

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., junio quince (15) de dos mil veintidós (2022).

Radicación: **110013103023 2019 00576 00**

ASUNTO

Dictar sentencia que dirima en primera instancia el asunto de la referencia, teniendo en cuenta para ello estos

ANTECEDENTES

DIGIMOVIL SAS demandó a **COMUNICACION CELULAR SA - COMCEL SA**, planteando estas pretensiones (*ver folios 463 a 529 - reforma*):

A. RELATIVAS A LA EXISTENCIA DEL CONTRATO SUB IÚDICE

1. PRIMERA: Declarar que con el CONTRATO SUB IÚDICE, se constituyó entre LA DEMANDANTE y COMCEL la relación jurídica patrimonial objeto del presente proceso.

2. SEGUNDA: Declarar que las cláusulas que integraron el CONTRATO SUB IÚDICE fueron extendidas y dictadas por COMCEL, de tal manera que, respecto de LA DEMANDANTE, éste fue de adhesión.

B. RELATIVAS A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO SUB IÚDICE

3. TERCERA: Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

a) Declarar que LA DEMANDANTE, como comerciante independiente y en virtud de la celebración y ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, asumió, por cuenta de COMCEL, en el ÁREA OCCIDENTE del territorio colombiano, a cambio de una remuneración y en los establecimientos expresamente autorizados, el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de COMCEL.

b) Declarar, en consecuencia, que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne los elementos esenciales de un contrato típico de Agencia Comercial, negocio que está regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

4. CUARTA: Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

a) Declarar que el CONTRATO SUB IÚDICE es igual, en su texto y manera de ejecución, a los contratos objeto de los precedentes referidos en los fundamentos Generales de Derecho de la presente Demanda (Capítulo VII).

b) Declarar que los Precedentes referidos en los Fundamentos Generales de Derecho de la presente Demanda (Capítulo VII), decidieron que los contratos referidos en el anterior literal a) fueron típicos y nominados contratos de agencia Comercial regulados en los Arts. 1317 y s.s del Código de Comercio.

5. QUINTA: Declarar que la decisión sobre la naturaleza jurídica del el CONTRATO SUB IÚDICE debe ser resuelta de conformidad con los precedentes referidos en los Fundamentos Generales de Derecho de la presente Demanda (Capítulo VII)

6. SEXTA: Declarar (i) con fundamento en la interpretación hecha a favor del adherente, (ii) en atención a la manera como las partes ejecutaron el negocio, (iii) en recta aplicación del principio del Contrato Realidad y/o (iv) con fundamento en el principio de confianza legítima y el derecho fundamental a la igualdad que le asiste a LA DEMANDANTE, que entre COMCEL como agenciado y LA DEMANDANTE como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídica patrimonial típica y nominada de Agencia Comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

C. RELATIVAS A LA INOPERANCIA DE CIERTAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

7. SÉPTIMA: Declarar que COMCEL, en ejercicio de su posición de dominio contractual, extendió y le impuso a la DEMANDANTE las siguientes disposiciones contractuales seguidamente citadas:

a) Cláusula 4 del CONTRATO SUB IÚDICE: *“El presente contrato es de distribución. Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, ... ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen.”*

b) Cláusula 5.1. del CONTRATO SUB IÚDICE: *“5.1 La Vigencia Inicial de este Contrato comenzará en la fecha escrita al comienzo de este contrato y continuará con plena vigencia y efecto durante un (1) año, sujeto a terminación anticipada según se estipula en la Cláusula 16 de este Contrato de Distribución. De allí en adelante, este Contrato será renovado automáticamente, pero únicamente continuará vigente por períodos mensuales, ...”*

c) Cláusulas 5.3. del CONTRATO SUB IÚDICE: *“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 la terminación por cualquier causa de este Contrato, inmediatamente dejarán de causarse créditos, prestaciones, compensaciones, retribuciones, contribuciones o pagos, de cualquier naturaleza y por cualquier causa, a favor de EL DISTRIBUIDOR, en especial, pero sin limitarlo, los previstos en el ANEXO A, de este contrato de Distribución.”*

d) Cláusula 15 del CONTRATO SUB IÚDICE *“Las partes han excluido expresamente toda relación jurídica de agencia comercial por no ser su recíproca intención la celebración ni 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 pactadas en este contrato. Por cada contrato que celebre COMCEL, el DISTRIBUIDOR tendrá derecho a la comisión que periódicamente fije COMCEL. 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 COMCEL deba reconocerle cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago de éste y del aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR- COMCEL y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a COMCEL o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibido 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 fuera inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante. Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo tanto, puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo sin requerimiento o reconversión alguno al que se renuncia expresamente (...)”*

e) Cláusula 17.2, inciso 2º, del CONTRATO SUB IÚDICE: “..., pues EL DISTRIBUIDOR reconoce que son propiedad de COMCEL sin que EL DISTRIBUIDOR ni terceros puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación en favor de COMCEL por designarlo distribuidor.”

f) Cláusula 17.4 del CONTRATO SUB IÚDICE: “COMCEL no será responsable para con EL DISTRIBUIDOR ni para con sus centros o puntos de venta, canales de distribución o subdistribución ni para con sus clientes, 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.”

g) Cláusula 17.5 del CONTRATO SUB IÚDICE: “... En todo caso, si COMCEL no se (sic) recibe observación ninguna dentro de los tres (3) días siguientes a su envío, caducará el derecho a cualesquiera reclamación u observación y tal acta será firme y definitiva y constituirá título ejecutivo (...)”.

h) Cláusula 30, inciso 2º del CONTRATO SUB IÚDICE: “... Durante la vigencia de este contrato, cada (12) meses las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y las deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Diez (10) antes de los doce (12) meses, COMCEL 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 reclamo o reparo y, será firme y definitiva.”

i) Cláusula 30, inciso 3º del CONTRATO SUB IÚDICE: “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.”

j) Anexo A, numeral 6 del CONTRATO SUB IÚDICE: “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 (sic) sea su naturaleza.”

k) Anexo C, numeral 5 del CONTRATO SUB IÚDICE: “... 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 COMCEL a EL DISTRIBUIDOR a la terminación del contrato de distribución.”

l) Anexo F, numeral 4º del CONTRATO SUB IÚDICE: “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 pudiera 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 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.”

m) El siguiente texto que se replica en las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” que COMCEL extendió en desarrollo del inciso 2º de la Cláusula 30 y del Anexo F del CONTRATO SUB IÚDICE: “EL DISTRIBUIDOR expresamente acepta que dentro de los valores recibidos durante la ejecución del contrato de Distribución de Voz se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y canceló anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A., como consecuencia del contrato de distribución mencionado o, si 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”.

8. OCTAVA: Declarar, respecto de las cláusulas a que se refiere la pretensión anterior:

a) Que son cláusulas que: (i) COMCEL extendió con el fin de eludir, minimizar y/o excluir, en perjuicio de LA DEMANDANTE, las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de Agencia Comercial que se hicieron exigibles a partir de la terminación de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, y (ii) que COMCEL entendió con el fin de eludir toda responsabilidad civil que le fuera imputable.

b) Que son cláusulas leoninas, invocadas por COMCEL abusivamente con el fin de eludir, minimizar y/o excluir aquellas consecuencias económicas y normativas propias del contrato de Agencia Comercial que se hicieron exigibles a partir de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

c) Que son cláusulas que conllevan consecuencias antinómicas, frente a las demás cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE en las cuales se contienen y configuran los elementos esenciales de contrato de Agencia Comercial.

d) Que, según los Precedentes referidos en los Fundamentos Generales de derecho de la presente Demanda (Capítulo VII), es ineficaz toda estipulación que, directa o indirectamente, parcial o completamente, implique una renuncia de la prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 del Código de Comercio, que sea una renuncia anterior a la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

9. NOVENA: Se solicita declarar la INOPERANCIA, por vía de ineficacia en sentido amplio, o en subsidio por vía de ineficacia en sentido estricto, o en subsidio por vía de nulidad, de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión séptima principal

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN NOVENA: Si se rechaza la pretensión NOVENA principal, en subsidio se solicita:

a) Declarar que el inciso 3º de la Cláusula 30 y el numeral 6º del Anexo A del CONTRATO SUB IÚDICE, tenían por efecto consecuencias ANTINÓMICAS frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordó la remuneración a favor de LA DEMANDANTE, por cuanto en estas últimas se pactó que LA DEMANDANTE recibiría unos ingresos que se imputarían ciento por ciento al pago de su remuneración contractual, y en las primeras se pactó que el 20% de los dineros que COMCEL le pagara a LA DEMANDANTE, dejaban de ser a título de remuneración para trocarse en un pago anticipado de toda indemnización, prestación o bonificación que se pudiera causar a la terminación del contrato sub iúdice.

b) Declarar que la antinomia a que se refiere el literal a) anterior, se resuelve a favor de la interpretación que hizo LA DEMANDANTE como adherente, y en contra de COMCEL como predisponente de los textos contractuales, de tal manera que en el CONTRATO SUB IÚDICE, realmente, no se estipuló ni se realizó pago anticipado alguno a título de la Prestación Mercantil del inciso 1º del artículo 1324 CCO.

c) Declarar que la cláusula cuarta, el inciso 5º de la cláusula décimo cuarta y el numeral 4º del Anexo F del CONTRATO SUB IÚDICE, así como las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio, o en las que éste se calificó como un atípico e innominado negocio de distribución, son estipulaciones contractuales antinómicas en relación con aquellas otras estipulaciones que incorporaron los elementos esenciales de un típico y nominado negocio de Agencia Comercial

d) Declarar, (i) con fundamento en la interpretación hecha a favor del adherente, (ii) en atención a la manera como las partes ejecutaron el negocio, y (iii) en recta aplicación del principio del Contrato Realidad, que la antinomia a que se refiere el literal c) anterior se resuelve a favor de la calificación de EL CONTRATO SUB IÚDICE como un típico y nominado contrato de Agencia Comercial.

D. RELATIVAS A LA PRESTACIÓN MERCANTIL DEL INCISO 1º DEL ART. 1324 CCO

10. DÉCIMA: Se solicita:

a) Declarar, con fundamento en el inciso 1º del Artículo 1324 del CCO, que LA DEMANDANTE, al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, tenía derecho a que COMCEL le pagara, a título de Prestación Mercantil, una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones y utilidades causadas durante los tres últimos años de su ejecución, por cada uno de vigencia del CONTRATO SUB IÚDICE.

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.

c) Declarar, con fundamento en los Fundamentos Generales de derecho de la presente Demanda (Capítulo VII), que los dineros que se deben incluir en la fórmula de cálculo de la Prestación Mercantil por concepto de comisiones, corresponden con el ingreso operacional (v. gr. el importe bruto, no el neto) causado a favor de 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.

11. UNDÉCIMA: Declarar que COMCEL incumplió la obligación de pagarle a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

12. DUODÉCIMA: CONDENAR a COMCEL S.A. a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de Prestación Mercantil, la suma de DOS MIL CIENTO TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (COP \$ 2.103.750.487), o aquella otra que resulte probada en este proceso.

13. 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 14 DE ABRIL 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.

E. RELATIVAS A LA INEXISTENCIA DE PAGOS ANTICIPADOS DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL.

14. DÉCIMA CUARTA: Declarar que COMCEL, argumentando que *“no corresponde a valores adeudados de acuerdo a la naturaleza del Contrato de Distribución suscrito entre las partes”*, no pagó la factura que LA DEMANDANTE le envió al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por concepto de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Artículo 1324, con lo cual COMCEL misma se considera no deudora de la susodicha Prestación Mercantil.

15. DÉCIMA QUINTA: Se solicita:

a) Declarar que COMCEL, en el año 2007, le impartió la instrucción a LA DEMANDANTE de dividir en adelante su facturación en dos, una que representara el 80% de las comisiones liquidadas y otra que representara el 20% restante, estas últimas emitidas con la leyenda *“Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones”*.

b) Declarar que COMCEL condicionó el pago de las facturas al cumplimiento de la susodicha instrucción.

c) Declarar que esta división en la facturación no significó un incremento del 20% en la remuneración que contractualmente venía recibiendo LA DEMANDANTE.

d) Declarar que COMCEL contabilizó en la subcuenta 233520 que corresponde a *“Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES”*, el ciento por ciento de las facturas que LA DEMANDANTE le emitió, incluidas aquellas emitidas con la leyenda *“Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones”*, de tal manera que, según los propios registros contables de COMCEL, los pagos hechos a LA DEMANDANTE se hicieron siempre y en todo caso a título de comisiones propiamente dichas.

e) Declarar que COMCEL, al momento de cancelar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda *“Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones”*, pagó el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a una tasa del 16% (19% a partir del 1º de enero de 2017) y practicó retenciones en la fuente a una tasa del 11%.

f) Declarar que la Prestación Mercantil a que se refiere el inciso 1º del Art. 1324 CCO no tipifica un hecho generador del impuesto del IVA, y la misma corresponde con “*otro ingreso tributario*” cuya retención en la fuente se debe practicar a una tasa menor (del 2.5%) que la que se aplica cuando se pagan comisiones propiamente dichas.

g) Declarar que COMCEL, al momento de pagar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda “*Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones*”, causó IVA y practicó retenciones en condiciones contables y tributarias que son propias del pago de comisiones y no de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

h) Declarar, con fundamento en el Art. 1552 CC, que los pagos anticipados que se realicen por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, al estar dicha prestación sometida a un plazo que tiene el valor de una condición (v. gr. la terminación del contrato de agencia comercial), están sujetos a restitución, de tal manera que si COMCEL los hubiera hecho, los mismos constarían en los ACTIVOS de COMCEL y en los PASIVOS de LA DEMANDANTE.

i) Declarar que en los ACTIVOS de COMCEL no hay registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados hechos a favor de LA DEMANDANTE por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

j) Declarar que en los PASIVOS de LA DEMANDANTE no hay registro alguno que dé cuenta de pagos anticipados recibidos por parte de COMCEL por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

16. DÉCIMA SEXTA: Declarar, con fundamento en el inciso 6º del Artículo 264 del CGP, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes (Art. 1622-3 del CC), que COMCEL, durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, nunca le pagó a LA DEMANDANTE, de manera anticipada, parte de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

F. RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS Y ABUSOS IMPUTABLES A COMCEL.

17. DÉCIMA SÉPTIMA: En cuanto a la denominada comisión por residual relativa al 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.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

18. DÉCIMA OCTAVA: En cuanto a la comisión por legalización de Kits Prepago relativa al CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

a) Declarar que COMCEL, hasta el 16 de junio de 2016, le pagó a LA DEMANDANTE, a título de comisión por legalización de Kits Prepago, una suma única de \$12.500, la cual se mantuvo desde la suscripción del CONTRATO SUB IÚDICE en el mismo valor nominal sin importar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo por los efectos de la inflación.

b) Declarar que COMCEL, a partir del 17 de junio de 2016 y de manera unilateral, modificó la comisión por legalización de Kits Prepago, pasando de una comisión fija de \$12.500 por Kit legalizado, a una comisión equivalente al 30% de las cargas de tiempo al aire que cada suscriptor realizara durante los primeros seis meses.

c) Declarar que el referido cambio de condiciones, significaron una merma en los ingresos de LA DEMANDANTE, afectación que no aparejó una reducción en las obligaciones a su cargo, ni tampoco significó una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

d) Declarar que COMCEL, al haber reducido unilateralmente la comisión por legalización de Kits Prepago, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA-LITERAL D): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL d) de la PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

e) Declarar que COMCEL, al no haber incrementado el valor nominal de la comisión por legalización de Kits Prepago en armonía con el incremento porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC), incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA-LITERAL E): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL e) de la PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

19. DÉCIMA NOVENA: En cuanto a las denominadas comisiones por permanencia y buena venta en planes pospago y prepago relativas al CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

a) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia (planes pospago) y buena venta (Kits prepago) a que tenía derecho LA DEMANDANTE.

b) Declarar que la eliminación de estas comisiones significó una merma en los ingresos de LA DEMANDANTE, afectación que no aparejó una reducción en las obligaciones a su cargo, ni tampoco significó una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

c) Declarar que COMCEL, al haber eliminado las comisiones por permanencia y buena venta, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

20. VIGÉSIMA: En relación con los Centros de Pagos y Servicios (CPS), así denominados respecto del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

a) Declarar que COMCEL, desde la suscripción del CONTRATO SUB IÚDICE, mantuvo en el mismo valor nominal la denominada comisión por transacción de recaudo en CPS sin importar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo por los efectos de la inflación.

b) Declarar que COMCEL, como consta en la circular 2017-GSDI01-S345350 de diciembre 26 de 2017, de manera unilateral e inconsulta aplicó a partir del 1º de enero de 2018 un esquema de reducción en las tarifas por transacción de recaudo la cual no vino aparejada con una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco con una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

c) Declarar que COMCEL obligó a LA DEMANDANTE a pagar los costos mensuales de las transportadoras de valores, los cuales: (i) Fueron costos que procedieron de contratos celebrados entre COMCEL y cada una de las respectivas transportadoras de valores, negocios en los cuales LA DEMANDANTE no fue parte y en los que tampoco se pactó una “promesa por otro” (Art. 1507 CC) que hubiese sido ratificada por LA DEMANDANTE. (ii) Fueron costos que se previeron para salvaguardar dineros y valores de propiedad de COMCEL, respecto de los cuales el deber de custodia a cargo de LA DEMANDANTE cesó desde el mismo momento en que le fueron entregados a las transportadoras de valores que COMCEL contrató. (iii) Fueron costos facturados a COMCEL por parte de las transportadoras de valores, de tal manera que fue COMCEL la parte que pudo aportar los soportes requeridos para hacer los respectivos descuentos, tanto en su liquidación del impuesto de renta como en sus declaraciones del impuesto de IVA.

d) Declarar que COMCEL, al haber mantenido en el mismo valor nominal la comisión por transacción de recaudo y al haberle trasladado abusivamente a LA DEMANDANTE el costo de las transportadoras de valores, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN VIGÉSIMA LITERAL D): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL d) de la PRETENSÓN VIGÉSIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

e) Declara que COMCEL, al haber modificado las condiciones de liquidación y pago de las comisiones por recaudo de CPS, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN VIGÉSIMA LITERAL E): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL e) de la PRETENSIONES VIGÉSIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL

21. VIGÉSIMA PRIMERA: En cuanto a la remuneración de LA DEMANDANTE por la promoción y comercialización de Sim Cards prepago, se le solicita al señor Juez:

a) Declarar que LA DEMANDANTE, por cada Sim Card que activó y comercializó, tenía derecho a percibir \$2.800 por cada una de las primeras seis recargas de tiempo al aire que el respectivo suscriptor realizara dentro de los 120 días siguientes al momento de su activación, para un total máximo de \$16.800 por Sim Card.

b) Declarar que COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, modificó las condiciones de liquidación y pago de las comisiones que LA DEMANDANTE percibió por la promoción y comercialización de Sim Cards prepago.

c) Declarar que COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, redujo el margen remuneratorio (descuento) que LA DEMANDANTE obtuvo en la comercialización de Sim Cards prepago.

d) Declarar que los cambios en las condiciones remuneratorias de las Sim Cards prepago que fueron impuestos por COMCEL, tanto en las comisiones como en el margen remuneratorio (descuento), significaron una merma en los ingresos de LA DEMANDANTE, afectación que no aparejó una reducción en las obligaciones a su cargo, ni tampoco significó una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

e) Declarar que COMCEL, al haber modificado las condiciones de liquidación y pago de las comisiones en Sim Cards, y al haber reducido el respectivo margen remuneratorio (descuento), incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA LITERAL E): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL e) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

f) Declarar que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE la plenitud de las comisiones por la promoción y comercialización de Sim Cards prepago que se causaron durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, incluidas las que se causaron en la última etapa contractual.

22. 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.

G. RELATIVAS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO SUB IÚDICE.

23. 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 13 DE ABRIL DE 2018.

24. VIGÉSIMA CUARTA: Declarar, en consecuencia, que:

a) COMCEL es responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO.

b) COMCEL es civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables.

H. DE CONDENAS INDEMNIZATORIAS.

25. 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 del CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, por concepto de las comisiones causadas durante la última etapa contractual.

c) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación.

d) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por legalización de Kits Prepago y la comisión por recaudo en CPS que LA DEMANDANTE habría percibido durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, si COMCEL hubiera incrementado año tras años su valor nominal según la variación porcentual en los Índices de Precios al Consumidor (IPC).

e) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por legalización y la comisión por buena venta de Kits prepago que LA DEMANDANTE dejó de percibir como consecuencia directa de la modificación que, a partir del 17 de junio de 2016, COMCEL impuso en sus condiciones de cálculo.

f) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.

g) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con los ingresos que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de los cambios en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones causadas con la comercialización de Sim Cards prepago.

h) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la utilidad que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de la reducción en el margen remuneratorio (descuento) de las Sim Cards prepago.

i) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la remuneración que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, tiene derecho a percibir con fundamento en el Artículo 1322 CCO.

j) A título de lucro cesante, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que calculada sobre los consumos posteriores a la fecha de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, han hecho los clientes que han permanecido vinculados con COMCEL en planes pospago que LA DEMANDANTE promovió y activó durante la vigencia del referido negocio.

k) A título de lucro cesante, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido si el CONTRATO SUB IÚDICE se hubiera ejecutado, por lo menos, hasta el día en que vencían las pólizas que COMCEL le exigió constituir a LA DEMANDANTE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA LITERAL K): Si se rechaza la condena peticionada como principal en el LITERAL K) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA, en subsidio de peticiona, a título de lucro cesante, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las comisiones y utilidades que LA DEMANDANTE hubiera percibido si el CONTRATO SUB IÚDICE se hubiera ejecutado, por lo menos, hasta la terminación de su vigencia anual el 13 DE ENERO DE 2019.

l) A título de daño emergente, la suma que resulte probada y que es compensatoria de la pérdida de valor de la empresa de LA DEMANDANTE, pérdida que es consecuencia directa y previsible de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por justa causa provocada por COMCEL.

m) A título de daño indemnizable la suma que resulte probada y que corresponde con los dineros que COMCEL le descontó a LA DEMANDANTE por concepto de transportadoras de valores.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA LITERAL M): Si se rechaza la condena peticionada como principal en el LITERAL M) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA, en subsidio de peticiona, como compensación por el enriquecimiento sin justa causa de COMCEL, la suma que resulte probada y que corresponde con los dineros que COMCEL le descontó a LA DEMANDANTE por concepto de transportadoras de valores.

n) A título de daño emergente, la suma que resulte probada y que es compensatoria de las liquidaciones e indemnizaciones laborales que LA DEMANDANTE tuvo que pagar, y que son una consecuencia directa y previsible de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

o) A título de daño emergente, la suma que resulte probada y que es compensatoria de los pagos que LA DEMANDANTE tuvo que efectuar a terceros como consecuencia de las terminaciones de los contratos de arrendamiento de los locales comerciales en los que funcionaban los establecimientos mediante los cuales LA DEMANDANTE ejecutaba el CONTRATO SUB IÚDICE, y que son una consecuencia directa y previsible de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

p) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con los ingresos que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de los cambios en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones causadas por los recaudos de CPS.

26. VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

I. RELATIVAS A LAS DENOMINADAS “ACTAS DE CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS”

27. VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita:

- a) Declarar que las denominadas “*Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas*” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron acuerdos conciliatorios en los términos de la Ley 640 de 2001.
- b) Declarar que las denominadas “*Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas*” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción.
- c) Declarar que las denominadas “*Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas*” corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, “*expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes*”, y (ii) por efecto, el otorgar “*un paz y salvo parcial*”.
- d) Declarar que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer “paz y salvos parciales”.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: Si se considera que las denominadas “*Actas de Transacción, Conciliación y Compensación*” suscritas por las partes fueron verdaderos negocios de transacción, se solicita en subsidio lo referido en los siguientes literales (i) y (ii):

- (i) Declarar que tales transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activaciones en planes pospago y por legalizaciones de Kits Prepago.
- (ii) Declarar, en consecuencia, que todos los demás asuntos que son objeto de la presente Litis no fueron objeto de transacción.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: En caso de que se niegue prosperidad a la anterior pretensión denominada PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SEXTA LITERAL D, en subsidio se solicita declarar, con fundamento en el artículo 2475 del C.C. y en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luíís Armando Tolosa Villabonga (SIC), expediente: 3001-3103 004-2011- 00081-01, que la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, era renunciable únicamente desde la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, de tal manera que no resultan válidas aquellas transacciones celebradas entre las Partes antes de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE que hubiesen tenido por objeto la Prestación Mercantil.

J. DERECHO DE RETENCIÓN Y PRETENSIONES FINALES

28. VIGÉSIMA OCTAVA: Se solicita:

a) Declarar, con fundamento en el Artículo 1326 CCO, que LA DEMANDANTE tiene el derecho de retención y privilegio sobre los bienes y valores de COMCEL que se hallaban en su poder o a su disposición al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

b) Declarar que LA DEMANDANTE, sobre los bienes y valores que resulten probados, ejerció válidamente el derecho de retención que la ley le otorga.

29. VIGÉSIMA NOVENA: Declarar, con fundamento en los artículos 1609 CC y 1326 CCO, que mientras COMCEL no le pague a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil y mientras persista el derecho de retención en cabeza de LA DEMANDANTE, sobre los dineros retenidos por esta última, incluidos los valores que pasaron de ser cuentas por pagar a ser valores retenidos, no se han causado ni se causarán intereses moratorios.

30. TRIGÉSIMA: Declarar, con fundamento en los artículos 1326 CCO y 310 CGP, que COMCEL únicamente podrá solicitar la entrega de los bienes y valores retenidos por LA DEMANDANTE cuando presente el comprobante de haber pagado el valor completo de las indemnizaciones a que sea condenada en el presente proceso.

31. TRIGÉSIMA PRIMERA: Ordenarle a COMCEL que, a contra entrega de los bienes y valores retenidos por LA DEMANDANTE, cancele la HIPOTECA.

32. TRIGÉSIMA SEGUNDA: Ordenarle a COMCEL la destrucción de todo título valor suscrito por LA DEMANDANTE y/o por sus socios y/o administradores, con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente al CONTRATO SUB IÚDICE.

33. TRIGÉSIMA TERCERA: De conformidad con lo establecido en el Artículos 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y en armonía con la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada por el apoderado de LA DEMANDANTE, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas resultantes a favor de LA DEMANDANTE.

34. TRIGÉSIMA CUARTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE las costas procesales, incluidos los honorarios del perito que realizó el dictamen pericial de parte que LA DEMANDANTE aportó en el presente proceso.

En lo pertinente, como sustento de tales pretensiones, planteó estos

HECHOS

Inicia resaltando los generales de ley y de mercado de las partes en contienda (*hechos 1 a 14 y 25 a 27*), precisando respecto de la ruptura del equilibrio económico del CONTRATO SUB IÚDICE que: [...]

15. Mediante escritura pública 3799 de diciembre 21 de 2004 de la notaría 25, se formalizaron los acuerdos de fusión con absorción celebrados entre COMCEL (absorbente) y OCCEL SA y CELCARIBE SA (absorbidas), acto que se inscribió en diciembre 27 de 2004 en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

16. En virtud de los referidos actos de fusión, COMCEL asumió los derechos y obligaciones de OCCEL SA y CELCARIBE SA y, entre otras consecuencias, sumó a su clientela los otrora suscriptores de estas últimas y desde entonces, COMCEL presta directamente los servicios de telefonía móvil celular en las tres áreas en las que se dividió el territorio nacional bajo el

régimen de la ley 37: Oriental, Occidental y Costa.

ARTÍCULO 172 CCO. FUSIÓN DE LA SOCIEDAD-CONCEPTO. Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

17. Entre 2004 y 2017, la penetración del mercado (v. gr. la proporción entre el número de líneas celulares activas y el número de habitantes del país) por una parte, y la participación de COMCEL en este mercado, su cantidad de suscriptores y sus ingresos operacionales, por la otra, fueron los siguientes:

AÑO	% PENETRACIÓN DEL MERCADO CELULAR	% PARTICIPACIÓN DE COMCEL EN EL MERCADO	NÚMERO DE SUSCRIPTORES DE COMCEL	INGRESOS OPERACIONALES DE COMCEL
2017	¿?	48.91% (*)	29.224.927	¿?
2016	120.4%	49.34%	28.953.884	\$8.049.653.000.000
2015	118.9%	52.46%	28.973.124	\$8.669.934.203.000
2014	116.1%	54.66%	29.775.739	\$8.953.628.062.000
2013	106.7%	58.32%	28.977.299	\$8.378.464.593.000
2012	105.3%	61.52%	30.371.083	\$7.747.563.524.000
2011	100,3%	65.34%	28.818.791	\$7.055.871.602.000
2010	97.7%	65.98%	29.264.339	\$6.270.009.238.000
2009	91.5%	67.24%	27.673.546	\$5.388.371.079.000
2008	92%	66.2%	27.389.566	\$5.810.675.636.000
2007	79.6%	65.8%	22.334.510	\$5.520.968.733.000
2006	69.8%	64.27%	19.521.262	\$4.588.407.345.000
2005	47.5%	62.9%	13.774.657	\$3.277.813.000.000
2004	22.8%	55.9%	10.400.578	\$1.937.760.000.000

(*) Boletín MINTIC. Datos del II trimestre de 2017.

18. Como COMCEL misma lo admite, su participación de mercado y los consecuentes ingresos operacionales que ha obtenido, han provenido mayoritariamente del esfuerzo hecho por los miembros de su red de Agentes/Distribuidores, entre los cuales se hallaba LA DEMANDANTE:

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 OCEL 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 incremento del 67% con respecto al año anterior, así como una fuerza de ventas de 9.400 profesionales al final del año 2002.

(Informe anual COMCEL de 2002, página 25)

¿Por qué es importante para nosotros?

