

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., 29 SET. 2023

Radicación: 1100131030232015 00635 00

Obre en autos la comunicación 50N2023EE11987 de mayo 4 hogaño proveniente de la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS ZONA NORTE, la que se pone en conocimiento de los extremos en la Litis para los efectos a que haya lugar.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ

Juez.
(2)



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., **29 SET. 2023**

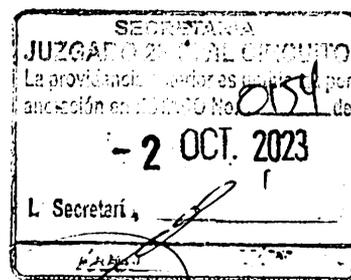
Radicación: **1100131030232015 00635 00**

A la LIQUIDACIÓN DE COSTAS que obra a folio 7, practicada por la secretaria del despacho, se le imparte APROBACIÓN, conforme lo establece el artículo 366 del código General del Proceso.

Por secretaria, dese estricto cumplimiento a lo dispuesto a numeral quinto de la sentencia de instancia proferida en junio 8 de 2023 (*auto ordenó seguir adelante con la ejecución*).

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ
Juez.
(2)



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., septiembre veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023).

Radicación: **1100131030222017 00319 00**

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 163 del código General del Proceso se tiene por reanudado el proceso.

Por otra parte, obre en autos la documental allegada por el apoderado actor, que da cuenta de la citación enviada a la señora María Isabel Pérez Ulloa invitándola a ser parte de las audiencias que se están adelantando dentro del plenario, con constancia de entrega positiva; al igual, obren las manifestaciones vistas a folio 361, las que se ponen en conocimiento de las partes para los fines que estimen pertinentes.

En consecuencia, a efectos de continuar con el trámite, se convida a las partes a la continuación de la audiencia inicial que prevé el artículo 372 y de ser posible la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373 ejusdem, para lo cual se señalan, para lo cual se señalan las **10:00 horas de junio 13 de 2024**.

Se advierte a las partes y apoderados que la inasistencia injustificada a esta audiencia, acarreará las sanciones previstas en el numeral 4º del art. 372 ídem, amén de la multa por valor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

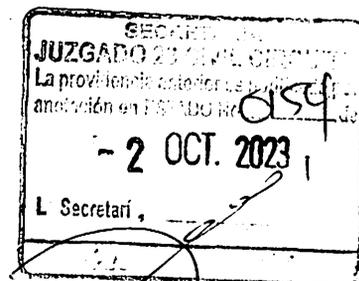
En todo caso, puntualizase que en esta audiencia se proveerá sobre las demás etapas procesales pendientes, de conformidad con el articulado antes mencionado.

Para los efectos anteriores, los extremos de la Litis tengan en cuenta las recomendaciones dadas en la audiencia de marzo 29 de 2023 ya adelantada.

Por último, por secretaria, **infórmele a la señora María Isabel Pérez Ulloa sobre la continuación de la audiencia antes programada**, lo anterior en la dirección que se reporta a folio 360 de esta encuadernación. – por el medio más expedito – déjense las constancias del caso.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ
Juez.



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., septiembre veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023).

Radicación: **1100131030232019 00638 00**

Obre en autos la comunicación allegada por el instituto colombiano de medicina legal y ciencias forenses, en donde adjunta informe pericial de embriaguez UBUCP-DRB-52141-C-2016 de diciembre 10 de 2016 efectuado al señor **NÉSTOR RAÚL MUNEVAR BARRIGA**, e igualmente pone en conocimiento (Fl. 475) que en lo que atañe al señor **ALEXANDER RIVERA MORALES**, no hay registro de informe pericial por embriaguez; lo anterior se pone en conocimiento de los extremos en la Litis para los efectos a que haya lugar.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ
 Juez.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.,

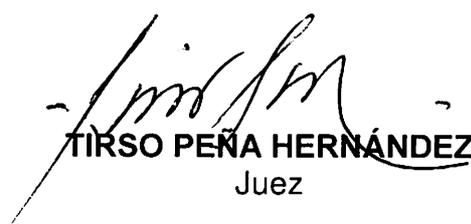
29 SET. 2023

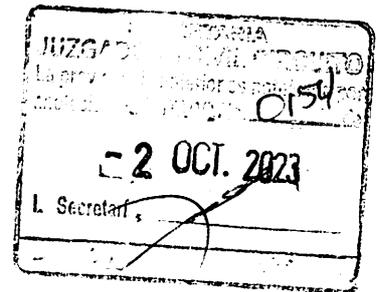
Expediente 1100131030232019 00833 00

En atención al escrito visto a folios 340/344 del expediente, no se accede a la renuncia del mandato que allí se enuncia, hasta que se acredite el envío de la comunicación en ese sentido a quienes se lo otorgaron, conforme lo prevé el inciso 4 del artículo 76 del código General del Proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme al poder que milita a folios 347/348, se reconoce personería al abogado NELSON FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ, para actuar como apoderado de la demandante ANA GLADYS MUÑOZ RODRIGUEZ, en los términos y para las facultades del poder conferido.

Notifíquese,


TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.,

29 SET. 2023

Expediente 1100131030231994 00105 01

De acuerdo al informe secretarial que antecede, se dispone:

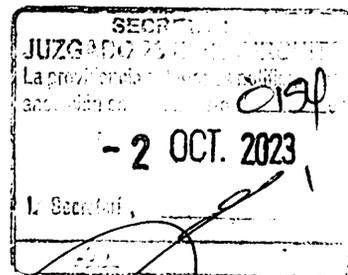
1. Obre en autos la comunicación remitida por el juzgado Sexto civil municipal de esta ciudad visible a folios 197/199, en donde informa sobre el levantamiento de la solicitud de remanentes decretada dentro del plenario que conoce dicha sede judicial, la que se pone en conocimiento de los extremos procesales para los efectos a que haya lugar.

2. En igual sentido, téngase en cuenta para los efectos a que haya lugar, lo comunicado por el apoderado del tercero propietario del inmueble objeto de la litis, en la que aporta copia del auto por el cual el juzgado Treinta civil del circuito de Bogotá decide en julio 19 de 2022 terminar el proceso 1995-07224 por desistimiento tácito, el cual se agrega al legajo y se pone en conocimiento de los demás intervinientes.

3. En vista al oficio remitido por el juzgado Veintitrés civil municipal de esta ciudad que milita a folios 208/210; por secretaria infórmesele a ese despacho que si bien por auto de septiembre 2 de 2021, declaró la terminación del proceso ejecutivo de José Joaquín Castro Vásquez contra Aliria Murcia More por desistimiento tácito; ordenando poner a disposición las medidas cautelares decretadas en esta instancia, entre ellas, los remanentes solicitados por su dependencia en oficio 525 de abril de 1995 y que se tuvieron en cuenta conforme auto de abril 21 de 1995; lo cierto es que al revisar el expediente no se encuentra materializada lo ahí decretado, por ello se le pone a su disposición el embargo que recae sobre el inmueble identificado con folio de matrícula 50C-319439. Oficiése a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente y al mentado despacho.

Notifíquese,


TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.,

29 SET. 2023

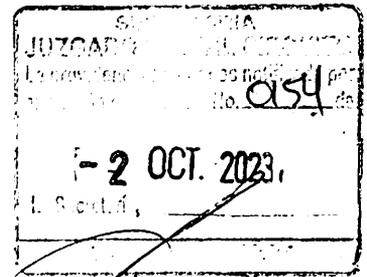
Radicación: 1100131030232019 00070 00

Obre en autos la comunicación **50N2023ee19622** de agosto 2 hogaño proveniente de la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS ZONA NORTE, la que se pone en conocimiento de los extremos en la Litis para los efectos a que haya lugar.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ

Juez.



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.,

29 SET. 2023

Radicación: 1100131030222017 00411 00

Atendiendo el escrito que antecede, se ordena:

PRIMERO: El levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en desarrollo de este trámite.

En caso de existir embargos de remanentes o con prelación, poner los bienes a disposición de la autoridad que los requiera.

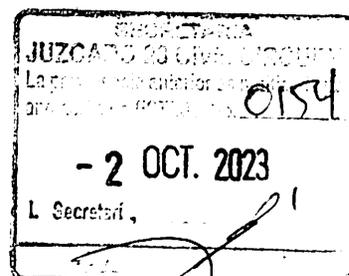
SEGUNDO: Disponer en favor de la parte demandante y a su costa el desglose de los documentos allegados como base de la acción en original, con las constancias del caso. (art. 116 C. G. del P.).

TERCERO: Cumplido lo anterior, archívense las diligencias.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ

Juez.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., **29 SET. 2023**

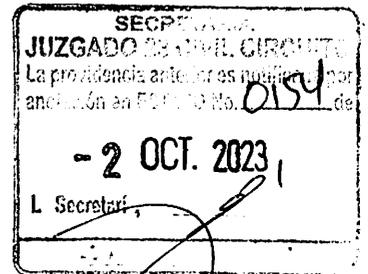
Expediente 1100131030232018 00181 00

De acuerdo al informe secretarial y documental que preceden, se dispone relevar del cargo de curador ad litem que se designó a Michael Alexander Cortes Velásquez, y en consecuencia, en aplicación del numeral 7 del artículo 48, en concordancia con el inciso 2 del artículo 154 del código General del Proceso, se habilita al abogado MIGUEL ANTONIO POSADA PEREZ, CC 19'418.538, T.P. 39.955 del C. S. de la J., correo electrónico abogadomap@hotmail.com.

Comuníquesele de su designación vía telegrama y adviértasele que el cargo es de obligatoria aceptación dentro de los cinco días siguientes al recibo de la respectiva comunicación.

Notifíquese,


TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., 29 SET. 2023

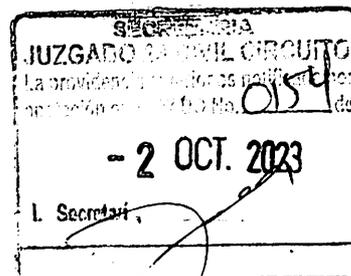
Expediente 1100131030232017 00474 00

Dadas las manifestaciones realizadas por la apoderada de la parte ejecutante en escrito que precede, se ordena emplazar a GLORIA ASTRID ACOSTA BOCANEGRA, en los términos del artículo 293 del código General del Proceso.

Por secretaría procédase como lo dispone el artículo 10 de la ley 2213 de junio 13 de 2022.

Notifíquese,


TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITOccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.,

29 SET. 2023

Radicación: 1100131030231996 03420

Previo a resolver lo que en derecho corresponda, se insta al banco Cooperativo Coopcentral para que acredite documentalmente:

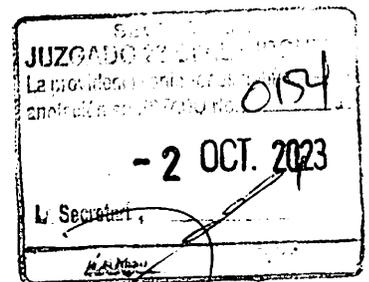
1. La cesión de algunas operaciones del Banco de Bogotá a al Banco Cooperativo de Crédito y Desarrollo Social "COOPDESARROLLO" o en su defecto, **allegue el encargo fiduciario constituido a su favor en 1999 por Megabanco SA**, tal como se enuncia a numeral 3 del escrito visto a folio 63.
2. La fusión de COOPDESARROLLO con COOPCENTRAL.

Lo anterior, como quiera que no se encuentra nada de ello acreditado dentro el plenario.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ

Juez.



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., **29 SET. 2023**

Radicación: 1100131030231978 03209 00

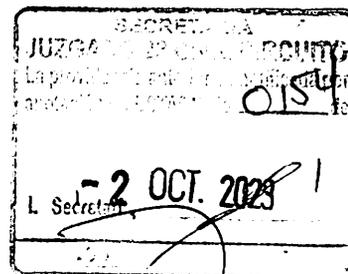
En atención al informe secretarial que antecede, previo a resolver lo que en derecho corresponda respecto del oficio de desembargo aquí requerido, SE ORDENA:

Oficiar a la oficina de Instrumentos Públicos que corresponda, para que, en el menor tiempo posible, remita a este despacho y para el referido asunto, copia de la documental que motivó el registro de la anotación 003 del folio de matrícula inmobiliaria 50S - 452420.

Lo anterior al considerar que allí se enuncia que tal registro se dio mediante oficio 293 de abril 18 de 1978, oficio que no obra dentro el plenario, pues con el que se dio la orden respectiva por parte de este despacho fue con el oficio 292 de esa misma data.

NOTIFIQUESE,


NRSO PEÑA HERNANDEZ
 Juez.



