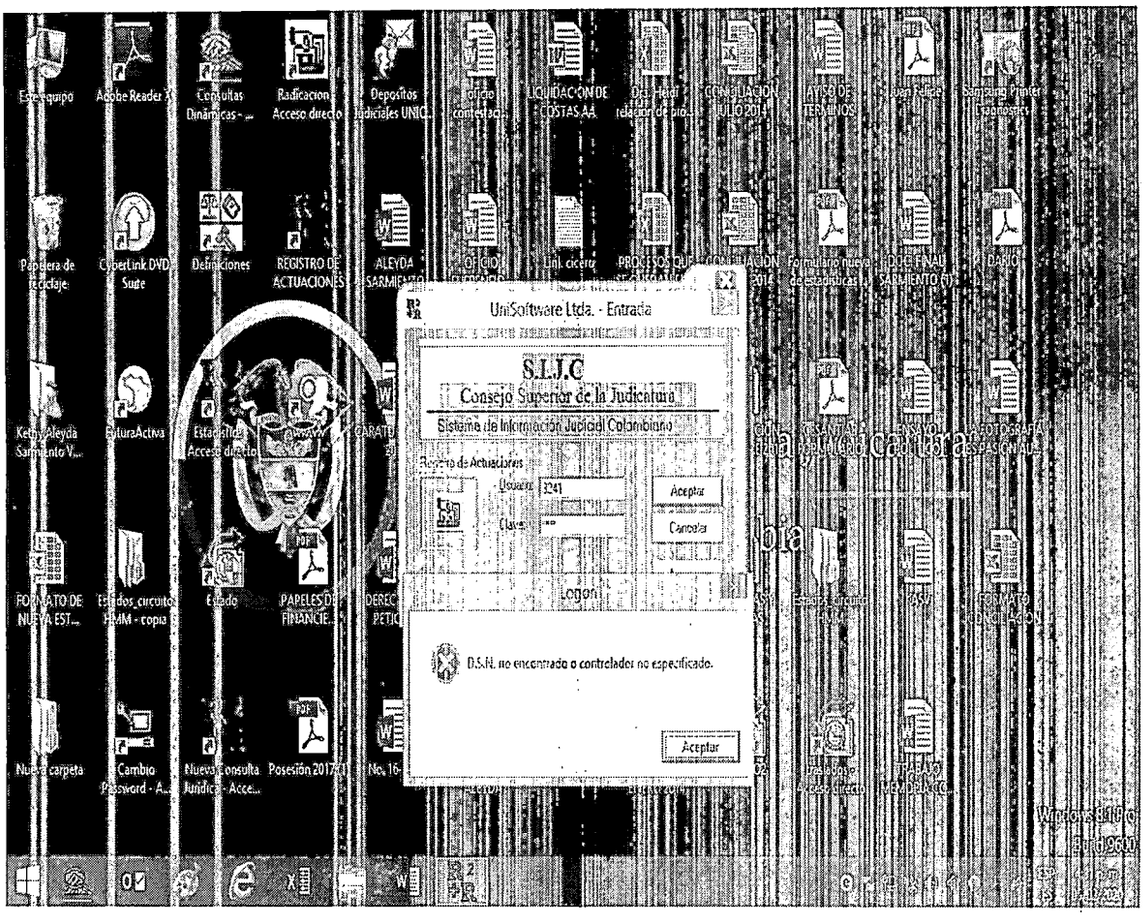
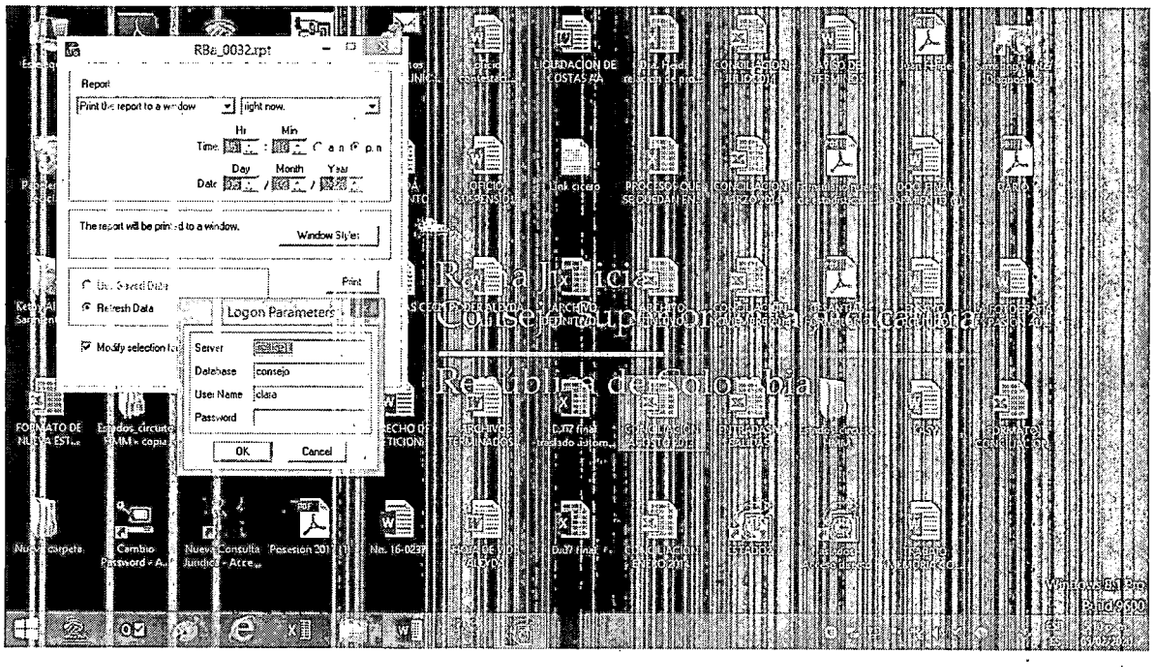




Se deja constancia que no se puede fijar el estado de fecha 6 de febrero de 2020 por problemas del sistema, se llamó a la mesa de ayuda y se está en la espera que solucionen el problema.

La secretaria,

KETHY ALEYDA SARMIENTO VELANDIA

PRUEBA DOCUMENTAL # 1

EY

Building a better working world

Señores
Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A.
Bogotá, D.C.

He auditado, de acuerdo con las normas de auditoría aplicables según el Decreto 2420 de 2015 y modificatorios, los estados financieros separados al 31 de diciembre de 2018, no incluidos aquí, de Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A., identificada con NIT 800.153.993-7. Así mismo, he desarrollado los procedimientos necesarios para cumplir con mis funciones como Revisor Fiscal.

Los registros contables al 31 de diciembre de 2018, de la cuenta por pagar 2103031001 "Distribuidores", que hacen parte de dichos estados financieros, incluye transacciones con Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S., NIT 900.025.598-5, por concepto de "Pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones" por $5,800,449,845.

Adicionalmente, la cuenta por cobrar 1102031001 "Distribuidores", incluye saldos con el tercero anteriormente mencionado por $780,777,955.

La información financiera y contable es responsabilidad de la Gerencia de la Compañía.

No estoy enterado de situaciones que impliquen cambios significativos a la información antes mencionada.

Esta certificación se expide a solicitud de la Gerencia de la Compañía.

Edwin René Vargas Salgado
Revisor Fiscal
Tarjeta Profesional 80050-T
Designado por Ernst & Young Audit S.A.S., TR-530

Bogotá, D.C.
18 de septiembre de 2019
C 171

PRUEBA DOCUMENTAL # 2

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E.N. PROP.)