64-12 | En Claro somos conscientes de que el impacto generado por la organización trasciende los límites de esta y comprende aquel que se genera a lo largo de nuestra cadena de valor. Por esta razón, nuestros principios de sostenibilidad se aplican a nuestros proveedores, aliados y distribuidores desde la planeación, la selección, la programación de las compras y de la distribución, el procesamiento de órdenes, el control de inventarios, el transporte, el almacenamiento, el servicio al cliente y durante los procesos de contratación e intercambio. Lo anterior adquiere mayor relevancia para nosotros, al tener en cuenta que nuestra red de distribución aporta el 70 % de participación de ventas de la empresa. Lo que demuestra, además, la importancia que la cadena tiene ante los clientes y en la generación de empleo.

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2015, página 65)

Canal de Distribución

El canal de distribución aporta el 70 % de ventas de la empresa, siendo el más representativo en la comercialización de productos del Segmento Personas. A través de este canal nos acercamos más a nuestros clientes, con presencia en 19.206 puntos de venta en 1.004 ciudades, municipios y/o poblaciones a nivel nacional.

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2016, página 63)

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.

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2014, página 60)

19. Entre 2002 y 2017, la participación de la red de agentes/distribuidores en el porcentaje de ventas de COMCEL, bajó del 93% al 70%. Esto se explica, entre otros, por los siguientes motivos:

a) Establecimientos propios de COMCEL (CAC): COMCEL, a través de los años, ha abierto sus propios establecimientos de comercio para la atención directa de sus clientes. Estos establecimientos se denominan CAC (Centro de Atención de Clientes). Entre 2002 y 2016, COMCEL pasó de tener 12 CAC a tener 70 (un incremento cercano al 600%).

COMCEL CONSOLIDADO también ofrece el servicio de atención personalizado con 159 consultores a través 12 Centros de Atención a Clientes (CAC's) localizados en Bogotá (4), Bucaramanga (1), Cali (2), Medellín (2), Manizales (1), Armenia (1), Pereira

(Informe anual COMCEL de 2002, página 15)

Centros de Atención y Ventas CAV

En Claro ofrecemos atención personalizada a nuestros clientes a través de 125 Centros de Atención y Ventas CAV, 55 para la operación fija y 70 para la operación móvil, cubriendo todo el territorio nacional para brindar la mejor experiencia de servicio a nuestros clientes. Estos centros se caracterizan por contar con procesos automatizados que agilizan y simplifican procedimientos y complementan la calidez de nuestros colaboradores.

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2016, página 24)

b) Área de Corporativo y Gobierno de COMCEL: En 2004, COMCEL, implementó el Esquema Sinergia, a través del que, con sus propios funcionarios, empezó a intervenir en la activación de planes corporativos que incluían más de 10 líneas postpago. En la circular GSD-2004-457823 del 19 de abril de 2004 se lee:

A partir de la fecha, COMCEL pone a disposición de los distribuidores su fuerza de ventas Corporativa para facilitar el cierre de negocios corporativos de una manera ágil y eficiente. El Plan Sinergia aplica para aquellos Clientes Corporativos que presente el Distribuidor a COMCEL, interesados en adquirir 10 o más líneas en Postpago y que con la colaboración y aprobación de COMCEL, se logre el cierre del respectivo negocio. (...) Adicionalmente, cada venta deberá contar con la respectiva autorización escrita (o vía mail) de acuerdo a los niveles de autorización definidos en el presente documento. Si el Distribuidor realiza una venta que no haya sido previamente autorizada, no tendrá derecho al pago de comisión y se le descontará el valor de los equipos a precio de mercado.

Lo dicho en la referida comunicación se confirma posteriormente, en los informes de sostenibilidad de COMCEL de 2014, 2015 y 2016:

Corporativo y Gobierno

Entendemos las necesidades de nuestros clientes de este segmento y por eso asignamos un consultor específico para atender todas las solicitudes de servicio posventa de los clientes segmentados como Corporativo y Gobierno; es decir, a una empresa siempre la atenderá el mismo consultor. Además, ofrecemos nuestro Portal Corporativo como herramienta de autoservicio o comunicación escrita entre la empresa y el consultor asignado. También ofrecemos comunicación a través de correo electrónico y un Contact Center especializado para atención corporativa con atención 7x24.

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2014, página 43)

c) Canal Mayorista: COMCEL abrió el canal mayorista, integrado principalmente, por Grandes Superficies y otros establecimientos de terceros (p.e. tenderos) que no pertenecen a su red de agentes/distribuidores, canal que desde 2015, representa el 45% de los ingresos de COMCEL.

Canal Mayorista

El canal mayorista representa el 45 % de los ingresos de la Compañía, siendo el segundo en relevancia, el objetivo de este canal es lograr abastecer la mayor cantidad de puntos de venta del canal tradicional, para que nuestro cliente consiga la recarga fácilmente.

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2016, página 63)

Indicadores de gestión canal mayorista		
Detalle	2015	2016
Número total de mayoristas directos	94	106
Número de distribuidores aliados	123.024	108.044

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2016, página 66)

Canal mayorista	Llegamos a más de 108.000 puntos de venta del canal tradicional con 106 mayoristas y más de 300 distribuidores en más de 90 puntos directos.
Este canal cuenta con unos indicadores tales como venta de tiempo al aire, recargas y consumo prepago, venta de SIM Card. Permanentemente estamos buscando mejorar la distribución del producto, la disminución de agotados y ampliar el portafolio.	

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2016, página 65)

d) Pagos on-line e e-commerce: COMCEL viene desarrollado y ampliando las plataformas tecnológicas que le permiten a sus clientes hacer pagos on-line, como también adquirir a través del e-commerce los productos y servicios de COMCEL.

Estrategia digital	
Retos en innovación 2017 [estrategia digital]	
Retos	Descripción
Incrementar 300 % las ventas e-commerce	Implementación nueva plataforma e-commerce (todo online convergente).
Incremento del 200 % en transacciones, pagos y recargas a través del portal	Implementación del nuevo portal administración de pago (recargas, pago de facturas y paquetes).

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2016, página 56)

20. COMCEL, por otra parte, ha venido incrementando el número de empresarios que hacen parte de su red de agentes/distribuidores, así: En 2013 tenía 170 agentes/distribuidores, en 2014 tenía 201, en 2015 tenía 290 y, en 2016, cerró con 326.

 ¿Que hicimos en 2014?
Distribuidores
<ul style="list-style-type: none"> Iniciamos con 170 distribuidores directos, y al finalizar el año llegamos a 201 distribuidores DAC [Distribuidor Autorizado Claro], lo cual indica un crecimiento del 18 %, dos puntos por encima con respecto al año 2013; este músculo comercial genera aproximadamente unos 6.400 empleos directos y unos 23.800 empleos indirectos.

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2014, página 62)

DISTRIBUIDORES	2014	2015
Número total de distribuidores directos	201	290

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2015, página 68)

Detalle	2015	2016
Número total de distribuidores directos	290	326

(Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2016, página 67)

21. Como se alegó en un hecho anterior, la red de agentes/distribuidores de COMCEL, en 2002, generaba el 93% de los ingresos de COMCEL y, para el año 2014, este porcentaje ya había bajado al 70%. Con cierre a 2016, COMCEL superó la barrera de los 320 distribuidores, de tal manera que un periodo inferior a cinco (5) años, COMCEL duplicó el número de Agentes/Distribuidores que atienden poco menos del 70% de sus ventas en el mercado.

22. Al contrastar el número de agentes/distribuidores de COMCEL a través del tiempo con la participación de COMCEL en el mercado y con el número de suscriptores activos que atiende

la red (70%), se tiene: En los últimos cinco años, el promedio de suscriptores bajó de 170.455 a 85.956 suscriptores por agente, lo que representa una reducción del 51%.

AÑO	% PARTICIPACIÓN DE COMCEL EN EL MERCADO	NÚMERO DE SUSCRIPTORES DE COMCEL	NÚMERO DE AGENTES	PROMEDIO DE SUSCRIPTORES POR AGENTE
2017	48.91%	29.224.927	350	83.500
2016	49.34%	28.953.884	326	88.816
2015	52.46%	28.973.124	290	99.907
2014	54.66%	29.775.739	201	148.138
2013	58.32%	28.977.299	170	170.455

23. A las decisiones de COMCEL de (i) incrementar anualmente el número de CAC (puntos directos), (ii) asumir directamente la venta de planes corporativos y gobierno, (iii) abrir el canal mayorista e (iv) incrementar el número de miembros de su red de agentes/distribuidores, se le suman los incumplimientos y abusos contractuales que le son imputables (estos incumplimientos y abusos serán materia de hechos posteriores).

24. Las decisiones empresariales de COMCEL, y especialmente sus incumplimientos y abusos contractuales, llevaron a la ruptura del equilibrio económico del CONTRATO SUB IÚDICE y a la consecuente inviabilidad financiera de la empresa que LA DEMANDANTE organizó con el único propósito de ejecutarlo. LA DEMANDANTE, entonces, se vio en la imperiosa necesidad de terminar el CONTRATO SUB IÚDICE por justa causa provocada por COMCEL.

[...]

En cuanto a la existencia del contrato objeto de esta acción de agencia comercial, resalta:

1. Causa petendi de las pretensiones PRIMERA y SEGUNDA.

Respecto de la relación jurídica patrimonial sub iúdice:

28. El 13 DE ENERO DE 2009, COMCEL y LA DEMANDANTE suscribieron el CONTRATO SUB IÚDICE. El 21 de diciembre de 2004, en virtud del acto de fusión con absorción celebrado entre COMCEL y OCCEL SA y CELCARIBE SA, COMCEL asumió los derechos y obligaciones del operador contratante.

En cuanto a que El CONTRATO fue de adhesión respecto de LA DEMANDANTE:

29. El CONTRATO SUB IÚDICE corresponde con el modelo contractual que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores, y también para ser suscritos por los miembros de la red de agentes/distribuidores de OCCEL y COMCEL.

30. En octubre 2 de 1998, COMCEL y OCCEL SA suscribieron un acuerdo de administración, retroactivo al 1 de julio de 1998, en virtud del que, desde julio 1 de 1986 y hasta que se formalizó la fusión entre las dos compañías, COMCEL manejó los negocio de OCCEL SA.

31. El 12 de febrero de 2003, COMCEL adquirió el 93.37% de las acciones de OCCEL. Al respecto, en el informe anual de COMCEL del año 2002 se lee:

El 24 de diciembre de 2002, Comunicación Celular S.A. – Comcel firmó un contrato, sujeto a condiciones precedentes, para la compra de Celcaribe. Esta operación fue garantizada por América Móvil S.A. de C.V. El 12 de febrero de 2003 Comcel S.A. adquirió 511,925,913 acciones de la Empresa Regional de Comunicaciones de la Costa Atlántica S.A. “Celcaribe”, equivalentes al 93.37% del total de las acciones en circulación.

32. En desarrollo del acuerdo de administración celebrado con OCCEL SA, y en virtud de la

adquisición del 93.37% de las acciones de CELCARIBE SA, estas compañías, incluso antes de que se perfeccionara la fusión con COMCEL, empezaron a utilizar el modelo contractual que COMCEL creó en 1995 y que extendió para su propia red de agentes distribuidores.

33. EL CONTRATO SUB IÚDICE, respecto de LA DEMANDANTE fue de adhesión, lo que se infiere cuando aquel se compara con los demás contratos que COMCEL extendió para su red de agentes/distribuidores y también para la red de agentes/distribuidores de OCCEL y COMCEL.

2. Causa petendi de las pretensiones TERCERA A SEXTA.

Sobre los elementos esenciales del CONTRATO SUB IÚDICE:

34. Como consecuencia de la celebración y ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, LA DEMANDANTE, como parte de la red de agentes/distribuidores de COMCEL y como comerciante independiente, asumió de manera estable, en los puntos autorizados, a cambio de una remuneración y actuando por cuenta de COMCEL, el encargo de promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC) que constituyen el negocio de esta última.

Fundamentos especiales de derecho: El CONTRATO SUB IÚDICE reúne los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial. La mayoría de estos elementos se hallan en la definición del Art. 1317 CCO: "Art. 1317 CCO: Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se

denomina genéricamente agente." El elemento esencial "actuación del agente por cuenta del empresario agenciado" no se extrae directamente del Art. 1317 CCO, tampoco la remuneración que el principal le paga al agente; ambos elementos se deducen de la intención del legislador (Exposición de motivos del CCO) y de la interpretación sistemática de las normas que regulan este tipo contractual.

En cuanto a la calidad de las partes, resalta que ambas están inscritas en el registro mercantil que lleva la cámara de comercio, por lo que son comerciantes; además precisa que, la sociedad aquí demandante es independiente de la demandada pues no cuenta con subordinación, no es filial, subsidiaria y no hace parte de su grupo empresarial (*hechos 35 a 42*) [...]

Arguye en cuanto a la estabilidad o permanencia contractual que:

43. En la cláusula quinta del CONTRATO SUB IÚDICE se estableció, en los siguientes términos, la vigencia de la relación jurídica patrimonial sub iúdice:

"5. Vigencia del Contrato. 5.1. La Vigencia Inicial de este Contrato comenzará en la fecha escrita al comienzo de este contrato de distribución y continuará con plena vigencia y efecto durante doce (12) meses, sujeto a terminación anticipada según se estipula en la Cláusula 15 de este Contrato de Distribución. De allí en adelante, este Contrato será renovado automáticamente, pero únicamente continuará vigente por periodos mensuales hasta cuando sea renovado según el numeral 5.2 de esta cláusula o hasta cuando alguna de las partes entregue a la otra aviso escrito de terminación, por lo menos con 15 días comunes de anticipación a la fecha del vencimiento del correspondiente periodo mensual".

44. El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó de manera estable y permanente desde el 13 DE ENERO DE 2009 hasta la 13 DE ABRIL DE 2018.

45. Durante la vigencia del CONTRATO SUB IÚDICE, LA DEMANDANTE ejecutó, de manera estable y permanente, el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL. Así se infiere, entre otros, de los siguientes documentos aportados por LA DEMANDANTE: (i) Los certificados de retención en la fuente que COMCEL emitió, que dan cuenta de la remuneración periódica y permanente que le pagó a LA DEMANDANTE. (ii) Las cartas de comisiones que COMCEL le envió periódicamente a LA DEMANDANTE, las cuales dan cuenta de una relación estable.

Fundamentos especiales de derecho: (i) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01: "Lo que caracteriza el vínculo en una Agencia Comercial es) Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales."

Resalta el encargo de Promover y Explotar los negocios de COMCEL así:

46. Para abarcar a plenitud el elemento esencial sub examine, aborda estas CUESTIONES:

- PRIMERA: EL QUE LA DEMANDANTE asumió el encargo de promocionar y explotar ¿QUÉ?
- SEGUNDA: EL CÓMO. LA DEMANDANTE asumió el encargo de promocionar y explotar el negocio de COMCEL, ¿CÓMO?
- TERCERA: DÓNDE. LA DEMANDANTE asumió el encargo de promocionar y explotar el negocio de COMCEL, ¿DÓNDE?

47. **PRIMERA: Promocionar y explotar ¿QUÉ?** LA DEMANDANTE asumió el encargo de promocionar y explotar el negocio de COMCEL.

48. El negocio de COMCEL consiste en: (i) La prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones. (ii) La venta de equipos terminales (teléfonos celulares, sim cards, etcétera) que se comercializan atados a los susodichos servicios de telecomunicaciones y sin los cuales estos no se pueden prestar. Así se infiere de su objeto social y de las definiciones mismas que COMCEL extendió en el CONTRATO SUB IÚDICE:

Objeto Social de COMCEL: "La prestación y comercialización de servicios de comunicaciones, tales como los servicios de telefonía móvil, móvil celular, valor agregado, telemático, portadores y demás."

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

1.14. "Producto del 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.

49. Los ingresos operacionales de COMCEL, en efecto, provienen de los aspectos señalados en el hecho anterior, así se infiere, entre otros, de los informes anuales de COMCEL de los años 2002 a 2015 (las siguientes cifras están en miles):

	2015	2014
INGRESOS DE OPERACIÓN		
Servicio de voz (Nota 28)	\$ 3,866,777,049	\$ 4,985,254,066
Servicio de datos	2,431,867,210	2,033,320,394
Venta de equipos telefónicos, tarjetas, accesorios y otros	3,252,523,196	1,844,458,200
Otros servicios	98,766,742	90,595,402
	<u>8,689,934,203</u>	<u>8,953,628,062</u>

	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	<u>8,378,464,593</u>	<u>7,747,563,524</u>

	2011	2010
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 20)	\$ 6,213,811,921	\$ 5,633,688,384
Venta de equipos telefónicos	842,059,681	636,320,854
Total ingresos	<u>7,055,871,602</u>	<u>6,270,009,238</u>

	2009	2008
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 20)	\$ 5,388,371,079	\$ 5,190,500,826
Venta de equipos telefónicos	260,809,241	620,314,919
Total ingresos	<u>5,649,180,320</u>	<u>5,810,815,745</u>

	2007	2006
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 20)	\$ 4,844,844,219	\$ 4,015,614,185
Venta de equipos telefónicos	626,134,514	573,793,160
Total ingresos	<u>5,470,978,733</u>	<u>4,589,407,345</u>

	2005	2004
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 21)	\$ 2,705,121,061	\$ 1,612,594,928
Venta de equipos telefónicos	573,692,351	325,165,191
Total ingresos	3,277,813,412	1,937,760,119

	2003	2002
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 19)	\$ 800,127,369	\$ 604,181,514
Venta de equipos telefónicos	57,268,429	41,718,677
Otros	49,152,615	48,521,402
Total ingresos	906,548,413	694,421,593

(Comcel, Informes Anuales 2003, 2005, 2007, 2009, 2011, 2013 y 2015).

50. COMCEL ofrece sus servicios de telecomunicaciones de voz a través de los planes "postpago" y los planes "prepago":

- En los planes postpago, el suscriptor recibe una factura mensual expedida por COMCEL, la cual refleja los cargos y consumos de tiempo al aire que se causaron durante el respectivo mes.
- En los planes prepago, el suscriptor no recibe facturas mensuales y debe prepagar, mediante la recarga de minutos, el tiempo al aire que consumirá en adelante. Los planes prepago, a su vez, se dividen en dos sub-grupos: (i) Kits Prepago: Se le entrega al cliente un equipo terminal y una sim card debidamente activada en la red celular de COMCEL, y se le incluye una carga inicial de tiempo al aire. (ii) Sim Card: El cliente trae su propio equipo terminal y se le entrega únicamente una sim card debidamente activada en la red celular de COMCEL.

51. **SEGUNDA: Promocionar y explotar ¿CÓMO?** El encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL que LA DEMANDANTE ejecutó, abarcó tres aspectos fundamentales: (i) Actividades de promoción y explotación en la activación/legalización de planes: Consecución de suscriptores y abonados que se vinculen con COMCEL mediante la suscripción de contrato de prestación de los Servicios de Telefonía Móvil Celular. (ii) Actividades de explotación mediante el recaudo: Prestación de servicios de recaudo a los clientes de COMCEL en los CPS (Centro de Pagos y Servicios) de LA DEMANDANTE.

52. Consecución de suscriptores y abonados:

En la cláusula 3 del CONTRATO SUB IÚDICE se estableció:

En virtud de este contrato, COMCEL, concede a DIGIMOVIL S.A. como DISTRIBUIDOR (CV) COMCEL, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización...

EL CONTRATO SUB IÚDICE definió así los subsiguientes conceptos:

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de telefonía móvil celular mediante un contrato celebrado con COMCEL y permanezca con ésta por un término mínimo de doce (12) meses contados desde la activación.

1.14 "Producto de Abonado" significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio **bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.**

1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa **el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados** en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.

1.15 "Establecimiento" significa cada uno de los establecimientos de comercio, locales, centros o puntos de venta ubicados en inmuebles, que destine EL DISTRIBUIDOR para el desarrollo de este contrato de distribución.

LA DEMANDANTE, a través de sus “establecimientos”, promocionó y explotó los “servicios” de COMCEL. Los actos de promoción estuvieron encaminados a la consecución de personas que fungieran como “abonados” y suscriptores de los servicios de telecomunicaciones de COMCEL.

Los actos de explotación se perfeccionaron a partir del momento en el que estas personas se vincularon con COMCEL mediante la suscripción de “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular” (pasaron a ser clientes de COMCEL).

a) Encargo de Promover:

En la cláusula 6 del CONTRATO SUB IÚDICE se estableció:

6. Deberes y Obligaciones de COMCEL. En ejecución de este Contrato, COMCEL, podrá: (...) 6.4 Poner a disposición de EL DISTRIBUIDOR, programas de promoción para ayudar a EL DISTRIBUIDOR, en la generación de activaciones del Servicio. Estos programas serán ofrecidos y retirados del mercado a discreción exclusiva de COMCEL.

En contracara, en la cláusula 7 ibídem se pactó:

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. Además de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes: (...) 7.2 EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del SERVICIO; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de distribuidor. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

Fundamentos especiales de derecho: ART. 1321 CCO: “El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.”

7.10.3 EL DISTRIBUIDOR se obliga a participar en todas las promociones que COMCEL ofrezca al público, a observar estrictamente todos los términos y condiciones que se le comuniquen para cada una de estas promociones. EL DISTRIBUIDOR reconoce que las promociones que ofrezca COMCEL 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 tiene un efecto económico positivo para él.

7.11 EL DISTRIBUIDOR, se obliga a seguir los planes de ventas de productos y servicios, elaborados o fijados por COMCEL. EL DISTRIBUIDOR reconoce, que los planes de ventas elaborados por COMCEL constituyen un soporte de gran importancia, para que EL DISTRIBUIDOR obtenga un efecto positivo adicional en sus labores de ventas.

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

7.16 EL DISTRIBUIDOR acuerda exhibir, en forma permanente y visible en los centros o puntos de ventas y de servicios (CV y CVS) y canales de distribución autorizados, un aviso externo de distribuidor de COMCEL y avisos internos de EL DISTRIBUIDOR de COMCEL, ajustándose en todo a lo indicado en el Manual de Imagen Corporativa de COMCEL. En ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización de COMCEL, EL DISTRIBUIDOR no podrá colocar ningún aviso al lado o encima del de COMCEL.

LA DEMANDANTE, entonces, promocionó los “Servicios” de COMCEL en armonía con los programas e instrucciones de promoción que COMCEL le impartió, y en establecimientos identificados con los signos distintivos de COMCEL (Comcel y Claro).

b) Encargo de Explotar:

En el CONTRATO SUB IÚDICE se estableció:

1.8 “Valor de Activación”, significa el valor que COMCEL cobre a los Abonados como contraprestación para que esos Abonados tengan derecho a ingresar a la utilización del servicio.

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes: (...) 7.4 EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución. 7.5 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de estipular, conceder u otorgar condiciones distintas o adicionales a las establecidas por COMCEL para la prestación del servicio.

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de telefonía móvil celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

- c) **Resultados del cumplimiento del encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL:** En el Dash Board cuya aportación/exhibición se solicita, aparece el número de activaciones y legalizaciones que LA DEMANDANTE cumplió durante los últimos años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE.

53. **CPS (Centro de Pagos y Servicios):**

Mediante las CONVENCIONES CPS celebradas entre las partes, se modificó la cláusula 7.7. y/o 7.8. del CONTRATO SUB IÚDICE. A partir de entonces, LA DEMANDANTE empezó a operar también como un Centro de Pagos y Servicios (CPS). El contenido y alcance de esta función se explicó en las referidas convenciones, así:

CONSIDERANDO: (...) b). Que es intención de las partes intervinientes adicionar el alcance de la Cláusula 7.8. del contrato de distribución, mencionado, confiriendo a los distribuidores autorizados la facultad de actuar como Centros de Pago y Servicio de COMCEL S.A., recepcionando dineros que provengan de los usuarios y/o suscriptores por concepto de valores por consumo, al igual que para atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores.

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.8. del contrato de distribución deberá quedar así: Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, para actuar como Centro de Pagos y Servicios, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL. La consignación de los dineros recaudados deberá hacerse

diariamente y cada vez que se complete en caja la cantidad de tres millones de pesos \$3.000.000 en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE RECAUDO EN CAJA DE DISTRIBUIDORES o en la que indique COMCEL. Igualmente EL DISTRIBUIDOR está en la facultad de atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores, de acuerdo con los procedimientos establecidos a través de las herramientas tecnológicas proporcionadas por COMCEL. (...) 7.8.1.5. La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas la suma señalada en el Manual de Recaudo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

54. **TERCERA: Promocionar y explotar ¿DÓNDE?** LA DEMANDANTE ejecutó el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL en el ÁREA OCCIDENTE y, dentro de esta, en los puntos (establecimientos) que le AUTORIZÓ expresamente COMCEL. En la siguiente sección se analizará esta cuestión, la cual, además, constituye un elemento esencial del contrato de Agencia Comercial.

Pone en conocimiento en cuanto a la Zona Prefijada que:

55. Como se anticipó, bajo el régimen de la ley 37 de 1993, y para efectos de la prestación del servicio de telefonía móvil celular, el territorio nacional se dividió en tres (3) áreas: La Oriental, la Occidental y la Costa Atlántica.

56. A partir de la fusión celebrada entre COMCEL y OCCEL SA y CELCARIBE SA, COMCEL ofrece sus servicios de telefonía móvil celular en las áreas Oriental (Comcel), Occidental (antes OCCEL) y Costa (antes CELCARIBE).

57. El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó en el ÁREA OCCIDENTE.

58. En el ÁREA OCCIDENTE, LA DEMANDANTE solo podía abrir establecimientos y puntos de venta en los puntos que COMCEL le autorizaba previamente; así se estableció en el CONTRATO SUB IÚDICE:

7.2 EL DISTRIBUIDOR... en todo caso requerirá de la previa autorización escrita... para la apertura de agencias o sucursales, puntos de ventas, locales, establecimientos comerciales, etc., o para trasladar cualquier parte de su negocio a un sitio o local distinto del autorizado. COMCEL, se reserva el derecho a autorizar estos aspectos.

59. Al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, LA DEMANDANTE venía ejecutando el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL en los siguientes puntos, los cuales fueron puestos a completa disposición de COMCEL por parte de LA DEMANDANTE en la comunicación de preaviso de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE:

	CIUDAD	DIRECCION	CPS	PUNTO C
1	MANIZALES	CRA 23 # 17 - 24	SI	NO
2	MANIZALES	CRA 23 # 54 A, ESQUINA	SI	NO
3	MANIZALES	CRA 23 # 64 B 33	SI	SI
4	QUINCHIA	CRA 7 # 5 28	SI	NO
5	LA DORADA	CC DORADA PLAZA	NO	NO
6	ANSERMA	PLAZA P ANSERMA – CRA 4 # 7 - 14	NO	NO
7	PEREIRA	CRA 25 # 69 19 CUBA LOCAL 1	SI	SI
8	ARMENIA	CC PORTAL DEL QUINDÍO, AV BOLIVAR 19 NORTE – 46 PISO 2 LOCAL 40	SI	SI

60. Conclusión: El CONTRATO SUB IÚDICE, entonces, se ejecutó en municipios que pertenecen al ÁREA OCCIDENTE, a través de los establecimientos y puntos que COMCEL autorizó.

COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.

61. Durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, LA DEMANDANTE 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. Los que se desarrollan a detalle en hechos 62 a 65.

En cuanto a que LA DEMANDANTE actuó por cuenta de COMCEL.

66. LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica, no pudo, por su cuenta, ofrecer ni prestar el servicio público de telefonía móvil celular (STMC): Como se anticipó en hechos anteriores.

COMCEL está legalmente autorizada para ofrecer, comercializar y prestar el servicio público de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia. LA DEMANDANTE, en cambio, por ausencia de un contrato de concesión (Ley 37) o de una autorización general (Ley 1341), no pudo ofrecer ni prestar directamente el servicio público de telefonía móvil celular (STMC) y, en consecuencia, no pudo, por su cuenta, promocionar y comercializar tal servicio.

67. Los efectos económicos asociados con la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, los positivos y los negativos, se reflejaron, principalmente, en el patrimonio de COMCEL.

Fundamentos especiales de derecho: (i) [Sentencia de julio 26 de 2016. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-31-03-012-1999-00311-01. Páginas 28 y 29:](#) "Ninguna duda queda, pues, de que son elementos estructurales de toda agencia comercial, en primer lugar, que el comerciante intermediario actúe por cuenta ajena, esto es, del empresario que le efectúa el encargo, premisa de la que se sigue que todos los efectos económicos que se deriven de la gestión realizada por aquél, positivos y negativos, deben trasladarse al último y, por ende, reflejarse en su patrimonio." (ii) [Sentencia de junio 24 de 2012. Sala de Casación Civil. Expediente 1998-21524-01:](#) "(...) los efectos económicos de esa gestión (de agencia) repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente», de tal modo que «el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado". (iii) [Laudo Arbitral de febrero 23 de 2007. Tribunal de Arbitraje de PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL S.A. Página 60:](#) "Para el Tribunal son dos, específicamente, los criterios determinantes para la configuración del concepto que se comenta -actuación por cuenta del empresario agenciado-: (i) la atribución patrimonial de una determinada actuación, y, consecuente con la anterior, (ii) la identificación de quién ha de soportar los riesgos, o reportar las ventajas de una específica actuación jurídica."

68. Principal efecto positivo que repercutió en el patrimonio de COMCEL: (i) COMCEL estableció las tarifas que LA DEMANDANTE debía ofrecerle al público, (ii) fue la parte que quedó contractualmente vinculada con los abonados y suscriptores que LA DEMANDANTE

gestionó bajo su encargo, y (iii) fue la parte que percibió los dineros que aquellos pagaron en contraprestación por los productos y servicios de telecomunicaciones contratados.

Al respecto, en el CONTRATO SUB IÚDICE se estableció:

1.16 "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" significa el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus Abonados en el que se definen los derechos y obligaciones de COMCEL y de sus Abonados, para la prestación y utilización del servicio.

7.5 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de estipular, conceder u otorgar condiciones distintas o adicionales a las establecidas por COMCEL para la prestación del servicio.