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.,

29 SET. 2023

Solicitud – levantar cautela: 1100131030232007 00014

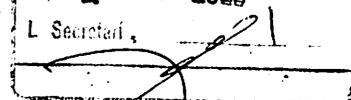
En atención al informe secretarial que antecede, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 286 del código General del Proceso, se corrige el auto anterior en sentido de indicar que se:

Se le reconoce personería al profesional en derecho **CRISTIAN DAVID BALLEEN MEDINA**, en su condición de apoderado de la aquí ejecutada **MARIA DEL ROCIO GRANADOS DE RODRIGUEZ**, en los términos y para los fines del poder conferido, y no como allí se indicó.

En lo demás se mantiene incólume.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ
Juez.

SECRETARIA
JUZGADO 23 CIVIL CIRCUITO
La providencia anterior se notificó por
ar 2023 en el 29 de SET de 2023
- 2 OCT. 2023
L. Secretari, 

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.,

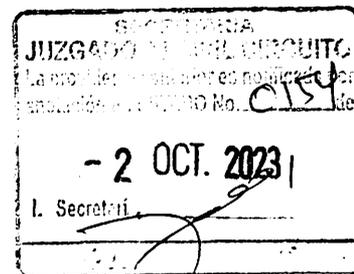
29 SET. 2023

Expediente 1100131030232019 00094 00

De cara al informe secretarial que precede, y teniendo en cuenta que el término de suspensión decretado en interlocutorio de marzo 24 de 2023 (fl 221), se encuentra vencido, ~~de~~ la solicitud de la apoderada de la actora y el tercero ad excludendum vista a folios 224/252 del expediente, en aplicación del inciso segundo del artículo 312 del código General del Proceso, se corre traslado a las demás partes por el término señalado en la citada norma, para que se pronuncien sucintamente sobre la transacción aportada.

Notifíquese,


TIRSO PEÑA HERNÁNDEZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO

ccto23bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., setiembre veintiocho (28) de dos mil veintitrés (2023).

Radicación: **110013103023 2018 00767 00**

ASUNTO

Decidir la instancia en el epígrafe de la referencia, teniendo en cuenta para ello estos.

ANTECEDENTES

MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, demandó a **COMUNICACION CELULAR SA**, planteando como pretensiones (*ver folios 887 a 896 - 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 contrato fue de adhesión.

B. RELATIVAS A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO SUB IÚDICE

B:1. Aproximación Infra-Constitucional.

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 ORIENTAL 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.

B:2. Aproximación Constitucional.

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

a) DECLARAR que los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del contrato objeto de acción, son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron otras controversias que relaciona, ya fueron resueltas [...].

b) DECLARAR que en las 28 sentencias debidamente especificadas en la demanda– literal anterior – se decidió que los contratos extendidos por COMCEL, cuyos textos y manera de ejecución fueron idénticos al del contrato que aquí sirve de objeto, fueron típicos y nominados contratos de agencia comercial, regulados en los Arts. 1317 y s.s del CCo.

c) DECLARAR que la susodicha regla jurisprudencial ha permanecido consistente y uniforme.

5. QUINTA: DECLARAR, con fundamento en el principio de confianza legítima y en el derecho fundamental a la igualdad formal que le asiste a LA DEMANDANTE, y a partir de la doctrina constitucional inmersa en las sentencias C-836 de 2001 (doctrina probable), T-158 de 2006, T-766 de 2008 y T-443 de 2010 de la H. Corte Constitucional, que la decisión sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE debe ser resuelta de conformidad con los antecedentes judiciales referidos en la pretensión anterior.

B:3. Pretensión concluyente.

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

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 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 periodos 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 periodos 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 reconvencción 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 2° 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 tuvieron por objeto o por efecto: (i) la elusión, minimización y/o exclusión, en perjuicio de LA DEMANDANTE, de 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) la exclusión de la responsabilidad civil de COMCEL.

b) Que son 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 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, con fundamento en la doctrina probable inmersa en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabonga(SIC), expediente 30013103004-201100081-01, toda estipulación anterior a la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE que, directa o indirectamente, parcial o completamente, impliquen una renuncia de la Prestación Mercantil, es ineficaz.

NOVENA: Con fundamento en el Art. 95-1 de la Constitución Política, Arts. 6°, 1522, 1519, 1524, 1603, 1741 del CC, Arts. 830, 871 y 899 del CCO, y las demás normas concordantes, y a partir de la doctrina inmersa en las sentencias dictadas el: (i) 19 de octubre de 2011 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namén Vargas, expediente: 11001-3103-032-2001-00847-01, y (ii) el 9 de noviembre de 2017 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabonga(sic), expediente: 30013103004-2011-00081-01, se solicita DECLARAR la INOPERANCIA por ineficacia en sentido amplio o en subsidio por ineficacia en sentido estricto o en subsidio por nulidad absoluta, de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión séptima principal.

9.1. PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN NOVENA: Si se rechaza la anterior pretensión principal NOVENA en subsidio se solicita lo siguiente:

a. DECLARAR que el inciso 3° de la cláusula 30 y el numeral 6° del Anexo A del CONTRATO SUB IÚDICE, tenían por efecto consecuencias ANTINOMICAS 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 IUDICE 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 la doctrina probable inmersa en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabonga(sic), expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, 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, que se causó y se hizo exigible al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

12. DUODÉCIMA: CONDENAR a COMCEL SA a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de prestación mercantil, MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (COP \$1.291.997.691), 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 17 DE MAYO DE 2018, momento en el que 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: que COMCEL, argumentando que *“no corresponde a valores adeudados de acuerdo a la naturaleza del Contrato de Distribución suscrito entre las partes”*, rechazo 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 2007, 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 1° 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 1° 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 1° 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 1° 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 1° 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 1° del artículo 1324 CCO.

16. DÉCIMA SEXTA: DECLARAR, con fundamento en el inciso 6° 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 1° del Art. 1324 CCO.

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

17. DÉCIMA SÉPTIMA: En cuanto a la comisión por residual, así denominada en el CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

a) DECLARAR que COMCEL, de manera unilateral, estableció que la comisión por residual únicamente se empezaría a causar a partir del tercer mes de cada activación.

b) DECLARAR que la exclusión de los tres primeros meses de causación, no aparejaron una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco significaron una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

c) DECLARAR que COMCEL, al haber excluido unilateralmente de su liquidación los tres primeros meses de causación, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

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.

Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es solo respecto del LITERAL c). de la PRETENSION DECIMA SEPTIMA y no es subsidiaria de los literales a) y b) de la PRETENSION DECIMA SEPTIMA.

18. DÉCIMA OCTAVA: En cuanto a la comisión por legalización de Kits Prepago, se solicita:

a) DECLARAR que COMCEL, hasta junio 16 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 de junio 17 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, 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.

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.

Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es solo respecto del LITERAL d). de la PRETENSION DECIMA OCTAVA y no es subsidiaria de los literales a), b), c) y e) de la PRETENSION DECIMA OCTAVA.

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.

Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es solo respecto del LITERAL e). de la PRETENSION DECIMA OCTAVA y no es subsidiaria de los literales a), b), c) y d) de la PRETENSION DECIMA OCTAVA.

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

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

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.

Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es solo respecto del LITERAL c). de la PRETENSION DECIMA NOVENA y no es subsidiaria de los literales a) y b) de la PRETENSION DECIMA NOVENA.

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 aplico 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.

c) DECLARAR que COMCEL, al haber mantenido en el mismo valor nominal la comisión por transacción de recaudo, al haber aplicado la reducción de sus tarifas a partir de 2018 y al haberle trasladado abusivamente a LA DEMANDANTE el costo de las transportadoras de valores, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA LITERAL D): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL d) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA, en subsidio se solicita DECLARAR que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es solo respecto del LITERAL d). de la PRETENSION VIGESIMA y no es subsidiaria de los literales a), b) y C) de la PRETENSION VIGESIMA

21. VIGÉSIMA PRIMERA: En cuanto a la remuneración de LA DEMANDANTE por la promoción y comercialización de Sim Cards prepago con objeto del CONTRATO SUB IÚDICE, se le solicita:

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, al haber modificado las condiciones de liquidación y pago de las comisiones en Sim Cards, y al haber reducido el respectivo margen remuneratorio (descuento), COMCEL 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. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es solo respecto del LITERAL e). de la PRETENSION VIGESIMA PRIMERA y no es subsidiaria de los literales a), b), c) y d) de la PRETENSION VIGESIMA PRIMERA.

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, por justa causa provocada por COMCEL, y antes de que se perfeccionara la terminación anunciada por LA DEMANDANTE, COMCEL de manera unilateral, intempestiva y sin justa causa, términos el 16 DE MAYO DE 2018 la relación patrimonial sub iúdice.

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, incluidas 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 durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE 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 es corresponde con la utilidad que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SU IÚDICE como consecuencia directa de la reducción del 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, CONDENAR a COMCEL a 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 23 DE SEPTIEMBRE DE 2018. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es sólo respecto de LITERAL k) de la PRETENSIÓN VIGESIMA QUINTA y no es subsidiaria de los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), l), m), n) y o) de la PRETENSIÓN VIGESIMA QUINTA.

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 VIGESIMA QUINTA, en subsidio de peticiona, como compensación por el enriquecimiento sin justa causa de COMCEL, CONDENAR a COMCEL a la suma que resulte probada y que corresponde con los dineros que COMCEL le descontó a LA DEMANDANTE por concepto de transportadoras de valores. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es sólo respecto de LITERAL m) de la PRETENSIÓN VIGESIMA QUINTA y no es subsidiaria de los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l), n) y o) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA.

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 IUDICE.

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.

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: Luís 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: ORDENAR a COMCEL que, a contra entrega de los bienes y valores retenidos por LA DEMANDANTE, cancele la (s) HIPOTECA (S).

32. TRIGÉSIMA SEGUNDA: ORDENAR 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: 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, 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.

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. Por escritura pública 3799, otorgada en setiembre 21 de 2004 ante la notaría 25 de Bogotá, se formalizaron los acuerdos de fusión con absorción entre COMCEL (absorbente) y OCCEL SA y CELCARIBE SA (absorbidas), actos registrados 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 las 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 lo admite, su participación de mercado y los ingresos operacionales que consecuentemente ha obtenido, han provenido mayoritariamente del esfuerzo hecho por los miembros de su red de agentes/distribuidores, entre los que se contaba 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 OCCEL pasó de 1,424 puntos en oriente a 2,351 puntos y de 727 puntos en occidente a 1,236 puntos, para un total de 3,587 puntos a nivel nacional, presentando así un 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 motivos, por los siguientes:

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

COMCEL CONSOLIDADO también ofrece el servicio de atención personalizado con 159 consultores a través de 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: 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 pospago; en la circular GSD-2004-457823 de abril 19 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 anterior 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: el que abrió COMCEL integrado, principalmente, por grandes superficies y otros establecimientos de terceros, como tenderos, que no conforman 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, en 2014 tenía 201, en 2015 tenía 290 y, en 2016, cerró con 326.

¿Que hicimos en 2014?

Distribuidores

- 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. En 2002, esa red de agentes/distribuidores, generaba el 93% de los ingresos de COMCEL porcentaje que para 2014, había bajado al 70%. Con cierre a 2016, COMCEL superó la barrera de los 320 distribuidores, de tal manera que en 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 a través del tiempo el número de agentes/distribuidores de COMCEL, 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 les suman los incumplimientos y abusos contractuales que le son imputables, incumplimientos y abusos que 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 ejecutar el CONTRATO SUB IÚDICE, por lo que se vio en la imperiosa necesidad de terminarlo, por justa causa provocada por COMCEL.

[...]

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

1. Causa petendi de las pretensiones PRIMERA y SEGUNDA.

Respecto de la relación jurídica patrimonial sub iúdice:

25. En setiembre 23 de 2010, COMCEL y LA DEMANDANTE suscribieron el CONTRATO SUB IÚDICE.

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

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

27. 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 1998 y hasta que se formalizó la fusión entre las dos compañías, COMCEL manejó los negocio de OCCEL SA.

28. En febrero 12 de 2003, COMCEL adquirió el 93.37% de las acciones de CELCARIBE. Al respecto, en el informe anual de COMCEL de 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.

29. 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.

30. EL CONTRATO SUB IÚDICE fue de adhesión respecto de LA DEMANDANTE: Así se infiere cuando se le compara con los demás contratos que COMCEL extendió para su red de agentes/distribuidores y también para la red de agentes/distribuidores de CELCARIBE y OCCEL.

2. Causa petendi de las pretensiones TERCERA A SEXTA.

Sobre los elementos esenciales del CONTRATO SUB IÚDICE:

31. 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 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:

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

"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".

