acreditaron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL:

Ver Pág. 32 del dictamen pericial aportado por COMCEL.

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 de Comcel, 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 \$286.816.139 con los cuales se retribuyen los esfuerzos de LA DEMANDANTE hizo para acreditar 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 \$286.816.139

6.4. La SENTENCIA se debe revocar parcialmente y en su lugar se debe declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL y se debe condenar a COMCEL a pagar la indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO.

En la SENTENCIA, El Juez a quo resolvió:

PRIMERO: (...) DECLARAR probadas, con alcance parcial, las excepciones de mérito de transacción y cosa juzgada, inexistencia de justa causa para terminar el contrato, ausencia de abuso del derecho, inexistencia de antinomias derivadas de las estipulaciones contractuales y compensación (...)

TERCERO: (...) denegar las demás pretensiones de la Demanda (...)"

Ver Páginas 23 y 24 de la SENTENCIA

Los numerales Primero y Tercero de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA se deberán revocar parcialmente. Una vez revocados, se deberá,

Declarar que el CONTRATO SUB IÚDICE terminó el 10 de marzo de 2018 por justa causa provocada por COMCEL.

Declarar, con fundamento en el Art. 1327 CCO, que COMCEL es responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO.

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 \$286.816.139.

.FIN DEL MEMORIAL.

Respetuosamente,



CAMILO ARGÁEZ

T.P. 218.319 del C. S. de la J.

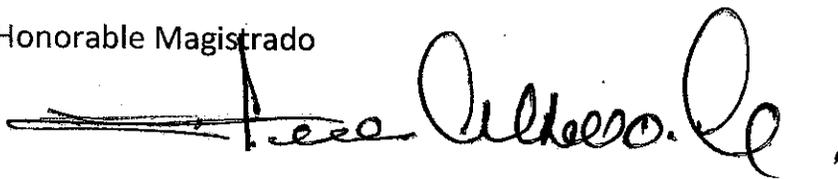
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL -DESPACHO 06
HONORABLE MAGISTRADO PONENTE
DOCTOR
MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
E. S. D.

Ref: PROCESO ORDINARIO N° 110013103042201200206 03

ENRIQUE ALTURO AFANADOR, en mi condición de apoderado del recurrente en CASACION ,a usted comedidamente solicito que al pronunciarse sobre el interés para recurrir en casación, tenga en cuenta las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto que se planteo a su consideración mediante el avalúo el interés económico afectado con la sentencia ,también lo es que además existe otra razón poderosa - la cual ruego a usted tener en cuenta - consistente en que en el caso presente el requisito de la cuantía necesariamente no juega un papel exclusivamente determinante y por tanto no seria aplicable, como quiera que en tratándose de la NULIDAD ABSOLUTA de la Escritura Publica N° 1090 de abril 10 de 1992 de la Notaria 30, hoy del Circulo de Bogotá, las pretensiones no son esencialmente económicas, toda vez que dicha Nulidad, insanable además, comprometen el orden publico, en lo tocante a los actos notariales.

Del Honorable Magistrado



ENRIQUE ALTURO AFANADOR

CC. N° 2942184 T.P del C.S.J. N° 9.226

Dirección: Avenida -Carrera 19 N° 39B40 Oficina 201 Bogotá. D.C

Correo electrónico: alturoasociados@yahoo.com

BOGOTA D.C. 15 DE JUNIO DE 2021

Señor

**M.P. Dr. MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
E.S.D.**

**REFERENCIA: 2019-02167 N.P. 11001220300020190216700
PROCESO: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION
DEMANDANTE: LINO LOPEZ QUIJANO
DEMANDADOS: LILIA CRISTINA FANDIÑO Y OTRS
ASUNTO: 1-RECURSO DE REPOSICION EN CONTRA DEL AUTO
DEL 24 DE JUNIO DE 2021 QUE RESUELVE SOLICITUD
NEGAR RESOLVER EL RECURSO REPOSICION Y
APELACION POR CARECER CON EL DERECHO DE
POSTULACION PARA LA REVOCACION DEL PODER
DE AMPARO DE POBREZA AL PROCURADOR
JUDICIAL JUAN SEBASTIAN ARIZA POR
INCOMPATIBILIDAD DE INTERESES CON EL
DEMANDADO Y SOLICITUD DE NUEVO APODERADO
DE AMPARO DE POBREZA Y DESATAR EL RECURSO
DE QUEJA.
2- RECUSACION MAGISTRADO MARCO ANTONIO
ALVAREZ GOMEZ.**

LINO LOPEZ QUIJANO, identificado con cedula de ciudadanía No. 79.741.161 expedida en Bogotá, vecino y domiciliado en la Bogotá, obrando en calidad de demandante, respetuosamente interpongo **RECURSO DE REPOSICION** contra el auto calendarado del 24 de Junio e 2021, que resuelve de la negativa de dar trámite al Recurso de Reposición y Subsidio de Apelación de la solicito inicial elevada al estrado judicial y contestada en los siguientes términos:

“Como el memorialista carece de derecho de postulación (C.G.P., art. 73), no procede resolver el recurso.”

Por tal motivo solicito a dicho alto **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** sea REVOCADO dicho auto que se contestó en los siguientes términos:

La situación es solamente una no contar con recursos económicos para ejercer el derecho de Defensa y Contradicción de las Actuaciones que por carecer de derecho de postulación el alto Tribunal desea cercenar y decapitar en una forma tan falta grotesca teniendo el AMPARO DE POBREZA otorgado por el mismo despacho Judicial al inicio del proceso. 11001020300020210034202.

Meramente se necesita un apoderado judicial que continúe con el trámite mencionado en la Corte Suprema de Justicia en la Acción de Tutela No. 11001020300020210034202 ejercida contra el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA CIVIL**, donde no es un CAPRICHOS del demandante si no el querer esclarecer los hechos suscitados en el **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION** de unos contratos suscritos por la REPRESENTANTE LEGAL de la **CORPORACION UNIVERSITARIA REPUBLICANA**, entidad educativa muy bien conectada con los funcionarios de la Rama Judicial por los convenios institucionales y becas otorgados a los miembros de dicho ente Judicial.

**Fracción de la Acción de Tutela 11001020300020210034202
Magistrado ponente Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA
sentencia STL3221-2021 del 24 marzo de 2021 notificado el 5
de Abril de 2021.**

Es así que, no obra constancia que acredite que el actor haya presentado la solicitud de nulidad que aquí pretende ante las autoridades convocadas, pese a que esa petición comporta una cuestión procesal que deben ser decididas por el funcionario judicial ante quien se está surtiendo la actuación y, no por el juez constitucional mediante esta acción que como se ha indicado en múltiples oportunidades es de carácter residual y subsidiario.

Si vemos el caso por lo cual se Recurre es por tres situaciones puntuales que son:

- 1- Que el Apoderado de Amparo de Pobreza nombrado que quiere presentar los recursos y Nulidades procesales.
- 2- Que el mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no quiere otorgar que se revoque dicho mandato y se designe otro apoderado de Amparo de Pobreza debido a que no han cambiado las incidencias económicas y no se tiene la capacidad para contractar ningún profesional del proceso. Adicionando que los consultorios Jurídicos no están facultados para tal finalidad y la Defensoría del Pueblo me negó asignarme apoderado por que no fueron los que interpusieron el recurso extraordinario de Revisión.
- 3- Máxime cuando la Corte Suprema de justicia Sala Civil considera procedente agotar los recursos que las normas otorgan como Nulidades y Recusaciones, dando un concepto favorable y viabilidad mediante la Acción de Tutela No. 11001020300020210034202.

RECUSACION

CONTRA EL MAGISTRADO MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

De igual manera no se daría cavidad a que las mismas decisiones emitidas por el Magistrado **MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**, debido a que no puede ser una piedra de hierro en el debate jurídico, y no se podría bazar con un error propio limitando los derechos inamovibles al Debido Proceso sustancial y procedimental al negar que se de los debates que la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** subrayo en la Acción de Tutela.

Por tal motivo el suscrito no puede desconocer que el mismo fallador de dicho asunto tenía vínculos meses anteriores a avocar conocimiento de dicho **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION** con la entidad a que se atribuye cargos en el Recurso **CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REPUBLICANA**, por tal motivo las decisiones ha tomado antes y después no están partiendo del principio de Buena fe y lealtad procesal ya que está constituyendo pruebas que han favorecido directamente a los terceros de la **CORPORACION UNIVERSITARIA REPUBLICANA** y no se podría volver testigo de su propia causa judicial sesgándose del conducto regular de las actuaciones actuales para no lograr obtener el Apoderado de Amparo de Pobreza revocando al anterior por no querer ejercer los recurso que la Alta Corte Suprema de Justicia sugirió:

Fracción de la Acción de Tutela 11001020300020210034202
Magistrado ponente Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA sentencia
STL3221-2021 del 24 marzo de 2021 notificado el 5 de Abril de 2021.

Ahora, frente a que unos magistrados debieron declararse impedidos, se advierte que esta acción no es el

medio idóneo para cuestionar ello, máxime cuando si es su deseo puede acudir a las herramientas que la norma otorga para las situaciones planteadas, como la recusación.

De igual manera las causales de dicha **RECUSACION** están contempladas en el Título V Artículo 140 y s.s. del Código General del Proceso, por tal motivo trato los numerales 9 y 10, el mismo Magistrado **ALVAREZ GOMEZ**, tuvo conocimiento de que las actuaciones iban dirigidas a la **CORPORACION UNIVERTITARIA REPUBLICANA** y el bienestar universitario que son las cafeterías ubicadas en las mismas instalaciones, en donde arriba de una de las CAFETERIAS en la calle 20 No. 6-03 el mismo **MAGISTRADO ALVAREZ**, dicto una conferencia en la misma institución y concordancia con otro Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, donde pese a que las cátedras estudiantiles están excluidas para ejercerlas a los Jueces y Magistrados pero si se generó vínculos contractuales y gastos administrativos percibidos por el señor Magistrado **ALVAREZ GOMEZ** teniendo una relación entre las partes del **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**, y a su vez las decisiones tomadas en dicho proceso han sido totalmente irregulares y arbitrarias a favor de la parte dominante, que ha tenido influencias directas con el fallador.

2019-10-29	Notificación por Estado	Actuación registrada el 29/10/2019 a las 14:45:37.	2019-10-30	2019-10-30	2019-10-29
2019-10-29	Auto interlocutorio	CONCEDE AMPARO DE POBREZA			2019-10-29
2019-10-29	Al despacho por Reparto				2019-10-29
2019-10-28	Proceso Abonado	Actuación de Proceso Abonado realizado el 28/10/2019 a las 08:35:59	2019-10-28	2019-10-28	2019-10-28
2019-10-28	Radicación de Proceso	Actuación de Radicación de Proceso realizada el 28/10/2019 a las 08:34:25	2019-10-28	2019-10-28	2019-10-28



Para comprobar dicho vínculo con la otra parte se colocaran los enlaces donde el H. **MAGISTRADO ALVAREZ GOMEZ**, dicto la conferencia denominada TRASCENDENCIA DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO – CORPORACION UNIVERSITARIA REPUBLICANA:

“Conferencia Trascendencia del Código general del proceso en la formación de abogados y jueces, desde la Corte Suprema de Justicia, organizada por la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria Republicana.”