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

1.4 "Cargo Fijo Mensual" significa el cargo que paga mensualmente el Abonado por el derecho al uso del servicio público de telefonía móvil celular, independientemente del cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso o por cualquier otra utilización de servicios por el Abonado.

1.6 Cargos Mensuales de Uso" significa el cargo que COMCEL cobre a sus Abonados para cada Producto de Abonado, por cada minuto o fracción de minuto de tiempo de conversación en que incurra el usuario del Producto.

1.8 "Valor de Activación", significa el valor que COMCEL cobre a los Abonados como contraprestación para que esos Abonados tengan derecho a ingresar a la utilización del servicio.

7.4 EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

7.8 EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, firma que se comprobará con el recibo de caja. EL DISTRIBUIDOR, entregará a COMCEL en las instalaciones de ésta última, los originales de los comprobantes de consignación en las cuentas de COMCEL, a más tardar el segundo día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, firma que se comprobará con el recibo de caja.

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL y, EL DISTRIBUIDOR, no podrá en forma ninguna distraerlos ni desviarlos, so pena de incurrir por este hecho en la penal pecuniaria más alta pactada en este contrato, sin desmedro de la indemnización ordinaria de perjuicios.

En contraste, durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUBIÚDICE, LA DEMANDANTE percibió la remuneración (comisiones) y los márgenes remuneratorios establecidos por COMCEL.

69. Efectos negativos: Asunción de riesgos: COMCEL fue la parte que asumió directamente los riesgos de (i) liquidez, (ii) de fluctuación en las tasas de interés y de cambio y (iii) de crédito (cartera) asociados con la promoción, comercialización y operación de los servicios de telefonía móvil celular. Al respecto, en el informe anual de 2015 de COMCEL se sostuvo:

*10. OBJETIVOS Y POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RIESGOS. Los principales riesgos financieros a que está expuesta la Compañía son: (i) riesgo de liquidez, (ii) ... riesgo de fluctuación en los tipos de cambio de moneda extranjera y riesgos de tasas de interés y (iii) riesgo de crédito. La Junta Directiva aprueba las políticas que le son presentadas por la administración de la Compañía para manejar estos riesgos que se resumen a continuación, (...) (iii) Riesgo de crédito: El riesgo de crédito representa la pérdida que sería reconocida en caso de que las contrapartes no cumplieran de manera integral las obligaciones contratadas. Los instrumentos financieros que potencialmente ocasionarían concentraciones de riesgo crediticio son el efectivo y depósitos a corto plazo, cuentas por cobrar a clientes e instrumentos financieros de deuda. La política de la Compañía está diseñada para no limitar su exposición a una sola institución financiera, por lo que sus instrumentos financieros se mantienen con distintas instituciones financieras, las cuales se localizan en diferentes regiones del país. El

riesgo crediticio en cuentas por cobrar está diversificado, debido a la base de clientes y su dispersión geográfica. La Compañía continuamente realiza evaluaciones de las condiciones crediticias de sus clientes, para garantizar su recuperabilidad. La Compañía monitorea mensualmente el ciclo de cobranza para evitar un deterioro en sus resultados de operación. Una parte de los excedentes de efectivo se invierte en depósitos a plazo en instituciones financieras con altas calificaciones crediticias. Concentración de riesgo: Durante los ejercicios de 2013, 2014 y 2015, del costo total de los equipos celulares de la Compañía el 46%, 31% y 48%, respectivamente representaron compras a dos proveedores, y el 54%, 63% y 59% de las compras de planta telefónica se efectuaron a dos fabricantes. Si alguno de estos proveedores o fabricantes dejara de proporcionar el equipo y los servicios necesarios a la Compañía, o proporcionarlos con oportunidad y a un costo razonable, el negocio de la Compañía y sus resultados de operación podrían verse adversamente afectados.

A título de ejemplo, durante 2014 y 2015 COMCEL registró en sus activos las siguientes cuentas por cobrar (cifras en miles):

	2015	2014
ACTIVO		
ACTIVO CORRIENTE:		
Efectivo y equivalentes de efectivo (Nota 11)	\$ 197,554,660	\$ 241,448,659
Deudores comerciales y otras cuentas por cobrar, neto (Nota 13)	1,152,078,881	977,261,623

(Comcel, Informe anual 2015)

De estas cuentas por cobrar, el 50% corresponde a deudas provenientes de sus suscriptores, lo que indica que fue COMCEL y no LA DEMANDANTE, la que asumió el riesgo de cartera proveniente de sus abonados y suscriptores (clientes). A la misma conclusión se llega luego de analizar las deudas no corrientes de COMCEL:

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

(Comcel, Informe anual 2015)

70. Efecto negativo: Asunción del riesgo operativo: Los riesgos operativos relativos al buen funcionamiento de la Red Física Celular de COMCEL, así como aquellos asociados al correcto funcionamiento de los equipos terminales que le son entregados al abonado o suscriptor por cuenta de COMCEL, son asumidos por esta última. Al respecto, en el CONTRATO SUB IÚDICE se pactó:

6. Deberes y Obligaciones de COMCEL. (...) 6.2 Realizar las actividades pertinentes para que la calidad técnica y operativa de los productos y de los servicios se ajusten a las condiciones señaladas por el Estado, por el fabricante y por COMCEL y, se provea a su cubrimiento según las mismas.

71. Efecto negativo: Asunción del riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias: Otro de los riesgos que asume COMCEL es el riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias. Al respecto, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), mediante resolución 2062 de 2009, constató que COMCEL tiene una posición dominante en el mercado de la telefonía móvil celular. A partir de esta constatación, la CRC ha emitido diversas resoluciones, entre ellas la 2066, 2067 y 2171 de 2009, la 2171 y 2172 de 2009 y las 4002 y 4050 de 2012, en las cuales ha establecido medidas regulatorias que han diezmando la participación de mercado de COMCEL. En la resolución 4002 de 2012. [...]

72. Efecto negativo: Asunción del riesgo de imposición de multas asociadas a las normas de promoción a la competencia: COMCEL, y no LA DEMANDANTE, asumió el riesgo de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) puede imponer con fundamento en decisiones que COMCEL tomó frente al mercado, aun cuando tales decisiones se ejecutaron a través de su red de agentes/distribuidores. [...]

73. Conclusión: LA DEMANDANTE promovió y explotó el negocio de COMCEL por cuenta de esta última.

En cuanto a que la clientela que LA DEMANDANTE gestionó es de COMCEL.

74. La gestión de la clientela del empresario agenciado, por parte del agente comercial, resulta ser un elemento complementario y útil para identificar la existencia de una Agencia Comercial. En este orden de ideas, si se demuestra que la clientela que LA DEMANDANTE gestionó le pertenece a COMCEL, se corrobora entonces que el CONTRATO SUB IÚDICE fue un típico negocio de Agencia Comercial, pues todas las actividades desarrolladas por Digomovil fue en pro de captar clientela en favor de Comcel. (*hechos 75 a 81*)

Ahora - Cláusulas antinómicas extendidas por COMCEL

82. COMCEL, como predisponente del CONTRATO SUB IÚDICE, extendió los siguientes textos:

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

15. Marcas: (...) las partes expresamente han excluido relación de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, (...)

Anexo F, numeral 4º: 4o. Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución (...) 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, (...).

83. Las disposiciones a que se refiere el hecho anterior, son estipulaciones contractuales antinómicas en relación con aquellas otras estipulaciones y actos contractuales que incorporaron los elementos esenciales de un típico y nominado negocio de Agencia Comercial.

Aproximación Constitucional

85. Los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron las controversias que fueron resueltas mediante los siguientes laudos arbitrales: (i) MELTEC SA Vs COMCEL: Laudo de febrero 4 de 2016. (ii) FASE COMUNICACIONES SAS Vs COMCEL: Laudo de julio 15 de 2015. (iii) SIMTEC SA Vs COMCEL: Laudo de noviembre 20 de 2014. (iv) ALJURE TELECOMUNICACIONES SA Vs COMCEL: Laudo de enero 31 de 2014. (v) CELLULAR PHONE EXPRES SA Vs COMCEL: Laudo de setiembre 6 de 2013. (vi) DISTRICEL SAS Vs COMCEL: Laudo de mayo 17 de 2013 [...]. Entre otros, en donde se debatió lo aquí dispuesto saliendo en favor de las demandantes (*ver hechos 88 a 90*)

91. Con fundamento en el derecho fundamental a la igualdad que le asiste, y a partir de la confianza legítima que la administración de justicia arbitral ha generado, LA DEMANDANTE tiene la legítima expectativa de que la administración de justicia declarará que el CONTRATO SUB IÚDICE es un típico y nominado agenciamiento comercial.

Concluye entonces que:

92. Entre COMCEL como agenciado, y LA DEMANDANTE como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídica patrimonial típica y nominada de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

Ahora, en cuanto a las pretensiones relativas a la inoperancia de ciertas cláusulas abusivas.

Trae a colación los hechos soporte de sus pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA.

93. LA DEMANDANTE organizó una empresa con el único propósito de ejecutar el CONTRATO SUB IÚDICE. Fue así como en el contrato se pactó una exclusividad absoluta a favor de COMCEL y en él se establecieron múltiples estipulaciones que obligaron a LA DEMANDANTE a organizar una empresa a la medida exigida por COMCEL, teniendo aquel derecho de control, inspección y *supervisión* (*hechos 96 a 98*) [...]

94. Prácticamente la totalidad de los ingresos operacionales de LA DEMANDANTE provino de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, y se clausuró la empresa por la terminación de este contrato (*hecho 95*).

De las cláusulas abusivas extendidas por COMCEL

99. COMCEL, como predisponente del CONTRATO SUB IÚDICE: (i) Denominó la relación jurídica patrimonial como un atípico negocio de distribución. (ii) Excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio. (iii) Impuso cláusulas de renuncia a las prestaciones e indemnizaciones en perjuicio de LA DEMANDANTE. (iv) Impuso cláusulas de indemnidad a su favor. (v) Impuso cláusulas que simulan el pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones. (vi) Impuso cláusulas que simulan un débito de LA DEMANDANTE que está llamado a compensarse con la Prestación Mercantil reclamada. (vii) Impuso cláusulas que impiden el derecho de retención por parte de LA DEMANDANTE. (viii) Impuso documentos bajo el título de Actas de Conciliación, Transacción y Compensación, los cuales no incorporaron mecanismos alternativos para la resolución de controversias, ni tampoco concesiones recíprocas. (ix) Extendió una cláusula de renovación mensual que, como la espada de Damocles, colgó siempre sobre LA DEMANDANTE. – lo anterior contenido en

clausulas 4, 5.1, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, anexos A, C y F del contrato y actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas (*ver hecho 100*)

Sobre la inoperancia de las cláusulas abusivas

101. Las cláusulas a que se refiere el hecho anterior extendidas por COMCEL, tuvieron por objeto y/o como efecto, (i) la elusión, minimización y/o renuncia, en perjuicio de LA DEMANDANTE, de las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de agencia comercial, y/o (ii) la exclusión de la responsabilidad civil de COMCEL, lo anterior, conforme a laudos arbitrales que allega y sentencias de la corte Suprema de Justicia, enfocado en las clausulas 4, 5.3, 17.2, 17.4, 15., 30 anexos A y F del contrato y actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas (*ver hechos 102 a 103*)

En cuanto a la prestación mercantil.

Fundamentan las pretensiones DÉCIMA, UNDÉCIMA, DUODÉCIMA y DÉCIMA TERCERA.

Prestación Mercantil

104. A la terminación de la relación jurídica patrimonial, LA DEMANDANTE tenía derecho a que COMCEL le pagara una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades causadas en los tres últimos años, por cada uno de vigencia de la relación jurídica patrimonial, conforme al inciso 1º del Artículo 1324 CCO, prestación incumplida (*hecho 105*).

Vigencia de la relación jurídica patrimonial sub iúdice.

106. El CONTRATO SUB IÚDICE se celebró el 13 DE ENERO DE 2009, finalizo en ABRIL 13 DE 2018, estando vigente la relación comercial por 9.25 años. (*hechos 107/108*) tiempo en que Comcel incumplió todas sus obligaciones mercantiles (*hechos 109/112*).

En cuanto a la inexistencia de pagos anticipados de la prestación mercantil.

Estos fundamentan las pretensiones DÉCIMA CUARTA, DÉCIMA QUINTA y DÉCIMA SEXTA.

Origen del 80/20, Dinámicas contables de COMCEL, conclusiones a partir de los libros de COMCEL, Ejecución práctica del negocio antinomia y conclusiones

Sobre el particular, refiere que en 2006 Comcel solicitó al señor Horacio Ayala Vela, informe sobre de donde surgió el concepto 80/20 que aduce se le aplico, resaltando además las dinámicas contables de COMCEL desde 1993 también a ellos aplicadas (*ver hechos 113 a 130*).

Precisa las anomalías evidenciadas a lo largo de la historia en los libros contables de COMCEL (*hechos 131/36*), fundamentada en los procesos contra ella impuestos, rayando en la buena fe comercial, concluyendo que:

145. A inciso 3 cláusula 30 y numeral 6 Anexo A del CONTRATO SUB IÚDICE, COMCEL extendió los siguientes textos contractuales:

Cláusula 30, inciso 3º del CONTRATO SUB IÚDICE: "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 6º del CONTRATO SUB IÚDICE: "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."

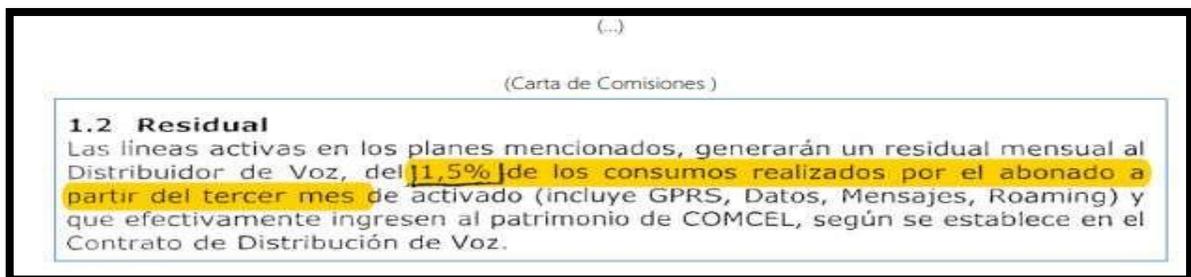
146. Al margen de la invalidez que merecen estas cláusulas por su carácter abusivo, incorporan una regla según la cual, parte de los dineros entregados a LA DEMANDANTE dejarían de ser comisiones remuneratorias, para trocar su naturaleza y convertirse en un todopoderoso pago de cualquier prestación, indemnización o bonificación que, por cualquier causa y concepto, se deba pagar al momento de la terminación del contrato.

Sobre los incumplimientos y abusos imputables a Comcel

Fundamentan las pretensiones DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA, DÉCIMA NOVENA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA PRIMERA y VIGÉSIMA SEGUNDA.

Comisión por residual.

149. El 29 de septiembre 2006, COMCEL le comunicó a su red de distribuidores/agentes que para el cálculo de la comisión por residual "solamente se tendrían en cuenta los consumos realizados a partir del tercer mes de activado el respectivo plan pospago." La misma regla se repitió en las demás "Cartas de Comisiones" que COMCEL le comunicó a LA DEMANDANTE.



150. Durante los últimos cinco años de ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iúdice (v. gr. durante los cinco años a que se refiere el Art. 1329 CCO), COMCEL excluyó los tres primeros meses durante los cuales ésta se causó. Este proceder le causó un daño a LA DEMANDANTE.

Sobre la comisión por legalización Prepago.

151. Durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, e independientemente de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por efectos de la inflación, COMCEL mantuvo la comisión por legalización de Kits Prepago en el mismo valor nominal de \$12.500, al punto que los gastos operacionales de LA DEMANDANTE se iban incrementando, como mínimo, en proporción a la variación en el Índice de Precios al Consumidor.

152. Teniendo en cuenta que los planes prepago representan más del 80% de las activaciones que se producen en la red celular de COMCEL, la decisión de mantener el mismo valor nominal de la comisión fue creando, con los años, un desequilibrio económico en el contrato a favor de COMCEL y en perjuicio de LA DEMANDANTE. En la página 12 del informe anual de COMCEL de 2015 se confirma que los abonados prepago representan el 80,16% de la participación total de abonados:

La participación de mercado de las compañías prestadoras de servicios móviles al segundo trimestre de 2015 fueron las siguientes:

Empresas	Participación de Mercado
Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.	52.46%
Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.	22.17%
Colombia Móvil S.A. E.S.P.	18.09%
Virgin Mobile S.A.S.	4.03%
Otros	3.24%

En cuanto a la participación de abonados, el 19.84 % pertenecen a postpago, mientras que los abonados prepago representan el 80.16 %.

153. En la circular 2015(sic)-GSDI01-S168428 de junio 17 de 2016, COMCEL le informó a su red de agentes/distribuidores de los cambios que a la postre se implementaron en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones por legalización de Kits Prepago. En esta circular se lee:

	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

154. En comunicación de julio 7 de 2016, COMCEL le informó a LA DEMANDANTE que las nuevas condiciones fueron implementadas a partir de junio 17 de 2016. En esta comunicación, así mismo, se informó:

Se pagará una bonificación equivalente al 30% del 100% de las cargas realizadas por la línea en los primeros 6 meses siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) 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. (ii) 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, Dedución y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo. En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta indicadas en los numerales (i) y (ii), No se pagará el porcentaje estipulado por las cargas que realice la línea en los primeros 6 meses.

(Carta de Comisiones de julio 7 de 2016)

155. El cambio de condiciones impuesto por COMCEL redujo los ingresos operacionales de LA DEMANDANTE y afectó el equilibrio económico del CONTRATO SUB IÚDICE.

Respecto de la Comisión por permanencia y buena venta

156. En noviembre 24 de 2009, COMCEL le envió a LA DEMANDANTE la tabla de comisiones en la que se estableció, en los siguientes términos, la comisión por permanencia en planes postpago:

A continuación presentamos el Plan de Comisiones, Anticipos, que aplica desde el 23 de Noviembre de 2009, sin perjuicio que COMCEL en cualquier tiempo, los ajuste o varíe, conforme a lo establecido en el Contrato de Distribución: (...) 1.3 Bonificación por Permanencia: Por las líneas nuevas que se activen en postpago y que tengan una permanencia de 6 meses a partir de la fecha de activación, el Distribuidor recibirá una bonificación por Permanencia de acuerdo al siguiente rango de cargo fijo mensual del plan postpago que activó el usuario:

Cargo Fijo mensual	Anticipo 20%	Bonificación	Total
Si es menor o igual a \$70.000	\$ 2.000	\$10.000	\$12.000
Si es mayor a \$70.000	\$ 5.000	\$25.000	\$30.000

Si la línea se encuentra suspendida en el momento de cumplir los 6 meses se pagará la bonificación siempre y cuando no tenga más de 30 días calendario de haber sido suspendida. La bonificación se pagará de acuerdo al plan que activó el usuario en el momento de la compra y no de acuerdo al plan que tenga en el momento que cumpla los 6 meses de permanencia.

Las mismas reglas para el cálculo y pago de la comisión por "Permanencia" (postpago) se hallan, entre otras, en las siguientes tablas de comisiones: (i) La que rigió a partir del 1º de febrero de 2010. Ver comunicación de COMCEL del 15 de febrero de 2010. (ii) La que rigió a partir del 1º de enero de 2014. Ver comunicación de COMCEL del 7 de enero de 2014.

157. A partir de julio 1 de 2014, COMCEL, de manera unilateral, intempestiva e inconsulta, eliminó la comisión por permanencia en planes pospago. El impacto de esta reducción se empezó a notar a partir del 2015, es decir, a partir del sexto mes de su eliminación.

158. Como se anticipó en un hecho anterior, en circular 2015(sic)-GSDI01- S168428 de junio 17 de 2016, COMCEL también eliminó la comisión por buena venta en planes prepago (Kits Prepago). En esta circular se lee:

¡Conoce los cambios!	ANTES	A PARTIR DEL 17 DE JUNIO
	Descuento comercial (autoliquidable)	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

159. La eliminación de la comisión por permanencia en pospago y buena venta en prepago (Kits), redujo de manera significativa los ingresos de LA DEMANDANTE, asunto que coadyuvó a la ruptura del equilibrio económico del CONTRATO SUB IÚDICE.

Centros de Pagos y Servicios - CPS

160. En la cláusula 7.8 del CONTRATO SUB IÚDICE se pactó:

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR: (...) 7.8. EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios, venta de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por cada abonado, firma que se comprobará con el recibo de caja. EL DISTRIBUIDOR, entregará a COMCEL en las instalaciones de ésta última, los originales de los comprobantes de consignación en las cuentas de COMCEL, a más tardar el segundo día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por cada abonado, firma que se comprobará con el recibo de caja...

161. En su versión original, la referida obligación a cargo de LA DEMANDANTE se circunscribía a la gestión de los dineros recibidos al momento y con ocasión de la activación/legalización de cada plan pospago o prepago, v.gr, al momento en el que el cliente respectivo suscribía el contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular y le entregaba a LA DEMANDANTE el dinero a que hubiese lugar.

162. COMCEL y LA DEMANDANTE suscribieron una convención modificando la cláusula 7.7. (o 7.8.) del CONTRATO SUB IÚDICE.

163. A partir de esta convención, LA DEMANDANTE empezó a operar los denominados CPS (Centro de Pagos y Servicios). Un CPS es un establecimiento por el que LA DEMANDANTE, además de promover el negocio de COMCEL, también lo explotaba así: (i) Mediante la tradicional comercialización de planes pospago y prepago (servicios), junto con los productos (p.e. Sim Cards) y equipos terminales (teléfonos celulares) necesarios para prestar el servicio. (ii) Mediante la atención de los clientes de COMCEL (servicios posventa: atención y solución de requerimientos del suscriptor). (iii) Mediante la gestión de recaudo de dineros propiedad de COMCEL que provienen de pagos hechos por sus clientes (p.e. pago de facturas pospago, pago de recargas, pago de reposiciones, etcétera).

164. La nueva gestión de recaudo que COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE fue remunerada a través de la comisión por transacción de recaudo CPS.

165. Como se deduce de la convención CPS, LA DEMANDANTE tenía la obligación de entregarle los dineros recaudados a las transportadoras de valores contratadas por COMCEL.

166. Como se deduce de la convención CPS, COMCEL le cobró a LA DEMANDANTE el costo de los servicios de transporte de valores.

7.8.1.6. EL DISTRIBUIDOR acepta desde ya y autoriza a COMCEL para descontar en el siguiente corte de la liquidación de los valores que COMCEL adeude al distribuidor, el valor que la transportadora de valores facture a COMCEL por concepto del transporte de valores y consolidación de los dineros recaudados diariamente por el distribuidor. El monto de las tarifas cobradas por la transportadora a COMCEL se encuentra consignado en el Manual de Recaudos.

167. Como se deduce de la convención CPS, LA DEMANDANTE asumió la custodia de los dineros recaudados que eran propiedad de COMCEL, al punto que asumió los riesgos provenientes de fuerza mayor o caso fortuito (hurto, destrucción, etc.).

168. Como se deduce de la convención CPS, COMCEL podía descontar de las comisiones causadas a favor de LA DEMANDANTE, toda suma de dinero que por cualquier causa (incluso causa extraña no imputable) esta última hubiera recaudado y no le hubiera entregado a COMCEL.

169. En la convención CPS, se incorporó la obligación a cargo de LA DEMANDANTE de constituir una garantía real (hipoteca abierta sin límite de cuantía) a favor de COMCEL:

7.8.1.8 EL DISTRIBUIDOR constituirá una garantía real de primer grado, abierta y sin límite de cuantía a favor de COMCEL que asegure el cubrimiento de las obligaciones que EL DISTRIBUIDOR asuma o pueda asumir para con COMCEL. El presente otrosí al contrato de Distribución no entrará en vigor, hasta tanto EL DISTRIBUIDOR no haya constituido la garantía real en los términos señalados por COMCEL y la misma no haya sido debidamente aprobada por COMCEL. El monto de la garantía real constituida podrá ser revisada y modificada en cualquier momento por COMCEL, en el evento que se configure un aumento en el riesgo.

(Convención CPS)

170. COMCEL, en ejercicio de su posición de dominio contractual y en relación con los Centros de Pagos y Servicios, extendió en la convención CPS cláusulas en virtud de las cuales:

- a) LA DEMANDANTE empezó a recaudar dineros provenientes de los clientes de COMCEL.
- b) LA DEMANDANTE, además de la custodia de estos dineros, asumió los riesgos de fuerza mayor y caso fortuito.
- c) Garantía en la fuente de pago: COMCEL tenía la facultad de descontar de las comisiones causadas a favor de LA DEMANDANTE cualquier suma que esta última hubiese recaudado en sus CPS y que por cualquier causa no le hubiese sido entregada a COMCEL.
- d) Garantía real: COMCEL, así mismo, obligó a LA DEMANDANTE a constituir una garantía real para respaldar el cumplimiento de la obligación de custodia y entrega de los dineros recaudados. En este caso, el propio representante legal y accionista de LA DEMANDANTE tuvo que hipotecar un bien de su propiedad.
- e) Como si todas las medidas anteriores no bastaran, COMCEL, directamente, contrató unas transportadoras de valores que recogían diariamente los dineros recaudados por LA DEMANDANTE en cada uno de sus CPS y le cobró a LA DEMANDANTE el costo de este servicio.

171. Los costos mensuales de las transportadoras de valores que COMCEL le descontó a LA DEMANDANTE: (i) procedieron de contratos celebrados entre COMCEL y cada una de las respectivas transportadoras de valores, negocios en los que LA DEMANDANTE no fue parte y en los que tampoco se pactó una "promesa por otro" (Art. 1507 CC) que hubiese sido ratificada por LA DEMANDANTE. (ii) se previeron para salvaguardar dineros y valores de propiedad de COMCEL, respecto de los que el deber de custodia a cargo de LA

DEMANDANTE cesó desde el mismo momento en que se le entregaron a las transportadoras de valores que COMCEL contrató. (iii) se le facturaron única y directamente a COMCEL.

172. Ante la gran cantidad de agentes/distribuidores que entre noviembre de 2017 y enero de 2018 han dado por terminados sus respectivos contratos por justa causa imputable a COMCEL esta expidió, en febrero 8 de 2018, la siguiente circular.



173. El 26 de diciembre de 2017, COMCEL, como efectivamente lo había anunciado, le envió a su red de agentes/distribuidores la circular 2017-GSDI01-S345350, comunicando las nuevas tarifas que por concepto de comisión por transacción de recaudo empezarían a regir.

174. Como consta en esta circular, COMCEL redujo sustancialmente las tarifas por recaudo, en algunos casos superior al 60%, aunque en todo caso fue superior al 45%, así:

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%	90%	100%	>= a 120%
1er.Q	\$ 89,99%	\$ 99,99%	\$ 119,99%	\$ 1.200
2do.Q	\$ 950	\$ 1.100	\$ 1.150	\$ 1.250
3er.Q en adelante	\$ 700	\$ 800	\$ 850	\$ 950

> Tarifa escalonada liquidada mensualmente de acuerdo al cumplimiento del presupuesto del Agente/Distribuidor por Región de: Altas pospago + Portación pospago + Migración + Claro KIT + Portación prepago.

175. La reducción que venía siendo anunciada y que finalmente fue impuesta por COMCEL significó una merma en los ingresos por recaudo de LA DEMANDANTE, con lo cual la operación de sus CPSs resultó ser financieramente inviable. Esta imposición de COMCEL significó la ruptura absoluta del equilibrio económico del CONTRATO SUB IÚDICE y fue una de las razones, junto con las referidas en los hechos anteriores, que finalmente impulsó a LA DEMANDANTE a extender el preaviso de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por justa causa provocada por COMCEL.

Sim Cards

176. En planes prepago, la red de agentes/distribuidores, incluida LA DEMANDANTE, podía explotar los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL a través de la venta de Sim Cards activadas a su red celular. Los suscriptores que adquirían estas Sim Cards aportaban su propio teléfono celular y, una vez instalada una Sim Card activada, podían realizar y recibir llamadas. Como en cualquier plan prepago, el suscriptor debía prepagar el servicio mediante la compra de recargas de tiempo al aire.

177. Durante 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 (marzo 19) COMCEL le pagó a su red de agentes/distribuidores, incluida LA DEMANDANTE, \$2.800 por cada una de las primeras seis recargas de tiempo al aire que el suscriptor realizaba en la respectiva Sim Card activada, para un total máximo de \$16.800; estas recargas debían realizarse durante los primeros 120 días

de activación de la respectiva Sim Card. A partir de 2007, COMCEL comercializó recargas de \$1000, \$2000, \$3000 y \$5000 (llamadas micro-recargas), y también las tradicionales recargas de \$10000, \$20000, \$50000 y \$100000. Para la causación de comisiones, solamente se consideraba que existía una recarga cuando el cliente había completado una recarga de \$10000 (directamente, o a través de la suma de varias microrecargas).

178. A partir de marzo 20 de 2009, COMCEL le pagó a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, \$1.950 por cada una de las primeras seis recargas de tiempo al aire que el suscriptor realizaba en la respectiva Sim Card activada, para un total máximo de \$11700 la que debían realizarse durante los primeros 120 días de activación de la respectiva Sim Card. Para la causación de comisiones, solamente se consideraba que existía una recarga cuando el cliente había completado una recarga de \$10000 (directamente o a través de la suma de varias micro-recargas).

179. A partir de abril 21 de 2009, COMCEL mantuvo las mismas condiciones de la carta de comisiones de marzo 20 de 2009, pero amplió el tiempo durante el cual se debían realizar las recargas, pasando de 120 días a seis meses desde la activación de la respectiva Sim Card.

180. A partir de febrero 15 de 2010, COMCEL le pagó a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, \$2100 por cada una de las primeras seis recargas de tiempo al aire que el suscriptor realizaba en la respectiva Sim Card activada, para un total máximo de \$12600, las que debían realizarse durante los primeros seis meses de activación de la respectiva Sim Card. Para la causación de comisiones, solamente se consideraba que existía una recarga cuando el cliente había completado una recarga de \$10000 (directamente o a través de la suma de varias micro-recargas).