33. El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó de manera estable y permanente desde setiembre 23 de 2010, hasta mayo 16 de 2018.

34. 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, lo que 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, 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:

35. Para abarcar a plenitud el elemento esencial sub examine, es preciso abordar las siguientes cuestiones:

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

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

36. 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.

37. 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 entre 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	2,451,867,216	2,033,320,394
Venta de equipos telefónicos, tarjetas, accesorios y otros	2,252,523,196	1,844,458,200
Otros servicios	98,766,742	90,595,402
	8,669,934,203	8,953,628,062

	2013	2012
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 19)	\$ 7,022,939,621	\$ 6,799,381,869
Venta de equipos telefónicos	1,355,524,972	948,181,655
Total ingresos	8,378,464,593	7,747,563,524

	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	7,055,871,602	6,270,009,238

	2009	2008
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 20)	\$ 5,388,371,079	\$ 5,190,560,826
Venta de equipos telefónicos	460,809,241	620,114,810
Total ingresos	5,849,180,320	5,810,675,636

	2007	2006
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 20)	\$ 4,844,844,219	\$ 4,015,614,185
Venta de equipos telefónicos	676,124,514	572,793,160
Total ingresos	5,520,968,733	4,588,407,345

	2005	2004
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 21)	\$ 2,705,121,061	\$ 1,612,594,928
Venta de equipos telefónicos	572,692,351	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).

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

a) En los postpago, el suscriptor recibe una factura mensual expedida por COMCEL, la que refleja los cargos y consumos de tiempo al aire que se causaron durante el respectivo mes.

b) En los 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.

39. **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.

40. Consecución de suscriptores y abonados:

A 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:**

A 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 servicios 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.

41. 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.

42. **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 fueron expresamente autorizados por COMCEL cuestión que además, constituye un elemento esencial del contrato de agencia comercial.

Pone en conocimiento en cuanto a la Zona Prefijada que:

43. 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: Oriental, Occidental y Costa Atlántica.

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

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

45. 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.

46. 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	DIRECCIÓN	PUNTO C	CPS o CVS
BOGOTA	AV AMERICAS N 68 -94 LOCAL 1009	NO	SI
BOGOTA	CARRERA 92 N 60 -90 SUR L1030	NO	SI
BOGOTA	CARRERA 24 N 53 -73 L111	SI	SI
BOGOTA	CARRERA 104 N 148- 07 L1001	NO	SI
BOGOTA	CALLE 13 N 15 -61 LB203	NO	NO

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

COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.

47. Durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, LA DEMANDANTE fue remunerada por COMCEL, sistema remuneratorio implementado por COMCEL que tuvo estos componentes: (i) Comisiones. (ii) descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas, los que se detallan en los hechos 62 a 65 del genitor.

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

48. Por imposibilidad jurídica, LA DEMANDANTE no pudo por su cuenta, ofrecer ni prestar el servicio público de telefonía móvil celular (STMC), dado que COMCEL está legalmente autorizada para ofrecer, comercializar y prestar el servicio público de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, al paso que LA DEMANDANTE, 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.

49. 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."

50. 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.

51. 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):

ACTIVO	2015		2014	
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:

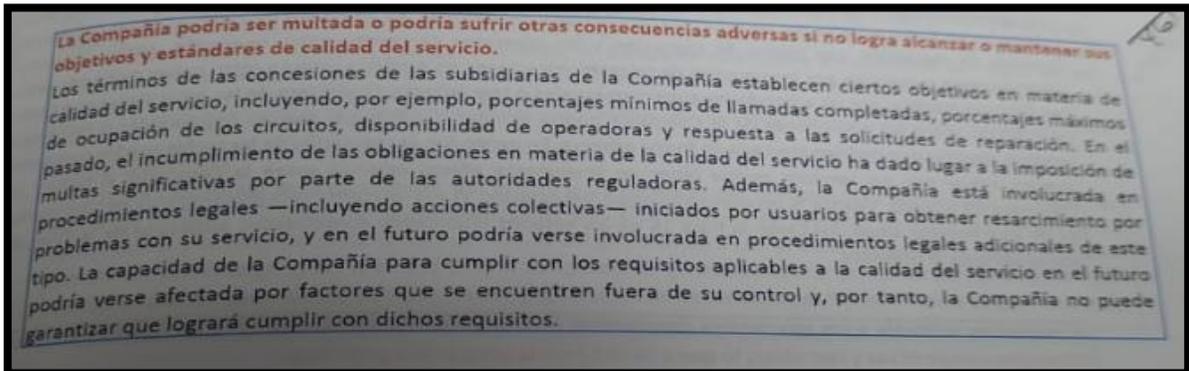
13. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS POR COBRAR, NETO		
Corriente	2015	2014
Suscriptores	\$ 557,817,237	\$ 562,396,138
No corriente		
Suscriptores equipos financiados	\$ 567,151,383	\$ 131,357,005

(Comcel, Informe anual 2015)

52. 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 se le entregan 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.

En el informe anual de América Móvil de 2015, en relación con este acápite, se sostuvo:



53. Efecto negativo: Asunción del riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias: Otro de los riesgos que asume COMCEL es el 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 que estableció medidas regulatorias que han diezmando la participación de mercado de COMCEL. En la resolución 4002 de 2012. [...]

54. 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. [...]

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

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

56. 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, pertenece a COMCEL, se corrobora entonces que el CONTRATO SUB IÚDICE fue un típico negocio de agencia comercial, pues todas las actividades desarrolladas por Multinegocios fueron en pro de captar clientela en favor de Comcel. (hechos 75 a 81)

Cláusulas antinómicas extendidas por COMCEL

57. COMCEL, como predisponente del CONTRATO SUB IÚDICE, extendió estos 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, (...).

58. Tales disposiciones, así como las demás estipulaciones en las que se excluyó a la agencia comercial como calificación del negocio, o en las que éste se calificó como un negocio atípico e innominado (p.e. de distribución), son antinómicas en relación con aquellas estipulaciones y actos contractuales que incorporaron los elementos esenciales de un típico y nominado negocio de agencia comercial.

Fundamentos especiales de derecho. Principio del Contrato Realidad: Según este principio, una vez reunidos los elementos esenciales de un contrato en particular, se entiende que existe tal contrato y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Con fundamento en el principio de "Contrato Realidad", la mencionada antinomia se resuelve a favor de la calificación que se deduce a partir de los elementos esenciales del contrato celebrado.

59. Al respecto, en la comunicación que LA DEMANDANTE envió a COMCEL como respuesta a la confirmación de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por parte de esta última, se manifestó:

Le asiste la razón a COMCEL cuando afirma que únicamente al momento de su terminación fue cuando CONEXIMÓVIL (LA DEMANDANTE) alegó por primera vez que el contrato de voz fue un típico contrato de Agencia Comercial, entre las partes no había surgido una controversia al respecto, con todo lo que esto significa. Esto tiene varias explicaciones, algunas de las cuales se le comparten:

- a) La calificación que COMCEL le dio al contrato de voz no fijó definitivamente su carácter jurídico, los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde.
- b) Durante la ejecución del contrato de voz, en las zonas que COMCEL le prefijó, a cambio de una remuneración multiforme y por cuenta de aquella, CONEXIMÓVIL LA DEMANDANTE ejecutó el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de COMCEL. A esta realidad contractual, que es incontestable, la ley le asigna la calificación de Agencia Comercial, asunto que, se insiste, no puede trocarse por la denominación que COMCEL dictó.
- c) Es al momento de su terminación cuando se desatan las principales consecuencias económicas y normativas de un agenciamiento comercial. Mientras estuvo vigente el contrato de voz, CONEXIMÓVIL LA DEMANDANTE, de buena fe, cumplió fielmente con sus obligaciones contractuales y ejecutó cabalmente el encargo hecho.

[...]

Aproximación Constitucional

60. Los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron las controversias resueltas con los

siguientes laudos arbitrales: (i) MELTEC SA Vs COMCEL: de febrero 4 de 2016. (ii) FASE COMUNICACIONES SAS Vs COMCEL: de julio 15 de 2015. (iii) SIMTEC SA Vs COMCEL: de noviembre 20 de 2014. (iv) ALJURE TELECOMUNICACIONES SA Vs COMCEL: de enero 31 de 2014. (v) CELLULAR PHONE EXPRES SA Vs COMCEL: de setiembre 6 de 2013. (vi) DISTRICEL SAS Vs COMCEL: de mayo 17 de 2013 [...]. Entre otros, en donde se debatió lo aquí dispuesto saliendo en favor de las demandantes (*ver hechos 86 a 90 del genitor*)

61. 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.

Concluyen entonces que:

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

En cuanto a las pretensiones relativas a la inoperancia de ciertas cláusulas abusivas, trae a colación los hechos que fundamentan las pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA.

63. 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 se establecieron múltiples estipulaciones que obligaron a la actora a organizar una empresa a la medida exigida por COMCEL, teniendo esta, derecho de control, inspección y *supervisión* (*hechos 96 a 98 del genitor*) [...]

64. Prácticamente la totalidad de los de 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

64. 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 que 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, a 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 del genitor*)

Sobre la Inoperancia de las cláusulas abusivas

65. Las referidas cláusulas 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 autos de laudos arbitrales que allega y sentencias de la corte Suprema de Justicia, enfocados en las cláusulas 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 del genitor)

En cuanto a la prestación mercantil.

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

Prestación Mercantil

66. 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—factores de cálculo de la prestación mercantil y condenas.

67. El CONTRATO SUB IÚDICE se celebró en setiembre 23 de 2010, finalizó en mayo 16 de 2018, estando vigente la relación comercial por 7.65 años. (hechos 107/108) tiempo en el que Comcel incumplió todas sus obligaciones mercantiles, por lo que para la prestación mercantil aquí pretendida, se deberá tener en cuenta todo el sistema de remuneración que manejaba COMCEL (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 el concepto que en 2006 Comcel solicitó al señor Horacio Ayala Vela, de donde surgió el concepto 80/20 que aduce se le aplicó, resaltando 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 131/136), fundamentada en los procesos contra ella impuestos, rayando en la buena fe comercial, concluyendo que:

68. A inciso 3 de la cláusula 30 o 31 y a numeral 5 o 6 del anexo A del CONTRATO SUB IÚDICE, COMCEL extendió los siguientes textos:

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."

69. Estas cláusulas extendidas por COMCEL, al margen de la invalidez que merecen 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 debía pagar al momento de la terminación del contrato.

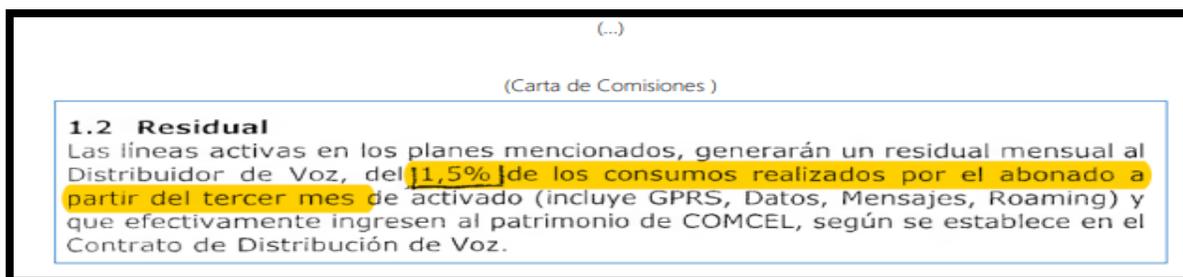
Además, fundamento en los libros de contabilidad de COMCEL y LA DEMANDANTE, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes, se concluye que durante la ejecución del CONTRATO SUB ÍNDICE, COMCEL nunca pagó a LA DEMANDANTE, de manera anticipada, parte de la prestación mercantil del inciso 1, artículo 1324 CCO. (hecho 148)

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.

70. COMCEL 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.



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

Sobre la comisión por legalización Prepago.

72 . Durante la ejecución del CONTRATO SUB ÍNDICE, 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.

73. 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 %.

74. En la circular 2015(sic)-GSDI01-S168428 de junio 17 de 2016, COMCEL 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, así:

	ANTES	A PARTIR DEL 17 DE JUNIO
¡Conoce los cambios!		
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

75., En comunicación de julio 7 de 2016, COMCEL informó a LA DEMANDANTE que las nuevas condiciones fueron implementadas a partir del 17 de junio de 2016, así:

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)

76. 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

77. En noviembre 24 de 2009, COMCEL envió a LA DEMANDANTE la tabla de comisiones estableciendo 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 de febrero 1 de 2010. Ver comunicación de COMCEL del 15 de febrero de 2010. (ii) La que rigió a partir de enero 1 de 2014. Ver comunicación de COMCEL del 7 de enero de 2014.