Dicha conferencia fue celebrada hace dos años exactamente el día **12 de Febrero de 2019** y dicho proceso de **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION** fue interpuesto el **día 28 de Octubre de 2019**, ósea 8 meses antes a dicha conferencia tuvo vínculos pecuniarios y académicos con la **CORPORACION UNIVERSITARIA REPUBLICANA** para reflejar dicho vinculo se establece la https://www.youtube.com/watch?v=o5w2sV7dM_A y fueron publicados a nivel Colombia en los eventos de la misma institución educativa:

Para conocer más sobre nuestros eventos te invitamos a visitar <https://urepublicana.edu.co/pages/pub...> o <http://republicanaradio.com/>



Invitados



Luis Armando Tolosa Villabona

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



Corporación Universitaria Republicana
VIGILADA MINEDUCACIÓN



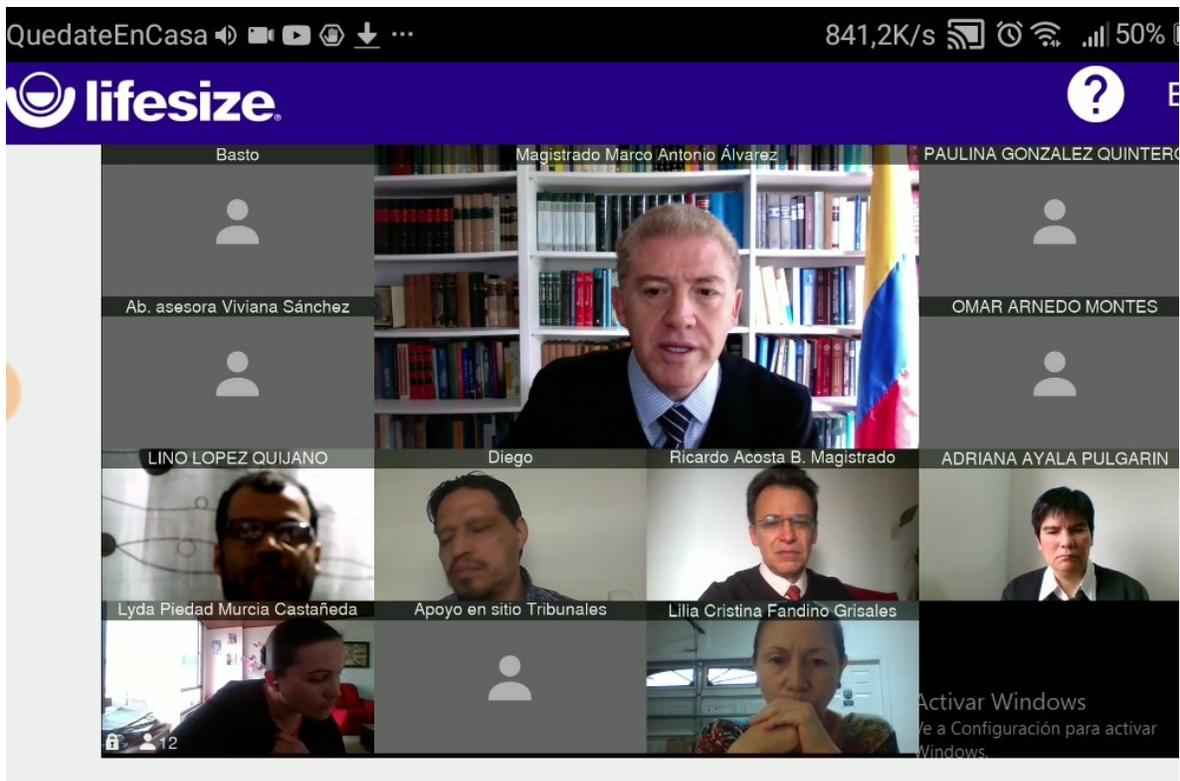
Marco Antonio Álvarez

Magistrado titular del Tribunal Superior de Bogotá
Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia
Miembro de la comisión redactora del Código
General del Proceso

Activar Windows
Ve a Configuración para activar



Partiendo del principio de lealtad procesal y el respeto al derecho de defensa y contradicción del demandante, el estrado Judicial del Tribunal Superior de Bogotá, deberá en su defecto garantizar las mínimas exigencias de los Derechos Constitucionales y Procesales que bien lo tenga, otorgando un nuevo apoderado de AMPARO DE POBREZA, para elevar la NULIDAD que se pretende determinar, y a su vez las instancias que deba llegar.



Donde no es desconocimiento del Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil y por parte del Magistrado Ponente Dr. MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ, Del Recurso Extraordinario de Revisión, es conocedor que las personas donde se debatió dicho Recurso, es hasta el punto la FUNDADORA, REPRESENTANTE LEGAL y de la DIRECTIVA DE LA CORPORACION UNIVERSITARIA REPUBLICANA **Dra. LILIA CRISTINA FANDIÑO GRISALES**, adicionalmente que la tercera interpuesta **LYDA PIEDAD MURCIA CASTAÑEDA** tambien es funcionaria de la institución educativa y que el abogado que los representa tambien no solamente defiende los intereses personales sino tambien los particulares de la institución educativa.

The image shows a LinkedIn profile page for Lyda Piedad Murcia Castañeda. At the top, there is a navigation bar with icons for 'Buscar', 'Inicio', 'Mi red', 'Empleos', 'Mensajes', 'Notificaciones' (with a red badge showing '3'), and 'Yo'. There is also a 'Productos' dropdown and a 'Probar Premium' button. Below the navigation bar is a banner with the text: 'OFERTA ESPECIAL de inglés - ¡Este año sé bilingüe e impulsa tu carrera profesional! Inscríbete'. The profile picture shows a woman with long dark hair smiling. To the right of the profile picture is a tooltip that reads: 'Ahora tus contactos pueden de forma predeterminada. puedes ver quién está en l Más información' and 'Gestionar configu'. Below the profile picture, the name 'Lyda Piedad Murcia Castañeda' is displayed, followed by '3er' and 'Asistentes Corporación Universitaria Republicana'. The location is 'Colombia' and there is a link for 'Información de contacto'. It shows '40 contactos' and three buttons: 'Conectar', 'Enviar mensaje' (with a lock icon), and 'Más'. To the right of the profile information is the logo for 'Corporación Universitaria Republicana'. Below the profile information is a section for 'Actividad'.

Por tal motivo solo en conocer que el mismo **MAGISTRADO ALVAREZ GOMEZ**, estuvo en el segundo piso de uno de los inmuebles debatidos mediante el Recurso Extraordinario de Revisión, dictando una excelente conferencia y que dicha conferencia al parecer genera una información exógena de pagos por sus cátedras dictadas, configura una relación directa al interior del Recurso y relación de amistad y vínculos económicos con una de las partes del proceso que es la persona jurídica educativa, que a su vez se habló en dicho fallo sometido a su escrutinio, donde se infiere que el H. Magistrado tenía que haberse sentido impedido o inhabilitado en conocer el proceso y trasladarlo a la SALA DE TURNO, lo cual no se dio hasta el punto de esta **RECUSACIÓN**, ya que se ve permeabilizado el principio de Imparcialidad cuando se tiene vínculos educativos y profesionales por fuera de los estrados judiciales.

PRETENSIONES

- 1- Se REVOQUE el auto de 24 de Junio de 2021 y a su vez se confiera el apoderado de AMPARO DE POBREZA, debido a que el anterior apoderado de pobre, no quiso interponer el incidente de nulidad y recusación e impedimentos que la misma Corte Suprema de Justicia considero en la Acción de Tutela.
- 2- Se desate el **RECURSO DE APELACION** con base en el primer resuelve del auto, y si persiste en negar los Recursos de Reposición y Apelación se construyan las piezas procesales con destino a la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** para efectos del trámite de **RECURSO DE QUEJA** que a su vez se evidencie el actuar del Magistrado Ponente del Recurso Extraordinario de Revisión.
- 3- Se declare **IMPEDIDO** el señor Magistrado **MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**, como magistrado ponente, dando el tramite respectivo de la RECUSACION impetrada en el presente escrito y sea resuelto por el Superior dicho Impedimentos y Recusación.
- 4- Si no se declara IMPEDIDO, por su conflicto de interés debidamente determinado con la **CORPORACION UNIVERSITARIA REPUBLICANA**, solicito que el superior jerárquico defina dicha situación y que **DECLARE LA NULIDAD** de lo actuado por dichos impedimentos y sea enviado dicho expediente de Recurso Extraordinario de Revisión a la Sala Civil de turno para proferir nuevo fallo que corresponda.

SI EL ESTRADO JUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL persiste en su posición de no REVOCAR, solicito se desate el **RECURSO DE QUEJA POR LA NEGATIVA DE DAR TRAMITE AL RECURSO DE APELACION.**

Anexo: Solicitud inicial, Recurso de Reposición y Apelación, fallo de la Sentencia de Tutela Corte Suprema de Justicia con Radicado No. 11001020300020210034202, enlaces mencionados Youtube https://www.youtube.com/watch?v=o5w2sV7dM_A.

Atentamente,



LINO LOPEZ QUIJANO
C.C. No. 79.741.161 de Bogotá

Firmado desde envío de correo personal

LINO LOPEZ QUIJANO

C.C. 79.741.161. BTA

Notificaciones: lino_lopez125@yahoo.es

Cel. 312 488 22 20

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. 000201902167 00

Como el memorialista carece de derecho de postulación (C.G.P., art. 73), no procede resolver el recurso.

NOTÍFIQUESE

Firmado Por:

**MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD
DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

95d80748c89264ef874e9501e587418e0e3b824a765224771c460550c396f01d

Documento generado en 24/06/2021 08:50:31 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

BOGOTA D.C. 8 DE JUNIO DE 2021

Señor

**M.P. Dr. MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
E.S.D.**

**REFERENCIA: 2019-02167 N.P. 11001220300020190216700
PROCESO: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION
DEMANDANTE: LINO LOPEZ QUIJANO
DEMANDADOS: LILIA CRISTINA FANDIÑO Y OTRSO
ASUNTO: SOLICITUD DE REVOCACION DEL PODER DE AMPARO
DE POBREZA AL PROCURADOR JUDICIAL JUAN
SEBASTIAN ARIZA POR INCOMPATIBILIDAD DE
INTERESES CON EL DEMANDADO Y SOLICITUD DE
NUEVO APODERADO DE AMPARO DE POBREZA**

LINO LOPEZ QUIJANO, identificado con cedula de ciudadanía No. 79.741.161 expedida en Bogotá, vecino y domiciliado en la Bogotá, obrando en calidad de demandante, respetuosamente solicito al estrado judicial se **REVOQUE EL MANDATO DEL APODERADO PROCURADOR JUDICIAL DR. JUAN SEBASTIAN ARIZA**, debido que no quiere coadyuvar con las solicitudes de acciones a favor del demandante, que la misma **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, mediante fallo de **ACCIÓN DE TUTELA** aclaro que la acción a realizar era una **NULIDAD** contra el Fallo del Recurso Extraordinario de Revisión, en primera instancia proceso 11001020300020210034200 M.P. Dr. **LUIS ALONSO RICO PUERTA** y en segunda instancia 11001020300020210034202 M.P. DR. **FERNANDO CASTILLO CADENA**, desde el enteramiento de dicho fallo, he venido informando y suministrándole material útil para dicha nulidad, al apoderado Dr. Ariza, información útil para dicha impetración de lo mencionado en la acción de Tutela, como prueba de dicha negativa del apoderado están todos los registros telefónicos, mensajes de voz, mensajes de WhatsApp y correos electrónicos solicitando las acciones que dan a

lugar, pese a la negativa hasta de contestarme, ni contestar los correos electrónicos.