181. A partir de setiembre 1 de 2014, COMCEL le pagó a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, una remuneración mensual equivalente al ocho por ciento (8%) del valor de las recargas realizadas por el suscriptor durante el respectivo mes; esta remuneración se causó durante los primeros seis meses contados desde la activación de la respectiva Sim Card.

182. Hasta noviembre 25 de 2015, sobre el valor de cada Sim Card activada COMCEL le otorgó a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, un descuento de \$2586. A partir del 25 de noviembre de 2015, COMCEL redujo dicho descuento a \$862.

183. A lo largo de 2017, COMCEL, aduciendo fallas en sus sistemas informáticos, no le pagó a LA DEMANDANTE, de manera completa, las comisiones que se causaron sobre las recargas realizadas en las Sim Cards que esta última colocó entre la clientela de la primera.

Artículo 1322 CCO

Resalta LA DEMANDANTE, que con fundamento en el Artículo 1322 CCO, tiene derecho a recibir la remuneración proveniente de los planes pospago celebrados directamente entre COMCEL y los clientes que aquella primeramente vinculó a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL. (*ver hechos 184/91*).

Comisiones de la última etapa contractual

192. En JUNIO DE 2018, LA DEMANDANTE envió una comunicación remitiendo a COMCEL la factura correspondiente a las comisiones causadas en la última etapa contractual, comisiones que no fueron liquidadas ni pagadas por COMCEL, la que fue rechazada (*hecho 193*)

Cláusula 28

194. A inciso 2 de la cláusula 28 del CONTRATO SUB IÚDICE, se pactó:

La mera tolerancia, por una de las partes, respecto del incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, no podrá interpretarse como modificación tácita a los términos del presente contrato ni equivaldrá a la renuncia de la parte tolerante a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones incumplidas.

195. En virtud de esta cláusula, y a propósito de la aguda situación de dependencia económica y normativa en que estaba LA DEMANDANTE frente a COMCEL, aquella está jurídicamente legitimada para reclamarle a COMCEL las indemnizaciones de ley provenientes de los incumplimientos y abusos que le son imputables, entre ellos los relativos a la reducción sistemática de su remuneración.

196. La única limitación jurídica a esta reclamación se relaciona con aquellos daños sufridos por LA DEMANDANTE antes del quinquenio que la ley determina para la prescripción especial de la Agencia Comercial.

De la terminación del contrato sub iúdice.

Hechos que fundamentan las pretensiones VIGÉSIMA TERCERA y VIGÉSIMA CUARTA.

Mecanismo de los hechos de la terminación

197. En marzo 08 DE 2018, LA DEMANDANTE envió a COMCEL el preaviso de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, ratificado y terminado en marzo 13 de ese mismo año por justa causa, - terminación justificada - (*hechos 198/200*).

Causación de la indemnización especial del Art. 1324 CCO

201. Como la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE se produjo por justa causa provocada por COMCEL, LA DEMANDANTE tiene derecho a que COMCEL le pague la indemnización especial del inciso 2 del artículo 1324 CCO.

Fundamentos especiales de derecho, (i) ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324. (ii) ARTÍCULO 1324, INCISO 2º, CCO: 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.

Enriquecimiento sin justa causa de COMCEL

202. A partir de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, COMCEL cesó el pago de la comisión por residual a que tiene derecho LA DEMANDANTE, a pesar de que ha continuado y continuará percibiendo los cargos fijos mensuales y los demás consumos provenientes de los abonados que LA DEMANDANTE activó en planes pospago.

203. La cesación del referido pago significa un menor gasto operacional para COMCEL, cuestión que implica un aumento en el estado de resultados de COMCEL, v.gr. un enriquecimiento suyo, enriquecimiento de COMCEL que apareja empobrecimiento correlativo de LA DEMANDANTE, y que consiste un menor ingreso operacional en su respectivo estado de resultados.

De las condenas reclamadas.

Fundamentos facticos de las pretensiones VIGÉSIMA QUINTA y VIGÉSIMA SEXTA.

Indemnizaciones

205. COMCEL le debe pagar a LA DEMANDANTE la indemnización en equidad que regula el artículo 1324 CCO a partir de su inciso 2º:

Fundamentos especiales de derecho. Incisos 2º y ss del Artículo 1324 CCO: 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. (...) 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. "

206. Durante la última etapa contractual, COMCEL no liquidó ni tampoco pagó la plenitud de las comisiones causadas a favor de LA DEMANDANTE.

207. Durante los últimos cinco años de ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, COMCEL omitió liquidar y pagar la totalidad de las comisiones que correspondían según la totalidad de planes pospago y prepago que LA DEMANDANTE activó y legalizó.

208. COMCEL históricamente se negó a informar los consumos mensuales que realizaron los abonados en planes pospago activados por LA DEMANDANTE. Sin esta información, LA DEMANDANTE no pudo establecer si las liquidaciones y pagos hechos por COMCEL por concepto de la comisión por residual, se ajustaban o no al CONTRATO SUB IÚDICE.

209. Al contrastar el número de abonados pospago que LA DEMANDANTE activó durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, con los pagos que COMCEL misma reporta, se halla una PARADOJA a partir de la cual se infieren los incumplimientos y abusos imputables a COMCEL: Entre más planes pospago activó LA DEMANDANTE, menos comisión por residual recibió

210. COMCEL, motu proprio, decidió excluir los tres primeros meses de las liquidaciones de la comisión por residual.

211. COMCEL, en un ejercicio abusivo de su posición de dominio contractual, mantuvo en el mismo valor nominal, a lo largo de los años, la comisión por legalización de Kits prepago y la comisión por recaudo en CPS. Mientras que estas comisiones permanecieron en el mismo valor nominal, los gastos operacionales de LA DEMANDANTE se incrementaban, como mínimo, en proporción al aumento de los Índices de Precio al Consumidor (IPC), generándose por esta vía un desequilibrio económico en el contrato en perjuicio de LA DEMANDANTE y en beneficio de COMCEL.

212. Además de mantener la comisión por recaudo en el mismo valor nominal, COMCEL, año tras año, incrementó sustancialmente los servicios que LA DEMANDANTE debía cumplir en sus CPS (para 2017 se debían ofrecer más de 80 operaciones distintas), asunto que conllevó a un aumento significativo de los gastos operacionales de LA CONVONCANTE; de todas las operaciones que se adelantaban en un CPS, la única remunerada fue la operación de recaudo.

213. En junio 17 de 2016, COMCEL modificó el sistema de cálculo de la comisión por legalización de Kits Prepago, implementado un nuevo sistema en el que LA DEMANDANTE, en lugar de recibir una comisión fija de \$12500 por Kit legalizado y una bonificación por buena venta, empezó a devengar una comisión muy inferior, a lo cual se suma la pérdida de ingresos provenientes de la eliminación de las comisiones por permanencia en pospago (2014).

214. COMCEL, como lo reconoce en su Informe Anual de 2015 (página 13), invita a sus clientes a mejorar su plan, actualizándolo a la oferta vigente, y lo hace como una estrategia de fidelización. Entre estos clientes han estado aquellos que fueron vinculados por LA DEMANDANTE, de tal manera que esta última tiene derecho a percibir la remuneración causada con los negocios celebrados directamente por COMCEL.

Pospago Claro

Como estrategia de fidelización a lo largo del año, se realizaron diversas campañas telefónicas de fidelización en las cuales se invitaba al usuario a mejorar su plan, actualizándolo a la oferta vigente resaltando los beneficios de los nuevos planes y buscando la mejor opción para nuestros usuarios. Dentro de estas campañas se contactaron clientes

215. Con los cambios en las condiciones remuneratorias que COMCEL impuso frente a la explotación de Sim Cards (planes prepago) -reducción de comisiones y reducción de descuento-, LA DEMANDANTE sufrió un lucro cesante que es consecuencia directa y previsible de los incumplimientos o abusos imputables a COMCEL.

216. A partir de la terminación de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, COMCEL cesó el pago de la comisión por residual a que tiene derecho LA DEMANDANTE, a pesar de que ha continuado y continuará percibiendo los cargos fijos mensuales y los demás consumos provenientes de los abonados que LA DEMANDANTE activó en planes pospago.

217. COMCEL, como predisponente del CONTRATO SUB IÚDICE, y como parte dominante de la relación contractual, dispuso que la vigencia del contrato sería por mensualidades (Ver cláusula 5ª del CONTRATO SUB IÚDICE), y a pesar de ello, LA DEMANDANTE tuvo la confianza legítima de que el negocio se mantendría, por lo menos, en tanto no lo incumpliera y mientras mantuviera vigentes las pólizas de cumplimiento y la(s) HIPOTECA(S) con las que respaldó sus obligaciones. La última póliza concertada se contrató hasta setiembre 15 de 2018.

218. Con la reducción en los flujos futuros proveniente de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por justa causa imputable a COMCEL, el valor de la empresa de LA DEMANDANTE se redujo sustancialmente, hecho que constituye un daño emergente del cual es responsable COMCEL.

219. A consecuencia de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por justa causa imputable a COMCEL, la actora tuvo que terminar los contratos laborales del personal destinado a ejecutar el CONTRATO SUB IÚDICE, al igual que los de arrendamiento suscritos con los arrendadores de los locales en los que funcionaban los puntos en los cuales ejecutaba el CONTRATO SUB IÚDICE.

220. Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, COMCEL le descontó a LA DEMANDANTE los costos mensuales de las transportadoras de valores, costos que: (i) procedieron de contratos celebrados entre COMCEL y cada una de las respectivas transportadoras de valores, en los que LA DEMANDANTE no fue parte y en los que tampoco se pactó una “promesa por otro” (Art. 1507 CC) que hubiese sido ratificada por LA DEMANDANTE. (ii) se previeron para salvaguardar dineros y valores de propiedad de COMCEL, respecto de los cuales el deber de custodia a cargo de LA DEMANDANTE cesó desde el mismo momento en que se le entregaron a las transportadoras de valores que COMCEL contrató. (iii) Fueron facturados única y directamente a COMCEL por parte de las transportadoras de valores

De las actas de conciliación de cuentas.

Hechos causa petendi de la pretensión VIGÉSIMA SÉPTIMA.

221. El inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE estableció:

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. Diez (10) días antes de los doce (12) meses, COMCEL, remitirá el acta de conciliación y, si no recibiese observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores, caducará el derecho de EL DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo y, será firme y definitiva.

222. Tales actas eran de Conciliación de Cuentas que las partes debían suscribir con el fin de conciliar créditos recíprocos para acordar paz y salvos parciales.

223. Sin embargo, COMCEL, como respuesta a los múltiples procesos arbitrales que varios miembros de la red de agentes/distribuidores incoaron en su contra, empezó a extender las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2 de la cláusula 30 con el texto del Acta a que se refiere el Anexo F del CONTRATO SUB IÚDICE (Acta de Transacción). Esta última corresponde al modelo de Acta que COMCEL extendió para ser suscrita al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

224. Las denominadas “Actas de Conciliación, Transacción y Compensación” que COMCEL extendió durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE:

- a) No incorporaron acuerdos conciliatorios en los términos de la ley 640.
- b) No incorporaron, por ausencia de una controversia litigiosa y de una concesión recíproca, contratos de transacción.
- c) No incorporaron mecanismos de compensación como forma de extinción de obligaciones.
- d) Fueron documentos contractuales extendidos con fundamento en el inciso 2 de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, cuyo objetivo era otorgar un paz y salvo parcial respecto de las comisiones causadas y pagadas en cada anualidad.
- e) COMCEL, en otro de sus inicuos intentos por eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial, intentó trocar la naturaleza de las Actas de Conciliación de Cuentas en simulados negocios de transacción.

Derecho de retención y pretensiones finales.

Los hechos de la presente sección constituyen la causa petendi de las pretensiones VIGÉSIMA OCTAVA en adelante.

Pretensiones Finales

225. LA DEMANDANTE tiene el derecho de retención que regula el Art. 1326 CCO, así:

ARTÍCULO 1326 CCO. DERECHO DE RETENCIÓN: El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización.

Fundamentos especiales de derecho: Este derecho de retención “es la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor” (Diez Picazo y Gullón).

226. LA DEMANDANTE ejerció el derecho de retención que se ejerce sobre los bienes y valores de COMCEL que se hallen en poder del DISTRIBUIDOR.

227. LA DEMANDANTE, según consta en las cuentas de su PASIVO, reconoce que COMCEL es la propietaria de los valores retenidos. LA DEMANDANTE, entonces, no se apropió para sí de tales valores.

228. Respecto de los valores retenidos, el RETARDO en la entrega a cargo de LA DEMANDANTE está legalmente autorizado hasta tanto COMCEL “no cancele el valor de la indemnización (Prestación Mercantil, indemnización especial del Art. 1324 CCO y las demás indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante) y hasta el monto de dichas indemnizaciones.” Por ser un retardo autorizado legalmente, el mismo no causa intereses.

229. En la cláusula 31 del CONTRATO SUB IÚDICE se pactó:

Con todo, en cualquier momento, COMCEL podrá exigir al DISTRIBUIDOR, la constitución de garantías reales, personales, seguros, aval o aceptaciones bancarias, para garantizar sus obligaciones y éste estará obligado a prestarlas dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la petición de COMCEL, so pena de incumplimiento grave con derecho para COMCEL a terminar unilateralmente el contrato, imponer la penal pecuniaria o hacer exigible la indemnización ordinaria de perjuicios.

230. En la convención CPS se pactó:

7.8.1.8 EL DISTRIBUIDOR constituirá una garantía real de primer grado, abierta y sin límite de cuantía a favor de COMCEL que asegure el cubrimiento de las obligaciones que EL DISTRIBUIDOR asuma o pueda asumir para con COMCEL. El presente otrosí al contrato de Distribución no entrará en vigor, hasta tanto EL DISTRIBUIDOR no haya constituido la garantía real en los términos señalados por COMCEL y la misma no haya sido debidamente aprobada por COMCEL. El monto de la garantía real constituida podrá ser revisada y modificada en cualquier momento por COMCEL, en el evento que se configure un aumento en el riesgo.

231. En cumplimiento de las cláusulas 31 del CONTRATO SUB IÚDICE y de la convención CPS, LA DEMANDANTE constituyó una HIPOTECA(S) abierta sin cuantía determinada a favor de COMCEL.

232. COMCEL exigió a LA DEMANDANTE la firma de títulos valores con espacios en blanco para garantizar el cumplimiento del CONTRATO SUB IÚDICE.

ACTUACIONES PROCESALES

En setiembre 24 de 2020¹ se admitió la reforma de la demanda, (*primer admisorio de agosto 23 de 2019 Fl. 296*)), auto notificado por estado, pues la demandada se había notificado personalmente en noviembre 6 de 2019 (*Fl. 297*).

Comcel contestó temporáneamente la reforma, oponiéndose a las pretensiones, objetando el juramento estimatorio y formulando las siguientes excepciones:

A. EXTINCIÓN POR PRESCRIPCIÓN DE TODAS LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

Fundamentada en que cualquier acción orientada a buscar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, tales como el pago de comisiones, debe tenerse por prescrita teniendo en cuenta que el término para que la demanda pudiese presentarse se inició desde el momento en que era exigible (artículo 2535 del Código Civil); así las cosas, no era necesario esperar a la terminación del contrato para que DIGIMOVIL, pretendiera discutir el cumplimiento de COMCEL; prescripción que considera aplicable además en cuanto al reproche que la parte actora le hace a algunas de las cláusulas del contrato, que pretende se declaren ineficaces o nulas absolutamente, más parece estar encaminado a lograr la invalidez por supuestos vicios en su consentimiento, acciones estas que, de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio, prescriben al cabo de dos (2) años contados desde la celebración del contrato.

¹ ver folio 531 del cuaderno 1.

Por lo anterior, aduce que el término para interponer la acción se iniciaba en el momento en el que se causaban los derechos reclamados y, por consiguiente, debe declararse la prescripción de todas aquellas que se hubiesen causado hace más de cinco (5) años, contados a partir de la interposición de la demanda, si es que este juzgado llega a calificar este contrato como de agencia comercial, siéndole aplicable el artículo 1329 del C. de Co.

B. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL TERMINÓ ANTICIPADA Y UNILATERALMENTE DESDE EL DIA 13 DE ABRIL DE 2018 TAL COMO SE PACTÓ EN SU CLÁUSULA QUINTA.

Fundamentada en que la cláusula 5 contractual estipuló la posibilidad de terminación unilateral anticipada con 15 días de aviso previo al vencimiento del periodo mensual, cosa que aquí acaeció por parte de la demandante, terminándose el contrato el 13 de abril de 2018, con fecha de inicio enero 13 de 2009.

C. INEXISTENCIA DE UNA JUSTA CAUSA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN QUE PUEDA O DEBA SER IMPUTABLE A COMCEL SA.

Con base en que, al corresponder la terminación del contrato a lo convenido por los contratantes en ejercicio de su autonomía contractual, es claro que su terminación unilateral y anticipada, no puede corresponder a ninguna causa injustificada que pueda ser o sea imputable a COMCEL o invocada por DIGIMOVIL.

D. TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA DE LA TOTALIDAD DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE DIGIMOVIL Y COMCEL S.A.

Fundamentada en que las partes contratantes en ejercicio de su autonomía contractual, en diecisiete actas de transacción y conciliación celebradas entre ellos, transaron sus diferencias; y consecuentemente, dotaron a dicho acuerdo con la fuerza de la cosa juzgada, en la medida en que renunciaron expresamente al ejercicio del cualquier acción encaminada a desconocer los efectos del pacto de transacción, efectos dentro de los que se encuentran los que ahora inusitada y temerariamente reclama DIGIMOVIL, por cuanto la falta de algún respaldo, legal o contractual, en ellas es incuestionable.

Desde luego que con los contratos de transacción antes mencionados, COMCEL y DIGIMOVIL agotaron el contenido de las cláusulas compromisorias invocadas por DIGIMOVIL, por cuanto no solamente arreglaron en ellas, amigablemente, las diferencias que surgían entre ellos en determinados momentos, sino que descartaron un eventual litigio, al evitar que surgiera una nueva controversia sobre los puntos transigidos, como fue su deseo expresamente manifestado, circunstancia esta que constituye otra razón, igualmente valedera, para que las pretensiones declarativas y de condenas solicitadas por DIGIMOVIL, contra COMCEL se despachen adversamente.

Precisa que al amparo de los mencionados contratos de transacción, debe entenderse liquidada cualquier controversia de tipo patrimonial derivada del contrato de distribución celebrado y que ahora es objeto de esta controversia.

E. AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE ALGUNAS DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL

Alega DIGIMOVIL que se debe declarar la ineficacia de apartes contenidos en los contratos, bajo el supuesto de que algunas de sus cláusulas deben considerarse abusivas, recalcando sobre el particular, que para que pueda calificarse una estipulación como leonina, debe reunir las siguientes condiciones: (i) imposición a una de las partes, (ii) que genere un desequilibrio contractual, y (iii) que esta situación constituya una violación a la buena fe negocial, así como al deber de lealtad y probidad que deben desplegar las partes, condiciones que indica COMCEL la demandante no cumple

Lo anterior, porque si bien es cierto que existen acuerdos que de antemano redacta COMCEL en razón a las condiciones propias y uniformes que se presentan con el negocio de la telefonía móvil celular, ello no impedía que DIGIMOVIL, se pronunciara sobre el contenido y alcance de los textos que le fueron propuestos, por lo que no es posible predicar la imposibilidad de negociación de tales convenciones, por lo tanto, no puede equipararse la posición de dominio a la supuesta ausencia de discusión respecto del clausulado; en efecto, la posición de dominio sale a relucir cuando una de las partes puede hacer por sí sola lo que requeriría de ambos: determinar el contenido del contrato.

F. LA VOLUNTAD E INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES COMCEL Y DIGIMOVIL SIEMPRE FUE LA DE CELEBRAR UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EL CUAL FUE EXCLUIDO EXPRESAMENTE POR ELLOS EN EL TEXTO CONTRACTUAL.

Lo soporta en la cláusula 4 del contrato de distribución que a letra dice “[...] El presente contrato es de distribución.

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

Es por ello que ninguna duda debe quedar acerca de que la real intención de los contratantes al celebrar el contrato de distribución que las vinculó (*por más de 14 años*), en donde DIGIMOVIL obrara a su propio nombre y por su cuenta y no a nombre y por cuenta de COMCEL, a tal punto que ellas mismas por su recíproca voluntad contractual, estuvieron de acuerdo y excluyeron expresamente que el contrato no tuviese las características de una agencia comercial o de un mandato; tiempo contractual en el que además, DIGIMOVIL no realizó a COMCEL manifestación expresa sobre su inconformidad, queja, reclamo o sugerencia acerca de la naturaleza jurídica del contrato de distribución como un contrato en el cual DIGIMOVIL obraba en su propio nombre y por su propia cuenta.

G. COMCEL CELEBRÓ Y EJECUTÓ CON DIGIMOVIL - DE BUENA FE - UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

Precisa que siempre veló por el correcto cumplimiento de las obligaciones previstas en los contratos de distribución sometidos a consideración del tribunal, y actuó diligentemente para

cumplir con cada una de ellas en la forma y tiempo debidos; y durante todo el término de su vigencia obró con la legítima creencia de estar ejecutando un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial figura jurídica que había excluido expresamente y de común acuerdo con DIGIMOVIL.

Además, nunca hubo una alerta de estarse ejecutando un contrato distinto al convenido, solo hasta que la demandante decidió dar por terminado el vínculo contractual y por parte de COMCEL siempre hubo buena fe, se pagó a DIGIMOVIL la remuneración acordada, concurrió con ella a la compensación de cuentas, suscribió las actas de conciliación y de transacción de las diferencias de orden económico que se presentaron con ella, cumpliendo así con todas las obligaciones a su cargo, siempre con la convicción de estar ejecutando un contrato de distribución y no uno de agencia comercial,.

Por lo anterior arguye que no resulta aceptable ahora, desde ningún punto de vista, que DIGIMOVIL con ocasión del presente proceso, desconozca la forma en que celebró y ejecutó el contrato durante más de catorce (14) años (*en silencio – sin reparos*), siempre dando a entender con su conducta y actos propios que los contratos que celebró y ejecutó fueron de distribución; siendo así reprochable la conducta de DIGIMOVIL, al pretender alterar unilateralmente la verdadera naturaleza jurídica de los contratos de distribución, que fueron los que realmente celebró y ejecutó con COMCEL, desconociendo así sus actos propios, al pretender haber ejecutado un supuesto contrato de agencia comercial de hecho que COMCEL jamás celebró ni ejecutó y que, por el contrario, fue excluido expresamente por los contratantes en varias estipulaciones contractuales, y especialmente en la cláusula cuarta del contrato de distribución.

H. INEXISTENCIA DE UN PRESUNTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE HECHO POR AUSENCIA DE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES.

Lo anterior, porque en la multicitada intención de los contratantes al celebrar y ejecutar el contrato de distribución objeto de esta litis y no uno de agencia comercial, primero no reúne ninguno de los elementos esenciales para que pueda considerarse como de agencia comercial, como equivocadamente lo pretende DIGIMOVIL, pues la agencia comercial definido por el artículo 1317 del código de Comercio, predica que:

“[...] Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”

Es por ello que para que un contrato pueda considerarse de agencia comercial debe reunir inequívocamente **la totalidad** de los siguientes elementos esenciales:

- Ambas partes deben ser comerciantes independientes;
- Una de las partes debe recibir de la otra el encargo de promover o explotar un negocio determinado dentro de una zona prefijada del territorio nacional;
- La parte que recibe el encargo debe recibirlo como representante o agente de un empresario nacional o extranjero; o como distribuidor de un empresario nacional o extranjero;
- El encargo se debe asumir de forma independiente y estable.

A su vez, la corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 4 de abril de 2008, con la ponencia de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda, estableció lo siguiente al referirse a los elementos esenciales del contrato de agencia comercial:

[...] elementos principales de la agencia comercial son los siguientes: a) constituye una forma de intermediación; b) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; c) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario; d) requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor; e) el agente tiene derecho a una remuneración.

[...] la autonomía de que goza la agencia, la característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, 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.

[...] Los requisitos mencionados para la configuración del indicado acuerdo de voluntades son concurrentes, esto es, deben aparecer todos para que puede predicarse válidamente su configuración, ya que la falta de uno de o varios de ellos implica necesaria y fatalmente que tal convención no existe o que degenera en otro acuerdo de naturaleza diferente.

[...] La deducción del sentenciador acompasa, sin lugar a dudas, con la exigencia de que se demuestren a plenitud y de manera inequívoca la confluencia de todos los requisitos de ley para afirmar sin hesitación la celebración entre las partes involucradas en la pendencia de un acuerdo de voluntades de agencia comercial, con toda su significación y alcances.”

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa es claro que COMCEL, de acuerdo con esa precisa estipulación contractual, jamás le otorgó a DIGIMOVIL la facultad de representarla o de obrar a su nombre y por su cuenta pues en el contrato de distribución se previó claramente por los contratantes que DIGIMOVIL ejecutará las labores de comercialización de los productos y servicios *“[...]por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos”*

Es por ello que en el presente proceso no se reúnen la totalidad de los elementos esenciales para que se pueda llegar a considerar que la relación comercial que ejecutaron los contratantes fue de agencia comercial de hecho, toda vez que COMCEL jamás le concedió a DIGIMOVIL el encargo de obrar a su nombre y por su cuenta, por lo que no podrá proceder esta acción.

I. FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL

Conforme lo prevén el artículo 1602 del código Civil y demás principios concordantes (art. 4 c.co, pacta sunt servanda, autonomía de la voluntad privada, buena fe, buenas costumbres), *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*; es por ello, que DIGIMOVIL y COMCEL, estaban obligadas a cumplir lo pactado de manera estricta según lo habían acordado en el contrato de distribución que suscribieron que constituía una verdadera ley entre ellos, pues se itera, la intención de DIGIMOVIL y de COMCEL fue la de celebrar un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial de hecho, figura jurídica que fue excluida por mutuo acuerdo de las partes, tal como se transcribió en la excepción vista a literal F.

Por lo tanto, una vez vinculados los contratantes por un acto legalmente celebrado, a ninguno de ellos le es permitido invalidarlo, alterarlo, cambiarlo o trocar su naturaleza jurídica sin haber obtenido el consentimiento del otro contratante, como es el contrato de distribución celebrado entre COMCEL y DIGIMOVIL, que está ajustado a la ley, que fue libremente acordado por los contratantes y que reúne la totalidad de los requisitos de existencia y validez como de distribución y no de agencia comercial de hecho.

J. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL DEBERÁ SER INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE SUS CLÁUSULAS HICIERON LOS CONTRATANTES DURANTE MAS DE CATORCE (14) AÑOS.

Lo anterior porque se suscribió inter partes un contrato de distribución que excluía la figura jurídica de la agencia comercial de manera clara y expresa durante toda la ejecución contractual, en donde COMCEL pagó los emolumentos respectivos a DIGIMOVIL, también compensó en diversas ocasiones las deudas líquidas que existían entre ellas; concilió y transigió con las diferencias de orden económico que tuvieron durante la ejecución contractual tal como se demuestra con las diversas actas de conciliación, compensación y transacción que se adjuntan; le pagó de manera anticipada y de buena fe la totalidad de las sumas a su cargo en el entendimiento de estar vinculada a la ejecución de un contrato de distribución y no de un contrato de agencia comercial de hecho, ejecución de la que nunca hubo inconformidad expresa de parte de la demandante o requerimiento por parte de DIGIMOVIL para el pago de comisiones, incentivos y bonificaciones que derivaran de la supuesta agencia comercial de hecho, es por ello que no se puede pregonar el vínculo contractual que hora pretende la demandante.

K. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1624 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL POR AUSENCIA DE CLAUSULAS AMBIGUAS Y POR NO HABERSE PEDIDO EXPLICACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LAS MISMAS POR PARTE DE DIGIMOVIL.

En cuanto a esta excepción, precisa que el artículo 1624 del código Civil en su inciso segundo establece que *“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.”*; artículo del que hace uso la demandante al buscar que se declare que COMCEL ejerció durante toda la relación contractual una posición de dominio.

Arguye que la actora incurre en error al dar aplicación al mentado artículo, pues desconoce que, para que haya lugar a una interpretación en contra de quien redactó una determinada cláusula, deberán darse dos supuestos: (i) que la cláusula sea ambigua y oscura, es decir que de su texto literal no pueda comprenderse de manera inequívoca la voluntad de las partes; y, (ii) que existiendo una cláusula de este tipo no se hayan dado las explicaciones pertinentes para aclararla entre las partes.

Es por ello que, de la celebración y ejecución de los contratos de distribución, se deriva la existencia de una igualdad de posiciones contractuales entre COMCEL y DIGIMOVIL, toda vez que ambas actuaban de manera libre y tenían la posibilidad de negociar y discutir todo aquello que fuese objeto de acuerdo, además, la demandante tenía plenas facultades para no dar su consentimiento a aquello con lo cual no estuviera de acuerdo o para pedir las explicaciones pertinentes para aclarar aquello que pudiese no resultarle claro, las cuales, desde luego, jamás pidió a COMCEL.

L. TODAS Y CADA UNA DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN QUE FUERON SUSCRITAS ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL ADQUIRIERON FUERZA DE COSA JUZGADA.

Recalca que la transacción legalmente celebrada entre los contratantes para poner fin a un litigio cierto o para precaver uno eventual, también produce efectos de cosa juzgada en última instancia, tal como lo establece el artículo 2483 del Código Civil, es por ello que entre COMCEL

y DIGIMOVIL durante la ejecución contractual de distribución se celebraron diecisiete (17) actas de conciliación, compensación y transacción que adquirieron fuerza de cosa juzgada en última instancia, poniendo fin a las diferencias que tenían respecto de los puntos que se conciliaron, compensaron y transigieron de manera libre y voluntaria.