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

79. En la 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	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

80. 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

81. A 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...

82. 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 cual el respectivo cliente suscribía el contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular y le entregaba a LA DEMANDANTE el dinero a que hubiese lugar.

83. En febrero 1 de 2007, COMCEL y LA DEMANDANTE suscribieron una convención modificando la cláusula 7.7. (o 7.8.) del CONTRATO SUB IÚDICE.

84. A partir de esta convención, LA DEMANDANTE empezó a operar los denominados Centros de Pagos y Servicios. Un CPS es un establecimiento a través del 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).

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

86. 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.

87. 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.

88. 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.).

89. 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.

90. 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).

91. 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.

92. 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 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) 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 facturados única y directamente a COMCEL.

93. COMCEL, 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 aquella, expidió, el 8 de febrero de 2018, la siguiente circular.



94. En diciembre 26 de 2017, como efectivamente lo había anunciado, COMCEL envió a su red de agentes/distribuidores la circular 2017-GSDI01-S345350, a través de la que comunicó las nuevas tarifas que por concepto de comisión por transacción de recaudo empezarán a regir.

95. Como consta en esta circular, COMCEL redujo sustancialmente las tarifas por recaudo: En algunos casos esta reducción fue 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% 89,99%	90% 99,99%	100% 119,99%	>= a 120%
1er.Q	\$ 1.200	\$ 1.400	\$ 1.450	\$ 1.600
2do.Q	\$ 950	\$ 1.100	\$ 1.150	\$ 1.250
3er.Q en adelante	\$ 700	\$ 800	\$ 850	\$ 950

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

96. 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

97. 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 adquirirían 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.

98. Durante 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 (marzo 19) COMCEL 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; recargas que 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 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 \$10.000 (o directamente o a través de la suma de varias microrecargas).

99. A partir de marzo 20 de 2009, COMCEL pagó a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, \$1950 por cada una de las primeras seis recargas de tiempo al aire que el suscriptor realizara en la respectiva Sim Card activada, para un total máximo de \$11700; recargas 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 \$10.000 (o directamente o a través de la suma de varias micro-recargas).

100. 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.

101. A partir de febrero 15 de 2010, COMCEL 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; estas recargas 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 (o directamente o a través de la suma de varias micro-recargas).

102. A partir de setiembre 1 de 2014, COMCEL 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.

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

104. A lo largo de 2017, COMCEL, aduciendo fallas en sus sistemas informáticos, no 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

105. Resalta que LA DEMANDANTE, 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 184/190*).

Comisiones de la última etapa contractual

106. En agosto 3 de 2018, LA DEMANDANTE remitió a COMCEL una comunicación con 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

107. 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.

108. En virtud de esta cláusula, y a propósito de la aguda situación de dependencia económica y normativa en que se hallaba 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.

109. 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

110. En abril 17 de 2018, LA DEMANDANTE envió a COMCEL el preaviso de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, ratificado y terminado en MAYO 16 de ese mismo año por justa causa, - terminación PROVOCADA, aceptación de la que aquella contesto - (hechos 198/200)

Causación de la Indemnización especial del Art. 1324 CCO

111. Porque 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 2º 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

112. A partir de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, COMCEL cesó el pago de la comisión por residual a que tiene derecho LA DEMANDANTE, esto 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.

113. 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. Este enriquecimiento de COMCEL trae aparejado un empobrecimiento correlativo de LA DEMANDANTE, el cual consiste en un menor ingreso operacional en su respectivo estado de resultados, es por ello que indica que el enriquecimiento de COMCEL y el correlativo empobrecimiento de MULTINEGOCIOS constituye un enriquecimiento sin justa causa de la demandada. (hecho 204).

De las condenas reclamadas.

Fundamentos facticos de las pretensiones VIGÉSIMA QUINTA y VIGÉSIMA SEXTA.

Indemnizaciones.

114. COMCEL le deba 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. -"

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

116. 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.

117. 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.

118 . 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 abusos e incumplimientos imputables a COMCEL: Entre más planes pospago activó LA DEMANDANTE, menos comisión por residual recibió

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

120. 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.

121. 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 el 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.

122. El 17 junio de 2016, COMCEL modificó el sistema de cálculo de la comisión por legalización de Kits Prepago. Bajo el nuevo sistema implementado, LA DEMANDANTE, en lugar de recibir una comisión fija de \$12.500 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).

123. 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

124. Con los cambios en las condiciones remuneratorias que COMCEL impuso frente a la explotación de Sim Cards (planes prepagos) -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.

125. 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, esto 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.

126. 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). A pesar de esta cláusula, LA DEMANDANTE tuvo la confianza legítima 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 el 01 DE MAYO DE 2019.

127. 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.

128. LA DEMANDANTE, como consecuencia de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por justa causa imputable a COMCEL, tuvo que terminar los contratos laborales del personal destinado a ejecutar la CONTRATO SUB IÚDICE y debió terminar los contratos de arrendamientos suscritos con los arrendadores de los locales en los cuales funcionaban los puntos en los cuales ejecutaba el CONTRATO SUB IÚDICE.

129. COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, le descontó a LA DEMANDANTE los costos mensuales de las transportadoras de valores. Estos costos: (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 que le 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.

De las actas de conciliación de cuentas

130. A 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.

131. Las actas a que se refiere el inciso 2º de la susodicha cláusula eran Actas de Conciliación de Cuentas que las partes debían suscribir con el fin de conciliar créditos recíprocos para acordar paz y salvos parciales.

132. Sin embargo, COMCEL, como respuesta a los múltiples procesos arbitrales que varios miembros de la red de agentes/distribuidores incoaron en contra suya, empezó a extender las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º 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.

133. 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 2º 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 & pretensiones finales.

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

Pretensiones Finales

134. 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).

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

136. 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.

137. 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.

138. 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.

139. 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.

140. 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.

141. 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 septiembre 20 de 2019¹ se admitió la reforma de la demanda, (primer admisorio de octubre 26 de 2018 (Fl. 248)) auto notificado por estado, pues la demandada se había notificado por aviso en febrero 1 de 2019 (Fl. 262).

Con base en lo anterior, Comcel contestó tal reforma a tiempo, oponiéndose a las pretensiones, objetando el juramento estimatorio, destacando que **en la contestación inicial allego demanda en reconvencción** y formuló estas excepciones:

A. TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA RESPECTO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE COMCEL Y LA DEMANDA.

Fundamentada en la cláusula 30 contractual que a su tenor indica:

"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 recibiere observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores, caducará el derecho del DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo y será firme y definitiva.

Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza. "

Bajo dicho contexto, dice, las partes suscribieron actas de conciliación, compensación y transacción de febrero 1 de 2023 y abril 25 de 2014 en donde se saldaron dichas diferencias.

En cuanto a la transacción, ello, aduce, fue previsto por las partes del contrato de distribución, al establecer que el acuerdo vertido en el acta de transacción hacía tránsito a cosa juzgada, y por tanto implicaba renuncia a cualquier reclamo derivado de la relación que existió entre las partes hasta la celebración de ese contrato. Es evidente entonces que tal circunstancia constituye razón suficiente para que las pretensiones declarativas y de condena propuestas

¹ ver folio 955 del cuaderno 1 A.

en este caso, se despachen adversamente por lo menos hasta el 25 de abril de 2014 y hacia atrás, si se tiene en cuenta además, que en transacción concurrieron las condiciones necesarias para su existencia y validez, como lo son el consentimiento de las partes, la existencia actual de una diferencia, disputa o desacuerdo entre las mismas y reciprocidad de concesiones por cada uno de los contratantes.

B. AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.

Argumentando que para poder calificar una estipulación como leonina, debe estar revestida de las siguientes condiciones: imposición a una de las partes, que genere un desequilibrio contractual, siempre que ello no ocurra con el objeto del contrato, y que esta situación constituya una violación a la buena fe negocial, así como al deber de lealtad y probidad que deben desplegar las partes, situaciones que no se presentan en este evento, máxime si en cuenta se tiene que la demandante nunca realizó reparo alguno al modelo contractual de distribución suscrito, suscripción que se hizo sin ningún tipo de presión.

Por lo anterior resalta que no existió ninguna cláusula abusiva y que no puede pretenderse la ineficacia de las cláusulas de un contrato con el fin de desconocer su naturaleza y transformarlo en uno distinto de aquel que las partes celebraron. Tampoco hay cabida para la declaración de nulidad por objeto o causa lícita.

C. PRESCRIPCIÓN Y O CADUCIDAD DE LA SOLICITUD DE NULIDAD DE ALGUNAS DE LAS CLAUSULAS DENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.

Precisa que las pretensiones encaminadas a la declaración de nulidad de algunas cláusulas parecieran sustentarse sobre una invalidez por vicios del consentimiento, cuya consecuencia, la nulidad relativa, conlleva a una acción que de acuerdo con lo previsto en el código de Comercio, prescribe en dos años contados desde la celebración del contrato, lo que en el presente caso ocurrió desde setiembre 23 de 2012. Por lo tanto a pesar de no estar viciadas las cláusulas denunciadas, el reproche que se hace ya se encuentra prescrito.

D. VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET.

La buena fe, como principio general del derecho, tiene a su vez diversas funciones, y una de ellas es la función limitadora, la que pretende precisamente limitar las conductas que las partes de un contrato pueden ejercer frente al mismo, con el fin de prohibir actos de mala fe. Así, la doctrina y la jurisprudencia han adoptado la teoría de los actos propios, según la cual *"las partes están obligadas a guardar cierta coherencia a lo largo de las distintas fases del contrato, y el derecho no protesta las actuaciones que estas adelanten contradiciendo su propia conducta anterior."*

Ahora bien, con el fin de determinar la existencia de un acto de mala fe en este sentido, se han sentado ciertos requisitos que deben concurrir, y que demuestran, que concurren en su totalidad en la conducta de la Demandante frente al caso presente. Estos son:

I) Que se haya realizado una conducta jurídicamente eficaz: esto, en efecto sucedió, toda vez que la demandante prestó su consentimiento de manera libre e inequívoca al celebrar el contrato de distribución con Comcel y además, realizó una serie de conductas posteriores jurídicamente eficaces para ejecutarlo de manera continua e ininterrumpida, sin manifestar inconformidad alguna.

II) Que se haya ejercido posteriormente un derecho o facultad: es claro el ejercicio de este derecho en esta oportunidad por la demandante, al proponer las pretensiones de la demanda.

III) Que la conducta previa y el derecho ejercido sean incompatibles: es aquí donde se hace evidente el actuar de la demandante en contra de sus actos propios.

IV) Que los sujetos de ambas relaciones sean los mismos: es claro que Comcel y el ex distribuidor son los sujetos, tanto de la conducta inicial, como del derecho que se ejerce ahora de manera contradictoria.

Lo anterior deriva en que la conducta de la actora no debe ser amparada por el derecho, pues los contratantes deben actuar de forma coherente con las manifestaciones y estipulaciones contractuales, siempre buscando mantener la confianza que su co-contratante le ha extendido. Esto, teniendo en cuenta, además, que el ex distribuidor contaba con múltiples mecanismos para manifestar su inconformidad, de haberla habido, ya fuera directamente o por vía judicial, lo cual NUNCA OCURRIÓ durante el desarrollo contractual, para venir en su fase de liquidación a sorprender con las actuales pretensiones.

E. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO.

Pues la clara e inequívoca intención de las partes desde un comienzo, fue celebrar un contrato de distribución, como se evidencia a cláusula 4, al plasmar precisamente su naturaleza,

Por ello, con el fin de demostrar que, además de establecerlo así en esa cláusula, las partes no celebraron ni ejecutaron un contrato de agencia mercantil; han de revisarse cada uno de sus elementos esenciales, pues faltando uno de ellos, el contrato no será de agencia, sin perder de vista que los contratos de colaboración empresarial comparten elementos comunes.

Enlista como elementos esenciales del contrato de agencia:

- I) Que ambas contratantes sean comerciantes independientes;
- II) El agente debe recibir del empresario el encargo de promover o explotar un negocio determinado dentro de una zona prefijada del territorio nacional a nombre y por cuenta ajena;
- III) El encargo se debe asumir de forma independiente y estable.

Luego señala que en el contrato de distribución celebrado entre Comcel y la actora, esta última no actuó a nombre y por cuenta de Comcel, pero lo más importante, NO TUVO NI EN LA PRACTICA LO REALIZÓ como encargo, el de promover y explotar el negocio de Comcel, careciendo el contrato de dos elementos esenciales necesarios para la configuración de una relación de agencia mercantil según la ley, y la interpretación de la jurisprudencia y la doctrina.