Por tal motivo solicito a dicho alto **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** sea **REVOCADO** dicho mandato otorgado y en su defecto solicito muy respetuosamente que se me nombre otro **PROCURADOR JUDICIAL** que hagan las acciones faltantes en dicho proceso debido a que el profesional al parecer que por **INCOMPACTIVIDAD DE CRITERIOS** con el demandante, ya que su silencio me perjudica enormemente para la continuidad de dicho proceso.

Dicha información la pueden corroborar hasta con la misma **PROCURADOR JUDICIAL** Dr. **JUAN SEBASTIAN ARIZA**.

Solicito que se suspendan los términos y se me nombre un nuevo profesional del derecho de Amparo de Pobreza.

Anexo: Pruebas de los mencionado

Atentamente



LINO LOPEZ QUIJANO
C.C. No. 79.741.161 de Bogotá

Firmado desde envío de correo personal

LINO LOPEZ QUIJANO

C.C. 79.741.161. BTA

Notificaciones: lino_lopez125@yahoo.es

Cel. 312 488 22 20

Cartagena de Indias, junio 30 de 2021

Doctora
RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada sustanciadora
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C.
Sala Civil

Proceso: Verbal
Demandante: Capemar Salud S.A.S.
Demandado: Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A.
Radicación: 11001319900320190286302
Acción: Interposición recurso de súplica.

Ernesto Barrios Pérez, identificado con C.C. No. 3912.916 de Moroa (Sucre) y T.P. de abogado No. 73.899 del CSJ, correo electrónico ernestobarrios25@hotmail.com en condición de apoderado judicial de los señores Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas, me permito interponer dentro del término legal el recurso de SUPLICA ante los demás integrante de la Sala de Decisión, contra el AI-068/21 signado veinticuatro de junio de dos mil veintiuno, de conformidad a lo establecido en el artículo 331 del CGP.

RAZONES DE LA INCONFORMIDAD

La señora Magistrada Sustanciadora establece como argumento fundamental que no es viable reconocer como terceros coadyuvantes en el presente litigio a los señores Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas, por cuanto existe una relación sustancial con la parte demandante, *“esta no tiene la connotación a que se contrae el artículo 71 de la ley 1564 de 2012” ...”lo anterior si*

en cuenta se tiene el objeto del proceso fijado en el marco de protección al consumidor financiero las pretensiones se dirigieron a que se declare que el contrato de leasing 121308 no reguló adecuadamente la relación comercial y contractual entre sus suscriptores, que de ese contrato se declaren abusivas o tener por no escritas las cláusulas 9. e), la parte inicial de la cláusula 10, el numeral 4 de la cláusula 15 y la parte inicial de la cláusula 24 y el párrafo tercero de esa misma estipulación; declarar que el banco demandado abuso de su posición en esa relación negocial; ordenar al banco ofrecer sobre el inmueble Centro Comercial Plaza el Cabrero contrato a Capemar para que se garantice a éste el derecho de adquirir la propiedad del inmueble, y si bien en las pretensiones 5 y particularmente en la 6 se pidió que se ordene al banco Itaú Corpbanca transferir el dominio de los inmuebles local 1 a favor del señor Carlos Peña y el local 8 a favor de Carlos Navas y Cándida Araque; ese debate no les afecta a estos últimos, pues su relación con el aquí demandante no se encuadra en el escenario de consumidores financieros, se trata de una relación civil independiente, que concierne a los obligados que firmaron la promesa, es decir, a Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas y Capemar S.A.S. ...Si bien es cierto la demandante incluyó una pretensión en la cual busca que el banco traslade el dominio del local No. 8 a los aquí peticionarios, no es menos cierto que el pago del precio de la venta la hicieron al demandante y nada tiene que ver el demandado en ello, pues se trato de un contrato privado que obliga a los suscribientes. Es más, ni en el evento en que se declararían como abusivas las cláusulas puestas en entredicho se beneficiarán los pretensos coadyuvantes, toda vez que, como ya se dijo, la celebración del contrato de promesa de compraventa obedece a otra relación contractual no debatida en esa oportunidad”.

A contrario de lo señalado en el auto objeto de recurso, sí existe relación sustancial si no directa por lo menos indirecta y encaja en el escenario de consumidores financieros de mis poderdantes ya que se encuentran inmersos en las

negociaciones entre el locatario Capemar Salud S.A.S y la entidad bancaria Corpbanca Itaú, teniendo en cuenta que dentro de las acciones contractuales del leasing que fue fraccionado en enmienda tras de enmienda, antes de la suscripción del otro si (de fecha 29 de septiembre de 2015), la Sociedad Capemar Salud S.A.S adelantaba a través de diálogos directos con los representantes legales de la entidad bancaria los trámites pertinentes para viabilizar en debida forma el cumplimiento de las condiciones del contrato leasing suscrito, tal y conforme consta en el documento denominado *“condiciones de aprobación de reperfilamiento de deuda”* emitido por Roberto Peláez Benedetti, Gerente de Banca Empresarial del Banco Corpbanca. (Ver hecho TRIGESIMO SEPTIMO de la demanda).

En el punto TRIGESIMO OCTAVO del libelo con fundamento en el documento previamente mencionado, se indica que Corpbanca *“tenía pleno conocimiento de todas las negociaciones efectuadas por Capemar salud, en el inmueble: ya que se puede leer en el contenido del mismo dos veces la expresión “A partir de la venta del tercer local comercial (**teniendo en cuenta que ya se vendieron los locales 1 y 2**)...”*Máxime cuando todos los dineros recibidos por las ventas fueron consignados a órdenes del banco CORPBANCA...”. Es de anotar, que cuando se habla de la venta del segundo local (2), se refiere al local No. 8, y que los dineros cancelados por cuenta del contrato de promesa de venta suscrito entre los señores Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas al locatario Capemar Salud S.A.S quedaron a las ordenes del banco a través de las respectivas negociaciones entre locatario y la entidad financiera.

También se inserta a partir del hecho TRIGESIMO NOVENO hasta el QUINCUAGESIMO PRIMERO, las negociaciones, las autorizaciones del banco a Capemar Salud para lograr el 27 de junio de 2016 constituir el reglamento de propiedad horizontal mediante la escritura publica 1639 de la Notaría Tercera de

Cartagena y registro el día 30 de junio de 2016, fecha a partir de la cual nacieron a la vida jurídica los locales identificados con los folios de matrícula del 060-302117 hasta el 060-302124 como unidades inmobiliarias individualizadas. La última matrícula mencionada corresponde al local No.8 adquirido por los esposos Navas Araque. Esto se logró como se refiere en el hecho CUADRAGESIMO por la presión de los promitentes compradores de los locales 1 y 8 preocupados por la demora en hacer efectiva la transferencia del dominio, ejercitaban ante CAPEMAR mecanismos de presión tendientes a materializar las promesas; la sociedad siempre se excusó aduciendo que una vez constituido el reglamento de propiedad horizontal se abriría un folio de matrícula para cada uno de los locales constituidos y hasta tanto eso no se diera era imposible realizar la transferencia. Una vez reunida toda la documentación para suscribir la escritura pública y hallándose Capemar Salud al día en sus obligación, la sociedad constructora requirió al banco la transferencia de los inmuebles vendidos (locales Nos. 1 y 8) sin resultados positivos, lo que dio lugar a que mis poderdantes con la autorización expresa del señor Andrés Alberto Capriles Castillo representante legal de Capemar Salud S.A.S, a elevar sendas peticiones al banco Corpbanca Itaú coadyuvando la exigencia del locatario de cumplir con la escritura pública del local No. 8, vinculándose de esta forma a los señores Carlos Navas y Cándida Rosa Araque con unos de los acápites sobre los que giraban las negociaciones establecidas dentro del contrato de leasing suscrito entre el banco Corpbanca hoy Itaú y Capemar, que no era otro que la venta admitida por la entidad financiera en el caso del local No. 8.

En el ítem de pruebas documentales aportadas por el demandante se relacionan entre otras en el numeral 28 *“Copia de Correo electrónico y archivo adjunto en el que CORPBANCA reconoce la venta de los locales 1 y 8”*.

En este orden de ideas, es evidente que surge la relación sustancial a que alude el artículo 71 de la ley 1564 de 2012, a contrario sensu de lo motivado en el auto objeto de súplica.

Significa lo anterior, que se demandó y debatió en las relaciones contractuales del leasing, la venta del local No. 8, así como los dineros que entregaron a Capemar Salud S.A.S los compradores Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas, fueron puestos por el locatario a disposición del Banco en las respectivas negociaciones, de igual forma se determinó que el banco autorizó la venta y la transferencia del dominio de este inmueble; a contrario sensu de lo afirmado en la decisión recurrida. Bien cierto que no existió controversia sobre el contrato de promesa de venta, pero sí lo es que en la ejecución y concretamente en los pactos o convenios de pago y de reperfilamiento de la deuda por cuenta del leasing fue plenamente identificado y dispuesto todo lo concerniente con el local No. 8 vendido por Capemar Salud a los señores esposos NAVAS ARAQUE, inclusive con la orden explícita del mismo banco de transferir la propiedad una vez obtenida entre otras la matrícula inmobiliaria No. 060-302124.

Abstraerse de esta realidad es simple y llanamente negar hacer justicia en el ámbito natural y desconocer los derechos y garantías primarias que le asisten a terceros de buena fe, dándole prelación a la superioridad del gestor financiero.

PETICIONES

PRIMERA. Se revoque la providencia objeto de súplica, proferida por la honorable magistrada sustanciadora el 24 de junio de 2021, en el proceso de la referencia; por las razones señaladas en precedencia.

SEGUNDO. En su defecto, se admita la intervención en calidad de terceros coadyuvantes de la actora Capemar Salud S.A.S., a los señores Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas, al estar presentes las exigencias regladas legalmente en el artículo 71 del CGP.

De Ud. Atentamente;

ERNESTO BARRIOS PEREZ
C.C. 3'912.916 de Morroa (Sucre)
T.P. 73.899 CSJ
Ernestobarrios25@hotmail.com

HONORABLE MAGISTRADO
CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D.

REF. Proceso No. 110013103007-2018-00604-02 - Sustentación Recurso de Apelación.