Por tanto, al haber adquirido fuerza de cosa juzgada en última instancia no puede DIGIMOVIL volver a abrir el debate sobre los puntos que se conciliaron, compensaron y transigieron de manera libre y voluntaria entre COMCEL y DIGIMOVIL ni, menos, so pretexto de su pretendida ineficacia, es por ello que este despacho carece de competencia para pronunciarse en cuanto a este trámite.

M. VALIDEZ Y OPONIBILIDAD DE TODAS Y CADA UNA DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN CELEBRADAS POR DIGIMOVIL Y COMCEL DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

Trae nuevamente a colación las distintas diferencias que surgieron entre las partes en la relación contractual, que conllevaron a suscribir distintos acuerdos, es por ello que todas las actas de conciliación, transacción y compensación celebradas entre COMCEL, y DIGIMOVIL resultan válidas, eficaces y producen plenos efectos entre ellas al haber hecho tránsito a cosa juzgada en última instancia.

N. RENUNCIA VOLUNTARIA DE DIGIMOVIL AL COBRO DE LAS PRESTACIONES PROPIAS DE LA AGENCIA COMERCIAL.

Precisa que tanto en los contratos de distribución como en los documentos denominados actas de transacción, conciliación y compensación, DIGIMOVIL, renunció válidamente a reclamar a COMCEL SA, las prestaciones propias de la agencia comercial, prestaciones que conforme lo ha indicado la más reciente jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia, son en interés particular y por tanto son renunciables antes de la terminación del contrato.

Explica que esa renuncia no ha sido puesta en tela de juicio en el presente litigio, pues la supuesta inexistencia de un contrato de transacción –como la alega DIGIMOVIL– no puede significar la inexistencia de la renuncia, pues esta no debe estar contenida en un negocio en especial; de hecho, la demandante confiesa la existencia de la renuncia, sólo que cuestiona su validez, por lo que sobre este punto girará el debate, por lo que al haber renunciado válida y legalmente a ellas, no puede pretender ahora, DIGIMOVIL, su pago.

O. CUMPLIMIENTO ESTRICTO Y DE BUENA FE DE LA TOTALIDAD DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE COMCEL DERIVADAS DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN QUE CELEBRÓ CON DIGIMOVIL.

Argumenta que sí cumplió lo acordado en el contrato de distribución que celebró con DIGIMOVIL, así como en sus diversos y subsiguientes modificaciones, adendos u otrosíes, pues el comportamiento de COMCEL durante la ejecución contractual nunca ha sido diferente a la de un buen comerciante.

P. PAGO.

Precisa que durante la ejecución del contrato siempre pagó a DIGIMOVIL la totalidad de las remuneraciones acordadas, las que recibió a su plena y total satisfacción, es por ello que se extinguieron la totalidad de las obligaciones correlativas a cargo de COMCEL y a favor de DIGIMOVIL en la forma prevista en el artículo 1626 del Código Civil .

De igual forma y según consta a cláusula 30 inciso 3 del contrato de distribución, se estableció de común acuerdo por los contratantes que *"(...) 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"*

Fue así como por virtud de esa precisa estipulación contractual, el veinte por ciento (20%) de todos los valores que fueron recibidos por DIGIMOVIL durante la ejecución contractual, constituyó 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 de distribución.

Aclara que el pago anticipado se entiende como un pago real y efectivo porque entra al patrimonio del acreedor como su propietario, es decir de DIGIMOVIL, generando como efecto la extinción de las obligaciones a cargo del deudor, en este caso COMCEL; fue así como durante la ejecución del contrato de distribución y de acuerdo con esa precisa estipulación contractual, COMCEL pagó de manera anticipada a DIGIMOVIL \$7.144'190,469 que fueron facturados de manera discriminada y segregada y efectivamente recibidos por DIGIMOVIL a su entera satisfacción, tratándose no de un anticipo sino de un verdadero pago irrevocable a favor del distribuidor quien percibió para sí tales sumas.

Es por ello que resulta claro que por haber pagado COMCEL a DIGIMOVIL lo que le debía, nada le adeuda por concepto de la terminación del contrato de distribución.

Q. DIGIMOVIL CONTRAVIENE SUS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET)

Sabido es por todos que la buena fe, como principio general, ocupa un lugar preponderante en la disciplina jurídica patria y foránea. Esto impone a las partes la obligación esencial de desplegar un comportamiento probo y leal entre ellas con el fin de garantizar la satisfacción de los intereses que cada uno de ellos ha puesto en juego a raíz de la celebración de un contrato. Esto significa, entre otras cosas, que los contratantes deben revestirse de actitudes que generen confianza en su contraparte o, en su defecto, que no atenten contra la que ya se ha generado en ella.

Al respecto precisa que DIGIMOVIL, ejerció de forma inequívoca actos que generaron la confianza suficiente a COMCEL SA, para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse, eventualmente, a las sumas que ahora pretende cobrarse; así como también había tomado acciones tendientes a la renuncia de la supuesta cesantía comercial.

Con la presente demanda, y con las afirmaciones en ella realizadas, DIGIMOVIL, busca irse en contra de sus propios actos, lo que de ninguna manera puede ser tolerado por este despacho, so pena de poner en peligro la buena fe y probidad que debe observar todo comerciante.

R. COMPENSACIÓN.

Solicita que en caso de que se llegue a condenar a COMCEL, expresamente se tenga en cuenta que DIGIMOVIL le adeuda actualmente no sólo las sumas de dinero que ha retenido indebidamente, sino aquellas derivadas de penalizaciones y sanciones que se originaron de acuerdo a los términos contractuales.

S. LAS CONDICIONES DE VENTA Y DE REMUNERACIÓN DE DIGIMOVIL FUERON PREVIA Y CLARAMENTE FIJADAS DE COMUN ACUERDO POR LOS CONTRATANTES EN EL ANEXO “A” DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.

Pone de presente que el negocio de la telefonía móvil celular es sumamente dinámico y, por tanto, los planes y productos deben adaptarse permanentemente a las condiciones del mercado, más aún, anticiparse a los cambios del mercado y a la competencia; es así como las condiciones de venta y, por lo tanto, de remuneración del distribuidor no pueden permanecer estáticas.

Como consecuencia de lo anterior, en documentos contractuales, las partes pactaron y acordaron las condiciones de venta, de tiempo en tiempo, tanto para postpago como para prepago y las respectivas condiciones de remuneración, tal como lo denota en el anexo A del contrato de distribución. Condiciones de venta de los productos y servicios y su remuneración, serían fijadas, de tiempo en tiempo, por COMCEL, quien tendría esa facultad y quien se obligó a comunicarlas a DIGIMOVIL por cualquier medio idóneo.

T. IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.

Plantea que DIGIMOVIL pretende que al despacharse favorablemente sus pretensiones, se declare que COMCEL está obligada al pago de intereses moratorios sobre el monto al que eventualmente se le condene, en relación a las indemnizaciones de que trata el artículo 1324 del código de Comercio, que regula lo atinente a las prestaciones surgidas a la terminación del contrato de agencia comercial, desde el momento mismo en que se puso fin a la relación contractual que los vinculaba.

La anterior solicitud debe tenerse por improcedente en cuanto falta el requisito sine qua non para la exigibilidad de los intereses moratorios: la constitución en mora, pues nadie puede ser conminado a pagar una sanción –la cual constituye uno de los elementos y fines del interés moratorio– cuando no tienen conocimiento sobre la existencia de la obligación que se le imputa haber incumplido, debate y controvierte con argumentos sólidos y con soporte fáctico y jurídico, y, con mayor razón, tiene una ignorancia legítima y razonable acerca de la suma a la que ascendería dicha obligación, si es que acaso existe.

U. INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE NORMAS DE CARÁCTER IMPERATIVO POR PARTE DE COMCEL.

Anota que el contrato de distribución fue legalmente celebrado entre COMCEL y DIGIMOVIL, que reúne la totalidad de los requisitos previstos en la ley para su existencia y validez y en él no se omitió ninguno de los requisitos prescritos en las leyes en consideración a su naturaleza, además, de haber sido celebrado entre dos sociedades comerciales plenamente capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones; fue suscrito en su momento por quienes detentaban su representación legal y tenían la capacidad y la aptitud para obligarlas de acuerdo con sus estatutos sociales y la ley, por lo que el mismo devino en una ley para los contratantes.

Por otra parte, no ha sido ni fue ningún contrato de adhesión que contuviese cláusulas predisuestas o que COMCEL, le hubiese impuesto a DIGIMOVIL, pues el que se celebró y ejecutó entre los contratantes fue el fruto de las negociaciones, tratativas y discusiones previas que se adelantaron entre las partes durante su etapa precontractual, respecto de las cuales DIGIMOVIL recibió todo tipo de explicaciones acerca de su contenido y alcance, así como se reconoció en la cláusula 36 del contrato:

“36. Conocimiento y explicaciones.

EL DISTRIBUIDOR ha recibido explicación e información suficiente e idónea de todas y cada una de las estipulaciones de este contrato, de sus derechos y obligaciones y por ello, previo entendimiento, las acepta y aprueba específicamente.”

Es por ello que no se aprecia en la demanda de manera explícita cuales normas de carácter imperativo han sido violadas o infringidas o son contrarias a las estipulaciones contractuales específicas mencionadas en la demanda; es más, en los mismos fundamentos de derecho que DIGIMOVIL cita en su demanda no aparecen mencionadas ni discriminadas las normas imperativas que estima violadas y, menos, las normas que viciarían el contrato por nulidad absoluta, faltando así a su deber porque las nulidades deben estar expresamente consagradas en la ley y no pueden surgir de interpretaciones acomodadas de la misma como lo hace DIGIMOVIL; no hay nulidad sin texto expreso que la consagre.

Es por ello que nuevamente recalca la intención de las partes al suscribir el contrato de distribución y no de agencia comercial; en síntesis, ninguna de las estipulaciones contractuales específicas cuya nulidad se pretende en la demanda, es contraria a ninguna norma de carácter imperativo y, por tanto, no adolecen de ninguna nulidad que lo invalide o que le reste eficacia jurídica.

V. INNOMINADA O GÉNERICA.

Conforme a lo previsto en el artículo 281 del CGP el señor Juez está obligado a declarar en la sentencia cualquier otro hecho modificativo o extintivo que constituya una excepción que no haya sido alegada, que encuentre demostrada y que la ley le permite considerarla de oficio.

CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

Revisada la actuación surtida hasta el momento en cumplimiento del control de legalidad establecido en el artículo 132 del CG del P, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado, tal como se esclareció en la etapa de saneamiento.

Están satisfechos los presupuestos procesales, pues esta sede judicial es competente para conocer el presente caso contencioso de mayor cuantía, así como por el factor territorial por el lugar donde está domiciliada la demandada (arts. 12, 16#1, 19, 20#1 y 23 #1 del CPC, vigente para cuando se impetró la acción).

Las partes son capaces, pues al tenor de la documental aportada, son personas jurídicas que acuden por medio de sus representantes legales, gozan de capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones, así como para comparecer al proceso de conformidad con los artículos 633 del código Civil, 99 del código de Comercio, 44 y 45 del mismo código procesal en vigor para cuando se presentó la acción.

Por lo que atañe al presupuesto demanda en forma, se verifica la satisfacción de las exigencias de los artículos 75 a 77 y subsiguientes del código procesal en cita, es decir, se ha respetado el debido proceso exigido en el artículo 29 superior.

Del análisis de los indicios en contra de DIGIMOVIL S.A.S.

Argumenta **COMUNICACION CELULAR SA - COMCEL SA**, que se debe tener como indicio que quien acudió a absolver el interrogatorio, Juan Guillermo Zea Osorio, no solo funge como representante legal suplente de la sociedad demandante sino como representante legal de la sociedad que la representa judicialmente, lo que para aquel no constituye buena fe procesal.

Sobre el particular, resalta que los artículos 240 a 242 procesales, desarrollan el tema, así:

“ARTÍCULO 240. REQUISITOS DE LOS INDICIOS. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso.

ARTÍCULO 241. LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO INDICIO. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

ARTÍCULO 242. APRECIACIÓN DE LOS INDICIOS. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”.

Por lo tanto, siendo este el momento procesal oportuno, se analizará si la conducta de la que se pretende hacer derivar un indicio contra la actora por la pasiva, lo constituye, resaltando que si bien es cierto el señor Juan Guillermo Zea Osorio funge como representante legal de la parte demandante como de la sociedad que la representa, lo cierto es que, aquello no le quita la facultad de acudir al plenario a rendir el interrogatorio de parte en representación de DIGIMOVIL SAS, pues acreditó en debida forma su calidad dentro de la mentada sociedad, lo que lo faculta para actuar dentro el asunto bajo dicha calidad de conformidad con lo establecido en el artículo 198 de nuestra normativa procesal civil que indica que:

“ARTÍCULO 198. INTERROGATORIO DE LAS PARTES. El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.

Las personas naturales capaces deberán absolver personalmente el interrogatorio.

Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente. Resalta este despacho [...]”.

Es por lo anterior, que legalmente facultado para actuar dentro el asunto el señor Zea Osorio, nada impide a este juzgador tener en cuenta el interrogatorio rendido valorándolo según los principios de la sana crítica y en conjunto con el resto del material probatorio allegado al proceso, pues la ley no obliga en ningún momento tener como indicio en contra de una parte, que su interrogatorio lo absuelva el representante legal de su apoderado judicial, a no ser, que se evidencie que en efecto su interrogatorio esté permeando flagrantemente la relación con las demás pruebas que obren en el proceso, cosa que este despacho no evidencia dentro del interrogatorio rendido.

Para llegar a dicha conclusión, mírese que el interrogatorio se ciñó a informar lo que a él le constaba respecto del contrato báculo de acción, explicando además porqué considera que, si se configura dentro de aquel la figura de agencia comercial, tema que es el objeto ventral de esta disputa y que no desborda el objeto procesal.

Es por lo anterior, que este despacho valorará en conjunto el interrogatorio rendido aplicando el análisis de las reglas de la sana crítica, sin que pueda válidamente, tildarlo de indicio en contra de su representada.

Problema jurídico:

Los que en este caso se plantean, es si el contrato suscrito entre las partes trenzadas en esta disputa en enero 13 de 2009, es de adhesión porque los redactó en su totalidad la demandada y en realidad corresponden a una agencia comercial, y que por ello, la actora está facultada para solicitar la indemnización de que trata el artículo 1324 del código de Comercio; ii) Si Comcel SA, ejerció posición dominante en tal relación comercial e impuso a DIGIMOVIL SAS estipulaciones y condiciones durante el desarrollo de la ejecución contractual, que le resultaron gravosas a ésta y tuvieron como consecuencia la reducción del valor de las comisiones a que DIGIMOVIL SAS tenía derecho, conllevando a su posterior cierre como empresa.

Además de determinar si existen dentro de las relaciones contractuales báculo de acción estipulaciones antinómicas, porque corresponden a un contrato típico de agencia comercial; si Comcel SA incumplió reiteradamente sus obligaciones derivadas de tales contratos; si DIGIMOVIL SAS renunció o no a la prestación mercantil consagrada en el artículo 1324 del código de comercio; si hay lugar a declarar la nulidad absoluta, la inexistencia y/o invalidez de las disposiciones contenidas y relacionadas en las pretensiones de esta demanda para configurar el contrato de agencia comercial; si hay lugar a declarar o no que el contenido de los documentos denominados actas de transacción, conciliación y compensación fueron predispuestos por Comcel abusando de su posición dominante contractual y si la demandada es civilmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante.

Y para abordar esos puntos problemáticos, no hemos de perder de vista los derroteros normativos y jurisprudenciales ya reseñados y advertir que es punto pacífico en este litigio que la discusión se centra en si la real naturaleza y por tanto, la denominación del contrato allegado con la demanda debe ser de agencia comercial, pues aunque así lo manifestó la actora, lo niega la demandada a pesar de reconocer la existencia de pago de emolumentos por anticipos, comisiones y demás; por tal razón la labor primera de esta agencia judicial se centrará en verificar si el contrato suscrito inter partes en enero 13 de 2009 cumple con las exigencias generales para ser considerado de ese linaje comercial.

Para decidir de fondo la presente controversia, debe acotarse que, durante las últimas décadas en nuestro país, el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones está conformado por empresas dedicadas a la comercialización, producción y desarrollo de actividades relacionadas con los subsectores de servicios telefónico, transmisión de datos y programas, actividad postal y correo, entre otros. Gracias al desarrollo acelerado de la tecnología, este sector tiene un crecimiento favorable año tras año, lo que le ha permitido convertirse en un importante motor de la economía colombiana.

El sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones es intensivo en capital y por esto necesita grandes inversiones para ofrecer un servicio de calidad, así que resulta obvio que el número de empresas en el sector se resume en algunas pocas. De esta manera, en el país se encuentran estos grupos empresariales: América Móvil, que presta servicios móviles, Comcel y servicios fijos Telmex, el grupo Telefónica, dueño de las filiales locales de servicios móviles Movistar y fijos Colombia Telecomunicaciones; también hay otras empresas de menor tamaño, como Avantel, Tigo, Une, Wom, ETB, Emcali, Internexa y Global Crossing, entre otros.

El dinamismo en el sector de telefonía móvil se puede detectar en la aparición de nuevos equipos con mayor tecnología, en la creación de nuevos servicios, en el surgimiento de nuevos canales y en la aparición de nuevas necesidades por parte de los usuarios, quienes dependen cada vez más de la tecnología telefónica para tener comodidad y calidad de vida en su diario vivir; además de esto, vemos la necesidad que tienen las compañías de telefonía móvil de que los equipos y servicios sean más acordes con el estatus y el ritmo de vida de sus clientes. Por todo esto la demanda presenta cambios permanentes y las empresas cambian de

promociones y de precios constantemente. Además, la demanda y los gustos de los consumidores cambian, lo que afecta el comportamiento y las decisiones de las empresas de telefonía móvil.

La economía colombiana a finales del siglo XIX, de pequeñas y medianas empresas, dista mucho de la actividad económica actual. Las leyes mercantiles regían contratos de corto plazo, de tracto único, de prestaciones que, en casi todos los casos, se cumplían inmediatamente.

Antes de la promulgación del actual código de comercio no se contemplaban contratos de duración, que son los propios de la gran empresa que tiene una programación para la distribución de sus productos y servicios, y para el aprovisionamiento de materias primas de forma estable que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía distinta a la actual puede crear en su gestión empresarial.

Uno de los factores que dio origen a la introducción de contratos atípicos en Colombia tomados de otras legislaciones mercantiles, precisamente es la elusión de contratación a largo plazo establecida en las figuras contractuales típicas, nacidas para resolver unas diferentes necesidades económicas al promulgarse el decreto 410 de 1971.

Como se dijo anteriormente, en razón de las necesidades surgidas por el auge de la vida comercial, el derecho ha regulado las actividades de intermediación, las cuales han dado origen a nuevas modalidades contractuales, cual acontece con la PREPOSICION, que es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo, denominándose factor al mandatario; LA COMISION, que es otra especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio pero por cuenta ajena; EL CORRETAJE, cuando se encarga a una persona llamada corredor, que por su especial conocimiento de los mercados se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial sin estar vinculadas las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación; EL SUMINISTRO, a través del cual una persona se obliga a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios; CONSIGNACION, por el cual el consignatario se obliga a vender mercancía del consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste, teniendo aquel derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancía; LA AGENCIA COMERCIAL, en el que un comerciante en forma independiente y estable asume bajo remuneración el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo; contratos éstos específicamente incluidos en la legislación colombiana.

Del contrato de distribución.

Al lado de los anteriores encontramos el de distribución, el que a pesar de no estar regulado legalmente, doctrina y jurisprudencia lo definen como el que otorga al distribuidor el derecho de vender en un sector determinado, bienes o servicios y cuya ganancia consiste generalmente, en la diferencia entre el precio de compra y el de venta, calificada impropiamente de comisión y más acertadamente de reventa, ya que en caso de que el cliente no pague el precio establecido por el productor en el mercado y al cual debe atenerse el distribuidor, solo afecta a éste, por ser quien debe soportar todos los riesgos una vez que la mercadería queda a su disposición.

En la obra Contratos Comerciales Modernos, editorial Astrea de Buenos Aires, al estudiar el contrato de distribución, el tratadista Juan M. Farina conceptúa: *“...la expresión “contrato de distribución” aparece utilizada en el sentido genérico, comprensiva de las diversas maneras de establecer canales de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia ...Como no existe regulación legal al respecto, tanto en doctrina como en jurisprudencia, y más aún en los usos comerciales, se emplea la palabra distribuidor (y distribución) en ambos sentidos, aunque se nota un esfuerzo doctrinario, para diferenciarlo de otras figuras tales como el agente de comercio.”* Más adelante, precisa conforme a la jurisprudencia Argentina, las características del contrato de distribución, así: “a) exclusividad de zona; b) duración; c) exigencia de una venta mínima; d) entrega de la mercadería al distribuidor con un descuento; e) fecha de pago de las facturas; f) lugar y forma de entrega de la mercadería y de acopio; g) precios de venta; H) estipulaciones sobre publicidad, i) compromiso de los distribuidores de no fabricar, vender o distribuir otros artículos en competencia”.

La doctrina ha delimitado estas características esenciales del contrato de distribución: i) atípico, ii) consensual, iii) bilateral, iv) oneroso conmutativo, v) de tracto sucesivo, vi) intuitu personae, vii) de colaboración o cooperación. viii) El distribuidor compra los productos y los revende a otros comerciantes o al público en general. ix) El distribuidor no es representante del productor, x) La ruptura del contrato es indemnizable para cada caso en concreto.

Es costumbre mercantil en esta clase de contratos, pactar exclusividad en favor del distribuidor.

Lo anterior permite establecer que el contrato de distribución es un contrato atípico de común aplicación por algunos empresarios en Colombia con una función económica autónoma en apariencia distinta a los demás contratos definidos en el código de comercio.

Del contrato de mandato.

Ahora bien, con el fin de adecuar el marco jurídico aplicable al presente asunto, resulta necesario analizar el contrato de mandato, el que a la luz del artículo 2142 del código civil, en donde se precisa que *“...es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario”.

Dentro de sus peculiaridades, tenemos que es consensual, principal, oneroso o gratuito (depende de las partes contratantes), bilateral, conmutativo, nominado y puede ser otorgado por escritura pública ante notario como en el caso de un mandato general, por cuanto las actividades del mandatario abarcan todos los negocios del mandante.

La corte Constitucional, en sentencia C-1178 de 2001, señala:

“El contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella...”.

Sobre el contrato de mandato mercantil.

Por otra parte, al tenor del artículo 1262 del código de Comercio, el mandato mercantil *“...es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. // Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro”.*

Acorde con ello, en el mandato comercial sin representación, una persona (mandante) le encomienda a otra (mandatario) la realización ante terceros de determinados negocios o actos

de comercio, en nombre del mandatario, pero por cuenta y riesgo del mandante y, por tanto, el mandatario debe informar a los destinatarios de sus declaraciones que obra por cuenta y riesgo de otra persona, situación que conlleva a que entre el mandante y los terceros no surja relación jurídica alguna. Por lo tanto, el mandatario aparece frente a los terceros con quien contrata, como el titular de los derechos derivados del contrato, como también de las acciones que surgen del acuerdo.

El mandato oculto sin representación.

Sobre este, el artículo 2177 del código Civil señala: *“El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante.”*

Sobre el tópico, la corte Suprema de Justicia, sala civil, en sentencias de marzo 7 de 1952 y mayo 17 de 1976, ha señalado que puede haber una especie de simulación, en cuanto el mandante se oculta y hace que el mandatario se presente a contratar con terceros, pero esa simulación se realiza en el mandato no en el contrato que el mandatario celebra en su propio nombre, de ahí que el tercero es ajeno al convenio privado del mandato y, por consiguiente, quien es parte en el negocio celebrado con dicho tercero es el mandatario.

Conversión de nulidad en contrato diferente artículo 904 del código de Comercio.

No es desconocido que en Colombia existe un sistema económico basado en la iniciativa privada y por ello, el contrato se instituye en el instrumento esencial para satisfacer intereses patrimoniales, a través de la venta de bienes y servicios. El ejercicio de la autonomía de los contratantes establece si para tal efecto se sigue un tipo contractual preexistente o por el contrario se diseña otro capaz de cumplir sus perspectivas negociales.

En todo caso, la creación, mutación o el decaimiento de dichas relaciones a través del negocio jurídico se sujetará al seguimiento de las reglas propias del contrato celebrado, bien sea típico o atípico, y de los imperativos de corrección contenidos en la ley, pues de lo contrario surgirán anomalías, llamadas a afectar su formación, desarrollo o ejecución. Frente a este listado de anomalías contractuales, el ordenamiento jurídico tiene previstas entre otras herramientas, la inexistencia, nulidad, resolución, simulación, inoponibilidad, rescisión por lesión, modificación o terminación judicial del contrato por onerosidad acaecida.

En el sub examine, la demandante alega que en desarrollo de su actividad, lo pactado no corresponde a un contrato de distribución, luego la labor del despacho se centrará en escudriñar no solo lo que los extremos contractuales pactaron, sino la forma como ejecutaron los contratos en la práctica, en aras de auscultar el contrato realidad, como la eventual privación de efectos, y confrontar si hubo o no transgresión a lo consagrado en el artículo 1618 del código Civil, que ordena indagar la intención de los contratantes más allá de lo literal de las palabras empleadas en el acuerdo.

Al efecto, recordemos que según el artículo 899 del estatuto comercial, el negocio jurídico será nulo cuando: a) “contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”; b) “tenga causa u objeto ilícitos” y c) “se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”, de donde se extrae sin dificultad que ninguno de esos supuestos normativos se configuran en el presente evento, dado que no está acreditado que los contratos de marras contraríen norma del carácter forzoso a que refiere el numeral primero del artículo regulador de las nulidades de los contratos comerciales, máxime cuando sentado se tiene que el régimen de las nulidades, por implicar en el fondo la aplicación de sanciones, es restrictivo, lo que de suyo apareja la prohibición de acudir a la analogía para que se surtan sus efectos.

Para abordar lo atinente a la causa y el objeto, memoremos que según lo prevé el artículo 1502 del código Civil patrio, esos son dos de los requisitos que deben reunir los negocios jurídicos para que se reputen válidamente celebrados, en la medida en que son objeto de declaración de voluntad “una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer”, y aún “el mero uso de la cosa o su tenencia” (Art. 1517 CC); en la misma línea, lo que debe auscultarse cuando se está verificando la satisfacción de ese presupuesto necesario en los contratos, es que el objeto de estos a más de ser comerciales, existan para cuando se celebran los actos, o por lo menos, se espere que existan y que además, estén determinados por lo menos en cuanto a su género y que la cantidad de lo que se va a dar, hacer o no hacer, sea cierta y en el evento de que sea incierta, si en el contrato se fijan reglas o datos que sirvan para determinarla, será válida esa estipulación y de contera, el acto, en lo que toca con ese aspecto cantidad; y por último, si el objeto del negocio recae sobre un hecho, éste debe ser física y moralmente posible (Art. 1518 OP).

Es justamente por esos postulados legales, que cuando se habla de objeto ilícito, debe tratarse de cualquier cosa que se vaya a dar, hacer, no hacer, usar o tener, y que, siendo el propósito material del contrato, “contravenga al derecho público de la nación”, o no estén el comercio, se trate de derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona, estén embargadas por decreto judicial o se trate de un contrato prohibido por las leyes (Arts. 1519, 1521 y 1522 lb)

Corolario de lo expuesto, es que como en este caso no se acredita que los apartes del contrato cuya nulidad pide DIGIMOVIL SAS se declare, contravenga al derecho público de la nación, o esté fuera del comercio, ni recayó sobre derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona, tampoco que estén embargadas por decreto judicial ni están prohibidos por las leyes, esa pretensión cae al vacío.

Esa conclusión se fortalece, si analizamos lo que tiene que ver con la causa, pues si en cuenta se tiene que, tal como lo propone el artículo 1524 de la misma obra normativa, esta consiste en “el motivo que induce al acto o contrato”, el que debe ser real y lícito, en el caso actual, ese móvil real, se extrae de lo que en el texto de cada contrato se estipuló, así como de la aplicación práctica que cada extremo de los actos le dio durante sus ejecuciones, tal como se explica en el acápite respectivo de esta providencia.

Si a lo anterior le agregamos que esa causa no está legalmente prohibida ni contraría las buenas costumbres ni al orden público de la nación, fuerza concluir que por el lado de la causa tampoco hay lugar a considerar que estemos ante motivos que conduzcan a declarar la nulidad total ni en parte de tal contrato.

Por lo anterior, y considerando además que no se trata de negocio celebrado por personas incapaces, ni hay prueba de que, al plasmar el sentido de sus voluntades, las partes hubieran incurrido en error, o hubiere mediado fuerza o dolo para ello, debe concluirse que no estamos ante unos negocios o cláusulas anulables en los términos que prevé el artículo 900 del código mercante colombiano.

Tampoco hay mérito para acceder a las pretensiones de declarar INEFICACES por cuanto, en primer lugar, este efecto sancionatorio de los actos negociales opera IPSO LEGE, ergo, para ello no es menester declaración judicial, y en segundo lugar, véase que el mismo ocurre solo cuando de manera expresa el código de Comercio establezca que un acto tiene esa connotación (Art. 897 C. de Co.), lo que no se puede predicar en este evento, dado que del texto del contratos objeto de esta disputa, no se desprende que haber versado respecto de la distribución de los productos y servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones

que esta maneje, a las existencias que tenga y a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución (contrato de distribución), sean de aquellos que la ley considere ineficaces, lo que tampoco se puede hacer derivar de la circunstancia de que una de las partes crea, después de haberlo ejecutado en la forma como se pactó y nominó, que se debe entender como uno distinto.