#24698 80 254

CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre ***HILDA MARIA PARDO****, como representante legal de* ***COMCEL S.A.*** *y* ***CALOS ALFREDO SALCEDO*** *en calidad de representante legal de* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C*** *.en adelante EL DISTRIBUIDOR, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra contrato de transacción que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas, previas las siguientes,*

CONSIDERACIONES

1.- Entre las partes se celebraron los siguientes Contratos de Distribución en las siguientes fechas:

1.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

1.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

1.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

2.- Actualmente los únicos Contratos de Distribución vigentes son los siguientes:

2.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

2.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

2.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

3.- En dichos contratos se estipuló que la labor del Distribuidor sería remunerada únicamente con las sumas de dinero que se pagarían por los siguientes conceptos:

a) En cuanto a los servicios postpago: comisiones por activación y por residual.

b) En cuanto a los servicios prepago: bonificación por legalización oportuna de documentos de venta de Kits Prepago.

4.- Entre las partes se han presentado discrepancias acerca de la causación y monto de las prestaciones, comisiones y bonificaciones que se mencionan en el numeral

anterior, y que, según los siguientes Contratos Se encuentran a cargo de COMCEL y favor del Distribuidor, con corte a ***30 de Junio de 2013***:

4.1 *El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

4.2 *El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

4.3 *El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

5.- En vista de las diferencias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes, efectuando el cruce de cuentas correspondiente, y haciéndose recíprocas concesiones, llegaron al acuerdo que aquí se plasma, respecto de las sumas definitivas que COMCEL debe al Distribuidor.

En virtud de lo anterior, las partes

03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (EN PROP.)

ACUERDAN

1.-Que transigen en forma definitiva todas las diferencias y controversias, anteriores, actuales y futuras, relativas a las sumas de dinero que por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el día a ***30 de Junio de 2013****, según los términos estipulados en los Contratos de Distribución vigentes entre las partes. En consecuencia, las partes se otorgan mutuamente un paz y salvo firme y definitivo por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el día* ***30 de Junio de 2013.***

Lo anterior no incluye las sumas de dinero a que eventualmente tenga derecho COMCEL por concepto de fraudes, inconsistencias documentales y penalizaciones que se causen con posterioridad a la celebración del presente acuerdo.

2.- Que las anteriores diferencias y controversias son transigidas en la suma de ***$0,*** *la que el Distribuidor declara recibida a satisfacción de parte de COMCEL. Por lo tanto, los derechos descritos en el numeral 1º de este aparte, a favor del Distribuidor, se declaran extintos.*

3.- El Distribuidor reconoce que, en virtud de lo dispuesto en la cláusula denominada Conciliación, compensación, deducción y descuentos de los siguientes Contratos de Distribución:

82
256

3.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

3.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

3.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

dentro de todos los valores recibidos por el distribuidor durante la ejecución de estos contratos, incluyendo el monto mencionado en el numeral anterior, COMCEL le ha hecho entrega anticipada de una suma equivalente al 20% de los mismos, la cual debe imputarse a toda deuda que por concepto de cualquier prestación, obligación o indemnización se llegare a encontrar a cargo de COMCEL y a favor del Distribuidor, inclusive, con ocasión de la terminación del contrato; con lo cual, dicha deuda se extinguiría hasta el monto equivalente a esas sumas de dinero que anticipadamente se han entregado al Distribuidor.

4.- Que el presente contrato de transacción, el cual se ha celebrado en los términos del artículo 2469 y siguientes del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamación judicial o extrajudicial sobre el objeto comprendido en el mismo, otorgándose las partes de forma recíproca un paz y salvo definitivo por los conceptos descritos en el numeral 1º de este aparte.

5.- Que renuncian expresamente a la acción resolutoria del presente contrato de transacción.

Celebrado en Bogotá D.C. a los 01 días del mes de 09 del año2014

Por COMCEL S.A. Por SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C

HILDA MARIA PARDO — ***Representante legal***

CARLOS ALFREDO SALCEDO — ***Representante legal***

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (EN PROP.)

PRUEBA DOCUMENTAL # 3

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E.P.)

CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

*Entre **HILDA MARIA PARDO**, como representante legal de **COMCEL S.A.** y **CALOS ALFREDO SALCEDO** en calidad de representante legal de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C** .en adelante EL DISTRIBUIDOR, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra contrato de transacción que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas, previas las siguientes,*

CONSIDERACIONES

1.- Entre las partes se celebraron los siguientes Contratos de Distribución en las siguientes fechas:

*1.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

*1.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

*1.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

2.- Actualmente los únicos Contratos de Distribución vigentes son los siguientes:

*2.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

*2.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

*2.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .**, suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

3.- En dichos contratos se estipuló que la labor del Distribuidor sería remunerada únicamente con las sumas de dinero que se pagarían por los siguientes conceptos:

a) En cuanto a los servicios postpago: comisiones por activación y por residual.

b) En cuanto a los servicios prepago: bonificación por legalización oportuna de documentos de venta de Kits Prepago.

4.- Entre las partes se han presentado discrepancias acerca de la causación y monto de las prestaciones, comisiones y bonificaciones que se mencionan en el numeral

anterior, y que, según los siguientes Contratos Se encuentran a cargo de COMCEL y favor del Distribuidor, con corte a ***31 de Diciembre de 2012*****:**

4.1 *El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

4.2 *El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

4.3 *El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

5.- En vista de las diferencias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes, efectuando el cruce de cuentas correspondiente, y haciéndose recíprocas concesiones, llegaron al acuerdo que aquí se plasma, respecto de las sumas definitivas que COMCEL debe al Distribuidor.

En virtud de lo anterior, las partes

Original
Bogotá, D.C.
05 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E.P.)

ACUERDAN

1.-Que transigen en forma definitiva todas las diferencias y controversias, anteriores, actuales y futuras, relativas a las sumas de dinero que por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el día a ***31 de Diciembre de 2012****, según los términos estipulados en los Contratos de Distribución vigentes entre las partes. En consecuencia, las partes se otorgan mutuamente un paz y salvo firme y definitivo por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el día* ***31 de Diciembre de 2012.***

Lo anterior no incluye las sumas de dinero a que eventualmente tenga derecho COMCEL por concepto de fraudes, inconsistencias documentales y penalizaciones que se causen con posterioridad a la celebración del presente acuerdo.

2.- Que las anteriores diferencias y controversias son transigidas en la suma de ***$0****, la que el Distribuidor declara recibida a satisfacción de parte de COMCEL. Por lo tanto, los derechos descritos en el numeral 1° de este aparte, a favor del Distribuidor, se declaran extintos.*

3.- El Distribuidor reconoce que, en virtud de lo dispuesto en la cláusula denominada Conciliación, compensación, deducción y descuentos de los siguientes Contratos de Distribución:

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (EN PROP.)

85
260

3.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

3.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

3.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

dentro de todos los valores recibidos por el distribuidor durante la ejecución de estos contratos, incluyendo el monto mencionado en el numeral anterior, COMCEL le ha hecho entrega anticipada de una suma equivalente al 20% de los mismos, la cual debe imputarse a toda deuda que por concepto de cualquier prestación, obligación o indemnización se llegare a encontrar a cargo de COMCEL y a favor del Distribuidor, inclusive, con ocasión de la terminación del contrato; con lo cual, dicha deuda se extinguiría hasta el monto equivalente a esas sumas de dinero que anticipadamente se han entregado al Distribuidor.