Al respecto, pone en conocimiento que son múltiples las cláusulas del contrato que dejan claro el hecho de que el riesgo no era asumido en su totalidad por Comcel. A modo de ejemplo:

- I) Cláusula 7.10, en la que expresamente se dice que el ex distribuidor tiene una obligación de resultado y que debe responder por una ejecución mínima, evidenciando el impacto que las fluctuaciones tendría en su propio patrimonio.
- II) Cláusula 7.26, donde se plasman la responsabilidad del ex distribuidor ante actos de competencia desleal, conflicto de intereses o fraude, incluyendo la responsabilidad por daños, pérdida, destrucción o extravío;
- III) Cláusula 7.30, donde se establece la responsabilidad del ex distribuidor por el cumplimiento de los requisitos legales, de moralidad y del manual de procedimiento de Comcel.

Por lo demás, es claro que en ejecución de sus labores de venta de kits prepago y desarrollo de kits, actuaba en provecho propio, en cumplimiento de su objeto social, y propendiendo por el crecimiento de un negocio que es propio de la demandante.

Frente al elemento de PROMOCION, que es el encargo esencial dentro de un contrato de agencia, el ex distribuidor jamás promocionó el negocio de Comcel, la que cuenta con la destreza, conocimiento y experticia para conquistar una clientela y cautivar las preferencias del público es Comcel, y por lo tanto, resultaría contradictorio para COMCEL, el celebrar un contrato para la explotación de un mercado del que ya goza.

Así, frente a las labores de activación de planes postpago, sim cards y recaudo en centros de pagos y servicios (CPS), dice que estas actividades no eran de promoción, pues lo que debía hacer el ex distribuidor, solo era adelantar las gestiones o trámites preestablecidos para que el cliente, consumidor o usuario, atraído por las labores de promoción de Comcel, se abonara, o suscribiera el contrato de prestación de servicios de telefonía celular y ayudarle con el diligenciamiento de la documentación requerida, recibiendo por dicha gestión, una comisión previamente acordada en el contrato y las modificaciones posteriores.

En efecto, el ex distribuidor nunca ejecutó labores de promoción, publicidad, acreditación y conquista de un mercado o de atracción de clientela, pues la única manera en que el ex distribuidor podía ejecutar labores de publicidad, era con autorización previa de Comcel, quien desarrolló, diseñó y construyó absolutamente todo el material publicitario y los planes promocionales para atraer clientela.

F. COLIGACIÓN DE CONTRATOS.

Arguye que si en gracia de discusión el contrato celebrado por las partes no fuese integralmente un contrato de distribución, **si lo es** en lo que tiene que ver a la compra para reventa de los productos que aquel refiere, coligado con otro contrato atípico de colaboración empresarial en razón a las labores que en efecto desplegó el distribuidor en la gestión de abonados, recaudo y sim cards, lo que determina que es un contrato completamente atípico como podría ser el de merchandising, de origen anglosajón, según el cual, por un lado, supone la existencia del acuerdo por el que el titular de un derecho sobre un bien inmaterial, que goza de prestigio, cede a un tercero el derecho a explotarlo comercialmente; y, por otra parte, este concepto comprende también las operaciones de venta de los bienes o de prestación de los servicios asociados a estos elementos que gozan de prestigio. El término merchandising abarca ambas operaciones como un todo, unificando en una única figura estas dos operaciones que se complementan.

Es por ello que bajo ninguna óptica podría configurarse un contrato de agencia mercantil, y mucho menos se puede pretender derivar las prestaciones de una compra para reventa de productos, más allá de la utilidad que ya percibió el distribuidor dentro del margen de su venta.

G. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL E INEXISTENCIA DE LA JUSTA CAUSA ALEGADA POR LA DEMANDANTE PARA LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO.

Precisa que la demandante alegó como causa para dar por terminado el contrato, entre otras, la modificación en el método para el cálculo de la comisión por residual y por legalización de Kits Prepago, la eliminación de la comisión por permanencia y la reducción en las comisiones por recaudo, trámites que aduce cumplió a cabalidad, conforme lo acordado en el contrato de distribución objeto de acción, además, cualquier cambio en la forma de pago de comisiones estuvo plenamente autorizado en el contrato y por el comportamiento de la demandante que

ante más de mil circulares anuales que informaban cambios y condiciones NUNCA manifestó objeción ni reproche alguno.

En efecto, el ex distribuidor no tiene prueba de haber objetado el comportamiento de Comcel en ningún momento durante la ejecución del contrato y ajustó su comportamiento contractual a las nuevas directrices que son propias de contratos dinámicos que deben ajustarse permanentemente en sus condiciones comerciales según lo que va dictando el mercado y los avances tecnológicos.

H. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Conforme a la cláusula 7.8 del contrato de distribución objeto de este proceso, el ex distribuidor se obligó a:

“... 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 valores de teléfonos, valores de productos y servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo 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. EL DISTRIBUIDOR entregará a COMCEL, en las instalaciones de esta última, los originales de los comprobantes de consignación en las cuentas de COMCEL, a más tardar el segundo día hábil siguientes a la firma del Contrato de Servicios de telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, junto con los demás documentos de venta.

La retención de los dineros recibidos por EL DISTRIBUIDOR, o su uso indebido será sancionado con la aplicación de las sanciones pecuniarias consagradas en este contrato, sin perjuicio de las restantes consecuencias pactadas y las sanciones penales a que hubiere lugar. ”

Y durante la ejecución del contrato, la actora incumplió las obligaciones que asumió frente a Comcel en esta cláusula y en el manual de procedimientos de distribuidores. De igual forma, incumplió la obligación que asumió para con Comcel en virtud de la cual no debía retener dineros, tal como lo confesó su apoderado en los hechos 225, 226, 227 y 228 de la demanda. Valga recordar, además, que el derecho de retención no está previsto en la ley para el contrato de distribución, adeudando por esa retención \$827'210.807 a Comcel.

I. SUBSIDIARIA: PAGO ANTICIPADO DE PRESTACIÓN MERCANTIL Y CUALQUIER OTRO CONCEPTO COMO INDEMNIZACIÓN O BONIFICACIÓN O COMISIÓN – PAGO ANTICIPADO 80/20.

Precisa que ha pagado todas las comisiones por activación y residual, así como cualquier otra prestación a que tuviera derecho la demandante en virtud del contrato de distribución, en forma anticipada, mediante un 20% que se incluía en los valores que se le cancelaban, tal y como se estableció en el Contrato.

Es por ello que en el remoto evento de que el despacho encuentre razones para declarar que Comcel es responsable de cualquier indemnización o suma de dinero debida a la terminación del contrato de distribución, la misma debe tenerse por satisfecha conforme a esos pagos anticipados que según certificación de la revisoría fiscal, ascienden a \$899.080.236.

J. SUBSIDIARIA: RENUNCIA CONTRACTUAL AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 1324.

El código de Comercio prevé a inciso 1 del artículo 1324, que a **la finalización del contrato** de agencia mercantil, el agente tiene derecho a un reconocimiento o beneficio económico

denominado “cesantía mercantil”, prestación que es de carácter renunciable incluso desde la celebración del contrato.

Es por ello que, en el contrato de distribución, las partes pactaron libre, consciente e inequívocamente que, en el remoto evento de que al contrato se le diera un alcance distinto al pactado, particularmente el de una agencia mercantil, ab initio el ex distribuidor renunciaba al derecho a reclamar la cesantía mercantil, tal como se expuso en la cláusula 5.3 del contrato objeto de acción.

Por ello se tiene que desde la celebración de tal contrato y durante los 8 años de ejecución, Multinegocios nunca hizo manifestación de disconformidad frente a tales estipulaciones relacionadas con la renuncia a una reclamación por cesantía comercial, pudiendo hacerlo. Por el contrario, se benefició suficientemente y obtuvo provecho económico por el desarrollo del contrato de distribución, y ahora una vez terminada la relación contractual, pretende obtener en forma torticera y aviesa, mayores beneficios económicos a los ya reportados, pretendiendo tergiversar la naturaleza del acto y desconociendo lo que voluntariamente se pactó respecto de la renuncia a la “cesantía comercial”.

En ese orden de ideas, no cabe duda alguna que en el remoto evento de que el contrato de distribución celebrado entre el ex distribuidor y Comcel, haya degenerado en una agencia mercantil, es claro que, con apoyo en el artículo 15 del código Civil sobre la renunciabilidad de los derechos, no puede desconocerse que la aquí demandante renunció al derecho que pudiera tener respecto de cesantía comercial alguna desde la celebración del contrato de distribución, por lo que no puede ahora formular en forma contradictoria, reclamación alguna en aras de obtener un beneficio económico con tal fundamento.

K. SUBSIDIARIA: COMPENSACIÓN.

Solicita que en caso de que se condene a Comcel, se tenga en cuenta que la demandante adeuda actualmente a Comcel sumas de dinero que se cobrarán ejecutivamente, así como por retenciones ilegales de dineros que ha hecho en contravía de lo pactado en el contrato de distribución y otros conceptos que resulten demostrados.

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

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

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la validez y eficacia de la renuncia voluntaria del ex distribuidor a prestaciones propias de la agencia comercial, pues en el hipotético caso que se declare que es un contrato de agencia, el distribuidor renunció expresamente a cualquier reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación contractual (*cláusula 5.3. y 15 del Contrato de Distribución*), siendo esta renuncia admisible conforme a los artículos 15 y 16 del código Civil, al corresponder a un interés individual del renunciante.

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

Pretende Multinegocios, se le reconozcan intereses moratorios sobre las sumas objeto de la condena, desde el momento en que terminó el contrato de distribución, olvidando que en ese momento Comcel no estaba constituido en mora según lo dispone el artículo 1608 del código Civil, en tanto que las sumas aquí reclamadas no cuentan con plazo legal o convencional para ser satisfechas.

Adicionalmente, como lo ha reconocido la corte Suprema de Justicia, no puede haber constitución en mora sobre una suma de dinero que no es líquida, como lo es el caso de las sumas aquí reclamadas, por cuanto se discute su existencia misma.

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

N. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Bajo la égida del artículo 282 del CGP, solicita se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada de conformidad con las pruebas debidamente decretadas y practicadas, que den lugar a la denegación total de las pretensiones de la demanda.

DE LA DEMANDA EN RECONVENCIÓN.

COMUNICACION CELULAR SA demandó en reconvención a **MULTINEGOCUIS DE COLOMBIA LTDA**, planteando como pretensiones (*ver folios 39/40 - reconvención*):

PRIMERA: Declarar que el ex distribuidor incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel en setiembre 23 de 2010, por haber retenido ilegalmente dineros en contra de lo pactado en su cláusula 7.8.

SEGUNDA: Declarar que el ex distribuidor incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel en setiembre 23 de 2010, por no haber cancelado las sumas adeudadas en contra de lo pactado en su cláusula 7.8.

TERCERA: Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones 2.1 y 2.2., condenar al ex distribuidor a que pague a Comcel, a título de perjuicios causados, la suma equivalente a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, como cláusula penal pactada en el contrato de distribución de voz.

CUARTA: Condenar al ex distribuidor a pagar a Comcel las indexaciones y los intereses moratorios sobre las sumas anteriormente mencionadas, liquidados a la máxima tasa legal desde el momento en que las mismas de hicieren exigibles.

QUINTA: Condenar al ex distribuidor al pago de las costas y de las agencias en derecho a que hubiere lugar.

Como fundamentos facticos, resaltó que el contrato objeto de esta litis, suscrito en setiembre 23 de 2010, fue fruto de la libre discusión que adelantaron COMCEL y MULTINEGOCIOS sobre sus cláusulas, el que la demandada incumplió, en especial la 7.8, que la obligaba a consignar los dineros recibidos por parte de los usuarios por concepto de ventas, en la forma y tiempo allí previstos.

Lo anterior, pues mientras aún se estaba ejecutando el contrato, más específicamente al darlo por terminado, la demandada en reconvención retuvo sin justa causa, dineros pertenecientes a COMCEL SA por \$827'210.804, lo que le estaba prohibido por el texto de la misma cláusula 7.8, incumpliendo así, gravemente con las obligaciones que asumió para con COMCEL.

Es por ello que arguye, MULTINEGOCIOS debe pagar el monto de la cláusula penal pecuniaria prevista a cláusula 27.3.2 del contrato de distribución, en cuantía de CINCO MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5000 SMLMV).