HONORABLE MAGISTRADO
CARLOS ANDRES OSPINA TORRES, identificado con la cedula de ciudadanía número 79'684.289 de Bogotá y con Tarjeta Profesional No. 132.180 expedida por el C.S.J. como apoderado del señor **ALFONSO NAVARRETE LOZANO**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bahía Solano - Choco, identificado con la cedula de ciudadanía número 11.790.039 de Quibdo, por sustitución de poder realizada por el Dr. **RAYMUNDO MORENO LOBON**, como consta en el expediente con radicado septiembre 30 de 2020, y en razón al derecho a la defensa, al debido proceso y a la economía procesal, por lo cual solicito se reconozca dentro del proceso y anexo al presente documento mis documentos, y en consecuencia, por medio del presente escrito me permito **INSISTIR** ante su señoría y/o, la sala, sustentar el recurso de apelación, basado en lo siguiente y con observancia de los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: La sentencia de primera instancia está fundada en un argumento propio del Juez, cuyo fundamento **NO ES JURIDICAMENTE APLICABLE** y que debió ser resuelto en otra clase de proceso, es decir, el JUEZ SEPTIMO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ se extralimito en sus capacidades y dentro del fallo le dio valor y **DETERMINO UN CANON DE ARRENDAMIENTO DISTINTO AL PACTADO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO,(OBJETO Y VALOR)** dentro de un proceso ejecutivo, además, sin tener la capacidad dentro del proceso para ello, desconociendo el acuerdo de voluntades y los contratos comerciales, además de la función social que existía dentro de estos mismos contratos por tratarse de un establecimiento educativo, Y MAS IMPORTANTE esta Edificada en una Renovación de: "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE Y ESTABLECIMIENTO COMERCIO" no simplemente como aprecio el señor Juez Séptimo Civil del Circuito, de forma increíble desconoció la ley en especial el artículo 515 del código de comercio y el texto del mismo contrato donde establece claramente la naturaleza del contrato de arrendamiento, En cuyo Título y Objeto presentaba unidad inescindible que valga la pena aclarar, se trataba de un Inmueble y Establecimiento de Comercio "Instituto Ferrini" **ESTE DE PROPIEDAD DE PERSONA DISTINTA A LA PARTE ACTORA;** Que incluía: Mobiliario, laboratorios, aulas virtuales de última generación, bibliotecas, material didáctico, equipos de cómputos para las salas de sistema, nombre, razón social, dos sedes la del barrio Fontibon y la del barrio Contador (Cra.13 No 135-32) que es el inmueble del litigio, (Clausula primera contrato de arrendamiento), ES DECIR ASUMIO Y DETERMINO EL VALOR DE DICHO CONTRATO sin ponderar el mismo.

SEGUNDO: Existe una violación al debido proceso, al determinar fuera de la razón y objeto del proceso ejecutivo, personalmente un canon de arrendamiento, que se ratifica era sobre todo el establecimiento de comercio y **NO SOLO SOBRE UN INTEGRANTE DE ESTE CONTRATO** como era el inmueble ubicado en la carrera 13 No 135-33; el recurso que hoy nos convoca, esta precedido de innumerables, inocultables e insubsanables, defectos jurídicos, QUE CONSTITUYEN UNA INFRACCION PROCESAL, de conformidad con las pruebas y se apartó de emitir un juicio justo, conforme al debido proceso ; Sin conservar las garantías e imparcialidad, que ley impone al Funcionario Judicial como es evidente a todas luces, ya que en la sentencia determino que el canon de arrendamiento que existía para EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO, aplicaba solo para parte de él. Es decir solo para el bien inmueble propiedad del demandante, desconociendo el total objeto del contrato; la contra parte si en vigencia del contrato no estaba conforme con el costo del canon de arrendamiento, debió realizar un proceso para por medio de una conciliación y/o sentencia se determinara un valor diferente al establecido por las partes y mas al ser un establecimiento educativo.

TERCERO: De conformidad lo ya anunciado y que se evidencia con solo leer el contrato comercial anexo a la demanda, es evidente la INEXSISTENCIA DE LA ACREENCIA; Sin lugar a equivocarnos y en gracia de discusión; la parte actora ya tiene en su haber más de lo que le correspondiera por la parte del inmueble, involucrado en el contrato de arrendamiento de:” **INMUEBLE Y ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO**”; Bloque SAS, como se dijo en audiencia y se probó, cobro la suma de (\$88'200.000.00) es decir más del setenta por ciento (70%) de la totalidad del total presumible de la deuda liquidada en virtud del contrato repito del establecimiento de comercio, que tenía dentro uno de sus partes, el inmueble que Bloque Constructora adquirió en el remate. Dichos depósitos los realizó la arrendadora FORMAMOS Y EDUCAMOS LTDA. en banco Agrario, (de Marzo de 2015 a Abril 2016) Dineros estos que Consideramos saldan con creces lo correspondiente a la participación del Inmueble en el contrato de arrendamiento referenciado; la suma de dinero que el despacho ordena se le cancele a BLOQUE S.A.S., **DESCONOCE** la parte correspondiente al ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO-Instituto Ferrini, cuando ellos ya cobraron más del 70% del valor total de la deuda tasada en el título, El juez Séptimo Civil del circuito, emitió un fallo arbitrario, inapropiado y sin el análisis del contrato de arrendamiento de Inmueble y Establecimiento comercial, y lo correspondiente a cada dueño, omitiendo la participación de la dueña del Establecimiento de Comercio –Instituto Ferrini que hace parte integrante indivisible en lo pactado en el pretendido título, YA QUE LO REMATADO SOLO FUE UNA PARTE DE LO QUE SE POSEIA COMO ARRENDATARIA dentro del citado contrato. (Ver título y objeto) es decir debió dividirse el pago del contrato en el bien inmueble y los muebles y enseres como la razón social con todo su conjunto.

CUARTA: La realidad es una tercera parte del total del canon de arrendamiento sería más que suficiente para Bloque S.A.S. y sin mediar partidario; y El juez de conocimiento; a su arbitrio, inclina la balanza **desconoce la participación de Doña NIDIA PELAEZ DE GIRALDO, dueña del Establecimiento de**

Comercio incluido en el contrato de arrendamiento de forma indivisible y sin ninguna consideración justa, les otorga la totalidad de la pretendida liquidación a favor de los demandantes, Afirmado el Juez en la audiencia una tesis equivocada para el caso ; Que la suma pretendida se ajusta al avalúo comercial del inmueble, aplicando la ley de arrendamiento de vivienda, cuando en lo comercial solo cuenta lo pactado que es ley entre las partes, de conformidad a la evidencia procesal, el operador de Justicia legaliza un cobro de lo NO debido, pudiendo llegar hasta un enriquecimiento sin justa causa en favor de terceros.

QUINTO.:Asombra como el operador judicial NO advierte que este contrato de Arrendamiento presentaba una particularidad en su “Compromiso y Beneficios” **UNIDAD INESCINDIBLE**, en su Título y Objeto Del contrato de Arrendamiento;

Más aun cuando la sociedad arrendataria había realizado depósitos judiciales suficientes a la participación del nuevo Dueño del inmueble. Motivo que de conformidad a la evidencia aportada incluso por la demandante. En estas circunstancias; Opinamos que si se hubiera valorado el “Titulo y Objeto” del precitado contrato de Arrendamiento en una mera lectura, fácilmente se hubiera establecido que dicho documento firmado en la Notaria 62 de Bogotá, tenía condiciones INDIVISIBLES,-UNIDAD INESCINDIBLE- donde la actora no tenía ninguna posibilidad POTESTAD SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO y por ende no le asistía ningún derecho de pretender cobrar el 100% del valor acordado en la laclausula tercera del precitado contrato de Arrendamiento de inmueble y establecimiento de comercio; Que bien lo explica el Objeto del contrato Clausula Primera: OBJETO “ Por el presente contrato el ARENDADOR, Concede a la ARREDATARIA ,la tenencia y goce del inmueble.....y del Establecimiento Educativo que en el funciona, cuya razón social es INSTITUTO FERRINI..... de propiedad de la señora NIDIA PELAEZ”. Condición indivisible que NO permite al adjudicatario del mero inmueble, heredar frutos de un bien ajeno (ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO).

SEXTO:El Juez Séptimo Civil del Circuito, en el mandamiento de pago acogió las pretensiones de Bloque SAS, sin ser este dueña del **Establecimiento de Comercio-Instituto Ferrini**, desbordando su orbitajurídica ;ordena que a bloque SAS se le cancele el 100% del la obligación de pago suscrita en la cláusula tercera del contrato de Arrendamiento. sin mediar ningún fundamento jurídico que se soporte en la legalidad probada en este proceso.

El contrato de arrendamiento de: “Inmueble y Establecimiento de comercio”, firmado en la Notaria 62 de Bogotá, con el sr. Oscar Jaramillo Zuluaga, en cual presenta condiciones particulares de INDIVISIBILIDAD-DE UNIDAD INDESCINDIBLE-, Respecto del Derecho y Beneficio ,observadoenTITULO Y OBJETO, Observación de carácter imperioso respeto de la relación sustancial materia del litigio .Resulta “Inapropiado e Improcedente” para que prospere, un Fallo Arbitrario ya que BLOQUE CONSTRUCTORA recaudo la totalidad de los dineros depositados en el Banco Agrario sobre un canon de arrendamiento el cual no le correspondía su totalidad.

SEPTIMO:EL SEÑOR JUEZ, NO PUEDE A SU ARBITRIO CONSIDERAR JUSTO O NO UN CANON DE ARRENDAMIENTO POR SU SIMPLE PERCEPCIÓN Y DESCONOCIENDO DE MANERA INCREÍBLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN UN CONTRATO COMERCIAL.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Nuestra solicitud,la amparamos en el siguiente Bloque de Normas Constitucionales y Legales, que son Inquebrantables por el Operador de Justicia.

A-En reiteradas providencias la Honorable Corte Suprema de Justicia, amparándose en el Art. 29 de la Constitución Política del 91 ha reiterado: **“LOS JUECES EN SUS PROVIDENCIA ESTAN SOMETIDO AL IMPERIO DE LA LEY..”**

B-También ha señalado el Honorable Consejo De Estado, Sala Contenciosa Administrativo-Sección Segunda, C. P. DR.FRANCISCO SUAREZ VARGA (28 NOV.2018) Que:**“EL PAPEL DEL JUEZ ORDINARIO, EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO ES EL DE FUNCIONARIO ACTIVO, VIGILANTE Y GARANTE DE LOS DERECHOS MATERIALES QUE CONSULTA LA REALIDAD SUBYACENTE DE CADA CASO, PARA LOGRAR LA APLICACIÓN DEL DERECHO SUSTANCIAL, LA BUSQUEDA DE LA VERDAD Y POR ENDE LA JUSTICIA MATERIAL, POR LO QUE AL ADVERTIR UN ERROR, DEBE PROCEDER A SUBSANARLO PARA NO SEGUIR INCURRIENDO EN EL MISMO,....”**

C -Por último, el Art. 422 del Código General del Proceso “pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles, que consten en documento que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba.

D- Inexistencia de la deuda.

ARTÍCULO 515. Del Código de Comercio. Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales

“... De tal manera, la concepción actual de la autonomía de la voluntad privada parte del “poder dispositivo individual”, regulado por la intervención del Estado en el deber de garantizar los fines sociales que le han sido encomendados (art. 2º Const.), de forma que la libertad de contratar, la protección y promoción individual y los derechos constituidos, deben acompasarse en función del interés público...” Corte Constitucional Sentencia 934 de 2013.

“...El proceso es la suma de una serie de momentos que confluyen en la formación del juicio que formula la autoridad judicial. Esos momentos son: el cognoscitivo, que supone el conocimiento cierto de los hechos y de las demás

circunstancias relevantes del conflicto y la determinación de las normas válidas para la solución del mismo; el valorativo, que consiste en la evaluación de tales hechos a la luz de las normas que se juzgan pertinentes para ello, pues precisamente se refieren, en abstracto, a las conductas que el juez ha identificado en concreto; y el decisorio, que se manifiesta en la parte resolutive del fallo, cuya finalidad es resolver la controversia que originó el proceso, o hacer las declaraciones que se demandan. Estos momentos se desarrollan a través de las etapas que determinan las leyes procesales. La sentencia con la que concluye el proceso no es un mero acto de voluntad del juez, sino una decisión que implica, en primer término, un juicio de la razón, el cual se expresa en la motivación del fallo y, en segundo orden, una expresión de la voluntad, que se consigna en la parte resolutive del mismo...” Corte Constitucional Sentencia 548 de 1997

Es decir, el Juez de conocimiento no acogió la normatividad ni jurisprudencia existente y violó el acuerdo comercial de las partes.