Ahora, no puede soslayarse que si bien la organización legal colombiana permite que una de las partes involucrada en una relación contractual pida que esta se revise por el juez competente, para que este ordene -de ser viable-, los reajustes que la equidad indique o la terminación del contrato, lo que tampoco puede pasarse por alto es que para ello es menester que además de tratarse de contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, se hubieren presentado durante su ejecución circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que agraven la prestaciones de futuro cumplimiento a cargo de la parte que pide su revisión justamente porque tales situaciones le hagan excesivamente oneroso el honrar sus obligaciones contractuales, y, aun cuando el escenario en el que pareciera ubicarse el planteamiento fáctico de la demanda fuese ese, lo cierto es que eso no es lo que por medio de esta acción procura DIGIMOVIL SAS, al demandar.

Ahora, véase que si bien es cierto que en términos del artículo 904 el código mercantil colombiano, *“El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato.”*, debe destacarse que los supuestos fácticos necesarios para aplicar los efectos que esa norma prevé, son que, en principio, haya lugar a declarar la nulidad del contrato de que se trate, en los términos ya vistos, vale decir, en los que consagran los artículos 899 ó 900 de la misma obra normativa, y en segundo término, que ese contrato diferente, esté debidamente configurado en cuanto a sus elementos esenciales y formales, lo que a su vez, exigiría que auscultada la teleología perseguida por las partes, haya lugar a suponer que si éstas hubieran conocido el motivo de nulidad en que incurrieron al celebrar el contrato, habrían querido celebrar el otro, lo que a todas luces no se puede pregonar en el presente evento, dado que, como ya se analizó, EL CONTRATO base de esta disputa no está maculado por ninguna de las causales enlistadas en los artículos 899 y 900, amén de que, el caudal probatorio que nutre este expediente conduce a concluir que lo que ambas partes ejecutaron, fue el contrato que suscribieron y no otro.

De la interpretación de los contratos

Para desatar el debate que nos concierne se memora que los principios y reglas de interpretación de los contratos adquieren relevancia cuando las disposiciones en ellos contenidas no son lo suficientemente claras y precisas para fijar su alcance y contenido, y para ello, la hermenéutica contractual fija pautas para determinar el contenido y revisar el sentido de las declaraciones y comportamientos asumidos por las partes del negocio jurídico a través de los artículos 1618 a 1624 del código Civil, a los que nos remitiremos por disposición expresa que hace el artículo 2 del estatuto mercantil.

Precisamente, según la doctrina especializada, son dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones: i) La búsqueda de la común intención de las partes (communis intentio o voluntas spectanda) y ii) la buena fe contractual.

Las reglas, por su parte, son: i) La especificidad, ii) La interpretación efectiva, útil o conservatoria, iii) La interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato y de la interpretación usual, iv) La interpretación contextual, extensiva y auténtica; V) La interpretación incluyente o explicativa, vi) La interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente y consecuente con lo anterior, la labor de encontrar la

verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato.

Tanto doctrina como jurisprudencia reconocen una jerarquía entre los criterios interpretativos del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios, de ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la *communis intentio*, a la que alude el artículo 1618 del código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación antes reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624² de esa misma codificación. Por eso, independiente de la denominación que las partes le hayan otorgado al acuerdo de voluntades, **prevalece la intención de los extremos contractuales.**

De la agencia mercantil.

Este contrato, en los términos del código de Comercio es aquel por medio del que “*Un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.*”

De tal noción, acompasada con las demás normas que la reglamentan en el capítulo V, título XIII del estatuto mercantil –arts. 1317 y ss.-, surgen como sus características principales:

a.-constituye una forma de intermediación,

b- El agente tiene su propia empresa con su propia organización, la dirige independientemente soportando el riesgo de su negocio, aunque si debe, en un plan de coordinación, no de subordinación, atenerse a las instrucciones del empresario a quien debe rendir informes relacionados con las condiciones propias del mercado para obtener éxito en su gestión;

c- La actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento, sus actividades tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario;

d- Requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor, es decir, que tal desempeño no debe ser temporal u ocasional, por el contrario, ha de ser permanente con la finalidad de procurar adecuadamente los fines propios de la agencia comercial;

e- El agente tiene derecho a una remuneración;

f- El contrato debe estar inscrito en el registro mercantil (Art. 1320 C. de C.).

² “Art. 1624 código civil. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. 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.”

De lo anterior, se infiere que, a pesar de la autonomía que emana del contrato de agencia, la característica mercantil intermediadora lo hace afín con otros contratos, tales como los relacionados en párrafos precedentes, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene particularidades específicas que, por lo mismo lo hacen diferente, razón por la cual su demostración tendrá que ser inequívoca. **De suerte que, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial,** pero dentro de aquella actividad también puede recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario ora como representante o agente.

De ahí, que poco importa la conquista que de un mercado pudiera lograrse a favor de un tercero, lo realmente fundamental para los asuntos de esta naturaleza, **es que la persona que se considera agente hubiera actuado a nombre y por cuenta del empresario, previo encargo que éste último le hiciera para promover o explotar sus negocios en un determinado ramo.**

Es por ello que se resalta, desde su entrada en vigencia, la regulación del contrato de Agencia Mercantil ha sido objeto de no inveteradas discusiones, principalmente derivadas de la interpretación de los artículos 1324 y 1328 del C. Co, cuyas disposiciones determinan el pago de unas “prestaciones” a la terminación del contrato a favor del agente y la prevalencia de las normas contenidas en el estatuto mercantil en cuanto a los contratos de agencia que deban ejecutarse en el territorio nacional, despojando de eficacia expresamente cualquier estipulación en contrario. Al efecto, no ha sido pacífica la doctrina ni la jurisprudencia en sentido estricto como tampoco la “jurisprudencia arbitral”, a la hora de determinar el carácter dispositivo y la posibilidad de renuncia de tales “prestaciones” o su carácter imperativo y la irrenunciabilidad de las mismas.

Ahora, como en todo contrato, en el de agencia comercial deben estar ínsitos sus elementos distintivos, que no solo lo caractericen, sino que permitan identificarlo de otros que, aun cuando puedan aparentemente confundirse, impidan llegar a ese yerro; tales elementos, llamados esenciales por el código civil en su artículo 1501, son los que de manera imperativa se regulan en los artículos 1317, 1320, 1322 y 1324 (a la terminación), 1326 y 1328 del código de comercio, y atañen a: 1) la existencia de un ENCARGO que en forma independiente y estable asume un sujeto de derechos; 2) que ese encargo se constituya para PROMOVER Y EXPLOTAR negocios de un área específica del mercado y en un territorio determinado; 3) que quien asume el encargo lo haga ya como REPRESENTANTE; ora COMO AGENTE; pero también puede hacerlo como FABRICANTE o DISTRIBUIDOR de uno o varios productos 4) que quien la haga el encargo sea un EMPRESARIO nacional o foráneo.

A más de los anteriores, no puede perderse de vista que para que un contrato pueda catalogarse como de agencia mercantil, debe contener: la ESPECIFICACION DE LOS PODERES O FACULTADES DEL AGENTE, EL TIEMPO DE DURACION Y SER INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL (ART. 1320 lb.) y sobre estos particulares aspectos, vemos que no están presentes.

Pero también le imprimen sello individual, el deber que tiene el empresario a pagarle al agente SU REMUNERACION AUNQUE EL NEGOCIO NO SE LLEVE A EFECTO POR CAUSAS IMPUTABLES AL EMPRESARIO O CUANDO ESTE LO HAGA DIRECTAMENTE Y DEBA EJECUTARSE EN EL TERRITORIO ASIGNADO AL AGENTE, tal como lo manda el artículo 1323 ejúsdem, aspectos respecto de los que no existe respaldo probatorio en este extenso expediente; todo lo contrario, lo que nos ilustra ese caudal demostrativo es que los pagos que hizo, Comcel a Digimovil, así como los que esta exigió y respecto de los que reclamó a Comcel durante la vigencia de esa vinculación negocial, solo tenían que ver con lo efectivamente vendido o comercializado por Digimovil, más no hay pruebas de pagos ni de cobros por

negocios iniciados por la demandante y que, frustrados después por culpa de Comcel, ésta le hubiere tenido que cancelar a Digimovil remuneración alguna.

Ahora, en lo que toca con las previsiones del artículo 1324, nótese que a pesar de que se trata de unas improntas únicas para esa tipología contractual, éstas solo adquieren fisonomía a la finalización del nexo, las que debe admitirse, son de carácter imperativo y en tal orden de ideas, siempre que se extinga una relación de agencia comercial deben surtirse esos efectos, siendo esa la razón por la que se ha vuelto común que cuando entre comerciantes acaece un finiquito de una vinculación contractual de aquellas que reportan similitudes con la agencia mercantil, se pretenda tratar de hacer encuadrar la relación de que se trate, en una arquetípica agencia.

Es por las razones que vienen de exponerse, que es deber del juzgador escrutar con sumo celo no solo el texto del contrato que se le pone en discusión, sino escudriñar cual fue la aplicación práctica que las partes le dieron, con el sano y necesario propósito de verificar si a pesar de la nominación, los elementos esenciales de la agencia fueron los que le dieron fisonomía a tal nexo contractual, de forma tal que, una vez constatada la presencia de todos esos elementos (*sin los cuales, o no produciría efectos alguno, o degeneraría en otro contrato, según los designios del ya invocado artículo 1501 del código Civil*), deba el juzgador hacer caer los efectos señalados en los artículos 1324 y además, los previstos en los artículos 1326 y 1327, en lo pertinente.

En puridad conceptual, cuando se está ante un contrato de ese linaje, la persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente. En general, del estudio de los primeros elementos de la esencia de la agencia, encontramos que la principal función económica de esa especie de contratos, es la creación de una clientela para los bienes y servicios del productor, pero no olvidemos que ese carácter también lo reportan otros contratos, motivo por el que, a pesar de esa familiaridad en lo que atañe a esa función pecuniaria, algo que permite diferenciarlo respecto de esos otros contratos, **tiene que ver con el riesgo negocial propio de la obtención de un producto dentro de una cadena de comercialización y como consecuencia de aquello, que el propietario se beneficie o se perjudique por algunos aspectos que rodean ese producto en particular, como por ejemplo el alza o reducción de precios de acuerdo con lo que el mercado dicte al momento de reventa, y no al de obtención.**

Sobre los alcances del riesgo negocial que diferencia al distribuidor del agente comercial, la doctrina memora³: *“El riesgo de los productos en la agencia le pertenece al empresario agenciado, salvo una redistribución del mismo; lo que es cierto, siempre que la agencia sea aceptada como un mandato y también sea empleada a nombre y por cuenta propia; pero la agencia, en principio, siempre es encargada y por cuenta ajena y a nombre del empresario nacional o extranjero, por cuanto el riesgo del producto no puede pertenecerle al agente, entre otras razones por la intermediación que ejecuta y además, porque tampoco tiene la capacidad de celebrar los negocios debido a que no le pertenecen los productos que promociona; luego entonces no pierde nada, y si no puede perder, tampoco puede arriesgar”.*

De otro lado, no puede soslayarse que por definición legal, la agencia puede abarcar diversas formas de objeto contractual, pues memórese que según lo dispone el pluricitado artículo 1317, puede ser la de representar o agenciar a un empresario nacional o extranjero o, ya la de fabricar o distribuidor sus productos y servicios, pero lo que debemos tener presente es que, independientemente de cual de esos objetos sea el que se acordó llevar a efectos, deben estar presentes todos los demás elementos esenciales de la agencia; lo que, mutatis

³ Salgado, E. (2016). *Crítica de la noción del agente-distribuidor en el derecho colombiano y sus repercusiones jurídicas*. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 19, 38, 127-143. DOI:

<http://dx.doi.org/10.18359/prole.1974>

mutandis, traduce en que, no todo contrato que hubiere tenido como objeto DISTRIBUIR los productos y/o servicios de un empresario patrio o extranjero, deba entenderse como de agencia mercantil, salvo que todos esos elementos confluyan.

Pero otra arista que emerge de la noción legal de la agencia, es que, justamente debido a que la distribución puede llegar a confundirse con una agencia, es perfectamente plausible que cuando se esté procurando celebrar un contrato de mera distribución, se pueda pactar de forma expresa, que se excluya la opción de entender que se trata de otro contrato en cuanto a sus efectos, lo que es perfectamente válido si, se itera, en su íter, no se hubieren perfilado nítidamente los elementos esenciales y hasta de la naturaleza de la agencia, pues de ser así, tales estipulaciones no tendrían eficacia para calificar el contrato de manera diferente a lo que determinen sus elementos inescindibles de una agencia, dado que, aplicando los efectos del artículo 1501 del CC, en consonancia con las previsiones del 904 del código de Comercio, al degenerar en una real agencia, debe surtir los efectos de esta.

Lo que debe ponerse de presente en esta oportunidad, es que para poder hacer surtir los efectos del citado artículo 904, menester es que previamente se hubiere demostrado que el contrato de que se trate y que se hubiere nominado de forma distinta a "agencia", tenga que considerarse absolutamente nulo al tenor de las causales dispuestas en el artículo 899 ya citado, y sobre el punto, ya tuvimos la oportunidad de esclarecer que en este caso no se perfila ninguno de tales motivos, destacando que si bien ya bosquejamos que los efectos previstos en el artículo 1324 del C. de Co., resultan de carácter imperativo, no puede soslayarse que, como esa fuerza aplicativa solo puede hacerse recaer cuando se extingue el vínculo, no es dable invocar el no pago de esas prestaciones o de la indemnización, cuando hubiere lugar a ella, como motivo para catalogar de nulo un contrato que se quiera hacer ver como de agencia, por la causal 1 del artículo 899, dado que esa norma imperativa que debe contrariar el contrato de que se trate, debe ser de aquellas que regían el contrato durante su ejecución.

De lo anterior se infiere que, a pesar de la autonomía de que goza el contrato de agencia, la característica mercantil intermediadora lo hace afín con otros contratos, tales como los relacionados en párrafos precedentes, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene características específicas que, por lo mismo, lo hacen diferente, razón por la cual, su demostración tendrá que ser inequívoca. **De suerte, que un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad, también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario ora como representante o agente, pero en virtud de un contrato de agencia.**

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha expresado⁴:

"En cambio, la actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que, para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario. Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final. Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra

⁴ Sentencia de Casación octubre 31 de 1.995

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 sí 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.”

En el mismo sentido se pronunció la corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 2 de 1.980, al indicar que: *“Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro al promover su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios. La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario, los productos se desplazan al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos.”*

De tiempo atrás se ha dicho que quien compra productos a un fabricante o proveedor para luego revenderlos, no funge como su agente mercantil, así la operación comercial se realice en el marco de un contrato de duración, e incluso bajo determinados lineamientos trazados por el abastecedor.

Las razones son múltiples: la primera, porque en esa puntual actividad **–la de comprar con descuento para luego vender a un precio de mercado–** no existe encargo alguno, más concretamente el de promover o explotar el negocio del fabricante; la segunda, porque “quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios” (CLXVI, pag. 270 y ss.); la tercera, porque al obrar de ese modo, **el distribuidor gestiona sus propios intereses**, principalmente para beneficio suyo y no del proveedor, así éste, por rebote, obtenga un determinado provecho en el posicionamiento del producto; la cuarta, porque el agente comercial propiamente dicho, en su tarea de agenciar al empresario, maneja productos de propiedad de éste, por lo que el riesgo de venta o del deterioro de la cosa no lo asume el agente sino el agenciado (de allí que, si existe agencia, el agente tiene derecho de retención); la quinta, porque, en rigor, el agente es un intermediario entre el empresario y la clientela que se forma para él, a diferencia de lo que ocurre con el mero distribuidor, quien no es mediador, ni representante, ni forma clientela para otro.

En este sentido se pronunció la sala en sentencia de 5 de junio de 2009, señalando que,

“Es asunto averiguado que la agencia comercial, sea ella contractual o de hecho, exige que quien funja como agente asuma en forma independiente y estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y en una zona establecida, bien como representante de un empresario, ora como fabricante o distribuidor de sus productos (C.Co., art. 1317).

“Por su importancia en el caso que ocupa la atención de la Sala, es necesario destacar que sólo existe agencia comercial cuando se despliega, por encomienda, una actividad cierta y definida de promoción de un negocio ajeno, es decir, de transmisión en un determinado mercado de las cualidades del producto de otro empresario, con el fin de introducirlo o de consolidarlo y, claro está, de generar para éste una clientela. Por consiguiente, si la labor desarrollada se circunscribe al cumplimiento o ejecución del objeto social de la sociedad que se autoproclama como agente, si esa gestión se traduce, en la práctica, en el impulso de un negocio propio, si, en últimas, la operación realizada se traduce en la generación de una clientela propia y no para otro empresario, no podrá configurarse un agenciamiento mercantil.”

Sobre éste particular, la corte Suprema de Justicia ha precisado que,

*“(…) lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, **sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste**, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, **de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario**”⁵ (Subraya el Despacho).*

“No basta, pues, para que exista agencia comercial, que una persona venda un producto ajeno; es indispensable, en cualquier caso, que esa puntual actividad o cualquiera otra materialice una labor de promoción del negocio de otro empresario y por encargo de él, en beneficio del cual se debe desarrollar la gestión. Tampoco es suficiente acreditar que esa actividad –la de vender-se realizó de manera estable y duradera, habida cuenta que si ella se enmarca dentro del ámbito del objeto social del vendedor, debe, en principio, afirmarse que éste ejecutó una actividad propia.

“De allí que los mecanismos internos previstos por el empresario y el vendedor para el recaudo del precio de los productos vendidos –en el caso de las aerolíneas y de las agencias de viajes, por el sistema Billing and Settlement (BSP)-, no reflejan, por sí solos y en forma inequívoca, que entre ellos existe un negocio de agencia comercial, así el empresario le reconozca al vendedor una comisión por la venta, pues ésta puntual actividad, se reitera, no necesariamente traduce el encargo de impulsar, fomentar o promocionar el producto del empresario, como factor determinante de la agencia mercantil”⁶.

Ahora bien, aunque el agente comercial puede obrar como “distribuidor de uno o varios productos” del empresario agenciado (C. Co., art. 1317), esa sola condición no permite afirmar que toda actividad en la que una de las partes sea distribuidora califica como agencia mercantil; para serlo, es indispensable que concurren los requisitos previstos en esa disposición, relativos al encargo de promover o explotar el negocio del empresario, en forma independiente y de manera estable. Más aún, por su importancia en el caso que nos ocupa, es útil resaltar que el pacto de exclusividad⁷, en sí mismo considerado, tampoco es indicativo, por sí solo, de la existencia de un contrato de agencia, por más que se hubiere pactado en beneficio del proveedor y en una zona territorial específica, habida cuenta que, en cualquier caso, sí la médula del negocio jurídico celebrado entre el proveedor y el distribuidor es la compraventa de productos que éste último revenderá en un determinado mercado, allí no habrá, en rigor, el encargo de gestionar un negocio ajeno, pero sobre todo, porque el pacto de exclusividad tanto para el agente, como para el agenciado, no resultan ser elementos de la esencia de la agencia, ni aún de su naturaleza, sino accidentales, en la medida en que, según lo prevén los artículos 1318 y 1319 del código de Comercio, ello es del arbitrio de los contratantes.

Con otras palabras, si la relación fundamental entre el fabricante y el distribuidor es, por ejemplo, la de suministro de productos por parte del primero al segundo (C.Co. art.968), quien luego los revenderá, en ejercicio de una arquetípica actividad mercantil (art. 20, N 1°, ib.), la naturaleza de ese específico negocio jurídico no se decolorará por la continuidad de la operación (art. 971, inc. 2°, ib.), por ser ella duradera (arts. 971 y 977, ib.), o por haberse acordado, a manera de pactos accidentales, cláusulas de exclusividad en determinadas zonas (art. 1501 C.C.); incluso, si la venta o suministro de productos al distribuidor hace parte de una operación mercantil en la que, además de la venta como punto de partida, se fijan ciertas condiciones para la reventa como precios máximos, indicaciones sobre publicidad, utilización de marcas, etc., con delimitación de una zona para la comercialización, podrá afirmarse la

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de abril de 2008.

⁶ Exp. 11001310303520000091600.

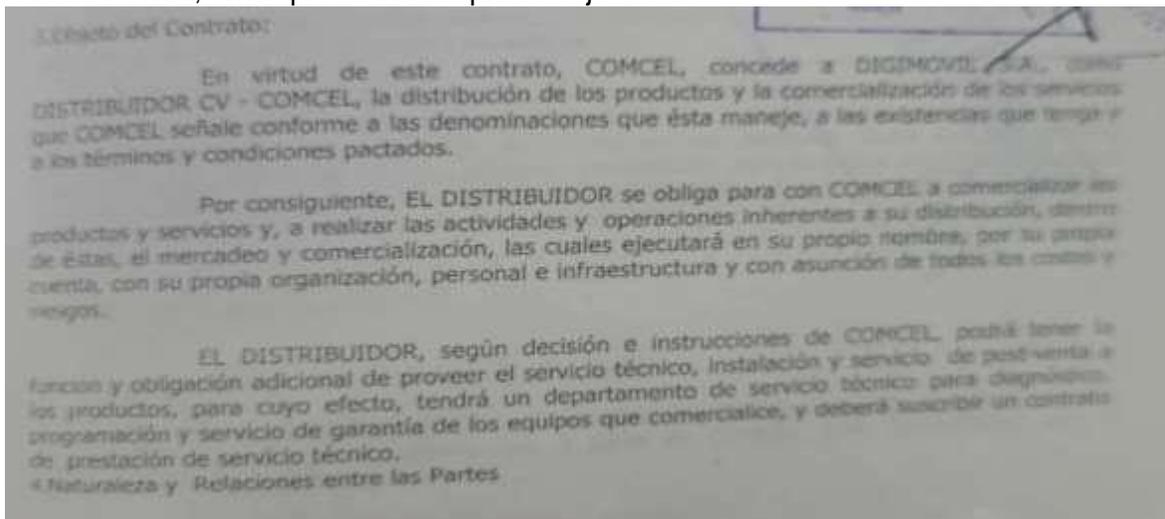
⁷ La cláusula de exclusividad a favor del proveedor o del beneficiario estaba expresamente permitida en el contrato de suministro, según los artículos 975 y 976 del Código de Comercio, vigentes para la época en que fue celebrado el primer contrato escrito entre las partes (23 de diciembre de 1991), los cuales fueron derogados por la Ley 256 de 1996.

existencia de un contrato de distribución, pero no necesariamente de agencia, como que, en esa hipótesis, no habrá encargo por parte del fabricante y el distribuidor, ello es medular, obrará en nombre propio y bajo su riesgo.

En síntesis, es errado afirmar que toda distribución de productos constituye una agencia mercantil, así se ejerza en forma independiente y en una zona prefijada por las partes. Si no hay encargo del proveedor de promocionar o explotar su negocio, si la clientela que se forma es para el distribuidor, y si es éste quien asume el riesgo de la operación, el contrato no podrá calificarse como un típico agenciamiento.

En el presente asunto, la acción ejercitada se concentra a obtener la declaratoria de que entre las partes en litigio existió un contrato de agencia comercial, y por tanto, se condene a COMCEL SA a pagar a DIGIMOVIL SAS, en su condición de agente comercial, una doceava parte del promedio de la comisión y utilidades causadas durante los tres últimos años de su ejecución, por cada uno de vigencia del CONTRATO SUB IÚDICE, así como la indemnización establecida en el artículo 1324 del código comercial, y las demás pretensiones que hace derivar de la declaratoria de esa relación (*ver pretensiones 10 en adelante*).

Para tales fines, empecemos por escudriñar el contrato suscrito en enero 13 de 2009 visto a folios 54 a 104, en el que se indicó que su objeto era:



Precisando a continuación en la cláusula 4 que *“el presente contrato es de distribución. // Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por COMCEL en el desarrollo de las actividades a que se obliga EL DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad, ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por COMCEL según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a COMCEL en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de dichas calidades o dando a entender que su empresa e instalaciones son de propiedad de COMCEL, que es asociado o tiene una relación con esta 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”*

Acorde con esas estipulaciones, en principio DIGIMOVIL SAS, promovería en una zona específica del territorio nacional de forma estable e independiente, la distribución de los productos y servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que esta maneje, a las existencias que tenga y a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución (contrato de distribución), a cambio de lo cual, la demandante recibiría como

contraprestación económica el pago de comisiones y anticipos, conforme al anexo A del mentado contrato “*plan de comisiones del distribuidor*”, actividad que ejercería sin subordinación ni dependencia y por su propia cuenta y riesgo.

Sobre este particular aspecto de independencia, vemos que se extrae del mismo texto del contrato, cuando a cláusula 7.26.8 se le asignó a DIGIMOVIL SAS, la responsabilidad de:

“[...] En cualquiera de los casos contemplados en los literales 7.26.1 a 7.26.8 inclusive, toda la responsabilidad de cualquier naturaleza, incluida la patrimonial será exclusiva, única e íntegra del DISTRIBUIDOR quien responderá de todos los daños, costos y gastos dentro de éstos pero sin limitarlos, los valores de activación, de teléfono en caso de pérdida, destrucción, extravío o hurto, y el valor total de los consumos generados y, además perderá las comisiones, beneficios o utilidades que se hubieren causado hasta el instante de la comprobación siquiera sumaria de estos hechos y, no obstante cualquier disposición en contrario en este Contrato[...].”

También corrobora ese aspecto, el que a cláusulas 7.27 y 21, se le atribuyó a DIGIMOVIL SAS la carga de cumplir, observar y acatar todas las disposiciones legales, en especial las laborales, tributarias y de la contabilidad general de sus negocios y empleados (Fl. 67 y 75).

A cláusula 7.9 se limitó la responsabilidad a la demandante respecto de sus empleados, pues se resalta que “*COMCEL no tendrá relación jurídica laboral, de trabajo ni de ninguna naturaleza con el personal del DISTRIBUIDOR, quien será el único y exclusivo responsable del cumplimiento de sus obligaciones legales, prestacionales y asistenciales, obligándose a mantener permanentemente indemne a COMCEL de todos estos aspectos*”; adendas consagradas a su vez, en los otros de junio 17 de 2013 y noviembre 30 de 2022 (CD pruebas).

En las cláusulas 7.28, 17.4 y 18, DIGIMOVIL SAS asumió de manera única la responsabilidad derivada de la ejecución, terminación de los contratos, sin que a Comcel se le atribuyese responsabilidad respecto de las relaciones jurídicas que se contrajeran entre la demandante y sus canales de distribución autorizados junto con sus empleados.

Ahora en lo que atañe al factor territorial de ejecución contractual, se evidencia que el contrato no determinó el área donde debía desarrollarse el objeto del contrato, pero si se establecieron las pautas en el anexo D para la apertura de centros de venta y localización autorizada del distribuidor, en donde se enfoca que cada punto o centro de venta del DISTRIBUIDOR deberá ser previamente autorizado por COMCEL, resaltándose de las documentales anexas con la demanda, y en los testimonios y declaraciones vertidos en la fase instructiva, que hay puntos en Manizales, Armenia, la Dorada y Anserma (Cd anexos).

En cuanto a las inconformidades con el clausulado contractual, mírese que estas no se abren paso con esta demanda, pues no logró demostrar la demandante que antes de 2018 hubiere elevado petición o reclamo ante la sociedad demandada, a efectos de modificar el tipo contractual suscrito o alguna de las cláusulas dispuestas en el contrato báculo de acción, información que además fue corroborada por este despacho en los distintos interrogatorios y testimonios practicados, pues ninguno de los citados logró justificar y acreditar aunque fuese sumariamente, que las inconformidades planteadas en esta demanda se hubieren planteado a Comcel antes de 2018.

Todo ese análisis conglomerado de las pruebas vertidas al instructivo, bajo el tamiz de la sana crítica, permite concluir que DIGIMOVIL SAS no dio muestras de que hubiere ejecutado un contrato distinto al que suscribió, pues solo a partir de marzo 7 de 2018, después que decidió culminar su relación contractual con COMCEL, fue que lo empezó a calificar de agencia, lo que se verifica, al observar que así lo confesó el doctor Juan Guillermo Zea Osorio, quien acudió a absolver el interrogatorio de parte presentándose como representante legal de

Digimovil, y bajo juramento, dijo que Digimovil se quejó con Comcel fue en 2018, cuando se extendió la terminación del contrato; pero no solo esa afirmación lleva a la conclusión bosquejada en este aparte, sino, que además, al inicio de sus respuestas, narró lo que, según debía saber y le constaba (así lo juró), ocurrió como actos antecedentes a la suscripción del contrato subiudice, informando sobre el particular, que Jorge Hernán López, en representación de Digimóvil, entró en contacto con funcionarios de Comcel, se reunió con ellos para poder ser parte de la red de distribuidores y le hicieron firmar una hipoteca, incluido unos lotes, -aspecto sobre el que acota este despacho, aparece legítimo y justificado en el texto del contrato subiudice, cuando a clausula 27.1, se obligó la actual demandante a constituir tales garantías, entre otras- y continuó afirmando el declarante, que después de esas reuniones y conversaciones entre Comcel y el señor Jorge Hernán López como Digimovil, se le entregó a éste el modelo de contrato y allí empezó el modelo de negocio, que no se probó fuere otro distinto del de distribución que se recogió en los documentos aportados por la actora a folios 54 a 104.