4.- Que el presente contrato de transacción, el cual se ha celebrado en los términos del artículo 2469 y siguientes del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamación judicial o extrajudicial sobre el objeto comprendido en el mismo, otorgándose las partes de forma recíproca un paz y salvo definitivo por los conceptos descritos en el numeral 1° de este aparte.

5.- Que renuncian expresamente a la acción resolutoria del presente contrato de transacción.

Celebrado en Bogotá D.C. a los 09 *días del mes de* 10 *del año2013*

Por : COMCEL S.A.

HILDA MARIA PARDO

Representante legal

Por : SALCEDO DOMINGUEZ

CARLOS ALFREDO SALCEDO

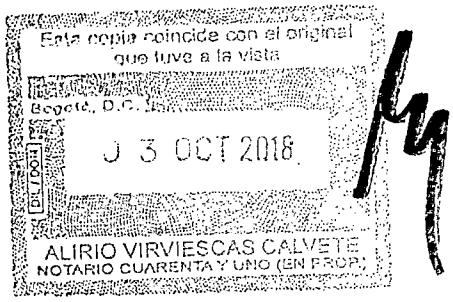
Representante legal

PRUEBA DOCUMENTAL # 4

~~86~~
262

CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre ***HILDA MARIA PARDO****, como representante legal de* ***COMCEL S.A****. y* ***CARLOS ALFREDO SALCEDO*** *en calidad de representante legal de* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C*** *.en adelante EL DISTRIBUIDOR, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra contrato de transacción que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas, previas las siguientes,*



CONSIDERACIONES

1.- Entre las partes se celebraron los siguientes Contratos de Distribución en las siguientes fechas:

1.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

1.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

1.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

2.- Actualmente los únicos Contratos de Distribución vigentes son los siguientes:

2.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

2.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

2.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

Esta copia coincide con el original que tuvo a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
NOTARIA VEINTISEIS

263

3.- En dichos contratos se estipuló que la labor del Distribuidor sería remunerada únicamente con las sumas de dinero que se pagarían por los siguientes conceptos:

a) En cuanto a los servicios postpago: comisiones por activación y por residual.

b) En cuanto a los servicios prepago: bonificación por legalización oportuna de documentos de venta de Kits Prepago.

4.- Entre las partes se han presentado discrepancias acerca de la causación y monto de las prestaciones, comisiones y bonificaciones que se mencionan en el numeral anterior, y que, según los siguientes Contratos Se encuentran a cargo de COMCEL y favor del Distribuidor, con corte a ***31 de Diciembre de 2011*****:**

4.1 *El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

4.2 *El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

4.3 *El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y* ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

5.- En vista de las diferencias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes, efectuando el cruce de cuentas correspondiente, y haciéndose recíprocas concesiones, llegaron al acuerdo que aquí se plasma, respecto de las sumas definitivas que COMCEL debe al Distribuidor.

En virtud de lo anterior, las partes

ACUERDAN

1.-Que transigen en forma definitiva todas las diferencias y controversias, anteriores, actuales y futuras, relativas a las sumas de dinero que por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el día a ***31 de Diciembre de 2011****, según los términos estipulados en los Contratos de Distribución vigentes entre las partes. En consecuencia, las partes se otorgan mutuamente un paz y salvo firme y definitivo*

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE

-88
264

por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL se han causado hasta el día ***31 de Diciembre de 2011****. Lo anterior no incluye las sumas de dinero a que eventualmente tenga derecho COMCEL por concepto de fraudes, inconsistencias documentales y penalizaciones que se causen con posterioridad a la celebración del presente acuerdo.*

2.- Que las anteriores diferencias y controversias son transigidas en la suma de ***$0****, la que el Distribuidor declara recibida a satisfacción de parte de COMCEL. Por lo tanto, los derechos descritos en el numeral 1° de este aparte, a favor del Distribuidor, se declaran extintos.*

3.- El Distribuidor reconoce que, en virtud de lo dispuesto en la cláusula denominada Conciliación, compensación, deducción y descuentos de los siguientes Contratos de Distribución:

3.1 El 27 de Junio de 2007 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Oriente.*

3.2 El 09 de Mayo de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C .,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Oriente.*

3.3 El 25 de Septiembre de 2008 COMCEL S.A. y ***SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C.,*** *suscribieron un Contrato de Distribución de Black Berry, correspondiente a la zona Oriente.*

dentro de todos los valores recibidos por el distribuidor durante la ejecución de estos contratos, incluyendo el monto mencionado en el numeral anterior, COMCEL le ha hecho entrega anticipada de una suma equivalente al 20% de los mismos, la cual debe imputarse a toda deuda que por concepto de cualquier prestación, obligación o indemnización se llegare a encontrar a cargo de COMCEL y a favor del Distribuidor, inclusive, con ocasión de la terminación del contrato; con lo cual, dicha deuda se extinguiría hasta el monto equivalente a esas sumas de dinero que anticipadamente se han entregado al Distribuidor.

4.- Que el presente contrato de transacción, el cual se ha celebrado en los términos del artículo 2469 y siguientes del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamación judicial o extrajudicial sobre el objeto comprendido en el mismo, otorgándose las partes de forma

~~89~~
265

recíproca un paz y salvo definitivo por los conceptos descritos en el numeral 1° de este aparte.

5.- Que renuncian expresamente a la acción resolutoria del presente contrato de transacción.

Celebrado en Bogotá D.C. a los 10 días del mes de enero del año 2013

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (EN PROP.)

Por COMCEL S.A. ***Por SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S. En C***

SALCEDO DOMINGUEZ
Comerciantes S. en C.
C.J. DARIENTE
NIT. 800.185.555-3

HILDA MARIA PARDO
Representante legal

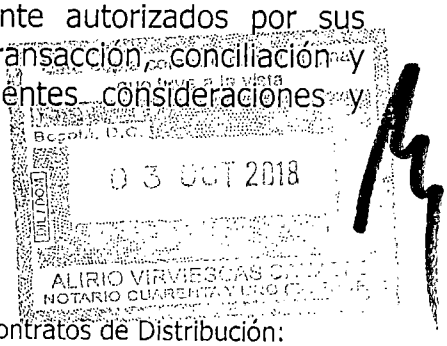
CARLOS ALFREDO SALCEDO
Representante legal

PRUEBA DOCUMENTAL # 5

90
267

ACTA DE TRANSACCION, CONCILIACION Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre **HILDA MARIA PARDO**, como representante legal Suplente de **COMCEL S.A.** y **Carlos Salcedo** en calidad de representante legal de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.**, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra la presente acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas:



CONSIDERACIONES

1.- **PRIMERO:** Que entre las partes se han suscrito los siguientes Contratos de Distribución:

1.1 El 28 de Julio de 2007 COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. suscribieron un Contrato de Distribución.

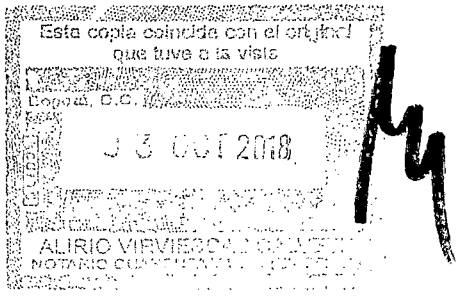
1.2. Que mediante Escritura Pública No. 3799, de la Notaria 25 de Bogotá del 21 de Diciembre de 2004 inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de Diciembre de 2004 bajo el número 969083 del libro IX, se fusionó y absorbió a las sociedades **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.** y a **LA EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLANTICA CELCARIBE S.A.,** transfiriéndose en favor de **COMCEL** el patrimonio de las extintas OCCEL y CELCARIBE.