PETICION

Por las razones expuestas, se solicita su señoría, que se acojan los hechos y argumentos de mi defendido, y se revoque la sentencia de primera instancia por falta de objeto y sustento jurídico ya mencionado.

Atentamente:



CARLOS ANDRES OSPINA TORRES

C.C. No. 79'684.289 de Bogotá

T.P. No. 132.180 exp C.S.J.

Celular: 3194604190

E-mail: andresospina@lawyer.com

Bogotá D.C., 1 de junio de 2021

Señora Magistrada
Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
Sala Laboral
Tribunal Superior de Bogotá
E.S.D.

Referencia: **Interposición recurso de reposición y en subsidio apelación contra auto del 24 de junio de 2021**

Radicado: **11001310300920170029001**

Demandante: CARLOS ALFONSO MENDOZA MARTÍNEZ

Demandados: GERMAN MENDOZA RONCANCIO, IVAN MENDOZA RONCANCIO, JULIO CESAR MENDOZA RONCANCIO y HAROLD MENDOZA RONCANCIO

HERNANY ALBERTO TRIANA ALDANA, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 79.051.252 de Bogotá, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 62.652 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido, actuando en nombre de los demandados en este proceso, con el debido respeto manifiesto a usted señora Magistrada, que presento recurso de reposición, y subsidiariamente el recurso de apelación (numeral 7 art. 321 CGP), en contra del auto calendarado 24 de junio de 2021, mediante el cual se declara desierto el recurso de apelación instaurado contra el numeral segundo de la sentencia emitida por el Juzgado 9 Civil del Circuito de Bogotá.

Las razones que tuvo el despacho para declarar desierto el recurso son las siguientes:

“Ahora bien, comoquiera que mediante providencia adiada 27 de mayo anterior, se admitió el recurso vertical formulado por las partes en litigio (demandante y demandados), advirtiéndose, de forma clara que la sustentación debía hacerse en esta instancia y dentro de la oportunidad allí prevista, y que de no realizarse en el plazo señalado en la norma referida se declararía desierto, ante el silencio del extremo actor, quien no se pronunció en sentido alguno en el término de ejecutoria de la aludida providencia, se,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 9ª Civil del Circuito de Bogotá D.C., el día 14 de julio de 2020, por lo dicho en esta providencia”.

De acuerdo a lo informado por la sala, se está afirmando que el recurso no fue sustentado ante el despacho de la señora magistrada, de conformidad con lo ordenado en auto de 27 de mayo del corriente, lo que no es cierto y corresponde a un error del despacho, ya que el recurso si fue sustentado dentro del término y se dirigió al correo que informó su despacho en dicho auto.

Para demostrar lo anterior, me permito anexar con este escrito el correo enviado a la sala de decisión de este recurso, mismo que fue enviado de manera simultánea al demandante

el día 31 de mayo de 2021 a las 11:51 pm., esto es, debía considerarse presentado el 1 de junio de 2021, tal como lo expresan las providencias de esta instancia.

Igualmente, me permito enviar el correo de confirmación de recibo por parte del despacho de la señora magistrada, el cual tiene fecha de 31 de mayo de 2021 a las 11:52 pm.

Como puede apreciarse, no es cierto que el recurso no se haya sustentado, antes bien, fue enviado dentro del término para presentar la sustentación y al correo informado por la sala que tiene la segunda instancia, de donde se confirmó el recibo de la apelación.

Para mayor claridad de esto, también reenviaré el correo a través del cual se sustentó ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el recurso de apelación.

Agradezco la atención y la corrección de este infortunado error.

Cordialmente,

HERNANY ALBERTO TRIANA ALDANA

C.C. No. 79.051.252 de Bogotá

T.P. No. 62.652 CSJ.

ANEXOS

- Impresión correo de envío de la sustentación
- Impresión correo de respuesta de confirmación de recibo de la sustentación
TODOS ELLOS AL CORREO INFORMADO EN AUTO DEL 27 DE MAYO DE 2021
- Reenvió del correo donde se envió la sustentación del recurso ante este despacho
- Nuevamente envió la sustentación del recurso de manera independiente

SUSTENTACIÓN APELACIÓN 009-2017-...

↓ Descargar

🔗 Guardar en OneDrive

SUSTENTACIÓN APELACIÓN 009-2017-290-01

hernany triana

Lun 31/05/2021 11:51 PM

Para: secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co; elmarmarconi@yahoo.com.co

Sustentación Apelación T...

661 KB



Bogotá D.C., 1 de junio de 2021

Señora Magistrada

Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Sala Laboral

Tribunal Superior de Bogotá

E.S.D.

Referencia: Sustentación Recurso de Apelación contra la Sentencia (Auto del 27 de mayo de 2020)

Radicado: **11001310300920170029001**

Demandante: CARLOS ALFONSO MENDOZA MARTÍNEZ

Demandados: GERMAN MENDOZA RONCANCIO, IVAN MENDOZA RONCANCIO, JULIO MENDOZA RONCANCIO y HAROLD MENDOZA RONCANCIO

HERNANY ALBERTO TRIANA ALDANA, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 62.652 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre de los demandados en este proceso, con el debido respeto manifiesto a usted, sustentará el recurso de apelación en los términos que se indican a continuación.

La sentencia en este proceso se emitió por la señora Juez 9 Civil del Circuito de Bogotá, notificada el 27 de agosto de 2020.

Se expresa que el recurso de apelación se presenta en contra del numeral segundo de la parte dispositiva de esta sentencia, para que se acepte la tacha de falsedad o se gradúe la sanción, expresada en la siguiente sentencia:

*“Segundo: **DENEGAR** la tacha de falsedad formulada por el demandado, señor JOSÉ IVAN MENDOZA RONCANCIO, en consecuencia, **CONDENAR** a este a pagar la suma de quince (15) salarios mínimos legales vigentes al demandante, señor CARLOS ALFONSO MENDOZA MARTÍNEZ”.*

EN DOCUMENTO ANEXO EN PDF SE ENCUENTRA COMPLETA LA SUSTENTACIÓN.

Cordialmente,

HERNANY ALBERTO TRIANA ALDANA

Apoderado de los Demandados

Responder  Eliminar  No deseado  Bloquear 

Respuesta automática: SUSTENTACIÓN APELACIÓN 009-2017-290-01

S

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional B
ogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
>

Lun 31/05/2021 11:52 PM

Para: Usted

Hola, gracias por contactarse con la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Debido a la emergencia sanitaria y las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, la atención es preferentemente virtual. Revisaremos su correo electrónico a fin de darle el trámite respectivo lo más pronto posible en virtud de la gran cantidad de correos electrónicos que se recepcionan.

Recuerda que nuestro horario de atención al público es de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m. y que **todos los correos electrónicos recibidos de lunes a viernes después de las 5:00 p.m., así como los fines de semana, se tendrán como recibidos a las 8:00 a.m. del siguiente día hábil** para su trámite.

No olvide nuestros correos electrónicos de contacto:

CITAS	citasalaciviltsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
PROCESOS CIVILES	secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
ACCIONES DE TUTELA Y TRÁMITES ADMISNITRATIVOS	secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Si desea remitir un correo electrónico para **REPARTO** debe dirigirlo **única y exclusivamente** a las siguientes cuentas electrónicas, **teniendo en cuenta el asunto (tutelas ó civiles)**:

REPARTO PROCESOS CIVILES	rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co
REPARTO TUTELAS	rtutelasctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Así mismo, recordamos que el link del microsítio de la Secretaría en el portal web de la Rama Judicial para consultar los AVISOS DE SALA, AVISOS NOTIFICATORIOS, ESTADOS ELECTRÓNICOS Y TRASLADOS ELECTRÓNICOS es <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil>

Que tenga un feliz día.

Responder  Eliminar  No deseado  Bloquear 

RV: SUSTENTACIÓN APELACIÓN 009-2017-290-01

HT

hernany triana

Lun 28/06/2021 11:45 PM

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

Sustentación Apelación T...
661 KB 

REENVIO CORREO DE SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN, LLEVABA ADJUNTO EN PDF LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.

De: hernany triana

Enviado: lunes, 31 de mayo de 2021 11:51 p. m.

Para: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; elmarmarconi@yahoo.com.co <elmarmarconi@yahoo.com.co>

Asunto: SUSTENTACIÓN APELACIÓN 009-2017-290-01

Bogotá D.C., 1 de junio de 2021

Señora Magistrada

Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Sala Laboral

Tribunal Superior de Bogotá

E.S.D.

Referencia: Sustentación Recurso de Apelación contra la Sentencia (Auto del 27 de mayo de 2021)

Radicado: **11001310300920170029001**

Demandante: CARLOS ALFONSO MENDOZA MARTÍNEZ

Demandados: GERMAN MENDOZA RONCANCIO, IVAN MENDOZA RONCANCIO, JULIO CESAR MENDOZA RONCANCIO y HAROLD MENDOZA RONCANCIO

HERNANY ALBERTO TRIANA ALDANA, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 79.051.252 de Bogotá, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 62.652 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido, actuando en nombre de los demandados en este proceso, con el debido respeto manifiesto a usted señora Magistrada, que paso a sustentar el recurso de apelación en los términos que se indican a continuación.

La sentencia en este proceso se emitió por la señora Juez 9 Civil del Circuito de Bogotá, notificada en el Estado Electrónico del 4 de agosto de 2020

Se expresa que el recurso de apelación se presenta en contra del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida dentro de este proceso, para que se acepte la tacha de falsedad o se gradúe la sanción, expresamente dice la parte apelada de la sentencia:

Bogotá D.C., 1 de junio de 2021

Señora Magistrada
Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
Sala Laboral
Tribunal Superior de Bogotá
E.S.D.

Referencia: Sustentación Recurso de Apelación contra la Sentencia (Auto del 27 de mayo de 2021)

Radicado: **11001310300920170029001**

Demandante: CARLOS ALFONSO MENDOZA MARTÍNEZ

Demandados: GERMAN MENDOZA RONCANCIO, IVAN MENDOZA RONCANCIO, JULIO CESAR MENDOZA RONCANCIO y HAROLD MENDOZA RONCANCIO

HERNANY ALBERTO TRIANA ALDANA, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 79.051.252 de Bogotá, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 62.652 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido, actuando en nombre de los demandados en este proceso, con el debido respeto manifiesto a usted señora Magistrada, que paso a sustentar el recurso de apelación en los términos que se indican a continuación.

La sentencia en este proceso se emitió por la señora Juez 9 Civil del Circuito de Bogotá, notificada en el Estado Electrónico del 4 de agosto de 2020

Se expresa que el recurso de apelación se presenta en contra del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida dentro de este proceso, para que se acepte la tacha de falsedad o se gradúe la sanción, expresamente dice la parte apelada de la sentencia:

*“Segundo: **DENEGAR** la tacha de falsedad formulada por el demandado, señor JOSÉ IVÁN MENDOZA RONCANCIO. En consecuencia, **CONDENAR** a este a pagar la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del demandante, señor CARLOS ALFONSO MENDOZA MARTÍNEZ”.*

Se reiteran las razones dadas con anterioridad, las cuales desarrollaré en este escrito de sustentación, en la sentencia se desestimó la prueba grafológica manifestando que la misma no

reunía los requisitos que prevé esta disciplina para que sus resultados sean asertivos, y la segunda, porque al momento de fijarse la sanción impuesta, no se emitió con base en lo dispuesto en el artículo 274 del CGP, resultado en una sanción desfavorable al demandado que la propuso.