En el lapso de traslado de la reconvención, MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contestó, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo derecho de retención y como excepciones de fondo:

1. ALEGACIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN.

Lo fundamenta en que, como agente comercial de COMCEL, tiene el derecho de retención que le asigna el artículo 1326 CCO, el que le permitió retener las sumas de dinero y los demás valores propiedad de COMCEL que tenía en su poder a la terminación del contrato y por tanto, hasta que COMCEL no le pague el valor de las indemnizaciones correspondientes, v. gr. las sumas dinerarias que le deberán ser impuestas en este caso, conservará el derecho de retención que le asiste, como lo establecen expresamente los artículos 1326 CCO y 310 CGP.

Es por ello que, al ser el derecho de retención una autorización legal de retardo, no habría lugar a reclamar, ni la cláusula penal, ni la indemnización moratoria; en efecto, la autorización legal de retardo impide la constitución en mora.

2. EXCEPCIÓN DE MÉRITO - COMPENSACIÓN.

Precisa que si en gracia de discusión se aceptara que MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA no podía ejercer el derecho de retención, se deben tener compensadas las obligaciones, pues COMCEL le adeuda a MULTINEGOCIOS la prestación mercantil, las comisiones causadas y no pagadas durante las últimas semanas de ejecución contractual, dándose entonces que estos saldos se habrían extinguido mediante la compensación (Art. 1625-5 CC).

Por ello, arguye que en ausencia de un incumplimiento, no habría lugar a reclamar, ni la cláusula penal ni una indemnización.

3. EXCEPCIÓN DE MÉRITO - EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Aduce que no está en mora, toda vez que, durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, COMCEL no liquidó ni le pagó las comisiones que se causaron durante tal tiempo, por lo que, dice, COMCEL no cumplió con las obligaciones contractuales pactadas que se hicieron exigibles previamente a que MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA decidiera ejercer su derecho de retención.

Resalta que según lo ordena el artículo 1324 CCo, al momento de la culminación contractual, COMCEL ha debido pagarle la denominada prestación mercantil y no lo hizo; por lo que con fundamento en el artículo 1609 del código civil, aquella sociedad no está en mora hasta tanto COMCEL no cumpla por su parte con la obligación de pagarle la prestación mercantil y las comisiones que se causaron durante las últimas semanas de ejecución del contrato.

4. CLÁUSULA PENAL ENORME & PROHIBICIÓN DE USURA:

Deja de presente que cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella (Art. 867 CCO), por tal motivo, la cláusula penal que COMCEL podría legalmente reclamar, en ningún caso, puede ser superior al monto de las obligación incumplida, esto sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65 de la ley 45 de 1990, de acuerdo con el que en las obligaciones mercantiles de carácter dinerario, toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria, se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación; así las cosas, los intereses moratorios más la cláusula penal que COMCEL puede legítimamente reclamar, no pueden, al ser sumados, superar los límites legales de la usura.

5. EXCEPCIÓN DE MÉRITO. LA GENÉRICA.

Cualquier otro hecho que resulte probado en el presente proceso y que constituya una excepción de mérito, deberá ser reconocido por este despacho.

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.

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, 54 y 55 del código General del Proceso.

Por lo que atañe al presupuesto demanda en forma, se verifica la satisfacción de las exigencias de los artículos 82 a 90 y subsiguientes del código procesal en cita, es decir, se ha respetado el debido proceso exigido en el artículo 29 superior.

Problemas jurídicos planteados:

Los que en este caso se plantean, es si el contrato suscrito en setiembre 23 de 2010 entre las partes trenzadas en esta disputa, es de adhesión porque los redactó en su totalidad la demandada y en realidad corresponde 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 durante el desarrollo de la ejecución contractual, Comcel ejerció posición dominante en tal relación comercial, e impuso a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA estipulaciones y condiciones que le resultaron gravosas a ésta y tuvieron como consecuencia la reducción del valor de las comisiones a que MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA tenía derecho.

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

MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA renunció o no a la prestación mercantil consagrada en el artículo 1324 del código de Comercio; si hay lugar a declarar la nulidad absoluta, 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; si la demandada es civilmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante y si respecto de los dineros retenidos por la demandada, son compensatorios, y se debe ordenar devolverlos o son causal para decretar el incumplimiento contractual por parte de Multinegocios para con Comcel, conforme a la demanda en reconvención.

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 manifiesta 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 setiembre 23 de 2010, cumple con las exigencias generales para ser considerado de ese linaje comercial.

Para los efectos anotados, debe acotarse que durante las últimas décadas, el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones en nuestro país, está conformado por empresas dedicadas a comercializar, producir y desarrollar actividades relacionadas con los subsectores de servicios telefónico, trasmisión 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 a algunas pocas, por ende, en el país solo se encuentran autorizados para operar en ese campo, 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 diaria cotidianidad; 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 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 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 antes, en razón de las necesidades surgidas por el auge de la vida comercial, el derecho ha regulado las actividades de intermediación, las que han dado origen a nuevas modalidades contractuales, cual acontece con la PREPOSICION, 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, ejecutar 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 a 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 que 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 aquél, derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancía; la AGENCIA COMERCIAL, en el que un comerciante, asume bajo remuneración, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, en forma independiente y estable, 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, está el de DISTRIBUCION, el que, a pesar de no estar regulado legalmente, doctrina y jurisprudencia lo definen como el que otorga al distribuidor el derecho a 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 impropia mente comisión, y más acertadamente, 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) intuito 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, siendo costumbre mercantil en esta clase de contratos, pactar exclusividad en favor del distribuidor.

Lo anterior permite establecer que el contrato de distribución es atípico, de común aplicación por algunos empresarios en Colombia, con una función económica autónoma en apariencia y 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, *“...es un contrato en el 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 en ese caso, 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 actos 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 quienes 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 éste, 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 t3pico, la corte Suprema de Justicia, sala civil, en sentencias de marzo 7 de 1952 y mayo 17 de 1976, ha se1alado que puede haber una especie de simulaci3n, si el mandante se oculta y hace que el mandatario se presente a contratar con terceros, pero esa simulaci3n se realiza en el mandato, no en el contrato que el mandatario celebra en su propio nombre, de ah3, 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.

Conversi3n de nulidad en contrato diferente. Art3culo 904 del c3digo de Comercio.

No es desconocido que en Colombia existe un sistema econ3mico basado en la iniciativa privada y por ello, el contrato se instituye en el instrumento esencial para satisfacer intereses patrimoniales a trav3s de la venta de bienes y servicios. El ejercicio de la autonom3a de los contratantes establece si para tal efecto, se sigue un tipo contractual preexistente o, por el contrario, se dise1a otro capaz de cumplir sus perspectivas negociales.

En todo caso, la creaci3n, mutaci3n o el decaimiento de dichas relaciones a trav3s del negocio jur3dico, se sujetar3 al seguimiento de las reglas propias del contrato celebrado, bien sea t3pico o at3pico, y de los imperativos de correcci3n contenidos en la ley, pues de lo contrario, surgir3n anomal3as llamadas a afectar su formaci3n, desarrollo o ejecuci3n. Frente a este listado de anomal3as contractuales, el ordenamiento jur3dico tiene previstas entre otras herramientas, la inexistencia, nulidad, resoluci3n, simulaci3n, inoponibilidad, rescisi3n por lesi3n, modificaci3n o terminaci3n judicial del contrato por onerosidad acaecida.

En el sub examine, como la demandante alega que en desarrollo de su actividad, lo pactado no corresponde a un contrato de distribuci3n, la labor del despacho se centrar3 en escudri1ar no solo lo que los extremos contractuales pactaron, sino la forma como ejecutaron los contratos en la pr3ctica, en aras de auscultar el contrato realidad, como la eventual privaci3n de efectos, y confrontar si hubo o no transgresi3n a lo consagrado en el art3culo 1618 del c3digo Civil, que ordena indagar la intenci3n de los contratantes m3s all3 de lo literal de las palabras empleadas en el acuerdo.

Al efecto, recordemos que seg3n el art3culo 899 del estatuto comercial, el negocio jur3dico ser3 nulo cuando: a) "contrar3a una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa"; b) "tenga causa u objeto il3citos" y c) "se haya celebrado por persona absolutamente incapaz", de donde se extrae sin dificultad, que ninguno de esos supuestos normativos se configuran en este caso, dado que no est3 acreditado que los contratos de marras contrariaron norma del car3cter forzoso a que refiere el numeral primero del art3culo regulador de las nulidades de los contratos comerciales, m3xime, cuando sentado se tiene que el r3gimen de las nulidades, por implicar en el fondo la aplicaci3n de sanciones, es restrictivo, lo que de suyo apareja la prohibici3n de acudir a la analog3a para que se surtan sus efectos.

Para abordar lo atinente a la causa y el objeto, memoremos que seg3n lo prev3 el art3culo 1502 del c3digo Civil patrio, esos son dos de los requisitos que deben reunir los negocios jur3dicos para que se reputen v3lidamente celebrados, en la medida en que son objeto de declaraci3n de voluntad "una o m3s cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer", y a3n "el mero uso de la cosa o su tenencia" (Art. 1517 CC); en la misma l3nea, lo que debe auscultarse cuando se est3 verificando la satisfacci3n de ese presupuesto necesario en los contratos, es que el objeto de estos, a m3s de ser comerciales, existan para cuando se celebran los actos, o por lo menos, se espere que existan y que adem3s, est3n determinados por lo menos en cuanto a su g3nero 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, ser3 v3lida esa estipulaci3n 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 Ib)

Corolario a lo expuesto, como en este caso no se acredita que los apartes de los contratos cuya nulidad pide MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA se declare, contravengan al derecho público de la nación, o estén fuera del comercio, ni recaen 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 interviniente en 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 declararlas 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 contrato 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 MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA al demandar, ni COMCEL al reconvenir, sobre todo, si se tiene en cuenta que las circunstancias que narra la demandante inicial, como motivos para considerar lesivo el actuar de Comcel, o que éste le hiciera más onerosa su situación económica, y de contera, para haber pedido la terminación unilateral del contrato de marras, no constituyen circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, en la medida en que estaban previstas en los contratos que voluntariamente suscribió la actual demandante inicial y demandada en reconvención.

Ahora, véase que si bien es cierto, 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 artículo 899 y 900, amén de que, el caudal probatorio que nutre este expediente, lleva 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 actual debate, memorase 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 remisión 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 hayan dado al acuerdo de voluntades, **prevalece la intención de los contratantes.**

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 promocionar o explotar 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.*).

De lo anterior, se infiere que, no obstante la autonomía que emana del contrato de agencia, la característica mercantil intermediadora lo hace afin con otros contratos, 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 que 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.

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 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 código mercante patrio, cuyas disposiciones determinan el pago de unas “prestaciones” a favor del agente a su terminación, 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 haga el encargo, sea 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, si bien los dos primeros están presentes, no acaece así con el ateniendo al registro.

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 Multinegocios, 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 Multinegocios, más no hay pruebas de pagos ni de cobros por negocios iniciados por la demandante primigenia y que, frustrados después por culpa de Comcel, ésta le hubiere tenido que cancelar a Multinegocios 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 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

³ Salgado, E. (2016). *Critica 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>

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 los 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 código comercial colombiano, 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, no obstante la autonomía de que goza el contrato de agencia, la característica mercantil intermediadora lo hace afin con otros contratos, 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 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

⁴ Sentencia de Casación octubre 31 de 1.995

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 esa misma corte, en sentencia de diciembre 2 de 1.980, al indicar: *“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 corte Suprema en sentencia de 5 de junio de 2009:

“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 misma corte, 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, si la médula del acto jurídico celebrado entre proveedor y 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 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

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

⁶ Exp. 11001310303520000091600.

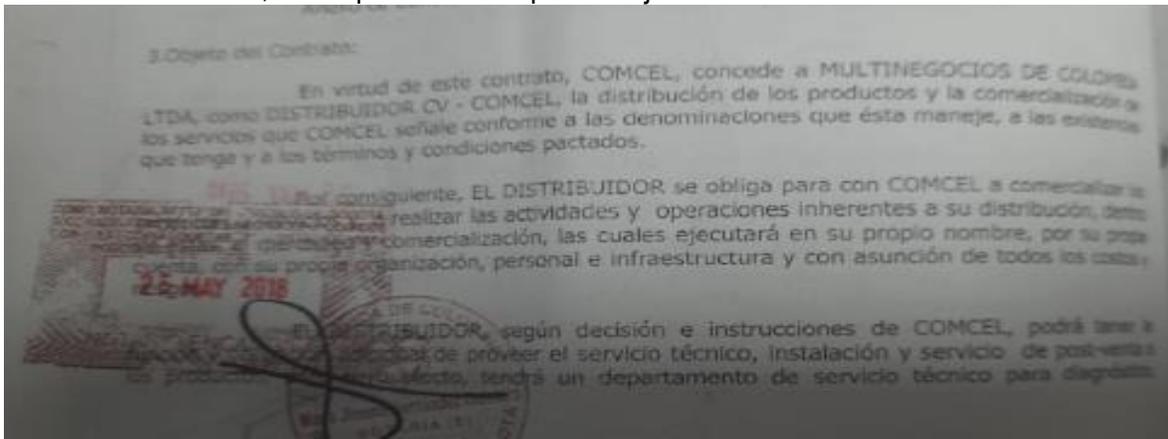
⁷ La cláusula de exclusividad a favor del proveedor o del beneficiario estaba expresamente permitida en el contrato de suministro, según los artículos 975 y 976 del Código de Comercio, vigentes para la época en que fue celebrado el primer contrato escrito entre las partes (23 de diciembre de 1991), los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

es para el distribuidor, y si es éste quien asume el riesgo de la operación, el contrato no podrá calificarse como un típico agenciamiento.