2.- Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de **COMCEL** y a favor del DISTRIBUIDOR, con corte a **31 de Diciembre del 2010**

3.- Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final.

91
268

4. Que las partes llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria, espontánea, libre y autónoma que, hasta el **31 de Diciembre del 2010, COMCEL** ha pagado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.



Motivo por el cual se:

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.** por estos conceptos hasta el **31 de Diciembre del 2010** conforme a la ley y al contrato precitado.

2. EL DISTRIBUIDOR SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. 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.

Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por

activaciones y comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su reciproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.

Copia fiel del documento original que tuve a la vista
Bogotá, D.C. 05 OCT 2016
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E.P.)

Celebrada en **BOGOTA DC** 26 de Julio de 2011

Por **COMCEL S.A.**
S EN C.

Hilda Maria Pardo
R. Legal Suplente

Por **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES**

Carlos Salcedo.
Representante Legal

SALCEDO DOMÍNGUEZ
Comerciantes S. en C.
C.J. ORIENTE
NIT. 900.025.598-5

PRUEBA DOCUMENTAL # 6

95
271

ACTA DE TRANSACCION, CONCILIACION Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre **HILDA MARIA PARDO**, como representante legal Suplente de **COMCEL S.A.** y **Carlos Salcedo** en calidad de representante legal de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.**, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra la presente acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas:

Es fiel copia del documento que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE

CONSIDERACIONES

1.- **PRIMERO:** Que entre las partes se han suscrito los siguientes Contratos de Distribución:

1.1 El 28 de Julio de 2007 COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. suscribieron un Contrato de Distribución.

1.2 El OCCEL y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.suscribieron un Contrato de Distribución.

1.3. El CELCARIBE y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. suscribieron un Contrato de Distribución.

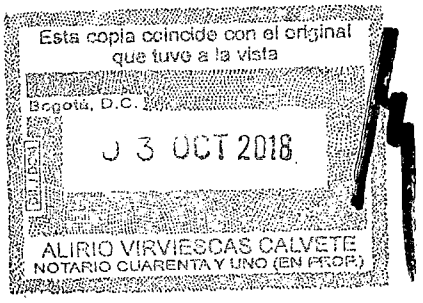
1.4. Que mediante Escritura Pública No. 3799, de la Notaria 25 de Bogotá del 21 de Diciembre de 2004 inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de Diciembre de 2004 bajo el número 969083 del libro IX, se fusionó y absorbió a las sociedades **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.** y a **LA EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLANTICA CELCARIBE S.A.,** transfiriéndose en favor de **COMCEL** el patrimonio de las extintas OCCEL y CELCARIBE.

2.- Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de **COMCEL** y a favor del DISTRIBUIDOR, con corte a **30 de Junio del 2009**

3.- Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final.

94
272

4. Que las partes llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria, espontánea, libre y autónoma que, hasta el **30 de Junio del 2009**, **COMCEL** ha pagado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.



Motivo por el cual se:

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.** por estos conceptos hasta el **30 de Junio del 2009** conforme a la ley y al contrato precitado.

2. EL DISTRIBUIDOR SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. 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.

Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por

95
273

activaciones y comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su reciproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
DILIGENCIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (EN PROP.)

Celebrada en **BOGOTA DC** 28 de SEPTIEMBRE de 2018

Por **COMCEL S.A. S EN C.**

Hilda Maria Pardo
R. Legal Suplente

Por **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES**

Carlos Salcedo.
Representante Legal

 96
279

Hector Hernando Vega Barragàn

De: Hector Hernando Vega Barragàn
Enviado el: Lunes, 28 de Septiembre de 2009 01:04 p.m.
Para: Sonia Angelica De la Roche Benitez
CC: Andres Leonardo Castañeda Beltrán
Asunto: RE: SOLICITUD CJ ORIENTE

[illegible]

[illegible] pagarla en el mes de mayo del presente [illegible] amnistia a mayo

[illegible]

[illegible]

Atentamente

Hector



De: Sonia Angelica De la Roche Benitez
Enviado el: Lunes, 28 de Septiembre de 2009 12:16 p.m.
Para: Hector Hernando Vega Barragàn
CC: Andrés Leonardo Castañeda Beltrán
Asunto: RV: SOLICITUD CJ ORIENTE

[illegible]

[illegible] el bajo consumo por esa razón deja el cobro para cuando salga ese valor

De: CARLOS ALFREDO SALCEDO PEREZ [mailto:csalcedo@cjoriente.com]
Enviado el: Lunes, 28 de Septiembre de 2009 12:04 p.m.
Para: Sonia Angelica De la Roche Benitez
Asunto: Re: SOLICITUD CJ ORIENTE

Buenos dias

Ok sra sonia hagamos el cruce del bajo consumo del Diciembre de 2008 con la conciliacion pendiente por favor enviarnos las actas

muy agradecido

Carlos salcedo

Gerente

CJ ORIENTE

El dia 28/09/09, **Sonia Angelica De la Roche Benitez** <sroche@comcel.com.co> escribió:

Buenos dias Sr. Jose Orlando propuesta segun lo hablado hoy para enviarles las actas

De: CARLOS ALFREDO SALCEDO PEREZ [mailto:csalcedo@cjoriente.com]
Enviado el: Lunes, 28 de Septiembre de 2009 09:10 a.m.
Para: Sonia Angelica De la Roche Benitez
Asunto: Fwd: SOLICITUD CJ ORIENTE



Buenos dias Sra Sonia

Su amable colaboracion con esta solicitud

Carlos salcedo

Gerente

CJ ORIENTE

---------- Forwarded message ----------
From: **CARLOS ALFREDO SALCEDO PEREZ** <csalcedo@cjoriente.com>
Date: 25/09/2009 08:28
Subject: Fwd: SOLICITUD CJ ORIENTE
To: jpenab@comeel.com.co
Cc: agranados@comeel.com.co, jpena@comeel.com.co

Buenos dias Sr Jose Orlando

Debido a que este descuento de bajo consumo del mes de diciembre de 2008 esta programado para el dia 30 de septiembre pido a usted el favor que haga el tramite necesario para que este descuento quede aplazado hasta que sea estudia esta propuesta que envie el dia de ayer.

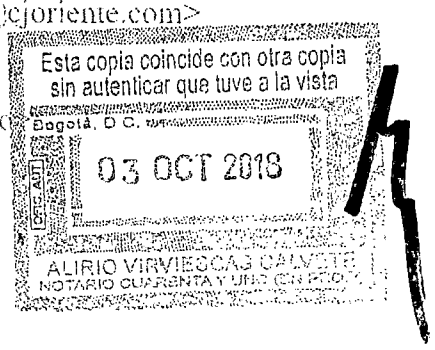
muy agradecido

Carlos salcedo

Gerente

CJ ORIENTE

---------- Forwarded message ----------
From: **CARLOS ALFREDO SALCEDO PEREZ** <csalcedo@cjoriente.com>
Date: 24/09/2009 14:42
Subject: SOLICITUD CJ ORIENTE
To: Jose Orlando Peralta Tocarruncho <jperalta@comcel.com.co>