1. El dictamen grafológico si cumple con los principios técnicos exigidos para certeza completa de sus conclusiones.

Las razones dadas por el a quo en la sentencia, me permito transcribirlas:

“En el Manual Unificado de Servicios en Documentología y Grafología Forense se exhorta a que en este tipo de peritajes: se obtengan abundantes muestras patrón; se cuente con el documento original, dado que una copia simple no reproduce las características propias del original; se tome la muestra patrón bajo condiciones similares a las del documento cuestionado; la muestra sea tomada al amanuense de manera espontánea presión física o psicológica y, que la muestra patrón corresponda a la época en la que se presume fue elaborado o expedido el documento cuestionado¹.

Para colegir que la prueba pericial aportada no es clara, exhaustiva o precisa, basta con hacer referencia a su coetaneidad (coincidencia o cercanía al periodo de tiempo en el que el documento fue elaborado), presupuesto que no se cumplió; memórese que el experto, a quien se interrogó en la audiencia del 3 de febrero de 2020 (fl. 1046 cd. 1A), explicó una regla que no conduce a concluir sobre la falsedad del registro civil de nacimiento; esta la regla:

...

En aquel escenario, el Despacho objetó que de acuerdo con las fechas que indicó, según la documental tenida a la vista, no se cumplió la regla que el mismo experto estableció para sacar la conclusión, es decir, diez años anteriores y diez años posteriores al año 1977; frente a tal objeción, el perito justificó que fue en razón a que en el momento en que le solicitó a las partes que le allegaran los documentos, estos le afirmaron que solamente tenían y podían conseguir esta clase de documentos y que no tenían más para aportarle y poder hacer el análisis grafológico.

...

Resulta lo siguiente, no se respalda la justificación ofrecida por el experto frente a la objeción advertida por el Despacho, menos aun, su conclusión, en razón a que en este asunto se requirió de la prueba pericial para obtener conocimientos técnicos específicos que interesan al proceso,

¹ Diseñado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad.

por lo que, se considera que los presupuestos, reglas o métodos designados, para sustentar la tesis que se propuso dentro de la litis, debían establecer y ofrecer un nivel irreprochable de certeza que no diera lugar a incertidumbres en el juzgador; por tal motivo, la tacha de falsedad será desestimada y, en la parte resolutive de esta providencia se resolverá sobre su consecuente sanción”.

Como se había indicado en anterior oportunidad, el juez no podía demeritar la fiabilidad de la experticia, sobre la base de que el perito haya manifestado que el alcance de su dictamen tuviera salvedades o generará algún tipo de duda, antes bien, éste afirmó al preguntársele por el alcance del dictamen, que la conclusión emitida era 100% acertada, es decir, que no había ninguna duda sobre la uniprocedencia entre las firmas indubitadas y la dubitada, además, cuando expresó qué clase de documentos revisó, indicó que se desplazó a las oficinas donde reposaban los originales de las escrituras públicas y dejó claro que la cantidad de documentos le permitían cumplir con el principio de abundancia, esto es, que se cuenta con la cantidad necesaria de documentos para emitir una opinión informada.

Debido a que tal razonamiento no corresponde a lo manifestado por el perito, se trata de una valoración de la prueba que distorsiona su contenido y le da otro entendimiento, siendo ello un error de hecho por falso juicio de identidad en la modalidad de distorsión en cuánto a lo declarado por el perito.

Si bien este error de valoración no necesariamente conduce a aceptar la conclusión del peritaje, ya que está limitado a equivocaciones sobre los dichos del perito, siendo necesario establecer si se cumple la regla de ciencia en dicha prueba, se debe demostrar si se cumplió o no con dicha regla (ciencia).

El error de hecho por falso juicio de raciocinio en cuanto a las reglas de la ciencia, lo comente el a quo al concluir que por no cumplirse con el principio de coetaneidad, la prueba no puede arrojar la certeza que afirmó tener, pues para el despacho, una prueba grafológica solo puede ser confiable, si las muestras manuscriturales de las firmas indubitadas corresponden a documentos suscritos por el amanuense en un periodo de tiempo muy cercano a la fecha en que se plasmó la firma presuntamente falsa.

El error cometido por el despacho al establecer la regla de ciencia, nace del alcance dado al manual empleado por las diferentes entidades del Estado, entre ellos el FGN-42200-DG-IT-07 de la Fiscalía General de la Nación, así como los empleados en el Instituto Nacional de Medicinas Legal y Ciencias Forenses, el DAS ya no existe, pues implica que sea necesario la concurrencia de todos los postulados de ciencia que se esbozan en dichos manuales para poder emitir la opinión sobre la uniprocedencia de la firma dubitada, lo que claramente no es cierto, máxime que en algunas de estas situaciones, puede existir contradicción si se quieren aplicar en un solo caso todos los principios técnicos para examinar la firma.

El reparo hecho al dictamen, es que no se cumplió con la carga de obtener firmas coetáneas a la fecha en que se suscribió el documento dubitado, y que al no cumplirse con ese principio, no puede ofrecer el dictamen certeza, razonamiento contrario a la reglas de la ciencia para esta clase de disciplinas, y además, se distorsiona lo expresado por el perito en la audiencia y en informe, quien concluyó y expresó en la audiencia que el resultado obtenido en la experticia era concluyente 100%.

Hay varios hechos que deben ser tenidos en cuenta, y que son considerados por esta disciplina para aplicar los principios que la rigen; debido a que la firma dubitada puesta en el registro civil de nacimiento del demandante, no ocurrió el día en que se creó ese registro civil de nacimiento, pues inicialmente dicho documento fue firmado por la madre y el abuelo materno del demandante, esto es, el mentado reconocimiento por parte del causante, señor HORACIO MENDOZA (Q.E.P.D.), como padre del demandante ocurrió en una fecha posterior a la del registro civil.

La nota de reconocimiento se insertó al final del documento, pero extrañamente no se incluyó la mención de la fecha en la que se realizó dicho reconocimiento, por eso no era posible establecer un tiempo cierto para aplicar el principio de coetaneidad.

Debido a lo anterior, la práctica forense en este campo, dice que se debe aplicar el principio de abundancia, esto es, recoger la máxima cantidad de firmas indubitadas del amanuense que cubran varios periodos, de esta manera se garantiza:

1. Que el examen comprenda muchos documentos, de manera que se tenga una base suficiente de firmas de las que no hay duda de su procedencia, para poder hacer la comparación.
2. Como no se conoció la fecha en que pudo plasmarse la firma dubitada en el Registro Civil de Nacimiento del demandante y su presunto autor había fallecido en el año 2013, se requería acopiar firmas de diferentes años de la vida del amanuense, de manera que se tuviera claro como fue el trazo del grafo a lo largo de todos los años, esto permite identificar si la firma se mantuvo estable y uniforme a lo largo de todos los años, o si presentó cambios importantes, así fueran leves.
3. Si la firma presenta cambios importantes a lo largo de los años, el principio de abundancia permite identificar en qué tiempo se plasmó la firma en duda, y así se sabe qué documentos deben ser examinados de manera concreta con la firma en duda, lo que además no ocurrió porque de acuerdo a las escrituras públicas que en vida suscribió el señor HORACIO MENDOZA (Q.E.P.D.), su firma mantuvo los mismos trazos y caracteres.

El despacho relaciona apenas 9 documentos, cuando fueron empleados 14 en la prueba grafológica, donde algunos de ellos son coetáneos a la fecha del registro civil de nacimiento del demandante, el cual data de 1947, pues incluso se aportó el documento de identidad del causante, que corresponde a aquellos que se empleaban en la década de los años cuarenta, incluso con la fotografía del titular.

La regla de la ciencia para esta disciplina, dice que: **SI NO ES POSIBLE APLICAR LA COETANEIDAD, PARA OBTENER UN PATRÓN ÚTIL E INCUESTIONABLE, SE DEBE CUMPLIR CON EL PRINCIPIO DE ABUNDANCIA O CANTIDAD.**

Vale la pena citar la obra: PERITACIONES CALIGRAFICAS – LOS CINCO REQUISITOS FUNDAMENTALES, del grafólogo NELSON VALLEJOS, CALIGRAFO PÚBLICO ARGENTINO, que nos informa:

*“La experiencia y doctrina también indican que los límites de tiempos ideales, para el cotejo caligráfico, son ± 2 años de la fecha del documento dubitado. No siempre es posible lograr la coetaneidad. Normalmente los tiempos desde el llenado o firma del documento cuestionado, luego sobreviene el incumplimiento de la obligación que lo regula -o constatación del delito-, pasando por los tiempos judiciales de la demanda, hasta la formación del cuerpo de escritura, exceden ostensiblemente los 2 años que la doctrina idealmente requiere para el confronte de escrituras. **Si la coetaneidad es insalvable, como lo es en algunos casos, entonces la adecuación y la cantidad obtenidas eficazmente serán suficientes para conformar un elemento patrón útil e incuestionable**”.* Negrilla y subrayas fuera de texto

En el mismo sentido, se cita la tesis: “El Dictamen Pericial Grafológico, Medio de Prueba y Criterios de Valoración”, de Constanza Fraume Restrepo, Universidad de Manizales 2016, que en lo pertinente nos dice:

“3. Originalidad del muestreo

De la misma manera, los documentos indubitados para la confrontación, deben ser originales y fundamentalmente coetáneos en el espacio y tiempo con los dudosos. Inmediatamente anteriores o posteriores a la fecha de creación del documento dubitado (dudoso).

*Pero además, **un amplio muestreo en el tiempo, permiten observaciones que llegan a ser relevantes para el descubrimiento de la realidad gráfica**. Si no es posible un muestreo auténtico, es importante acudir al cuerpo de la escritura, través de dictados, escritos espontáneos, párrafos y anotaciones independientes”.* Negrilla y subrayas fuera de texto

Las reglas de la ciencia son claras frente a la manera en que debe producirse esta prueba, y descartan la conclusión emitida por la señora juez, según la cual solo podían usarse firmas coetáneas al tiempo en que se produce la firma dubitada, lo que implica imponerle a la ciencia una limitación que no tiene, pues significa, contrario a lo que dicen los expertos, que si no puede establecerse el momento en que se plasmó la firma, entonces no se podrá nunca hacer un examen grafológico, ni establecer la veracidad de una firma.

La juez no tuvo en cuenta que ante la falta de una fecha que permitiera establecer cuando se firmó la nota de reconocimiento en el registro civil, las reglas de la ciencia dicen que debe

obtenerse un amplio muestreo de firmas indubitadas, las que se acopiaron por el perito son muchas y abarcan cerca de 4 décadas, se cubren todos los tiempos posibles en que pudo ser registrada la firma dubitada en el registro civil, lo que era necesario, ya que no se conocía la fecha en que se plasmó la supuesta falsedad y el supuesto autor de la firma dubitada ya había fallecido.