De los elementos de convicción obrantes dentro del plenario, se tiene que:

En el presente asunto, la acción ejercitada se concentra a obtener la declaratoria de que entre las partes en litigio, existió, no un contrato de distribución, sino de agencia comercial, y por tanto, se condene a COMCEL S.A a pagar a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, 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 septiembre 23 de 2010 visto a folios 29 a 56, 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 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”*

Acorde con esas estipulaciones, en principio MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, promovería en una zona específica del territorio nacional en 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 distribuidora 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 MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA la responsabilidad de:

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

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, COMCEL podrá a su entera elección:

También corrobora ese aspecto, el que a cláusulas 7.27 y 21, se le atribuyó a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA 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, lo que no probó Multinegocios, no hubiera ejecutado de esa manera y por ende, debe entenderse que así lo debió hacer, por tratarse de aspectos legales imperativos.

A cláusula 7.3, se comprometió a organizar su empresa y estructura física en forma idónea para comercializar los productos y servicios, mantener locales, oficinas, establecimientos, salones de exhibición, puntos de venta o espacios ...para asegurar la eficiencia e idoneidad de la comercialización y la calidad del servicio, tal como se denota a continuación:

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios; mantendrá locales, oficinas, establecimientos de comercio, instalaciones, salones de exhibición, puntos de ventas o espacios del tamaño, calidades, cantidades, especificaciones, características, tipo y por el término que a juicio de COMCEL sean convenientes o satisfactorios para propiciar la penetración, los volúmenes de ventas de los productos y de los servicios y para asegurar la eficiencia e idoneidad de la comercialización y la calidad del servicio.

EL DISTRIBUIDOR, observará estrictamente las instrucciones que se le impartan por COMCEL sobre las materias anteriores y a propósito de la uniformidad de la papelería, documentación, avisos, emblemas, rótulos, enseññas, programas o planes y publicidad, identificación de su personal y, en todo caso requerirá de la previa autorización escrita para tales efectos y en particular para la apertura de agencias o sucursales, puntos de ventas, locales, establecimientos comerciales, etc., o para trasladar cualquier parte de su negocio a un sitio o local distinto del autorizado. COMCEL, se reserva el derecho a autorizar estos aspectos.

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"*.

En las cláusulas 7.28, 17.4 y 18, MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA 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.

A cláusula 21 del contrato de marras, vemos que Multinegocios estipuló proporcionar los servicios objeto del contrato en forma personal o a través de personal especializado que como empresario y patrón llegare a ocupar con motivo de los servicios materia del contrato y de contar con los elementos propios y suficientes para cumplir con las obligaciones surgidas de esas relaciones laborales, de las que era el único responsable.

Además, debía mantener condiciones que le permitieran diagnosticar, programar e instalar, permanentemente, los productos que ofrecía (Anexo B No. 2); así como las referentes al

diagnóstico y programación de los equipos que suministrare para el desarrollo del contrato de 2010, de acuerdo con el que debía instalar y suministrar servicio técnico a los productos.

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 de los testimonios y declaraciones vertidos en la fase instructiva, que se crearon puntos en esta ciudad (*ver certificados de existencia y representación legal con sus establecimientos de comercio – todos en Bogotá*).

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

Sumado a lo anterior, véase que conforme lo indicado por el testigo Evelio Hernán Arévalo Duque en audiencia del pasado diciembre 13 de 2022, que más adelante se ampliará, a MULTINEGOCIOS tuvo la opción de hacer parte del nuevo grupo de agentes comerciales que dentro de la fusión con Telmex, se le ofreció a los distintos distribuidores que llevaban tiempo laborando con los productos de COMCEL, y pese a ello, no accedió a perfeccionar el nuevo modelo contractual ofrecido y decidió en su defecto, con posterioridad solicitar en forma unilateral, la terminación del contrato aquí discutido.

Todo ese análisis conglomerado de las pruebas vertidas al instructivo, bajo el tamiz de la sana crítica, permite concluir que MULTINEGOCIOS no dio muestras de que hubiere ejecutado un contrato distinto al que suscribió, pues solo a partir de mayo 16 de 2018, después que decidió culminar su relación contractual con COMCEL, fue que lo empezó a calificar como 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 (*en enero 27 de 2021*), presentándose como representante legal de Multinegocios, y bajo juramento, dijo que Multinegocios se quejó con Comcel 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 en 2008, el señor Gilberto Moreno, quien fue funcionario de los centros de pagos y servicios, trabajó SITEC SA y en representación de Multinegocios, entró en contacto con funcionarios de Comcel, para poder ser parte de la red de distribuidores y le hicieron constituir unas pólizas e hipoteca, que Comcel ofrecía capacitaciones para los que fueran agentes distribuidores, con quienes se suscribía un contrato proforma; después de esas reuniones y conversaciones entre Comcel y el señor Gilberto (qepd), 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, tal como se pactó y suscribió, pues este declarante describió la forma como se ejecutaba el contrato, en lo atinente a los planes pos pago, prepago, sim cards, las obligaciones de venta, pos venta que tenía Multinegocios, así como el derecho a la remuneración de ésta, sobre lo que puntualizó, que Comcel le pagó de acuerdo a lo que rezaba el contrato, y aunque también señaló que el contrato incorpora declaraciones que se apartan de las condiciones del contrato, lo cierto es que ello no constituye prueba fehaciente de que sobre esas discrepancias subjetivas, por

demás, se le hubieran elevado reclamaciones a Comcel durante la vida de la relación contractual, pues en voces de este declarante, "Gilberto Moreno firmó el contrato y nosotros le dijimos que tenía derecho a reclamar como agente comercial"..

Por su parte, **Andres Felipe Tamayo Caro**, como representante legal judicial de COMCEL indica que respecto este contrato, sabe que se suscribió en 2010 con un plan de voz, datos y Black Berry y que se dio por terminado en 2018; que había entre 200 y 300 distribuidores; que a pesar de que la cláusula 4 se incluyó para todos los distribuidores, no tenía conocimiento de reclamaciones en torno a esa estipulación; igualmente, atestó que aun cuando eran diferentes los agentes y los distribuidores, cuando hubo la fusión con Telmex, la compañía migró la información de todos distribuidores, a los que se les dio a conocer que habrían cambios para el modelo contractual, pero unos aceptaron y otros no.

En lo que hace a las pruebas testimoniales, resulta relevante resaltar lo siguiente:

En audiencia de abril 28 de 2021, **Juan Carlos Villescás Cuervo**, como gerente de Marketing de Comcel (empleado desde 2007) resalta que no tiene conocimiento sobre este asunto; en cuanto a sus actividades funcionales, precisa que se encarga de materializar las políticas establecidas, las campañas que genera la compañía en cada uno de los diferentes productos que vende a los clientes, además de hacer todo el plan de medios, que se le dicen a los medios masivos, televisión, radio, revistas en medios impresos, como también la organización de actividades BTL, muchos de estos, son ofrecidos por los distribuidores a los que ellos le dan parámetros para el uso de las campañas (por Comcel), los parámetros de uso de marca, también dan unas opciones de esas diferentes actividades, como perifoneo, volanteo, modelos, uniformes, apoyos creativos, todo eso que ellos utilizan para llevar clientes a su punto de vez de venta y el distribuidor las ejecuta; 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, pues el declarante siempre se refiere a la demandada como distribuidor.

En la misma audiencia, **Andrés Francisco Martínez Florido** gerente de comisiones de Comcel desde diciembre de 2015 (*empleado de Comcel desde 2004*), relató que, desde su cargo actual, le pagó a Multiservicios la comisiones, liquidaciones e incentivos, antes de aquella data no tenía conocimiento sobre los distribuidores; precisa, además los pormenores de las ventas de los distintos servicios y portafolios ofrecidos por Comcel.

Resalta que durante el término que tuvo relación con la demandante, no existió reclamación alguna; en cuanto a los cambios de pagos en las comisiones, precisó que varían dependiendo del mercado, sumado a que ello está autorizado y siempre se informa a los distribuidores, sobre los que indicó, que en su momento existían aproximadamente 250, que disminuyeron en 2018 y hoy en día ya no existen, pues aquellos pasaron a ser agentes, pero que él solo manejaba el área de distribuidores.

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 en 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; y todo ello, lo que permite comprobar, es que estas vías también las tenía dispuestas Comcel para recibir, atender, canalizar y resolver las inconformidades que Multiservicios 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.

Marco Édison Forero Castro, como empleado de Comcel desde 1996, resalta frente a la aquí demandada, que tuvo relación con ella exclusivamente cuando le enviaba correos de penalizaciones, las que equivalen a fallas en los procesos de ventas, como “fraudes” con los números de cedula de los clientes, tratados como tachones, enmendaduras, huellas sobrepuestas, una falsedad integral o parcial; lo anterior, al ser un contrato físico que el distribuidor hacia llenar; penalizaciones aún se aplican, pues tiene entendido que a los que ahora tienen el trámite de distribución, es decir a los agentes comerciales, se les realizan procesos de penalización, testimonio del que no se extrae que el contrato objeto de esta acción, sea distinto al de distribución, pues siempre lo reconoce de tal manera.

Por su parte en audiencia de agosto 2 de 2021, **Mauricio Acevedo Arias** (temas tributarios desde 1995 con Comcel), como gerente de impuestos de Comcel, expone que se encarga de los asuntos tributarios de Comcel y en su momento de sus distribuidores, referenciando como liquidan las comisiones (con rete iva y rete fuente) y como se hacen dichos aportes ante la DIAN; precisa sobre la fusión con Telmex, que estuvo en todos los aspectos fiscales, existiendo contratos de agencia y de distribución.

En la misma audiencia, los señores, **Alejandro Enrique Beltrán González, María del Pilar Suárez García y Oscar Arturo Rodríguez Rodríguez** como coordinador de recaudo de la dirección de operaciones, trabajadora de Universidad claro y gerente de reportes de claro, en su orden, resaltaron que, desde el marco de sus competencias, saben que el contrato que aquí es objeto de disputa, es de distribución y no de agencia comercial, resaltando que, sobre las distintas operaciones contractuales, Comcel asume los riesgos operativos, es decir, la calidad técnica y operativa de las redes, las antenas, los teléfonos, etcétera.

Precisan que, dentro de los contratos de distribución, no se había pactado retención de dineros alguna, por lo que aquí no era procedente tal actuar, y aunque resaltan las labores generales de funciones, como se aplican al caso en concreto, lo cierto es que para lo que es objeto de esta disputa, no aportan mucho sus declaraciones pues en general afirmaron desconocer las condiciones del contrato, amén de que de sus versiones, no se extraen elementos que objetivamente motiven a entender que Multiservicios hubiere ejecutado un contrato diferente al de distribución.

En cuanto al testimonio del señor **Evelio Hernán Arévalo Duque** (audiencia de diciembre 13 de 2022), como abogado de Comcel desde mayo de 2014, no ha tenido relación directa con Multinegocios, aun así, relata que con la demandante hubo tres contratos que no eran de agencia sino de distribución, que se ejecutaron por 8 años, hasta mayo de 2018 y en ese término se suscribieron otro si y otros documentos, respecto de los que nunca hubo reclamación alguna, pero que sí hubo retención de dineros a su terminación; agrega que en 2018 se modificó el modelo contractual, al de agencia comercial, dada la fusión con Telmex y pese a que ello se le ofreció a Multinegocios, esta no lo acogió. De la misma forma, atestó que en desarrollo de esos contratos, el distribuidor compraba el producto para la reventa a su propio costo, riesgo y con su propia infraestructura; que en postpago, al distribuidor se le entregaba el modelo de consignación de los productos y pasados 45 días, se facturaba el valor de los equipos al distribuidor y en síntesis, describió la forma como se ejecutaron esos contratos en la praxis y durante su vigencia, lo que, debe acotarse, se ajustaba a lo plasmado en los contratos.