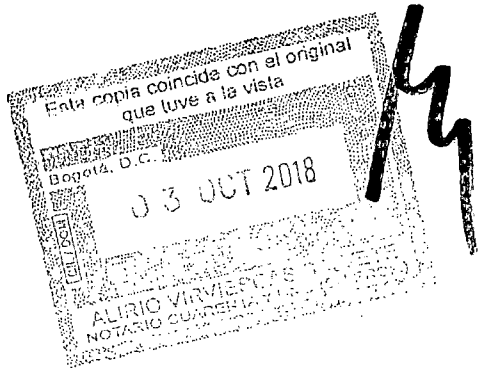
Buenas tardes Sr jose Orlando

De manera muy formal de dirijo a usted con el fin de solicitarle su colaboracion con este tema: el dia de hoy nos llego el cobro del bajo consumo del mes de diciembre de 2008 por un valor de $ 23.413.022 , el cual solicitamos si en lo posible pueda ser cruzado con un premio de una meta volante ganada por nuestro Distribuidor CJ ORIENTE segun circular GSD-2009-278678-4 valor premio $40.000.000 , ya que como usted comprendera este descuento es bastante alto y nos ocasionaria un deficit de flujo de caja , si por lo contrario ven que no es posible el cruce del descuento con el premio solicito el favor que este valor me sea descontado de comisiones en un lapso de 8 meses .

muy agradecido

99
277

COMCEL
Comunicación Celular S.A.
Calle 90 No. 14-37
Tels. 6169797
Santafé de Bogotá D.C.



Bogotá D. C., 25 MARZO del 2009
GEC-2009- 106636

Señores
CJ ORIENTE
Atn: Sr. Carlos Salcedo
Gerente General
Ciudad

Ref.: Reclamación Comisiones a febrero 26 de 2009– (2.317 Líneas).

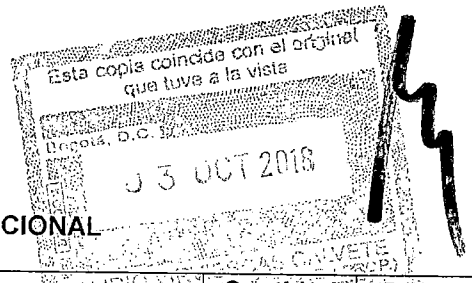
A continuación presentamos el resumen respuesta emitido a su reclamación producto del análisis de los casos enviados por Usted el día 09 de Febrero del 2009 y que son motivo de conciliación con fecha de corte según la referencia. El total de reclamaciones recibidas y analizadas es:

DESCRIPCION	CANTIDAD	(%)
Postpago	-	0%
Prepago	2,317	100%
Sin identificar plan (Prepago/Postpago)	-	0%
Total	**2,317**	**100%**

Para la mejor comprensión, el análisis se divide en cuatro (4) grupos de solución así:

1. RECLAMACIONES QUE NO AMERITAN PAGO

Detalle		Cantidad	Porcentaje
1.1	Reclamaciones ya pagadas Prepago	1,408	61%
1.2	Reclamaciones ya pagadas Postpago	-	0%
1.3	No se pagó por no cumplir condiciones Prepago (vencimiento de términos, legalización, cargas, primera llamada, cesiones)	909	39%
1.4	No se pagó por no cumplir condiciones Postpago (vencimiento de términos, legalización, cesiones)	0	0%
1.5	Claw Back no amerita reclamo	0	0%
	Total	**2,317**	**100%**



2. RECLAMOS QUE REQUIEREN SOPORTE ADICIONAL

Detalle		Cantidad	Porcentaje
2.1	Se requiere contrato físico para verificar la activación y posteriormente el pago o no de la comisión demostrando con ello la propiedad de la activación reportada en el reclamo (Prepago)	0	0
2.2	Se requiere contrato físico para verificar la activación y posteriormente el pago o no de la comisión demostrando con ello la propiedad de la activación reportada en el reclamo (Postpago)	0	0
	Total	**0**	**0**

3. RECLAMACIONES PENDIENTES POR CUMPLIR EL TOTAL DE LAS CONDICIONES DE VENTA Y LEGALIZACIÓN

Detalle		Cantidad	Porcentaje
3.1	Pendiente de liquidar comisiones hasta cumplir las condiciones establecidas (Prepago)	0	0%
3.2	Pendiente de liquidar comisiones hasta cumplir las condiciones establecidas (Postpago)	0	0%
	Total	**0**	**0%**

Las líneas que encontramos en este grupo (0) están pendientes de generar una comisión, la cuál se pagará al Distribuidor cuando las condiciones requeridas para la activación se hayan cumplido, de acuerdo a las políticas comerciales establecidas para cada plan.

4. RECLAMACIONES NO SOLUCIONADAS

Detalle		Cantidad	Porcentaje
4.1	Reclamos inconsistentes (información enviada por el Distribuidor insuficiente ó errada)	0	0%
4.2	Reclamaciones ya analizadas	0	0%
4.3	Reclamaciones anteriores a Mayo 31 del 2005	0	0%
	Total	**0**	**0%**

VALORES YA CANCELADOS PUNTO 1 (NUMERAL 1.1+1.2) $ 17,600,000

Adjuntamos en él (anexo 1) la descripción de las convenciones utilizadas para el manejo de los archivos que contienen el detalle de las reclamaciones.

Para los casos concretos de inconsistencia en información suministrada (punto 4.1) solicitamos realizar el siguiente procedimiento:

101
279

1. Verificar la información enviada por Ustedes en el archivo de inconsistencias que estamos remitiendo (Archivo 4.1), contra sus propias bases de datos y soportes físicos. Si encuentran diferencias, por favor realizar las correcciones respectivas y remitir nuevamente la información, vía mail en el formato ya establecido, para su reprocesamiento y envío de la solución.

2. Si posterior a su verificación, encuentran que la información que está en sus Bases de Datos es la misma del archivo de inconsistencias que remitimos (Archivo 4.1), es necesario que nos envíen los soportes físicos de los reclamos (Copia de Contrato de Prestación de Servicios y Copia de la Planilla de envío a Comcel), esto con el fin de verificar la información del reclamo.

Para los casos donde se requiere soporte físico (puntos 2.1 – 2.2) incluyendo los casos con inconsistencias, la fecha máxima para la entrega de éstos por parte del Distribuidor a la Gerencia de Comisiones de Comcel S.A. es hasta el día 05 Abril del 2009, fecha en la cual si no se ha recibido soporte alguno, se dará como aceptada la solución dada a la presente reclamación y se procederá a la firma del acta de conciliación con fecha de corte estipulada en la referencia de este comunicado.

Esperamos que con el anterior análisis y respuesta de sus reclamaciones cumplamos con sus expectativas. Cualquier análisis adicional será coordinado con su Analista de Comisiones Hector Hernando Vega Ext. 3241, las reclamaciones se pagaran de acuerdo con el cumplimiento de las condiciones estipuladas por COMCEL S.A.

Esta copia corresponde al documento que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E) PROP.