Y aun cuando este declarante afirmó -después de haber atestado que la intención de Digimovil era formar parte de la red de distribuidores de Comcel- que Comcel aprobó el ingreso de Digimovil como agente comercial y que en esa calidad actuó, lo cierto es que no hay prueba en el dossier que respalde tales asertos, motivo por el que no pueden erigirse en prueba suficiente para tener por desvirtuada la real naturaleza de distribución del mentado contrato, el que, además, dijo este representante legal de la actora, se firmó de manera voluntaria y sin presencia de fuerza o violencia

Por su parte, el señor Juan David Pinzón Rivas, quien fungía como gerente de Digimovil, y por eso de manera oficiosa se le llamó a declarar, afirmó que para iniciar la relación subiudice, en febrero de 2009, se suscribió un contrato para la venta de teléfonos móviles, para lo cual, debían constituir una hipoteca, tener un plan de mercado y una póliza de cumplimiento para operar en el territorio, y empezaron en Manizales; que se capacitaban con las herramientas de Comcel, cautivaban clientes para Comcel en planes pre y post pago y Comcel les remuneraba con comisiones. Explicó que llegó a saber de esa opción de negocio, porque un “personaje que andaba por acá”, les informó sobre ello y nombra a Juan Diego Isaza, a Jorge Hernán López y Alejandra Vega, para luego afirmar que él les ayudaba a crecer con Comcel, la que le mostró el modelo de negocio y en 6 meses, así se hizo el negocio; acotó que no tenían por qué hablar tanto del contrato, el que suscribió Jorge Hernán López como representante legal y gerente de Digimovil; y a pesar de que este declarante afirmó que durante la última etapa de la vida de la empresa, hubo cambios drásticos por Comcel, y que las comisiones ya no daban caja para pagar empleados y que ya no aguantaban con el tema financiero, véase que de esa declaración no se extraen elementos fácticos que lleven a considerar que el contrato subiudice, tal como lo empezó a averiguar, suscribir, ejecutar y finalizar Digimovil, era otro distinto al de distribución, ni mucho menos, para entender que los cambios efectuados por Comcel, o las dificultades de caja y/o financieras del distribuidor, den pie para mutar su naturaleza jurídica, ni la forma en que realmente se entendió y ejecutó por parte de Digimovil durante los años que se prolongó su vigencia, sin pruebas, por demás, de reclamos del distribuidor, sobre su calificación, naturaleza jurídica, clausulado, efectos y demás aspectos que ahora, justo después de su terminación, trata de ventilar judicialmente Digimovil.

En lo que atañe a la declaración de Angela Yaneth Acevedo López, aunque narra que como directora comercial de Digimovil, donde estuvo entre 2009 y 2018, encargada del área que comercializaba los productos Comcel, hacía reuniones con los empleados de Comcel y con los vendedores de Digimovil y gestiones de promoción puerta a puerta para captar clientes, controlaba los inventarios y que la citaban como comercial para las ventas de sim cards, temas de las metas, lo cierto es que para lo que es objeto de esta disputa, no aporta mucho su declaración porque afirmó desconocer las condiciones del contrato, amén de que de su versión, no se extraen elementos que objetivamente motiven a entender que Digimovil hubiere ejecutado un contrato diferente al de distribución.

El testigo Juan Diego Isaza Toro, quien dijo laborar para Comcel desde 1996, ocupando, entre otros, el cargo de gerente nacional de nuevos canales y que conoció la relación contractual subjudice desde sus inicios, afirmó que era un contrato para distribuir los productos de Comcel en el departamento de Caldas, y que él era quien atendía a este distribuidor, por lo que le constaba que conoció en Digimovil a Victoria López trabajando en ese distribuidor, también a Gonzalo Carvajal y a Jorge Hernán López, quien fue el que le dijo que estaba interesado en ser distribuidor de Comcel y así comenzó el negocio, pero después de tres meses de reuniones, terminando el pacto de celebrar un contrato de distribución, en el que estuvo Victoria López; dijo el testigo que él era quien les daba todos los productos para ser distribuidos, puesto que él tenía como funciones, apoyar al distribuidor y fijar y controlar las metas de los distribuidores, cuyo propósito eran las ventas de teléfonos celulares en planes pre y post pago, simcards, recargas y el servicio.

Obsérvese que esta declaración pone de relieve que desde sus inicios, y acorde con los propósitos de quien a nombre de Digimovil manifestó su interés de vincularse a Comcel por medio del contrato subjudice, fue mediante un acto de distribución, el que se perfeccionó, por demás, después de casi 3 meses de conversaciones previas, lo que significa que, aun entendiendo que Comcel fue la que redactó, elaboró y/o propuso el texto del contrato o modelo de negocio, Digimovil tuvo tiempo suficiente para discutir los términos contractuales que le planteaba Comcel, así como para proponer modificaciones, manifestar inconformidades o dudas, antes de suscribirlo, lo que no probó hubiera hecho ni en esa oportunidad, ni a lo largo del desarrollo y ejecución de tal contrato, aspecto que pone al descubierto que no puede ser de buen recibo el que se pretenda declarar que Comcel ejerció y/o abusó de su posición dominante en relación con este contrato, ni mucho menos, el cambiar la denominación, naturaleza jurídica y efectos de un contrato solo después de que la parte que así lo exora, decidió darlo por terminado.

Y a pesar de que este testigo dijo que Comcel abrió un canal de agentes comerciales, véase que ello ocurrió después de haber nacido a la vida jurídica y práctica, el contrato de distribución de marras, sin que la aquí actora hubiere demostrado que antes de haber terminado este acto negocial, le hubiera solicitado a Comcel redefinir esos aspectos y por último, otra aseveración que sella la suerte adversa a las pretensiones de esta demanda, es que este declarante también atestó que aun cuando los precios de venta de los productos que distribuía Digimovil, los fijaba Comcel, el distribuidor los vendía, circunstancia que confirma el que Digimovil los compraba y pagaba con sus recursos, y los revendía en el mercado, obteniendo sus ingresos, básicamente y entre otros

conceptos, de ese margen diferencial entre el precio a los que los adquiriría, y el que los vendía, lo que, de paso, desdibuja la opción de considerar que estamos ante un contrato de agencia comercial, como reiteradamente lo ha señalado un amplio segmento jurisprudencial.

De cara a la versión del señor Jorge Hernán López Carvajal, quien inició la empresa Digimovil, como su gerente, el nexa que tuvo esta sociedad con Comcel, fue el contrato subjudice, el que dice, le hicieron firmar y califica de leonino porque los prepara Comcel, la que dijo, pagaba por esos servicios unas comisiones y si la persona no hacía un número determinado de clientes, no se pagaba la comisión al final del año, motivo por el que afirma, vendió sus acciones y se retiró de la empresa, porque se sintió robado, manifestaciones sobre las que debe acotarse, aparece pactado en el texto del contrato base de esta disputa, cuya aceptación y obligatoriedad deriva de su suscripción por parte de Digimovil, y en cuyas definiciones y normas de interpretación, las partes nominaron como “garantía de ejecución mínima” (definición 1.19), de manera que no solo era conocida de antemano por el distribuidor, si no que en esas condiciones debía ejecutarse el pacto; y en torno a que por no satisfacer esas metas, el gestor del negocio como distribuidor, señor López Carvajal, se hubiere sentido “robado”, es aspecto subjetivo que no tiene la virtualidad de modificar el negocio.

Pero lo ventral de esta declaración, es que, dijo el declarante, la génesis del proyecto surgió porque, como su hermana Victoria le contó que había la posibilidad de distribuir de forma directa a nombre de Comcel, él investigó cómo operaba la distribución de celulares en su ciudad, consiguió un punto de venta para hacer distribución de equipos post pago y demás servicios post venta, y dado que tanto a él como a su cuñado Alonso Martínez y a su hermana Victoria, les gustó el proyecto, firmaron el contrato con Comcel, al que dijo, ellos buscaron porque estaban interesados y los tres hicieron un equipo, tomando su cuñado parte de las acciones, quien apalancó financieramente el proyecto, previa averiguación y cumplimiento de todos los requisitos, para lo que dijo, ellos antes de celebrar el contrato, preguntaron cuáles eran las condiciones para ser distribuidores oficiales de Comcel, averiguaciones e investigaciones previas que se hicieron por aproximadamente 4 meses; atestó que luego viajaron a Bogotá, a recibir unas capacitaciones durante una semana en todos los aspectos de Comcel para prestar un buen servicio, sobre la manera de adecuar y distribuir los productos en el punto de venta y también sobre los contratos de Comcel.

Y, aunque dijo que no averiguaron ni consultaron a ningún abogado sobre los aspectos jurídicos frente a la vinculación con Comcel, posteriormente afirmó que constantemente firma contratos estatales y que en este caso, nunca discutieron las condiciones del contrato, el que solo leyó y firmó a pesar de no estar de acuerdo con algunos temas, señalando, a guisa de ejemplo, que le parecía absurdo que aunque tenía algunos trabajadores a quienes debía pagar prestaciones, Comcel solo le pagaba comisiones aun sabiendo que las ventas no eran estables, que no le gustaba tener que pagar un arriendo costoso y solo podía tener productos de Comcel a manera de exclusividad, lo que no puso de relieve ante Comcel, porque dijo, “tenía claro que lo que quería cambiar no me lo iban a aceptar”, asunto que tampoco puede dar pie para que se entienda mutada la naturaleza, nominación y efectos del mentado contrato, puesto que constituye una especie de reserva mental que nunca dio a conocer oportunamente a su contratante y que por ende, ninguna consecuencia le tiene porque causar a Comcel en

este evento, en el que por demás, esos puntos de inconformidad, estaban plasmados en el texto del contrato, cuyo contenido dijo el declarante se le había dado a conocer antes de suscribirlo, y quien además, previamente investigó y averiguó todo lo concerniente a la forma como funcionaba el negocio de la distribución de celulares en su ciudad, por manera que si reportó pérdidas y se le impusieron multas por incumplir sus obligaciones pactadas, como lo dijo en su declaración, ello debió ser resultado de la forma como se administró y manejó financieramente el proyecto por parte del distribuidor, asunto ajeno a esta controversia, en la que lo que está claro, es que lo que único que sabía el señor López, es que era un distribuidor, como expresamente lo confesó, posición que transmitió a las personas a quienes vendió su participación accionaria en la empresa, Juan David y Néstor, quienes ya estaban para entonces, vinculados a Digimovil y a los que claramente les explicó las razones por las que se retiraba de la empresa, lo que pone al descubierto que éstos conocían esos detalles y en esas condiciones, continuaron ejecutando el contrato.

Analizando el testimonio del señor Ricardo Gómez, encontramos que laborando como gerente de desarrollo de Comcel en el eje cafetero hasta julio de 2017, debía revisar el desarrollo de los contratos, y frente a Digimovil, la que tenía puntos de venta en Manizales, Pereira y algunas poblaciones, se enfocó más en el área comercial y ventas, ayudando a escalar las solicitudes como distribuidores, vigilaba que las actividades comerciales derivadas del contrato de distribución cumplieran los presupuestos de la empresa y que los puntos fueran rentables, para lo cual interactuaba con Juan David y su esposa, quienes eran los representantes legales de Digimovil; realizaban estrategias comerciales para conseguir más clientes, estrategias comerciales que proponía Digimovil al área comercial y de mercadeo de Comcel; que capacitaba la fuerza de ventas para lograr mayores coberturas, fuerza de ventas que vinculaba directamente Digimovil, la que establecía, además, el modelo de contratación con su personal; hacía reuniones validando necesidades por puntos, hacían acuerdos para que fuera Digimovil la que directamente realizara actividades comerciales, las que en ocasiones proporcionaba Comcel, pero que era Digimovil la que por iniciativa propia las hacía, estrategias que pagaba a veces Comcel y otras las asumía Digimóvil; en cuanto a las propagandas, dijo que las radiales las pagaba Digimovil, la que después cobraba a Comcel la mitad por medio del plan coop, y que Comcel pagaba las propagandas si se utilizaba el nombre de Comcel; que el manejo de los dineros se hacía a través de transportadores de valores; que las comisiones que recibía Digimovil constituían su contraprestación y dependían del cargo fijo mensual y que las propuestas comerciales eran generadas en forma compartida por ambas empresas, pero que él atendía las demás propuestas, de donde se sigue que aun en este escenario y por medio de este empleado de Comcel, tuvo la oportunidad Digimovil de plantear las inconformidades que pudiera tener frente a los términos del contrato, sin que exista prueba de que lo hubiera hecho así.

En síntesis, de esta declaración no se extraen elementos que permitan concluir nada distinto a que la forma como ejecutó ese contrato Digimovil, se plegó a lo pactado y que por tanto, no era sino de Distribución.

Por su parte, el señor Juan Ignacio Valdivieso Bustamante, gerente comercial de Comcel, quien conoció de la ejecución del contrato existente con Digimovil porque estuvo dirigiendo la parte comercial a través de coordinadores en el eje cafetero a

mediados de 2017 y hasta inicios de 2018, atestó que las actividades principales de los distribuidores era la venta de productos post y prepago junto con el recaudo por el pago de servicios, que era lo que hacía Digimovil, distribuyendo equipos y planes de líneas nuevas, vendiendo kits y sim cards, comercializando todo el portafolio de Comcel, y recibiendo a cambio un porcentaje por la venta de cada plan, y que sus beneficios, derivaban de los incentivos y comisiones por ventas, e igualmente dijo que los eventos y demás actividades las pagaba Digimovil, pero que en ocasiones se utilizaba el fondo del plan coop para realizar acciones comerciales; y aunque también afirmó que los que antes eran distribuidores ahora se denominaban agentes comerciales, se itera, que ello lo que pone de relieve es que, aun cuando Digimovil tuvo la oportunidad de realizar actos encaminados a plantearle a Comcel la opción de hacer esos ajustes internos para modificar, si así lo quería, la nominación, naturaleza jurídica y efectos del contrato que venían ejecutando, no probó que lo hubiera hecho así antes de la terminación del vínculo, lo que no la habilita para que válidamente pretenda forzar, después de su extinción, que judicialmente se declare que ese contrato que ejecutó sin reclamos sobre el particular por aproximadamente 10 o más años, era uno diverso.

Alejandro Augusto Vega Cardona, por su parte, también atestó que solo sabía que Digimovil tenía un contrato de distribución, el que aunque no conocía, lo sabía porque esa empresa pertenecía al canal de distribución del eje cafetero, área en la que él estaba asignado y en la que podían existir unas 10 empresas, dentro de las que estaba Digimovil haciendo la distribución en Manizales; también informó que Digimovil se encargaba de distribuir los productos de Comcel, vendía el portafolio de Comcel creando estrategias comerciales en sus puntos para vender sus productos y adquiriría nuevos clientes y que al día de hoy, existía una línea de agentes comerciales, la que encontró después que volvió a la línea comercial, de la que estuvo por fuera un tiempo, lo que permite a esta agencia judicial iterar que esa posibilidad contractual la pudo y debió explorar la actual demandante antes de la finalización del contrato, lo que no probó hubiera siquiera intentado previo a iniciar esta demanda.

La testiga Jimena Villegas Mesa, quien fungió como coordinadora de servicio al cliente en Manizales y como jefe de del canal de distribuidores de Caldas y encargada, por tanto, del canal de agentes comerciales, dijo no recordar cuando se había cambiado la denominación de distribuidor a agentes comerciales, pero que Digimovil era un distribuidor de Comcel en Caldas con el que Comcel trabajaba normal porque había sido consensado para lograr resultados y que como distribuidor, cuando empiezan a funcionar, se les pide una exclusividad para comercializar los productos de Comcel, en venta de equipos, sim cards y planes pre y post pago; que Digimovil operaba en el eje cafetero, pero que podía abrir nuevos puntos en cualquier región, caso en el que debían consensuar ambas partes si era o no conveniente abrir o trasladar un nuevo punto y si se lograba el acuerdo entre ambos, se avalaba la apertura, y que el tratamiento que se le daba comercialmente al distribuidor, es el mismo que se le da al agente comercial; declaración que sirve para ratificar el carácter de distribución del contrato de marras, puesto que así lo ejecutó Digimovil.

En su declaración, Andrés Francisco Martínez Florido, quien dijo que trabaja para Comcel desde setiembre de 2004 y que es quien internamente se entiende de las comisiones desde 2015, lo que se hace de acuerdo a las políticas de liquidación que corresponden a cada cual, también atestó que Digimovil fue un distribuidor de Comcel

cuya relación como tal terminó cerca de marzo de 2018; narro que las remuneraciones se pagaban según se definieron y dentro de las vigencias, que las condiciones de bonificación van cambiando y se liquidaban de acuerdo con las condiciones del mercado; que en la línea post pago esa bonificación está fijada en 4 partes o meses pero siempre que se cumplieran las condiciones; que para prepago tenían otras remuneraciones sobre las recargas que hiciera el cliente y al distribuidor se le pagaba una porción por residual en los eventos en que los clientes utilizaran servicios adicionales a partir del tercer mes de activado, como se había pactado en las condiciones del contrato y que Comcel comunicaba a los distribuidores sobre los cambios que hacía; que los kits generaban un diferencial en los precios, los que si bien fijaba Comcel, uno era el del distribuidor y otro el que debía pagar el cliente final.

Atestó que desde su gerencia hacían todas liquidaciones semanal o mensualmente y se le pedían facturas sobre las ventas al distribuidor para después enviarle las liquidaciones a fin de que las revisara; en cuanto a las actas de conciliación, se realizaban cada 6 o 12 meses, para lo que se pedían todos los faltantes o reclamos pendientes por revisar cada caso y una vez hechas las verificaciones, el distribuidor podía hacer una nueva reclamación o se firmaba el acta cuando estaban de acuerdo; también afirmó que existía un formato en el que se hacía el corte y se le enviaba a los distribuidores para su posterior firma en caso de estar de acuerdo, porque de lo contrario, podían manifestar su reclamo, lo que permite comprobar que estas vías también las tenía dispuestas Comcel para recibir, atender, canalizar y resolver las inconformidades que Digimovil hubiere tenido a bien ponerle de presente, aspecto que desdibuja la tesis de que Comcel actuara en ejercicio de posición dominante en el desarrollo de esa vinculación, o de que abusara de su posición.

Acerca de los centros de pagos y servicios, dijo que surgieron como nuevos canales, lo que impulsó el cambio de las condiciones en algunos casos y que la carta de comisiones le indica a los distribuidores sobre las condiciones de pago de acuerdo al mercado, las que pueden variar, porque así se pactó en el contrato, pero que esos cambios debían obedecer a distintos factores que así lo determinaran, y que de cualquier forma, se le daban a conocer a los distribuidores, destacando que no recordaba que Digimovil hubiera presentado reclamaciones sobre esos cambios.

Oscar Arturo Rodríguez, dijo que desde el área contable de Comcel no tenía contacto con los distribuidores, más allá de los reportes contables; que sabía que la relación que hubo entre Digimovil y Comcel fue de un contrato de distribución, que era el que de acuerdo con las condiciones de esa época, todos manejaban; que Comcel asumía los riesgos de cartera cuando los clientes no pagaban y eventualmente penalizaba por eso al distribuidor; también asumía los de liquidez, de mercado, de créditos y operativos; acerca de la facturación del 80% y 20%, dijo que eso se hacía antes para identificar las cuentas, pero que básicamente lo que prevalecía era la esencia contable donde todo se registraba como comisión, pero que de acuerdo con el contrato, el distribuidor hacía un pago anticipado del 80% y el 20% que correspondía a comisiones; esta versión sirve para constatar que la forma como se ejecutó el contrato subiudice, fue ajustada a lo pactado, que lo fue, de distribución.

Mauricio Acevedo Arias nos narró que conocía el contrato de distribución que existió entre Comcel y Digimovil, solo en lo atinente a las obligaciones tributarias, flanco por el

que dijo, había diferencias entre un contrato de distribución y uno de agencia comercial, pues mientras el distribuidor se compromete a vender equipos y servicios que generan determinados impuestos, el agente opera como intermediario entre el cliente final y Comcel, razón por la que allí se causaba otro tipo de impuestos; en torno al concepto del 80/20, dijo que hacía parte integral del contrato donde había una obligación de Comcel para que pague la retribución correspondiente; acerca de la parte tributaria de la cesantía comercial, dijo que como esta no constituía servicio, no era generadora de IVA, pero en el caso del 20% que es generado por una comisión, si se incluía dentro del listado normativo oficial como generador del IVA correspondiente; de esta declaración no solo se esclarecen las diferencias tributarias entre un contrato de distribución y otro de agencia, sino que justamente a partir de allí, se debe robustecer la tesis de que, como en este caso el contrato subiudice se ejecutó aun tributariamente como de distribución, mal podría accederse a las pretensiones de quien demanda su cambio por otro que tiene unas connotaciones tributarias distintas a las que en la realidad y de acuerdo a lo pactado, ejecutaron las partes.

Evelio Hernán Arévalo Duque afirmó saber que Digimovil fue distribuidor autorizado de Comcel desde 2009, pues una de sus funciones desde que se vinculó a Comcel, tenía que ver con los contratos que existían entre Comcel y los distribuidores en cuanto a la terminación; dice que para la época en que ello ocurrió respecto a este contrato, Comcel y Telmex estaban fusionándose y fue a partir de allí que se empezaron a hacer reuniones sobre los cambios y la posibilidad de crear la figura de la agencia comercial para cuya materialización, debía firmarse el acta donde constara que las partes estaban a paz y salvo como en todas las terminaciones de contratos, declaración que permite reafirmar no solo el carácter de distribución que revestía el contrato de marras, sino también, una vez más, que así lo entendieron y ejecutaron las partes que lo suscribieron, amén de que la posibilidad de que formalmente se pudiera cambiar de modelo contractual existió y pudo haberla procurado Digimovil por la senda de la negociación con Comcel, lo que se afirma teniendo en cuenta que este testigo afirmó que justo para esos días, lo que hizo Digimovil fue solicitar la terminación del contrato manifestando una serie de inconformidades, las que aun cuando estaba legitimada para hacer, vale decir, solicitar la terminación del contrato y de evidenciar los motivos de su inconformidad, lo que no puede pasarse por alto, es que ello no la habilitaba para acudir después, no a reclamar por los motivos que la llevaron a terminar el contrato, sino a exigir que judicialmente se declare que ese contrato cuya extinción ya había operado a solicitud suya dirigida al Comcel, constituyó uno diverso y que se le reconozcan unos efectos propios de ese otro contrato.

La verosimilitud que se le debe otorgar a esta declaración, surge del conocimiento que de manera directa tuvo el testigo acerca de los contratos de distribución, cuyo modelo dijo, se compartía siempre con los distribuidores para que hicieran las observaciones que tuvieran, y que en este caso concreto, no sabía de reclamaciones por parte de Digimovil, la que solo al momento de la terminación, fue que lo desconoció afirmando que era un contrato de agencia y que se le propuso un nuevo modelo de agencia y que por consiguiente se daría por terminado el que tenía como distribuidor autorizado, lo que debe concluir esta agencia judicial, no aceptó Digimovil, en vista de que lo que hizo fue acudir a presentar esta demanda, pero lo que lleva a confirmar que Digimovil no aceptó esa propuesta de Comcel, fue la declaración de la testiga María Patricia Martínez Céspedes, quien nos narró bajo juramento también, que aunque el modelo de contrato

de distribución cambió en 2018 para llamarlo agencia comercial, Digimovil no continuó vinculado con Comcel porque no firmó el nuevo contrato.

Alejandro Enrique Beltrán González, también dijo que Digimovil era un distribuidor de Comcel y que el recaudo de dineros que eran de Comcel, por parte de este distribuidor, fue normal, dineros cuyo transporte estaba a cargo de Digimovil; que los cajeros de Digimovil no tenían vínculos con Comcel; que entendía que Comcel le remuneraba un porcentaje a Digimovil.

Aun cuando el testigo Juan Carlos Villescás Cuervo dijo que Digimovil era un agente de Claro, indistintamente habló de distribuidor, confusión que se debe entender estuvo motivada por el desconocimiento que manifestó reiteradamente, tenía sobre contratos, porque solo manejaba el tema de marketing hacía el distribuidor, explicando que el fondo coop era un tema exclusivo de publicidad, que consistía en una recuperación, de acuerdo con la que, si el distribuidor vendía, Comcel le daba un incentivo para atraer nuevos clientes; que para ello le daban dinero al distribuidor para fines de publicidad; reafirmó no saber la diferencia entre un distribuidor y un agente, pero afirmó que el plan coop estaba disponible para distribuidores; pero en síntesis, esta declaración tampoco permite llegar a la conclusión de que el contrato de marras, fuera distinto al de distribución que celebraron y ejecutaron las partes.

María del Pilar Suárez García dijo que Digimovil era un distribuidor de Comcel hasta que se terminó ese contrato; que la universidad Claro, como encargada de la formación a los distribuidores, le brindó capacitación al personal de Digimovil, pero desconocía el contrato entre esta empresa y Comcel, porque ella solo manejaba las comunicaciones.

Patricia Martínez Céspedes, dijo que Digimovil era un distribuidor ubicado en el eje cafetero, que ella manejaba en detalle el tema de los distribuidores y que antes de 2018, los contratos eran de distribución y solo después se empezaron a celebrar de agencia comercial con algunos cambios dentro de los contratos, con unos nuevos productos como hogar, televisión, telefonía fija, vendedores de planes en las calles; pero también replica lo ya atestado por la mayoría de los demás declarantes anteriores, sobre la forma como debían operar los distribuidores durante la ejecución de sus contratos, al igual que en lo referente a las remuneraciones que recibían, de donde se sigue reafirmando la tesis de que ese fue el tipo de contrato que en este caso, ejecutaron Digimovil y Comcel: de distribución, sobre todo, porque esta testiga afirmó que los equipos se le daban al distribuidor en consignación y que los kits prepago se le facturaban al distribuidor, lo que traduce en que Digimovil los comparaba para luego re venderlos al cliente final y que en prepago los clientes tenían un precio especial al venderles los equipos, precios que fijaba Comcel según aparecían en las circulares que para tal fin se emitían.

Edwin René Vargas Salgado, por su parte, dijo que como revisor fiscal de Comcel, no vio el contrato de Digimovil, pero que expidió la certificación que Comcel aportó al contestar la demanda, porque era una de sus funciones de acuerdo además, con los requisitos de las normas, que le permitían certificar como prueba de que se habían efectuado los registros contables.

Ahora, en lo tocante a las pruebas documentales, escudriñados todos esos insumos aportados por los extremos procesales (el contrato con sus anexos de la A al G y otrosíes, contrato de transacción y compensación de cuentas (Fl. 324/326) y carta de terminación de contrato), en ninguno se denomina DIGIMOVIL SAS colmo agente, además, se pactó una cláusula de prelación para que en el evento de que alguno de los puntos de distribución dejara de funcionar, fuera COMCEL el tomador contractual en renta del respectivo local sin penalidad alguna, lo que muestra que DIGIMOVIL SAS se autocalifica una vez más de distribuidor y no como un agente comercial de COMCEL.

Adicional a ello, véase que DIGIMOVIL SAS hasta el último momento de su relación contractual con COMCEL se reconoció como EL DISTRIBUIDOR, tal como se denota a continuación:

Manizales, marzo 7 de 2018.

Doctor
CARLOS HERNÁN ZENTENO DE LOS SANTOS
Presidente de COMCEL S.A.
Bogotá D.C.



ASUNTO: Terminación de la relación jurídica patrimonial de VOZ. DIGIMOVIL S.A.S.

JUAN DAVID PINZÓN RIVAS, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Manizales, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.077.961 actuando en mi condición de representante legal de la sociedad DIGIMOVIL S.A.S. NUEVAS TECNOLOGÍAS EN COMUNICACIÓN, sociedad comercial domiciliada en Manizales, identificada tributariamente con el NIT 900.247.770-9, por medio del presente escrito, y en relación con la siguiente relación jurídica patrimonial, me permito manifestar:

RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL	VOZ
ZONA	OCCIDENTE
FECHA DE SUSCRIPCIÓN	Enero 13 de 2009

Esta relación jurídica patrimonial se denominará en adelante el CONTRATO.

OPERADOR CONTRATANTE	EN ADELANTE DENOMINADO
COMCEL S.A.	COMCEL

AGENTE/DISTRIBUIDOR	EN ADELANTE DENOMINADO
DIGIMOVIL S.A.S.	EL DISTRIBUIDOR

* El 21 de diciembre de 2004, y en virtud del acto de fusión con absorción celebrado entre COMCEL S.A. (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas), COMCEL S.A.

A posición 11 del CD de anexos de la demanda aparece la información sobre cartas y comisiones a DIGIMOVIL que, según el contrato y otrosíes, debía pagar Comcel al distribuidor lo que no muta la condiciones ni la calificación de tal contrato porque se ajustan a lo pactado y acordado por las partes, así se haya reconocido por COMCEL en interrogatorio de parte que en muchas ocasiones hizo reducción de las comisiones, pero todo conforme a las disposiciones contractuales que así lo autorizaba

A su vez, obran en el CD de anexos, otros modelos contractuales, demandas ante la jurisdicción ordinaria, antecedentes arbitrales y contestaciones en otras demandas respecto de otras entidades, decisiones en las que se reconoció como agencia comercial respecto de COMCEL, por lo que aduce la actora, son situaciones de similares características a esta, pero esas documentales tampoco resultan trascendentes para llevar a concluir que el contrato subjudice era de agencia comercial, como lo pretende hacer ver la parte demandante, puesto que ese carácter no lo revisten las laudos arbitrales.

Respecto de las pólizas y demás requisitos exigidos por COMCEL para suscribir el contrato, véase que cada uno de ellos se adquirió bajo la figura de Distribuidor

Todo ello lo que pone en evidencia es que la manera como asumió, entendió y ejecuto DIGIMOVIL SAS, el contrato de marras, es que era un DISTRIBUIDOR, tal como se estipuló en los textos del acto negocial y otrosíes, además se itera, 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.

Es decir, dentro del conglomerado documental adosado al plenario no hay una sola prueba documental que dé a conocer que en algún momento antes de marzo de 2018 se estuviese ejecutando en conciencia de los extremos procesales un contrato de agencia comercial; información además corroborada con cada uno de los testimonios e interrogatorios aquí rendidos, los que **coinciden en resaltar que DIGIMOVIL se quejó con COMCEL en el año 2018, cuando se terminó el contrato previa asesoría legal** (interrogatorios de Juan Guillermo Zea Osorio y Juan David Pinzón Rivas en marzo 19 y julio 7 de 2021, en su orden).