Cuando no hay manera de establecer la fecha de un grafo, para obtener una conclusión en grado de certeza, se debe cumplir con el principio de abundancia, que tal como lo refiere la señora Constanza Fraume Restrepo, se trata de recopilar un amplio muestreo en el tiempo, pues de esta forma se establece la realidad gráfica en el tiempo, y así se establece en grado de certeza si la firma tuvo cambios importantes o si conservó los mismos patrones a través del tiempo, de manera que se puede establecer si la firma puesta en un documento del año 1999, es gráficamente la misma que se usó en el año 1947, arrojando con ello la certeza requerida, pues el análisis comprende la firma a través de muchos años, así puede establecerse qué clase de cambios tuvo o si no fueron cambios importantes.

El principio de abundancia, nos lo refiere de manera clara la obra: CRITERIOS DE IDONEIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL EN GRAFOLOGÍA FORENSE, cuyos autores son: JOHN SEBASTIAN GOMEZ GIL YEIFER JULIAN NORIEGA VILLAMIZAR, monografía presentada a la UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA SECCIONAL CÚCUTA PROGRAMA DE TECNOLOGÍA EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES 2019

“Abundancia La abundancia se identifica como la cantidad suficientes de muestras recolectas. Entre mayor cantidad de muestras recolectadas mejor resultados se obtendrán. Una gran cantidad de muestras permite al grafólogo identificar patrones de escritura acompañados de la espontaneidad, lo que permite identificar los rasgos o los gestos escriturales de la persona. Existen rasgos o gestos gráficos marcados y permanentes en cada persona, habrá quien en la letra “i” marque siempre su punto. Si se toman pocas muestras, digamos una o dos, el profesional no podrá identificar si el marcado del punto es una constante en el escritor, solo podrá tener esa certeza al identificar que el punto se encuentra marcado siempre o casi siempre al tener una gran cantidad de elementos de muestra”.

Lo anterior es útil si se tiene en cuenta que hay acontecimientos contrarios a las reglas de la experiencia con el registro de nacimiento y la partida de bautismo del demandante, pues lo usual en la década de los años 40, era bautizar primero y luego registrar en el registro civil de nacimiento, aquí se tiene que el demandante fue registrado por su abuelo materno y la madre el 10 de noviembre de 1947, y quince días después es bautizado, en ambas ocasiones con el apellido Martínez, pues hasta allí no había sido reconocido.

Al obtener su cédula de ciudadanía (EL DEMANDANTE), a la edad de 21 años, se la entregan con el apellido Martínez, en aquella época, la cédula de emitía con base en la Libreta Militar, la que a su vez se era emitida con base en el Registro Civil de Nacimiento, ello quiere decir, que incluso para esa época no estaba aún reconocido el demandante como hijo señor HORACIO

MENDOZA, y por si fuera poco, el cambio de apellido lo hace en el 2016 a la edad de 69 años, de acuerdo con sus propias palabras en la declaración de parte que rindió, lo hizo únicamente para demandar, **y manifestó que se enteró del reconocimiento como hijo del causante porque un abogado le contó.**

De otra parte, en el proceso se establecieron otros hechos que permitían advertir que la necesidad de realizar el examen grafológico era imperioso, pues aparecían más circunstancias que requerían explicación, como el hecho de afirmar que los demandantes no podían comprar la casa porque no tenían capacidad económica, cuando lo demostrado es que son personas exitosas y acomodadas, con nivel educativo de posgrado en Ingeniería y Medicina, además, detentan un patrimonio superior a la media.

Les resultaron a mis poderdantes muy contradictorias y ofensivas afirmaciones como que el señor HORACIO MENDOZA BAQUERO (Q.E.P.D.), habitó la casa ubicada en el Municipio de Mesitas del Colegio hasta la fecha de su fallecimiento en el año 2013 y que siempre ejerció actos de señor y dueño del inmueble, cuando era un hecho totalmente contrario a la realidad y que sólo podía ser propuesto por alguien que no sabía lo que decía, pues dada la enfermedad degenerativa que padecía el causante, debió ser internado desde el año 2006 en casas de cuidado geriátrico, es decir, dejó de habitar la casa objeto de la venta demandada, pues no podía valerse por sí mismo, al punto, que incluso a la fecha de su fallecimiento se encontraba viviendo en la ciudad de Bogotá.

Si bien la señora juez señala la ausencia de pruebas que incumben al actor, una situación así no puede ser considerada como un hecho menor, si las pocas pruebas que presentó no solo no demuestran los hechos de la demanda, sino que permiten apreciar que lo afirmado en la demanda podría no tener transparencia, lo que resulta fácil de apreciar con la declaración de parte del demandante y los testigos, donde no se pudo dar razón, ni siquiera de la relación familiar de padre – hijo que el demandante afirmaba tener con el causante y padre de los demandados, al punto que llegó a afirmar que tenía una excelente relación de hermandad con los demandados, situación que todos ellos negaron, e indicaron que nunca, ni el padre ni la madre les contaron que el demandante tuviera algo que ver con ellos, ni hizo parte de reuniones familiares, visitas esporádicas o cualquier otro intercambio social similar, el demandante, ni siquiera aportó, al menos una foto con el padre o siquiera una cartica.

2. La sanción impuesta por la negación de la tacha de falsedad, no es acorde a lo previsto en el artículo 274 del CGP.

Sabemos que la labor de administrar justicia es difícil y muchas veces ingrata, sin embargo, no nos parece que falte mérito para negar esta tacha de falsedad, porque se hizo con toda la responsabilidad del caso, el dictamen pericial cumplió con todas las reglas de la ciencia, las que se aplicaron acorde a la situación fáctica y los principios que rigen esta disciplina, las conclusiones del perito fueron contundentes, sin embargo, se descartó por los errores de hecho

ya señalados, lo que resulta muy triste, porque tanto la afirmación por activa de hechos contrarios a la realidad, como el lugar de habitación y las condiciones de salud del causante, así como la situación patrimonial de los demandados y la supuesta cercanía familiar del demandante con ellos, resultan grotescas, de manera que más allá de la indignación de los demandados, si obligaban a revisar la fiabilidad del documento que legitimaba al actor para presentar esta acción, por ello le pido a esta instancia, que si aún resultan dudas en relación con la uniprocedencia de la firma de reconocimiento parental en el registro civil, se corrija la sanción impuesta en contra de quien presentó la tacha de falsedad.

Al demandado que propuso la tacha de falsedad se lo sancionó con 15 salarios mínimos legales mensuales, pero esta sanción solo procede cuando no se deriva una obligación pecuniaria del documento, si bien el registro civil de nacimiento del demandante no tiene incorporada una obligación de crédito, si es el documento que permite que éste se haya presentado al proceso a reclamar derechos del 50% de un inmueble que está valorado en la suma de \$84.000.000.

De esta manera siendo la pretensión del caso un valor equivalente al 50% del valor del inmueble, debía ser sobre ese valor que se liquidará el 20% de la sanción, que arroja una suma de \$8.400.000, que en todo caso es muchos más favorable que la impuesta.

Si de todas formas, pese a que el dictamen pericial no fue objetado por error grave y ni si siquiera se le pidió aclaraciones al perito, y ya que fueron aplicadas mal las reglas de la ciencia para la interpretación de sus conclusiones, unido al hecho de que existen en el proceso sendas contradicciones en la demanda sobre la veracidad de muchos hechos, por un asunto de equidad y justicia, en aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y utilidad, consideramos que la tasación de la sanción debió corresponder al mínimo indicado en la norma.

De esta forma sustento el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado 9 Civil del Circuito de Bogotá, tal como lo ordena el auto del 27 de mayo de 2021, fijado en el Estado del 28 de ese mismo mes.

Finalmente, quiero manifestar que tanto la interposición del recurso de apelación como está sustentación se enviaron al correo informado por el apoderado del demandante en la demanda, igualmente, debo manifestar que mi correo fue informado a las partes en los escritos de contestación de la demanda, y es el mismo correo que tengo registrado en el Consejo Superior de la Judicatura, sin que me fuera enviada copia a mi correo de la apelación presentada por el demandante, tal como lo ordena el artículo 3 del Decreto 806 de 2020.

Cordialmente,

HERNANY ALBERTO TRIANA ALDANA

C.C. No. 79.051.252 de Bogotá

T.P. No. 62.652 del C.S. de la Jud

República de Colombia
Rama Judicial



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil - Secretaria

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

PROCESO No110013103010198300507 01

MAGISTRADO(A) Dr(a). LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

30 de Junio de 2021.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, a cargo de PROUNIDA LTDA y a favor de BBVA COLOMBIA SA , así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$ 6.000.000,00 =
OTROS:	\$ 0,00
	=====
TOTAL:	\$6.000.000,00 =

SON: SEIS MILLONES DE PESOS .-

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

1 DE JULIO DE 2021. En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el 7 DE JULIO DE 2021 , conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 110 ibídem.

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

República de Colombia
Rama Judicial



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil - Secretaria

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

PROCESO No110013103010198300507 01

MAGISTRADO(A) Dr(a). LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

30 de Junio de 2021.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, a cargo de FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS DE VIDA SA, SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO Y CIA SA, así como de PROPAGANDA SANCHO Y CIA LTDA y a favor de PROUNIDA LTDA, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$ 6.000.000,00 =
OTROS:	\$ 0,00
	=====
TOTAL:	\$6.000.000,00 =

SON: SEIS MILLONES DE PESOS .-

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

1 DE JULIO DE 2021. En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el 7 DE JULIO DE 2021 , conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 110 ibídem.

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

MAG. PONENTE: Dra. CLARA INES MARQUEZ BULLA

REF. PROCESO ORDINARIO No. 2012-00674-02

DTE: JORGE ELIECER CASTILLO PULIDO

DDOS: LABORATORIOS DE ESPECIALIDADES COSMETICAS ESKO- LTDA. Y ESKOPHARM LABORATORIOS S.A.

CIRO ALBERTO QUINTERO CASTILLO, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, como apoderado judicial del demandante, con el respeto debido me permito sustentar el Recurso de Apelación, interpuesto en contra de la sentencia del 25 de agosto del 2020, que profirió el juzgado segundo civil del circuito transitorio de Bogotá, en cuanto declaró probada la excepción de mérito denominada “falta de configuración de los elementos que estructuran La Acción Pauliana “ y como consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, el A-quo no precisó cuáles eran los presupuestos para la prosperidad de la acción pauliana y así denotar cual o cuales presupuestos o requisitos se echan de menos.