Atentamente,

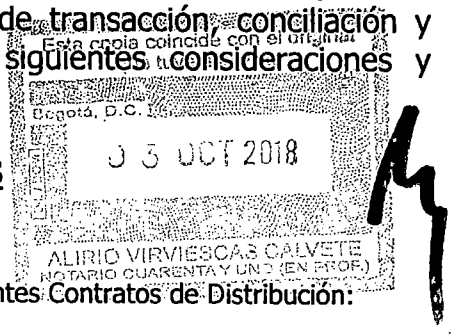
Sonia Angelica de la roche
Gerente de Comisiones

PRUEBA DOCUMENTAL # 7

~~107~~
281

ACTA DE TRANSACCION, CONCILIACION Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre **LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ**, como representante legal Suplente de **COMCEL S.A.** y **Carlos Salcedo** en calidad de representante legal de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.**, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra la presente acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas:



CONSIDERACIONES

1.- **PRIMERO:** Que entre las partes se han suscrito los siguientes Contratos de Distribución:

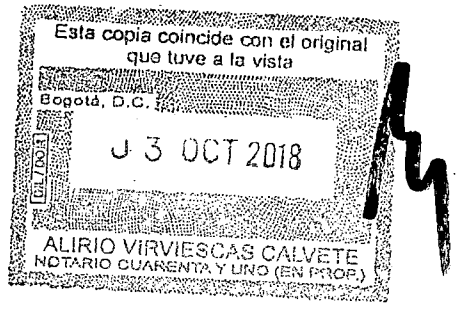
1.1 El 28 de Julio de 2007 COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. suscribieron un Contrato de Distribución.

1.2. Que mediante Escritura Pública No. 3799, de la Notaria 25 de Bogotá del 21 de Diciembre de 2004 inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de Diciembre de 2004 bajo el número 969083 del libro IX, se fusionó y absorbió a las sociedades **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.** y a **LA EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLANTICA CELCARIBE S.A.,** transfiriéndose en favor de **COMCEL** el patrimonio de las extintas OCCEL y CELCARIBE.

2.- Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de **COMCEL** y a favor del DISTRIBUIDOR, con corte a **31 de Diciembre del 2008**

3.- Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final.

4. Que las partes llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria, espontánea, libre y autónoma que, hasta el **31 de Diciembre del 2008**, **COMCEL** ha pagado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.



Motivo por el cual se:

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.** por estos conceptos hasta el **31 de Diciembre del 2008** conforme a la ley y al contrato precitado.

2. EL DISTRIBUIDOR SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. 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.

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

acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.

Celebrada en **BOGOTA DC** 07 de Mayo de 2009.

Por **COMCEL S.A. S EN C.**

Lucio E. Muñoz
R. Legal Suplente

Por **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES**

Carlos Salcedo.
Representante Legal

que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
MARIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (EN PROP.)

PRUEBA DOCUMENTAL # 8

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018

105
285

ACTA DE TRANSACCION, CONCILIACION Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre **LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ**, como representante legal Suplente de **COMCEL S.A.** y **Carlos Salcedo** en calidad de representante legal de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.**, debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra la presente acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas:

CONSIDERACIONES

1.- **PRIMERO:** Que entre las partes se han suscrito los siguientes Contratos de Distribución DATOS:

1.1 El 9 de Mayo de 2008 COMCEL ORIENTE y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. suscribieron un Contrato de Distribución.

1.2. Que mediante Escritura Pública No. 3799, de la Notaria 25 de Bogotá del 21 de Diciembre de 2004 inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de Diciembre de 2004 bajo el número 969083 del libro IX, se fusionó y absorbió a las sociedades **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.** y a **LA EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLANTICA CELCARIBE S.A.,** transfiriéndose en favor de **COMCEL** el patrimonio de las extintas OCCEL y CELCARIBE.

2.- Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de **COMCEL** y a favor del DISTRIBUIDOR, con corte a **31 de Diciembre del 2008**

3.- Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final.

4. Que las partes llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria, espontánea, libre y autónoma que, hasta el **31 de Diciembre del 2008**, **COMCEL** ha pagado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las

prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.



Motivo por el cual se:

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.** por estos conceptos hasta el **31 de Diciembre del 2008** conforme a la ley y al contrato precitado.

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

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

407
287

puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO QUINCUAGESIMO Y UNO (E.P.S.)

Celebrada en **BOGOTA DC** 28 de Abril de 2009.

Por **COMCEL S.A. S EN C.**

Lucio E. Muñoz
R. Legal Suplente

Por **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES**

Comerciante
NIT 800.025.598

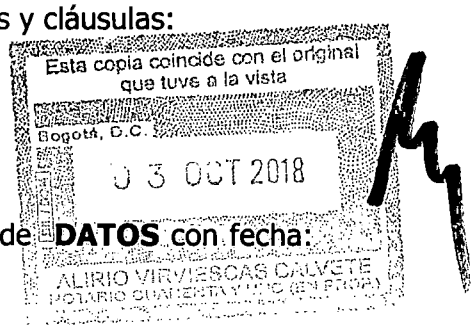
Carlos Salcedo.
Representante Legal

PRUEBA DOCUMENTAL # 9

108
289

CONTRATO DE TRANSACCION Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre **LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ**, como representante legal de **COMCEL S.A ZONA ORIENTE** y **CARLOS SALCEDO,** en calidad de representante legal de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.,** debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra contrato de transacción que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas:



CONSIDERACIONES

1.- Entre las partes se celebró Contrato de Distribución de **DATOS** con fecha: **09 DE MAYO DE 2.008**.

1.1. Que mediante Escritura Pública No. 3799, de la Notaria 25 de Bogotá del 21 de Diciembre de 2004 inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de Diciembre de 2004 bajo el número 969083 del libro IX, se fusionó y absorbió a las sociedades OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A. y a LA EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLANTICA CELCARIBE S.A., transfiriéndose en favor de COMCEL el patrimonio de las extintas OCCEL y CELCARIBE.

2.- Que se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de **COMCEL** y a favor del Distribuidor, hasta el 31 de MAYO de 2008.

3.- Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas y, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final, llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas a reconocer al Distribuidor, sumas que ya fueron canceladas, pudiendo ambas partes determinaron que, hasta el **31 de MAYO de 2008**, **COMCEL** ha pagado al DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones a su cargo.

Motivo por el cual se:

ACUERDA

1. Las partes se declaran a paz y salvo por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C**, por estos conceptos hasta **31 de Mayo de 2008**, conforme a la Ley y al contrato precitado.

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
05 OCT 2018
NOTARIA CUARENTA Y UNO DEL CIRCULO DE BOGOTA D.C.

409
240

2.- SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C., expresamente acepta que dentro de los valores recibidos por ella durante la ejecución del contrato, 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, de el 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.

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

Celebrada en **BOGOTA D.C 18** de Noviembre de 2008

Por **COMCEL S.A**

LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ.
Representante legal Suplente

Por SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.

SALCEDO DOMINGUEZ
Comerciantes S. en C.
CJ ORIENTE
NIT 900.025.598-5

CARLOS SALCEDO
Representante Legal

110
241

S.A
RECIBIDA

NOV 0 P 2:22

C.J ORIENTE
SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES

San José de Cúcuta Nov 18 de 2008

280287

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E.N. PROP.)

Señores
COMCEL S.A.
Atn: Eduardo Peñuela
Analista de Comisiones
Bogota

Respetados Señores

Por medio de la presente me permito relacionar las facturas de los pagos de comisiones que ha efectuado COMCEL S.A. a nuestro Distribuidor de los cortes relacionados a continuación:

DOCUMENTO CONTRATO DE TRANSACCION Y COMPENSACION DE CUENTAS

Sin Otro en particular

ORIENTE

Cordialmente
Yenny Dominguez
Dir Administrativo

Eduardo Peñuela Perez

De: CJ ORIENTE- YENNY DOMINGUEZ [diradministrativo@cjoriente.com]
Enviado el: Martes, 18 de Noviembre de 2008 02:47 p.m.
Para: Eduardo Peñuela Perez
Asunto: Re: Acta compensacion datos



Buenas tardes

Adjunto acta firma por el representante legal, la fisica se envia hoy por correo

Cordialmente

Yenny Dominguez
Dir Administrativo Nacional
CJ ORIENTE
3103248546-0375710673
diradministrativo@cjoriente.com

2008/11/18, Eduardo Peñuela Perez <epenuela@comcel.com.co>:

Buenas Tardes:

Adjunto documento para su trámite

Eduardo Peñuela

Ext 3261

--

PRUEBA DOCUMENTAL # 10

112
294

ACTA DE TRANSACCION, CONCILIACION Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre FACIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ, como representante legal Suplente de COMCEL S.A. y CARLOS ALFREDO SALCEDO en calidad de representante legal de SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C., debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra la presente acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas.