Se resalta además de los testimonios rendidos por Ángela Yaneth Acevedo López, Juan Diego Isaza Toro (audiencia de julio 8 de 2021), Jorge Hernán López Carvajal, Ricardo Gómez Ochoa, Juan Ignacio Valdivieso, Alejandro Augusto Vega Cardona (audiencia de octubre 21 de 2021), Jimena Villegas Mesa, Andrés Francisco Martínez, Oscar Arturo Rodríguez Rodríguez, Mauricio Acevedo arias, Evelio Hernán Arévalo Duque (audiencia marzo 29 de 2022) Alejandro Camilo Beltrán González, Juan Carlos Villescás Cuervo, María del Pilar Suarez García, Olga Patricia Martínez Céspedes, Edwin Rene Vargas Salgado (audiencia de octubre 4 de 2022), como empleados de las partes, quienes dijeron, respecto de lo que les constaba sobre el vínculo contractual sostenido entre DIGIMOVIL SAS y COMUNICACION CELULAR SA COMCEL SA, que Digimovil desempeñaba labores de venta de productos autorizados por Comcel, tales como sim cards, teléfonos, planes, recargas, kits, además, se adelantaban reuniones generales con los vendedores, se establecían metas, se impulsaban ventas, se adelantaban promociones, se ampliaban estrategias comerciales para conseguir más clientes, lo anterior, en pro de la productividad de la demandante a efectos de cumplir con las ventas exigidas contractualmente, pero siempre reconociendo cada uno de ellos a Digimovil como DISTRIBUIDOR, mas no como AGENTE COMERCIAL.

Se extrae además de un de los testimonios, que si bien es cierto, hay muchas empresas que llevan años con COMCEL y que iniciaron como DISTRIBUIDORES y ahora son AGENTES COMERCIALES, también lo es que dicha figura contractual no se pactó con la aquí demandante, razón por la que no se le puede dar esa calificación al contrato que las vinculó.

Además, tal como lo expuso en su interrogatorio el representante legal de COMCEL en audiencia de marzo 19 de 2021, corroborado por empleado de dicha entidad en testimonio, si bien es cierto en el transcurso del contrato se hicieron reducciones en los valores a pagar por concepto de comisiones a Digimovil, ello obedeció a las alzas o bajas que pudieran sufrir los productos que promovía, pero que además también cierto es, que esos actos estaban debidamente autorizados por el contrato, y en su momento fue aceptado por la demandante, por lo que no puede ahora pretender cambiar el clausulado sobre el que nunca había elevado queja.

Todo lo anterior, lo que nos permite tener por demostrado es que, la denominación de distribuidor que se le dio a DIGIMOVIL SAS en el contrato objeto de la presente controversia, no solo la asumió para ejecutarlo, sino que además así lo reconocieron todos en su círculo de ejecución contractual; por todo ello, fuerza concluir que en realidad lo que se ejecutó entre las partes a raíz de la suscripción del contrato objeto de esta disputa, no tuvo los alcances y efectos de una agencia comercial, máxime si en cuenta se tiene que aun cuando Comcel SA elaboró y redactó el contrato base de la presente acción, lo que no puede afirmarse es que forzó a Digimovil a suscribirlo, pues esta dio su aquiescencia a tal texto, por cuanto el resto de las pruebas permiten verificar que ésta tuvo la oportunidad de abstenerse de firmarlos, pues no demostró de que hubiera mediado fuerza como vicio de su voluntad para tal fin, misma situación que debe pregonarse en torno a las actas de transacción, laudo arbitral, cuentas y demás.

Ahora, si bien del texto del artículo 1317 del código de Comercio, se extrae que la agencia mercantil comporta como requisitos:

i) La independencia de la actividad del agente: véase que en este evento, las pruebas dicen que aun cuando DIGIMOVIL SAS aparece reportando cotizaciones al fondo de pensiones obligatorias Porvenir, sobre los aportes correspondientes a IVM del personal de empleados a su cargo desde 1994 (fls.893/901), se constituyó formalmente en octubre 20 de 2008, (tres meses antes de la fecha en que suscribió el contrato con COMCEL), y que además, de cara a lo que nos dice su certificado de existencia y representación legal, el objeto societario para el que se creó, abarcaba no solamente comercializar productos relacionados con las comunicaciones en voz y datos y prestar servicios de telecomunicaciones (que era sobre lo que versaba el contrato subiudice), sino muchas otras actividades, de donde se sigue que si podía realizar esos otros actos diferentes y venía operando autónomamente como ente societario desde mucho antes de la suscripción del contrato subiudice, era independiente, pero lo que no puede soslayarse es que esa sola circunstancia no significa per se, que se trate de una agencia, porque la misma también puede estar presente en otro tipo de contratos mercantiles, como el de distribución.

ii) La estabilidad de la actividad del agente; sobre el punto, al analizar el caudal probatorio, vemos que aun cuando Digimovil promocionó y concluyó negocios en serie y sucesivos en el campo de la telefonía móvil, relación comercial que perduró entre 2009 y 2018, nótese que, este carácter tampoco es exclusivo de la agencia, pudiendo estar ínsito en otros tipos de contratos, como el de distribución.

iii) El encargo de promover y explotar negocios, gestión concebida como la finalidad del contrato, en tanto que la labor del agente es preparar negocios -y en ello consiste la promoción, y concluirlo o perfeccionarlo que es la tarea de explotación, y en torno a este acápite, lo que se extrae de los instrumentos suasorios que abarrotan este expediente, es que el despliegue de gestiones de DIGIMOVIL SAS no fue solo para posicionar la marca COMCEL SA en venta de servicios y productos relacionados con telefonía móvil en las zonas dispuestas, sino que como lo indicó en el genitor, Digimovil lo vio más como una oportunidad comercial, influenciado por otras personas que manejaban el cambio de las telecomunicaciones, pero siempre desde la perspectiva de DISTRIBUIDOR y para lucro y beneficio propio, en donde además, en cada una de las promociones no solo estaba el logo de COMCEL sino también la marca de DIGIMOVIL en las proporciones contractuales pactadas, lo que pone al descubierto que ese elemento acá no se configuró.

Además, mírese que las partes pactaron que:

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

Por consiguiente el DISTRIBUIDOR se obligó con COMCEL a comercializar el servicio objeto del presente contrato por su propia cuenta, lo que permite concluir que entre los extremos en litigio, no existió un contrato de agencia comercial, debido a que la sola adquisición de productos para su posterior reventa hacía que el demandante actuara como su propietario y, a su vez procuraba actuar en nombre propio y no por cuenta de un tercero o empresario, debido a que mediante la suscripción de los acuerdos ya referidos se obligó a adquirir los productos de la demandada, para cancelarlos en un plazo determinado, contando con la capacitación (*en el cuerpo contractual y aceptado por quien en su momento creo la empresa*), publicidad y coordinación del producto que le fue otorgada para el cumplimiento de su labor; situaciones que resultan contrarias a los requisitos señalados en el artículo 1317 del código de Comercio.

En un asunto análogo, se dispuso que:

"No se olvide que quien compra productos con descuento a un fabricante o proveedor, para luego revenderlos a un precio de mercado, funge como simple vendedor o distribuidor, así la operación comercial se realice en el marco de un contrato de duración, e incluso bajo determinados lineamientos trazados por el abastecedor. Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia al señalar que "quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios" (CLXVI, pág. 270 y ss.). Al fin y al cabo, al obrar de esa manera el distribuidor gestiona sus propios intereses, principalmente para beneficio suyo y no del proveedor, así éste, por rebote, obtenga un determinado provecho en el posicionamiento del producto; de allí que el mero distribuidor no sea mediador, ni representante del empresario, ni que forma clientela para otro.

En síntesis, el contrato de suministro para la distribución no se puede confundir con el de agencia comercial en el cuál el agente propiamente dicho, en su tarea de agenciar al empresario, maneja productos de propiedad de éste, por lo que el riesgo no lo asume el agente sino el agenciado (de allí que, si existe agencia, el agente tiene derecho de retención) y además, porque, en rigor, el agente sí es un intermediario entre el empresario y la clientela que se forma para él"

iv) Remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario, acerca de lo que debe iterarse que a pesar de que durante el tiempo que se mantuvo la relación comercial con Comcel SA, ésta le reconoció a DIGIMOVIL SAS unas remuneraciones que en la mayoría de los casos se referenciaba como 'comisión' y que no tenían un monto determinado por cuanto en los documentos aparecen en distinta proporción para cada periodo, además, dependiendo el comportamiento del mercado podían disminuir o aumentar, esa circunstancia no cambia la nominación del contrato, máxime cuando la ejecución practica que le dio DIGIMOVIL SAS, como se escudriñó, fue de distribución, acorde con el que los beneficios de cada vinculación efectuada, de cada plan, producto general y de cada kit vendido por DIGIMOVIL SAS, le reportaran como contraprestación las comisiones, bonificaciones e incentivos, tal como se pactaron en los contratos – anexo A.

Lo anterior, independientemente de la forma como se nominaran cada una de esas remuneraciones en específico, o la forma como se causaran, puesto que como primera medida, ese fue una estipulación o elemento accidental de los contratos, en segundo término fue resultado del acuerdo de voluntades entre quienes los celebraron en ejercicio de sus autonomías negociales y como tercer punto, que la forma de nominarlos no redundaba en que esos contratos tengan que denominarse ni surtir los efectos de una agencia comercial, en la medida en que ello no es de los aspectos característicos de este último tipo de contratos.

v) La actuación del agente por cuenta del empresario, acerca de lo que resulta pertinente considerar que cuando se trate de agente, éste debe adelantar cada una de sus actuaciones poniendo de presente que lo hace por cuenta y riesgo del empresario, y en esa medida es una modalidad de mandato; y en este caso queda descartado que ello hubiere acaecido porque las

⁸ Tribunal Superior de Bogotá. Sent. de 10 de junio de 2011 M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez Bogotá Exp. 39200700299 01.

pruebas no llevan a tal conclusión, por el contrario, se acreditó que la aquí actora, adquiriría la propiedad de los equipos vendidos y si bien, a la terminación de la relación comercial entre los aquí contendientes, los usuarios pudieron continuar su relación contractual con Comcel SA, ello no está fehacientemente demostrado, sobre todo si en cuenta se tiene que los usuarios tienen la libertad de cambiar de operador, además, existen cláusulas claras de responsabilidad directa por los productos y usuarios en cabeza de la sociedad demandante.

Se concluye entonces que la nominación dada en los textos de los contratos objeto de esta disputa, responde a la relación comercial desarrollada realmente entre las partes, vale decir, a la modalidad de distribución, cuyos clausulados analizados individualmente e interpretados en conjunto, no solo guardan armonía entre cada estipulación, sino que se amoldan a la naturaleza y contienen los elementos esenciales del contrato que allí se recogió, que fue de distribución y de ahí que el tenor literal de aquellos acuerdos debe entenderse digno del respeto que durante su ejecución cada parte le mostró, tal como se analizó al verificar que la aplicación práctica que le dieron, fue acorde con esas estipulaciones, lo que permite concluir que se ajusta a las realidades encontradas y acreditadas en autos, estimando aplicable en ese sentido la regla de interpretación del artículo 1622 del código civil.

En tal orden de ideas, debe desecharse la tesis de que existen y por tanto, se declaren como antinómicas algunas cláusulas del mentado contrato, así como tampoco tienen visos de prosperidad las relativas a que se declaren inoperantes las cláusulas que llamó abusivas la parte actora (pretensiones C), dado que el análisis conglomerado de las pruebas no conducen a concluir que Comcel abusó de su posición dominante al celebrar ni durante la ejecución del contrato de marras, y por el contrario, se declararán prósperas las excepciones que llamó la demandada *“LA VOLUNTAD E INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES COMCEL Y DIGIMOVIL SIEMPRE FUE LA DE CELEBRAR UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EL CUAL FUE EXCLUIDO EXPRESAMENTE POR ELLOS EN EL TEXTO CONTRACTUAL; COMCEL CELEBRÓ Y EJECUTÓ CON DIGIMOVIL -DE BUENA FE- UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL; INEXISTENCIA DE UN PRESUNTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE HECHO POR AUSENCIA DE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES; FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL; EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL DEBERÁ SER INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE SUS CLÁUSULAS HICIERON LOS CONTRATANTES DURANTE MAS DE CATORCE (14) AÑOS”*, puesto que el análisis en conjunto del arsenal suasorio excluye la posibilidad de considerar que ese fue el tipo de contrato que suscribieron y ejecutaron en la vida real las partes, máxime cuando, a pesar de que probó que en su ejecución hubo elementos característicos de la agencia, en primer lugar, estos son comunes con los que tipifican otros contratos mercantiles, en especial el de distribución, como segunda medida, tampoco probó la demandante los poderes o facultades que debió conferirle Comcel ni el tiempo de su duración, ni que hubiera inscrito el contrato en el registro mercantil, como imperativamente lo exige el artículo 1320 del código mercante patrio y en tercer lugar en razón a que el elemento que más le imprime sello de agencia, que es el de la promoción del negocio del empresario, en este específico caso no se configuró porque Digimovil también realizaba la promoción de su propia marca.

Para robustecer jurisprudencialmente esa conclusión, recordemos que en palabras de la Corte Suprema de Justicia... *“(…) lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario”*.

Corolario de lo analizado y expuesto, y considerando que las pretensiones acá enarboladas tienen como punto de partida la declaratoria de la existencia del contrato de agencia comercial que exoró DIGIMOVIL SAS como principal, la que queda truncada por el éxito de las

exceptivas en comento, **la misma suerte deben correr todas las demás pretensiones, en la medida en que todas las restantes dependían de la calificación que de agencia comercial, pretendía se le diera a al contrato que la vinculó con Comcel.**

Es por las razones ampliamente expuestas que innecesario resulta acudir al análisis de los extensos dictámenes periciales adosado al cartular, dado que sus conclusiones no se podrán hacer recaer al presente evento en la medida en que sus exámenes, conclusiones y resultados tendrían cabida si se tratase de una relación de agencia comercial, lo que en este caso no opera.

De allí, se concluye que las diferencias nacidas entre las partes de este litigio con ocasión de la ejecución de esos contratos, fueron objeto de transacción y disputa en laudo arbitral, en los términos de los artículos 2469 y 2483 del código civil, los que son aplicables al caso por remisión expresa del artículo 2 del código mercantil patrio, y por ende, lo que se procura disputar por esta senda en lo que tiene que ver con las pretensiones relativas a la inexistencia de pagos anticipados de la prestación mercantil, a los incumplimientos y abusos imputables a Comcel, a la terminación del contrato y a las denominadas “actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas” (E,F,G e I), así como a los pagos de los conceptos que según el contrato debían causarse, reconocerse y pagarse, ya se definió entre ellos y por esa vía, también prevista en el contrato, lo que se corrobora con la certificación visible a folio 322.

Acorde con lo que viene de analizarse, fuerza concluir que tiene razón la empresa demandada cuando alega que al presentar esta acción, DIGIMOVIL SAS está actuado en contra de sus propios actos, dado que aun cuando ejecutó el contrato de marras como se estipuló, sin plantearle reparos concretos durante todo el tiempo que se mantuvo ejecutándolo y percibiendo los beneficios que de ellos derivó y le reconoció su contratante, son circunstancias que motivan a declarar también exitosa la excepción que Comcel llamó *DIGIMOVIL CONTRAVIENE SUS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET)*, en cuanto que acceder a las pretensiones de DIGIMOVIL SAS, traduciría en desconocer el principio de la buena fe que según lo prevé el artículo 871 del código de Comercio, debe irrogar a todo contrato, es por ello que se negarán todas las pretensiones de la demanda.

Corolario de lo expuesto, y a pesar de que se negarán las pretensiones en su totalidad, lo que abarca las referentes al pago de indemnizaciones y perjuicios, dado que esa negativa no deriva exclusivamente de la ausencia de demostración de los montos pedidos en la demanda, no se condenará a la actora al pago de la sanción prevista en el artículo 206 del código General del proceso; también debe anotarse que las pretensiones 28 a 32, referentes al derecho de retención y privilegio previsto en el artículo 1326, se negarán por la obvia razón de que ello opera solo cuando se esté ante un contrato de agencia comercial, lo que a todas luces no se puede pregonar válidamente en el presente caso.

DECISIÓN

En consideración de lo ut supra consignado, el juzgado Veintitrés civil del circuito de Bogotá D.C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar prósperas las excepciones “*LA VOLUNTAD E INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES COMCEL Y DIGIMOVIL SIEMPRE FUE LA DE CELEBRAR UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EL CUAL FUE EXCLUIDO EXPRESAMENTE POR ELLOS EN EL TEXTO CONTRACTUAL; COMCEL CELEBRÓ Y EJECUTÓ CON DIGIMOVIL -DE BUENA FE- UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL; INEXISTENCIA DE UN PRESUNTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE HECHO POR AUSENCIA DE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES; FUERZA VINCULANTE DEL*

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL; EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL DEBERÁ SER INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE SUS CLÁUSULAS HICIERON LOS CONTRATANTES DURANTE MAS DE CATORCE (14) AÑOS y DIGIMOVIL CONTRAVIENE SUS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”, propuestas por Comcel contra las pretensiones enarboladas por DIGIMOVIL SAS.

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones planteadas por DIGIMOVIL SAS contra COMUNICACION CELULAR SA - COMCEL SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en el contrato suscrito en enero 13 de 2009, y que pudo haber sido redactado y propuesto por Comcel, este no se puede calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos que se exigen para la existencia, validez y eficacia de este tipo de contratos.

TERCERO: CONDENAR en costas a DIGIMOVIL SAS; al liquidarlas, ténganse como agencias en derecho \$50'000.000 M Cte.

NOTIFIQUESE,

TIRSO PEÑA HERNANDEZ
Juez.

Firmado Por:

Tirso Pena Hernandez

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 023

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **efd49a64cba9251987b077b2c64138a4e2d34062ae7b27413dc8884ef822c3dc**

Documento generado en 19/06/2023 07:34:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Firmado Por:

Tirso Pena Hernandez

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 023

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **1ac6655f526cb0604af60f9f6669fec6ff0ff28e74431feae48529ab1df02d8a**

Documento generado en 20/06/2023 07:54:31 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., junio dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023).

Radicación: **1100131030232020 00367 00**

En atención al escrito que antecede, al cumplirse los presupuestos del artículo 76 del código General del Proceso, se acepta la renuncia que al poder conferido por **LUIS FRANCISCO HERNANDEZ SUESCUN** hace el abogado en sustitución **ABRAHAM BAQUERO LUNA**.

NOTIFIQUESE,

TIRSO PEÑA HERNANDEZ

Juez.

Firmado Por:

Tirso Pena Hernandez

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 023

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **a9a3c2b2e7972b88830d88e4944f4b49dca18b6d6b93d170982a382c192cf981**

Documento generado en 20/06/2023 04:46:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C., junio dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

Expediente 1100131030232021 00315 00 C-3

De acuerdo al informe secretarial, se dispone:

1. No tener en cuenta el intento para notificar a la llamada en garantía LAND FAST SAS bajo los apremios del otrora decreto 806 de 2020, porque si bien el artículo 8 de la norma en cita establece que *«La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.»*, lo cierto es que la Corte Constitucional en sentencia C-420 de 2020, MP Richard S. Ramírez Grisales, moduló la interpretación del referido canon, precisando que se contabilice el termino de traslado desde que *«el iniciador recepcione, acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje»*; y en este caso no se acreditó el acuse de recibido de la destinataria, ni que la llamada conoció de alguna forma la notificación del presente tramite.

2. En consecuencia, de cara a la documental recibida vía correo electrónico (posc. 22/25 C3), se tiene notificada a LAND FAST SAS por conducta concluyente, conforme lo prevé el artículo 301 del código General del Proceso, la que propuso excepciones de mérito contra el llamamiento en garantía que se le hizo, a la par que llamó en garantía a SEGUROS GENERALES SUMRAMERICANA SA -SURA-, sobre el que se resolverá en cuaderno aparte.

Por otro lado, véase que el traslado de las excepciones que formuló la llamada se surtió por fijación en lista de la secretaría (posc 26 C3), término que venció en silencio.

Bastántesele a los abogados Mayra Alejandra Suarez Quesada y Cosme Camilo Carvajal, como apoderados principal y sustituto de Land Fast SAS, en los términos y para las facultades del poder aportado, advirtiéndoles que en cumplimiento de lo dispuesto a inciso 2, artículo 75 del código general del proceso, *«en ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona»*.

Notifíquese,

TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ

Juez

(2)

Firmado Por:

Tirso Pena Hernandez
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 023
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **e7728211e0b55d9e287388612ab8c44baaec5b2e409ca57879e32fcf9aa8b330**

Documento generado en 16/06/2023 05:02:19 PM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C., junio dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

Expediente 1100131030232022 00211 00

De acuerdo al informe secretarial y documental que anteceden, previo a resolver lo que en derecho corresponda sobre el escrito visto a posición 2 del cuaderno de excepciones previas del expediente digital, de la solicitud de nulidad propuesta por la curadora *ad-litem*, se corre traslado a la parte demandante por el término legal de 3 días.

Notifíquese,

TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez

Firmado Por:
Tirso Pena Hernandez
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 023
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **2d01c515125e1678f53bb5875dcea0baaee22cfb5f39414c2852aae827921cf9**

Documento generado en 16/06/2023 04:29:59 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., junio dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

Expediente 1100131030232022 00292 00

Conforme al informe secretarial que antecede, téngase en cuenta que la demandada YURI ANDREA VENEGAS GÓMEZ guardo silente conducta dentro del término otorgado para ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Por tanto, integrado el contradictorio en este asunto, en aplicación de los efectos previstos en los artículos 384 y 385 del código General del Proceso en concordancia con el numeral 1 inciso segundo, del 278 ibídem, se decide lo que en derecho corresponde.

I. ANTECEDENTES

Por escrito presentado a reparto en agosto 25 de 2022, (posc 3), BANCO DAVIVIENDA instauró demanda contra YURI ANDREA VENEGAS GÓMEZ, pretendiendo la terminación del contrato de leasing habitacional 06000476600181 217 entre ellos suscrito, y como consecuencia, la restitución del bien objeto del mismo, al ente demandante.

Como sustento de su pedimento, alegó que por contrato de leasing habitacional 06000476600181217 suscrito en mayo 28 de 2020, la demandada tomó el inmueble ubicado en la carrera 123 No 128-50 de Bogotá, por el término de 240 meses, durante el que se comprometía a pagar los cánones correspondientes, empezando en junio 28 de 2020 y así en forma sucesiva hasta completar el plazo estipulado, según lo acordado en el referido acto negocial.

Adujo la parte actora que la demandada se encuentra en mora de pagar los cánones así relacionados:

FECHA CANON	VALOR UVR	VALOR PESOS	INTERESES DE PLAZO
28/enero/22	4209,3386	\$1.221.551,32	\$3.023.226,65
28/febrero/22	4233,1387	\$1.243.180,13	\$3.052.467,79
28/marzo/22	4257,0734	\$1.269.932,67	\$3.093.483,86
28/abril/22	4281,1435	\$1.294.729,96	\$3.128.877,11
28/mayo/22	4305,3497	\$1.316.252,17	\$3.155.603,67
28/junio/22	4329,6927	\$1.338.118,37	\$3.182.466,07
28/julio/22	4354,1733	\$1.354.965,61	\$3.196.797,85
TOTAL ADEUDADO	29969,9099	\$9.038.730,23	\$21.832.923,00

Por auto de septiembre 1 de 2022 (posc 5), se admitió la demanda, providencia notificada al extremo demandado por conducta concluyente como se observa en la

documental obrante a folio 7 del expediente digital y auto de octubre 11 de 2022; y como las partes conjuntamente solicitaron la suspensión del proceso por 2 meses, por auto de misma fecha se accedió a ello, lapso que corrió hasta noviembre 20 de la misma anualidad inclusive; vencido tal termino, las partes decidieron prorrogar la suspensión por un mes más, pedimento admitido en enero 27 de 2023 (posc 15).

Llegados a este punto, y en vista de que el plazo se encontraba vencido, las partes pidieron se dictara sentencia que diera fin a la instancia (posc 17), se decreta la terminación del contrato y la entrega del bien a la demandante; finalmente, por auto de marzo 13 de 2023 se reanudó el proceso y se corrió el traslado del libelo a la pasiva para que si a bien lo tenía, ejerciera su derecho a la defensa contestando la demanda, término dentro del cual guardó saliente conducta.

II. CONSIDERACIONES

En revisión de los llamados presupuestos procesales, encuéntralos cumplidos dentro del cajo bajo estudio, pues no se reparó respecto de la capacidad para ser parte de los intervinientes; la comparecencia al proceso se hizo en legal forma; la demanda satisface las exigencias adjetivas; y la competencia es la que le asiste a éste fallador para conocer de la acción. Aunado a lo anterior no se aprecia causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que fuerza concluir que es procedente el fallo en curso.

Tampoco existe objeción por parte de este funcionario respecto de los presupuestos de la acción, pues el derecho cuya efectividad se persigue encuentra respaldo sustancial en los documentos aportados, sea esto, el contrato de leasing visible a folios 4/24 de la posición 1 del dossier, que cumple las previsiones del numeral 1 del artículo 384 referido, por lo que se deduce que la demandada goza de legitimación en la causa; además aparece como legítimo el actuar del ente demandante y, a su vez la demandada es legítima contradictora por ser quien lo suscribió como locataria.

Frente al contrato de leasing habitacional, el artículo 2.28.1.1.2 del decreto 2555 de 2010 establece:

«Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.»

De la norma descrita con antelación se desprenden los elementos del contrato de leasing habitacional como son el goce del bien inmueble y unos pagos por el uso de del mismo, presupuestos que se encuentran satisfechos dentro del contrato base de la relación contractual, el cual no fue tachado ni redargüido de falso por la parte demandada.

La causa de la restitución es la falta de pago de cánones de arrendamiento del contrato 06000476600181217, causados entre enero y julio de 2022, para un total de 29969,9099 valores UVR, que para la fecha de la presentación de la demanda correspondían a \$21'832.923; manifestación que se tiene por cierta, toda vez que no fue desvirtuada por la enjuiciada y constituye una negación indefinida (Artículo 167, inciso final CGP).

Teniendo en cuenta lo anterior, a voces del numeral 3 del artículo 384 ibídem, si el demandado no se opone en el término del traslado de la demanda, se proferirá sentencia, por consiguiente, carente de oposición el *petitum*, se resolverá de fondo el presente trámite, acogiendo las pretensiones enarboladas por quien demanda.

III. DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO: Declarar terminado el contrato de leasing habitacional 06000476600181 217 suscrito entre BANCO DAVIVIENDA, como arrendador y YURI ANDREA VENEGAS GÓMEZ, como locataria sobre el bien especificado en tal documento.

SEGUNDO: ORDENAR, en consecuencia, a la parte demandada, la restitución al banco demandante de los bienes muebles objeto de litis dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO. DISPONER que si la restitución ordenada en el punto precedente, no se verifica voluntariamente en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, la misma se realice mediante diligencia de entrega, para lo cual debe informar el interesado esa circunstancia con el fin de proveer sobre el particular.

CUARTO: CONDENAR en costas del proceso a la parte demandada. Para el efecto señalase como agencias en derecho \$4'500.000. Liquídense.

Notifíquese,

TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez

Firmado Por:
Tirso Pena Hernandez
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 023
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **745fb8aeae14ccaf8512c241ede238ebd5ed01bf3851221d1639eac185c21df9**

Documento generado en 20/06/2023 06:02:28 AM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C., junio dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

Expediente 1100131030232023 00234 00

Con fundamento en el inciso 3 del artículo 90 del código General del Proceso, se INADMITE la presente demanda, para que en el término de cinco días so pena de rechazo, se subsane así:

1. Alléguese la prueba documental exigida a numeral primero artículo 384 del código General del Proceso¹, pues si bien se intenta presentar la demanda de conformidad con el artículo 385 ibídem, no debe soslayarse que este trámite se circunscribe al cumplimiento de lo señalado en el artículo 384², por lo que se hace necesario que se acompañe con la demanda la prueba que demuestre la transferencia del inmueble objeto del litigio a título de tenencia, a favor de la parte demandada.

Notifíquese,

TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez

¹ «ARTÍCULO 384. RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO. Cuando el arrendador demande para que el arrendatario le restituya el inmueble arrendado se aplicarán las siguientes reglas:

1. Demanda. A la demanda deberá acompañarse prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de este hecha en interrogatorio de parte extraprocesal, o prueba testimonial siquiera sumaria.»

² «ARTÍCULO 385. OTROS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TENENCIA. Lo dispuesto en el artículo precedente se aplicará a la restitución de bienes subarrendados, a la de muebles dados en arrendamiento y a la de cualquier clase de bienes dados en tenencia a título distinto de arrendamiento, lo mismo que a la solicitada por el adquirente que no esté obligado a respetar el arriendo.

También se aplicará, en lo pertinente, a la demanda del arrendatario para que el arrendador le reciba la cosa arrendada. En este caso si la sentencia fuere favorable al demandante y el demandado no concurre a recibir la cosa el día de la diligencia, el juez la entregará a un secuestro, para su custodia hasta la entrega a aquel, a cuyo cargo correrán los gastos del secuestro.»

Firmado Por:
Tirso Pena Hernandez
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 023
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **6835ef3b372bc398411db45233e8f552ee37de5a3e1ca146317a2011c24e86ff**

Documento generado en 20/06/2023 06:02:06 AM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C., junio dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

Expediente 1100131030232021 00315 00 C-5

Reunidas las formalidades de los artículos 65 y 82 del código General del proceso y decreto legislativo 806 de junio 4 de 2020, se:

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR el llamamiento en garantía que formula LAND FAST SA a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA.

SEGUNDO: Como quiera que la llamada es demandada al interior del plenario, quien entre otras ya se encuentra debidamente integrada al contradictorio, notifíquesele el presente auto en los términos previstos en el artículo 295 ejusdem.

Notifíquese,

TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ

Juez
(2)

Firmado Por:

Tirso Pena Hernandez

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 023

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **b388bc7b48008d4d7131713dedcf3750b9ac3cf32e5fec70b8114d30da630373**

Documento generado en 20/06/2023 06:01:11 AM

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