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 MULTINEGOCIOS, 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 Multinegocios, en vista de que lo que hizo fue acudir a presentar esta demanda, lo que lleva a confirmar que Multinegocios no aceptó esa propuesta de Comcel, pese a que si se lo ofrecieron.

Todo ese análisis conglomerado de las pruebas vertidas al instructivo, bajo el tamiz de la sana crítica, permite concluir que MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA no dio muestras de que hubiere ejecutado un contrato distinto al que se suscribió, pues solo cuando en mayo de 2018 decidió culminar su relación contractual con COMCEL, fue que lo empezó a calificar de agencia (previa asesoría legal reconocida en interrogatorios).

Otro aspecto que llama la atención del despacho es que, escudriñados todos los documentos aportados por los extremos procesales (el contrato con sus anexos de la A al G y otros sis, contrato de transacción y compensación de cuentas y carta de terminación de contrato), en ninguno se denomina MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA como agente comercial; adicional a ello, véase que hasta el último momento de su relación contractual con COMCEL, MULTINEGOCIOS no se denominó como agente comercial, tal como se denota a continuación por lo que no existe documento que indique que antes de mayo de 2018 su relación comercial fuera más que la de distribución:

ASUNTO. Terminación de la relación jurídica patrimonial de VOZ. MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA (CONEXIMÓVIL).

MÓNICA MARCELA REY MONTOYA, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 52.957.973 actuando en mi condición de representante legal de la sociedad MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA (CONEXIMÓVIL), sociedad comercial domiciliada en Bogotá D.C., identificada tributariamente con el NIT 900.243.439-7, por medio del presente escrito, y en relación con la siguiente relación jurídica patrimonial, me permito manifestar:

RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL	VOZ
ZONA	ORIENTE
FECHA DE SUSCRIPCIÓN	Septiembre 23 de 2010

Esta relación jurídica patrimonial se denominará en adelante el CONTRATO.

OPERADOR CONTRATANTE	EN ADELANTE DENOMINADO
COMCEL S.A.	COMCEL
AGENTE/DISTRIBUIDOR	EN ADELANTE DENOMINADO
MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA	EL DISTRIBUIDOR

MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA.
 Centro de Negocios Av. Colón Calle 13 No. 15-61
 Piso 3 Oficina Adelphiethos Phf. 747 02 31 Ext. 2014

A posición 11 de la USB que contiene los anexos de esta demanda, aparece la información sobre cartas y comisiones a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA que, según el contrato y otros si, debía pagarle Comcel como distribuidor, lo que no muta las condiciones ni 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 confirmado con las declaraciones de sus empleados, que en muchas ocasiones hizo reducción de las comisiones, pero todo conforme a las disposiciones contractuales que así lo autorizaba, sumado al cambio del mercado,

modificaciones que eran en general para su red de distribuidores, no exclusivamente para Multinegocios.

A su vez, obran en USB 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 los 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 MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA el contrato de marras, es que era un DISTRIBUIDOR, tal como se estipuló en los textos del acto negocial y otros si, 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, amén de que en esa calidad y condiciones contractuales, mientras obtuvo ganancias y beneficios, consideró que todo estuvo bien y solo al final, 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 pregona 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 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 MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA se quejó con COMCEL en el año 2018, cuando se terminó el contrato.**

Se resalta además de los testimonios rendidos por los empleados de las partes, que en lo que les consta e interesa para definir este asunto, sobre el vínculo contractual sostenido por MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA y COMCEL SA, se desempeñaban labores por parte de Multinegocios de venta de productos autorizados por Comcel, tales como sim cards, teléfonos, planes, recargas, kids, 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 actora a efectos de cumplir con las ventas exigidas contractualmente, pero siempre reconociendo cada uno de ellos a Multinegocios como DISTRIBUIDOR, mas no como AGENTE COMERCIAL.

Se extrae además de uno 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 no precisamente porque no se le haya incluido dentro de ese grupo al que se le ofreció el nuevo contrato, razón por la que no se puede válidamente entender que se trataba de un contrato diverso al pactado y ejecutado durante toda su vigencia.

Además, se resalta que, si bien es cierto se hicieron en el trascurso del contrato reducciones en los valores a pagar por conceptos de comisiones a Multinegocios, ello obedeció a las oscilaciones que pudieran sufrir los precios de los productos que promovía, y que tales 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 – ver actas con las que se cerraban las diferencias surgidas en el año.-.

Todo lo anterior, lo que nos permite tener por demostrado, es que la denominación de distribuidor que se le dio a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA en el contrato objeto de la presente controversia, no solo la asumió para ejecutarlo, sino que además así todo su círculo lo reconoce; 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 si bien Comcel SA elaboró y redactó el contrato base de la presente acción, lo que no puede afirmarse es que forzó a Multinegocios 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 firmarlo, pues no demostró de que hubiera mediado fuerza como vicio de su voluntad para tal fin.

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

i) La independencia de la actividad del agente: véase que en este evento, las pruebas dicen que MULTINEGOCIOS, se constituyó formalmente en SEPTIEMBRE 9 DE 2008, varios años anteriores a suscribirse el contrato objeto de esta acción, 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, y sobre el punto, al analizar el caudal probatorio, vemos que aun cuando Multinegocios promocionó y concluyó negocios en serie y sucesivos en el campo de la telefonía móvil, relación comercial que perduró de 2010 a 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 MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, 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 su momento en el genitor, Multinegocios 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 propios, y que además, en cada una de las promociones no solo estaba el logo de COMCEL sino también la marca de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA 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 obliga 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 productor 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, Comcel SA, le reconoció a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA 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 en 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 MULTINEGOCIOS, 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 MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, le reportaban 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 lo 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

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

modalidad de mandato; y en este caso queda descartado que ello hubiere acaecido porque las 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, lo que de contera, impide acceder a las pretensiones encaminadas a declarar la presencia de las antinomias referidas por la parte demandante inicial, dado que ello solo fuese viable, de haber encontrado demostrado fehacientemente, que el contrato realmente era diverso del que se pactó, suscribió y ejecutó, lo que, se itera, aquí no acaeció.

En tal orden de ideas, deben declararse prósperas las excepciones que llamó la demandada inicial *“AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE. // INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO. // V. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”*, puesto que el análisis conglomerado 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, aun cuando se 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 al de distribución, y como segunda medida, en razón a que no se demostró que el contrato se hubiera intentado siquiera, inscribir en la cámara de Comercio, o que Multinegocios hubiera requerido o pedido a Comcel que ese acto se registrara y en tercer término, dado que el 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, a su vez, existía 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 MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA 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, le pretendía dar 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 su elaboración, exámenes 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.

Acorde con lo que viene de analizarse, fuerza concluir que tiene razón la empresa demandada cuando alega que al presentar esta acción, Multinegocios 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 VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET, porque acceder a las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, traduciría en desconocer el principio de la buena fe que según lo prevé el artículo 871 del código de Comercio, debe irrigar 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.

Por lo últimamente iterado, se deben negar las pretensiones finales, puesto que se enarbolan partiendo de la base fáctica de que la parte que deshonró el contrato fue Comcel, lo que resulta anti evidente de cara al análisis probatorio efectuado a lo largo de este proveído.

SOLUCION SOBRE LA RECONVENCION

Ahora, incursionando en las pretensiones de la reconvención que acá planteó Comcel, ya quedó demostrado y fue confirmado por cada uno de los interrogados y testigos, que al finalizar la relación contractual, Multinegocios retuvo dineros que correspondían a la relación y ventas diarias de los productos contratados a Comcel, con lo que queda plenamente comprobado su incumplimiento a lo estipulado a cláusula 7.33 del contrato de distribución de voz, conforme al que Multinegocios, se obligó a mantener permanentemente al día su cartera con COMCEL.

Dentro de las obligaciones adquiridas en virtud de dichos contratos, se encontraba aquella en la que Multinegocios asumió una prestación de resultado consistente en alcanzar un número mínimo de activaciones netas, entendiendo por tales, las activaciones brutas realizadas por

Comcel y obtenidas por el distribuidor, menos las desactivaciones que se produzcan, pero Multinegocios no cumplió el número mínimo de activaciones netas a que se había obligado en virtud de tales contratos.

El análisis y las conclusiones plasmadas al estudiar las pretensiones y excepciones de la demanda principal, permiten acceder a las pretensiones de declarar que Multinegocios incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel.

Y a consecuencia de la prosperidad de tales pretensiones, se debe condenar a la demandante a pagar a Comcel, a título de perjuicios, suma equivalente a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, porque así se pactó entre las partes a título de cláusula penal en el contrato de distribución de voz, suma que debe pagar debidamente indexada, para lo cual la equivalencia en salarios, será la que esté vigente para la fecha en que el pago se haga, el que a su vez, debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, so pena de que sobre el monto resultante, se causen intereses de mora a la tasa legal del 6% anual.

Lo anterior, porque si bien Multinegocios formuló como excepciones de mérito contra la reconvencción, las que llamó COMPENSACION, véase que sobre ella no se evidencia prosperidad alguna, pues se pide en reconvencción la devolución de los saldos retenidos, y como quiera ellos se retuvieron, aplica la sanción penal que por común acuerdo se estipuló inter partes.

Además, se esfuman las opciones de éxito de la defensa de mérito que MULTINEGOCIOS nominó CONTRATO NO CUMPLIDO (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS ART. 1609 C.C.), pues véase, que el supuesto normativo ínsito en el artículo 1609 invocado en esta defensa, es viable para pautar la presencia o no de la mora en los contratos bilaterales, de forma tal que solo puede salir avante cuando se propone por aquél de los contratantes que cumplió o se allanó a cumplir sus obligaciones convenidas en el acto de que se trate, en la forma y tiempo debidos, lo que a todas luces no se puede pregonar en este caso en lo que respecta a Multinegocios.

Acerca de la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ENORME, recuérdese que en términos del artículo 1601 del código civil, *“Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.”*, y que acorde con ello, el juez tiene el deber de moderarla cuando apareciere enorme atendiendo las circunstancias, pero lo que no puede soslayarse, es que esa regla general sobre el tema, tiene como excepción, entre otras el que se trate de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, siendo esta última circunstancia la que rodea el caso concreto, dado que de solo otear los contratos en sus literalidades y la aplicación práctica que le dieron las partes, se verifica que en los mismos no se estableció cuantía, lo que descarta la posibilidad de considerar enorme” la cláusula penal pactada, eso en primer lugar, porque de allí deriva que no pueda el juez moderarla sumado a que ese fue el querer de las partes.

Por último, acerca de la EXCEPCION GENERICA, permitida por el artículo 282 del CGP, el condicionamiento que esa norma establece para declararla es que se encuentren probados hechos que así lo permitan, lo que en este caso no se satisface.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUEZ VEINTITRES 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 "AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE. // INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO. // INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y // VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET", propuestas por Comcel contra las pretensiones enarboladas por **MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA.**

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de **MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA** contra **COMUNICACION CELULAR SA**, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en contratos suscrito en SETIEMBRE 23 DE 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

TERCERO: DECLARAR imprósperas las excepciones de **MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA** contra la demanda de reconvencción que le planteó **COMCEL S.A.**, y que llamó **COMPENSACION, CONTRATO NO CUMPLIDO, CLAUSULA PENAL ENORME & PROHIBICION DE USURAY GENERICA.**

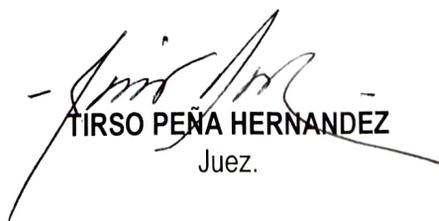
CUARTO: DECLARAR que **MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA** incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel por las razones expuestas atrás.

QUINTO: A consecuencia de la prosperidad de tales pretensiones, se **CONDENA** a **MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA** a pagar a Comcel, a título de perjuicios, la suma equivalente a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, porque así se pactó entre las partes a título de cláusula penal en el contrato de distribución de voz.

SEXTO: La anterior suma debe pagarla **MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA** debidamente indexada, para lo cual la equivalencia en salarios será la que esté vigente para la fecha en que el pago se haga, el que a su vez, debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, so pena de que sobre el monto resultante, se causen intereses de mora a la tasa legal del 6% anual desde el día decimoprimerero.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a **MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA.** Al liquidarlas, ténganse como agencias en derecho \$18'000.000 M/Cte.

NOTIFIQUESE,


TIRSO PEÑA HERNANDEZ
Juez.