Es copia conforme con el original

05 OCT 2018

ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E.N. TRGR)

CONSIDERACIONES

1. PRIMERO: Que entre las partes se ha suscrito el siguiente Contrato de Distribución:

a) Contrato de Distribución COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C para la Comercialización de Distribución

b) Que mediante Escritura Pública No. 3799, de la Notaría 25 de Bogotá del 21 de diciembre de 2004 inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de diciembre de 2004 bajo el número 969083 del libro IX, se fusionó y absorbió a las sociedades OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A. y a LA EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLANTICA EL CARIBE S.A. transfiriéndose en favor de COMCEL el patrimonio de las extintas OCCEL y GELCARIBE.

c) Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y oportunidad de las prestaciones y comisiones a cargo de **COMCEL** y a favor del DISTRIBUIDOR, con corte a **31 de Mayo de 2008.**

d) Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas, concediéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y

413
299

Las partes llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria espontánea, libre y autónoma que, hasta el 31 de Mayo de 2008, COMCEL ha cargado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS CALLEJAS
NOTARIO SUPLENTE VEINTIUNO (21)

Teniendo en cuenta lo

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C**, por estos conceptos hasta el 31 de Mayo de 2008 conforme a la ley y al contrato precitado.

2. [illegible] SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. [illegible] acepta que dentro de los valores recibidos durante la [illegible] 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.

Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y [illegible] el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tengan que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan [illegible] total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por

activaciones o comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica empresarial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.

Esta copia coincide con el original que tuvo a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2018
ALIRIO VIRVIESCAS
NOTARIO CUARENTA

Celebrada en BOGOTA DC 15 de [illegible] de 2008

Por COMCEL S.A.

LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ
Representante legal suplente

Por SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES

CARLOS ALFREDO SALCEDO.
Representante legal

C.J ORIENTE
D126500001

Eduardo Peñuela Perez

De: YENNY DOMINGUEZ-CJ ORIENTE [cjoriente@gmail.com]
Enviado el: Viernes, 15 de Agosto de 2008 02:32 p.m.
Para: Eduardo Peñuela Perez
Asunto: Fwd: Acta compensacion

Buenas tardes Sr Eduardo

Adjunto acta de Compensacion firmada y abrobada



Cordialmente

YENNY DOMINGUEZ

DIR ADMINISTRATIVO

CJ ORIENTE

NORTE DE SANTANDER

3103248546-0975710673

cjoriente@gmail.com
---------- Forwarded message ----------
From: **YENNY DOMINGUEZ-CJ ORIENTE** <cjoriente@gmail.com>
Date: 15-ago-2008 14:28
Subject: Fwd: Acta compensacion
To: EDUARDO PEÑUELA <epenuela@comcel.com.co>

---------- Forwarded message ----------
From: **YENNY DOMINGUEZ-CJ ORIENTE** <cjoriente@gmail.com>
Date: 15-ago-2008 14:20
Subject: Re: Acta compensacion
To: Eduardo Peñuela Perez <epenuela@comcel.com.co>

Buenos dias

Adjunto lo solicitado

YENNY DOMINGUEZ

DIR ADMINISTRATIVO

15/08/2008

CJ ORIENTE

NORTE DE SANTANDER

3103248546-0975710673

cjoriente@gmail.com

2008/8/15. Eduardo Peñuela Perez <epenuela@comcel.com.co>:

Buenos días:

Adjunto documento para su trámite



Eduardo Peñuela

Ext 3261

--

--

YENNY DOMINGUEZ

DIR ADMINISTRATIVO

CJ ORIENTE

NORTE DE SANTANDER

3103248546-0975710673

cjoriente@gmail.com

--

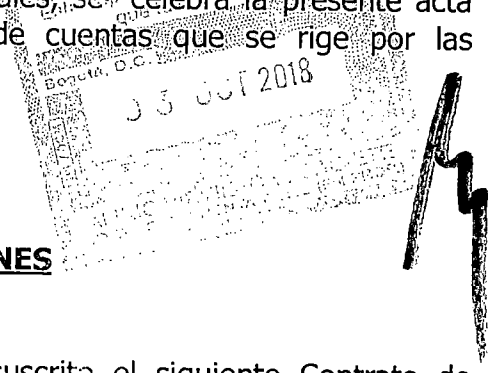
15/08/2008

PRUEBA DOCUMENTAL # 11

117
300

ACTA DE TRANSACCION, CONCILIACION Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

Entre **LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ**, como representante legal Suplente de **COMCEL S.A. ZONA ORIENTE** y **CARLOS ALFREDO SALCEDO** en calidad de representante legal de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.,** debidamente autorizados por sus estatutos sociales, se celebra la presente acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas que se rige por las siguientes consideraciones y cláusulas:



CONSIDERACIONES

1.- **PRIMERO:** Que entre las partes se ha suscrito el siguiente Contrato de Distribución:

1.1 28 de Julio de 2.007 COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C suscribieron un Contrato de Distribución.

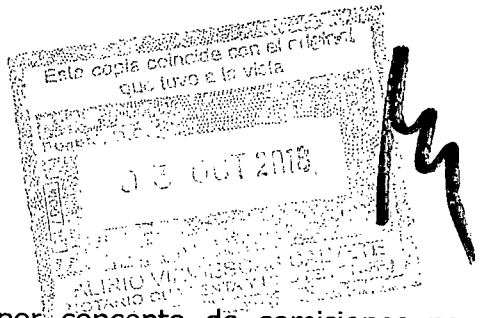
1.2. Que mediante Escritura Pública No. 3799, de la Notaria 25 de Bogotá del 21 de Diciembre de 2004 inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de Diciembre de 2004 bajo el número 969083 del libro IX, se fusionó y absorbió a las sociedades OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A. y a LA EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLANTICA CELCARIBE S.A., transfiriéndose en favor de COMCEL el patrimonio de las extintas OCCEL y CELCARIBE.

2.- Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de **COMCEL** y a favor del DISTRIBUIDOR, con corte a **31 de Diciembre de 2007.**

3.- Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final.

118
301

4. Que las partes llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria, espontánea, libre y autónoma que, hasta el **31** de **Diciembre** de **2007**, **COMCEL** ha pagado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.



Motivo por el cual se:

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C.**, por estos conceptos hasta el **31** de **Diciembre** de **2.007** conforme a la ley y al contrato precitado.

2. EL DISTRIBUIDOR SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S EN C. 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.

Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por

~~119~~
302

activaciones y comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su reciproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.

Esta copia coincide con el original que tuve a la vista
Bogotá, D.C.
03 OCT 2013
ALIRIO VIRVIESCAS CALVETE
NOTARIO CUARENTA Y UNO (E) PROP.

Celebrada en **BOGOTA DC** 11 de MARZO de 2008.