La jurisprudencia en forma reiterativa, ha estatuido como requisitos para la prosperidad de la acción pauliana: **a.)** Que exista un crédito a favor del demandante y a cargo del demandado.---**b.)** Que el acto del cual se busca la revocación haya causado, constituido fraude al acreedor, en este caso al demandante, que equivale a causar la insolvencia del deudor.----**c.)** Que exista mala fe--- esto es, que tanto el otorgante como el adquirente conozca el mal estado de los negocios del primero

Sobre el primer requisito, el juzgado fallador reclama que el acreedor debía tener título preexistente anterior al acto nocivo que produjo o generó la insolvencia del deudor. --- Dentro de este expediente obra copia del proceso ordinario laboral que el aquí demandante instauró en contra de ESKOPHARM LABORATORIOS S.A. que fue radicado en febrero 19/2010 y por reparto correspondió al juzgado 29 laboral del circuito de Bogotá, que se tramitó bajo la radicación 110013105029-20100007200.--- Este proceso da cuenta de que existía un crédito laboral en favor del demandante JORGE ELIECER CASTILLO PULIDO y desde antes de febrero 19 del 2010; el empleador demandado, siendo un laboratorio medianamente organizado sabía y conocía que no se le habían pagado las acreencias laborales al aquí demandante lo que

corroboró el juzgado 29 laboral del circuito de Bogotá con la sentencia condenatoria de primera instancia de agosto 9 del 2011; mientras que el empleador demandado radicó la transferencia de medicamentos y marcas objeto del proceso el 15 de noviembre del 2011 Ante La Oficina De Propiedad Industrial De La Superintendencia De Industria Y Comercio. La fecha de radicación de la transferencia de medicamentos y marcas es bastante posterior a la fecha del fallo del juzgado 29 laboral del circuito; además de que para radicar la transferencia de medicamentos, era porque existía con anterioridad el contrato de dación en pago que se dice se realizó. Conclusión, sí existía título crediticio y preferente en favor del demandante, bastante anterior al acto impugnado como simulado o fraudulento

En cuanto al segundo requisito, de que se haya causado fraude al acreedor, al aquí demandante, pues no hay lugar a duda, que se causó la insolvencia del deudor, no se conoció ni el demandado ESKOPHARM LABORATORIOS S.A. probó o demostró de que con esta dación en pago no quedó insolvente o que tenía más bienes para responder con la acreencia laboral reclamada; aquí se invierte la carga de la prueba y de esta forma el demandado podía desvirtuar este requisito en procura de su defensa

El actuar fraudulento que equivale a realizar actos en procura de alcanzar ventajas en perjuicios de otros, subsume el presupuesto de la mala fe en el fraude pauliano . si no se le canceló al demandante los derechos laborales para el momento de la terminación del contrato de trabajo hay un fraude o burla a sus derechos lo que se rubrica con la sentencia del juzgado 29 laboral del circuito de Bogotá, esto conlleva actos de mala fe y para el efecto, la jurisprudencia ha reiterado valorar y tener en cuenta la **prueba indiciaria** que se evidencia por los comportamientos del demandado o los demandados y para el efecto cabe resaltar : **a.)** Las dos empresas aquí demandadas tenían domicilio común, así como se refleja en los autos para la notificación del admisorio de la demanda.---**b.)** Actuaron dentro de este proceso con apoderado judicial común.---**c.)** La demandada LABORATORIOS DE ESPECIALIDADES COSMETICAS ESKO- LTDA, fue socia mayoritaria en la creación de la otra demandada ESKOPHARM LABORATORIOS S.A..---**d.)** Las dos demandadas concurrían a las asambleas de reformas de estatutos y otras decisiones administrativas **con socios comunes**, asunto que permite intuir que las dos empresas demandadas conocían y debían conocer las obligaciones crediticias o el mal estado de sus negocios, haciéndose evidente la mala fe del otorgante y el adquirente. No se puede ocultar el “concilium fraudis” entre las demandadas por los comportamientos antes relacionados. Para estos casos le corresponde al demandado contra probar o probar

CIRO ALBERTO QUINTERO CASTILLO
ABOGADO

que ha actuado de buena fe. Para esta clase de procesos ha dicho la jurisprudencia que se impone la **prueba indiciaria** en virtud del designio moralizador y ético que caracteriza a esta acción, la que está orientada a reprimir los actos de mala fe verdaderamente realizados por los deudores, en perjuicio de sus acreedores y reitera la jurisprudencia **que sobre ello recae la carga de la prueba.**—Denota que para esta clase de asuntos se invierte la carga de la prueba

El A-quo refiere igualmente el dictamen pericial que presentó el perito Roberto Sotelo Novoa y con referencia a una sola marca por valor de \$1.213.116, para sostener que con este precio era difícil sostener que el querer de los demandados era defraudada al actor. Pues este no fue el dictamen requerido al perito, a este se le ordenó un dictamen para cuatro o cinco productos; y para ello debía motivarlo como lo exige la Ley, denotando los distribuidores, cadena de droguerías o comercios, promedio de venta mensual o anual, entre otros. La verdad es que la marca y/o registro químico, licencia de producción comercial farmacéutica tiene valores astronómicos y en todo caso los dictámenes periciales exigen para el juzgador una apreciación con fundamento en las reglas de la sana crítica, tal su solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos; incluye las mediciones o encuesta que se hayan hecho para calcular y determinar las zonas y volúmenes de comercialización y ventas; al juez le corresponde confrontar el dictamen con las demás pruebas que obren dentro del proceso, más no echar de menos la objeción por las partes, asunto que se generó por las circunstancias de lo accidentado de este proceso que deambuló por varios despachos, las parálisis con las remisiones y entrega del expediente y la suspensión de términos y prohibición de acceso a despachos judiciales por la pandemia

Honorable Magistrada Ponente, con lo anterior, sucintamente sustento el recurso de apelación que se tramita para que se revoque la sentencia apelada y por el contrario se acceda a las pretensiones de la demanda

Este memorial es de conformidad al Decreto 806/2020 entre otros art, 2. Inciso 2. (No se requerirán firmas manuscritas o digitales)

Atentamente,

CIRO ALBERTO QUINTERO CASTILLO
C.C. 4.169.465 de Moniquirá
T.P. 20.610 del C.S.J.

Carrera 5 No. 18-09 Edificio Abraham Pinzón Oficina 214A Cel 3102326507
MONIQUIRÁ (Boyacá)

CIRO ALBERTO QUINTERO CASTILLO
ABOGADO

Carrera 5 No. 18-09 Edificio Abraham Pinzón Oficina 214A Cel 3102326507
MONIQUEIRA (Boyacá)

Señor:

MAGISTRADO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL
DOCTOR. CARLOS AUGUSTO ZULUAGA MARTINEZ
E. S. D.

JUZGADO DE ORIGEN: DIECISEIS (16) CIVIL DEL CIRCUITO BOGOTA

Referencia: Ejecutivo de Mayor Cuantía No. 2017-642

DEMANDANTE: **WILSON HENRY NOVOA HERNANDEZ**

DEMANDADO: **MILLER ALBERTO NOVOA HERNANDEZ**

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION A LA SENTENCIA DEL 20 DE ENERO DE 2021.

ANGEL ERNESTO ROMERO GARCIA abogado en ejercicio, mayor y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi condición de apoderado de **MILLER ALBERTO NOVOA HERNANDEZ**, mayor de edad, vecino y residente, en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cedula de ciudadanía **No. 3.016.520 de Fomeque**, vecino y residente, en la ciudad de Bogotá D.C., demandado dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito me permito sustentar la apelación solicitada en audiencia del 20 de enero de 2021 y otorgada en la misma por la Señora Juez de primera instancia, apelación que se sustentó en el momento oportuno, alegando la existencia de la prescripción de la acción cambiaria de la que habla el artículo 94 del Código General del Proceso, la cual fue presentada como excepción de mérito en la contestación de la demanda y la cual conformo el problema jurídico a resolver en el presente proceso, apelación que sustento en el término correspondiente y de acuerdo a auto del 22 de junio de 2021 donde se corre traslado a este apelante por el termino de cinco (5) días, apelación que sustento de la siguiente manera:

1. Como se sustentó tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, la excepción presentada de **“PRESCRIPCION DE LA ACCION CAMBIARIA”** de la que habla el artículo 94 del C.G.P. se probó de manera clara, en razón a que el actor al presentar la demanda en diciembre de 2017 interrumpió la prescripción de manera civil de acuerdo al artículo 2539 del código civil, el Despacho de la Juez 16 Civil del Circuito de Bogotá profirió mandamiento de pago con auto del 22 de enero de 2018, notificado a la activa el 23 de enero de 2018, la cual en ningún momento realizo la notificación de la providencia a la pasiva en debida forma en los términos de los artículos 291 y 292 del C.G.P. en razón a que como se evidencia en el plenario la dirección no correspondía al demandado, es decir que la activa en ningún momento realizo las notificaciones de Ley, sin embargo el demandado se notificó de manera personal por encontrar embargos en su contra el día 2 de mayo de 2019, es decir 15 meses y 9 días después de notificado el mandamiento de pago, tiempo que supera el año al que se refiere el artículo 94 C.G.P. frente a la prescripción de la acción

cambiaría, teniendo en cuenta lo anterior la excepción presentada se encuentra totalmente probada.

2. Es importante aclarar al Honorable Magistrado que el problema jurídico como lo expuso el AQUO en su sentencia era resolver si se configura la **“LA EXCEPCIÓN PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA”** la cual queda más que probada.
3. De igual manera la titular del Despacho de primera instancia manifiesta en la sentencia proferida, que la excepción solicitada por la pasiva no puede prosperar en razón a que opera la **INTERRUPCIÓN NATURAL DE LA PRESCRIPCIÓN**, por encontrarse abonos a intereses realizados por la pasiva el último de estos con fecha del 22 de mayo de 2017, sin embargo es importante revisar que dicha interrupción natural en ningún momento fue propuesta por la activa, que ni si quiera se manifestó sobre las excepciones presentadas por la pasiva, es claro que la única interrupción a la prescripción que alega la activa es la **“INTERRUPCIÓN CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN”** en el momento en que presenta la demanda y es esta la que se discutió durante todo el proceso, sin embargo es la Juez de primera Instancia quien de manera oficiosa y ultrapetita impone a este proceso en la sentencia la **INTERRUPCIÓN NATURAL DE LA PRESCRIPCIÓN**, lo cual va en contravía de lo normado por el legislador en el artículo 282 del C.G.P. y 2513 del Código Civil, que claramente prohíbe que el Juez decida sobre la prescripción de manera oficiosa.
4. Se puede observar en el presente proceso que en ningún momento procesal la activa propuso **“LA INTERRUPCIÓN NATURAL DE LA PRESCRIPCIÓN”** ni en el traslado de las excepciones presentadas en la contestación de la demanda y menos en los alegatos de conclusión en los que únicamente se refirió al artículo 422 C.G.P, es decir que la tesis presentada por la señora Juez 16 Civil del Circuito frente a este punto la realizó de manera oficiosa, cuando la norma claramente lo prohíbe (artículo 282 del C.G.P. y 2513 del Código Civil), con esta acción oficiosa del Juzgador de Primera Instancia se está vulnerando el Derecho Constitucional al Debido Proceso de mi representado.

DERECHO

Invoco como fundamento de derecho en:

- Artículo 29 de la Constitución Política Colombiana
- Artículo 282 del Código General del Proceso
- Artículo 2513 del Código Civil

PETICIÓN

Por la motivación presentada ante los Honorables Magistrados, solicito de manera respetuosa se Revoque la sentencia proferida en Primera Instancia y se de probada la excepción presentada por el pasivo referente a la **“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA”** en consecuencia se termine el presente proceso ejecutivo y se ordene levantar las medidas cautelares.

NOTIFICACIONES

Mi poderdante en la Calle 169 No. 45 A – 31 Bloque 2 apto 106 AGRUPACION MULTIFAMILIAR DON JOSE URBANIZACION GRANADA NORTE, BOGOTA D.C.

El suscrito recibirá notificación en la secretaria del Juzgado o en mi oficina ubicada en la Calle 45 A No. 14-55 de esta Ciudad, Cel. 3217958552, correo electrónico angelromero30@hotmail.com

De los Honorables Magistrados

Cordialmente,



ANGEL ERNESTO ROMERO GARCIA
C.C. No. 79.450.071 de Bogotá
T.P. No. 260.985 del C.S. de la Judicatura