Por **COMCEL S.A.**

LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ
Representante legal suplente

Por **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES**

CARLOS ALFREDO SALCEDO.
Representante legal

120
303

CJ ORIENTE
SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES

COMCEL S.A.
CORRESPONDENCIA
RECIBIDA

2008 ABR -7 P 2:21

RECIBIDO SIN ACEPTACION
SUJETO A VERIFICACION
FIRMA AUTORIZADA

79531

San José de Cúcuta Marzo 11 de 2008-03-12

Señores
COMCEL S.A
La Ciudad

Ref: Acta

Salcedo Domínguez Comerciantes CJ ORIENTE Distribuidor Autorizado de COMCEL Acepta el Acta de Transacción , Conciliación, y Compensación de cuentas para tal efecto se firma el día 11 de Marzo de 2008.

Atte,

CJ ORIENTE
0126500001

Carlos Salcedo
Gerente

av. 3 no. 9 - 58 cucuta N. de Stder. Tel: 5710673 cel: 310-3248546 carlos6249@hotmail.com

PRECEDENTE JUDICIAL # 1

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013).

MAGISTRADA PONENTE	:	ANA LUCÍA PULGARÍN DELGADO.
RADICACIÓN	:	11001310303920110037701 RAD. INTERNA 4320
DEMANDANTE	:	NEOCEL S.A. EN LIQUIDACIÓN
DEMANDADOS	:	COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
CLASE DE PROCESO	:	ORDINARIO
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA
FECHA DISCUSIÓN Y APROBACIÓN PROYECTO	:	**2, 16, 22 Y 30 de octubre de 2013**

ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación formulado por la sociedad demandante contra la sentencia del 22 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

La sociedad Neocel S.A. en Liquidación, por conducto de apoderado judicial, demandó a la Sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., para que, agotado el trámite propio del proceso ordinario se declare que: "[...] entre COMCEL S.A., como agenciado y NEOCEL S.A. en Liquidación, como agente, realmente se celebró un contrato de 'agencia comercial', establecido en el artículo 1324 del Código de Comercio, para planes prepago y postpago con COMCEL S.A.", que: "[...] la relación comercial fue permanente desde el 28 de enero de 2004 hasta el 27 de mayo de 2008 y sin solución de continuidad" , que: "[...] entre COMCEL S.A. como agenciado y NEOCEL S.A. en liquidación, como agente, realmente se celebró un contrato de agencia comercial establecido en el artículo 1324 del Código de

122
306
72

Que se declare "[...] la invalidez o la ineficacia de la cláusula: " 4 RELACIÓN ENTRE LAS PARTES, del contrato de fecha 8 de junio de 2006, por haberse impuesto a ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de COMCEL y por lo tanto de todas aquellas cláusulas, adendas, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de las cláusulas mencionada o resultasen conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes, dicha cláusula fue estipulada así: 'El distribuidor reconoce y acepta expresamente que nada en este contrato se interpretara o 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 especificadamente 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 y 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 como 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 o instalaciones son de propiedad de COMCEL, que es asociado o tiene una relación con COMCEL distinta o adicional a la de distribuidor especializado, bajo los términos y las condiciones que se establecen aquí. El distribuidor no podrá hacer a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones, afirmaciones orales 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'".

Que se declare: "[...] la invalidez o la ineficacia del inciso final de la cláusula 30 y el numeral SEXTO del ANEXO A plan de

agencia comercial, por renovación del contrato, o en subsidio hasta el 27 de mayo de 2007, fecha en que se dio por terminado el contrato de manera unilateral e injusta por parte de COMCEL".

Que: "[s]e condene a COMCEL S.A., a pagar a favor de NEOCEL S.A., la suma de dinero, cuya cuantía se pruebe dentro del proceso por concepto de la cesantía comercial establecida en el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, actualizando el valor de la totalidad de las comisiones tanto las recibidas, como las que debió recibir con el interés bancario corriente desde el 8 de junio de 2006 hasta el 8 de junio de 2007 tiempo que debería durar la relación de agencia comercial, por renovación del contrato o en subsidio hasta el 27 de mayo de 2007, fecha en la que se dio por terminado el contrato de manera unilateral e injusta por parte de COMCEL".

Que: "[e]n subsidio de las pretensiones 7 y 8 anteriores y en caso de que se acepte que las anteriores cláusulas son válidas, se declare que COMCEL S.A., no pagó a NEOCEL S.A., el valor equivalente al 20% sobre el total de los valores facturados y los que debió facturar a lo largo de la relación contractual, por concepto de pago anticipado conforme se estableció en dichas cláusulas".

Que: "[c]omo consecuencia de la pretensión anterior y en subsidio de las pretensiones novena y décima, se condene a COMCEL S.A., a pagar el valor equivalente al 20% sobre el total de las comisiones que por activación por residual y por la promoción y comercialización de la tarjeta PREPAGADA AMIGO se le canceló y se le debió cancelar a NEOCEL, a lo largo de la vigencia de los contratos".

Que: "[s]e condene a pagar a COMCEL S.A., a favor de NEOCEL S.A., por el hecho de la terminación unilateral por justa causa imputable a COMCEL S.A., la suma de dinero que se pruebe dentro del proceso por concepto de indemnización establecida en el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, para efectos de su cuantificación se deberá tener en cuenta los criterios establecidos en la citada norma y para cada uno de los contratos ejecutados, incluyendo el

300424

esc.ita en el comienzo de este contrato y continuará con plena vigencia durante un año sujeto a terminación anticipada según se estipula en la cláusula 16 de este contrato de distribución, de ahí en adelante este contrato será 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 de vencimiento del correspondiente periodo mensual. Numeral 5.2 'Al vencimiento de este contrato el mismo podrá ser renovado según los términos y las condiciones que las partes acuerden mutuamente"'.

En lo que tiene que ver con la terminación unilateral de los contratos por justa causa imputable a COMCEL S.A., pidió:

Que: "[...] se declare que por justa causa imputable a COMCEL S.A., se dio por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial iniciado el 28 de enero de 2004 y hasta el 27 de mayo de 2007, con NEOCEL S.A. EN LIQUIDACIÓN".

Que: "se declare que por justa causa imputable a COMCEL S.A., se dio por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial iniciado el 8 de junio de 2006 y hasta el 27 de mayo de 2007, con NEOCEL S.A. EN LIQUIDACIÓN".

Que "[s]e declare que según lo mandado por el artículo 1326 del Código de Comercio, NEOCEL S.A., ejerció válidamente el derecho de retención y privilegio sobre los bienes y valores de COMCEL que se encontraban a su disposición".

Que "[s]e declare la invalidez de la cláusula 17- efectos de la terminación numerales 17.4 del contrato de fecha enero 28 de 2004, por haberse impuesto o ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de COMCEL y por lo tanto de todas aquellas cláusulas, adendas, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultasen conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes,

309 425

Adujo que el contrato celebrado entre las partes no tuvo ninguna interrupción hasta que Comcel S.A., dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin junta causa, dado que Neocel S.A., cumplió a cabalidad las políticas y estándares de mercadeo, además de acatar a cabalidad todos los requerimientos e instrucciones establecidas por la sociedad demandada.

Argumentó que el pago anticipado del 20% por concepto de cesantía comercial, jamás se produjo y ni siquiera existió, prueba de esto es que no aparece registrado tal pago, ni en las facturas emitidas por Neocel, ni en la contabilidad de ninguna de las sociedades involucradas.

Hizo ver, además, que el contrato para la venta de los planes prepago y postpago se prorrogó, por acuerdo entre las partes, tres veces por el término de un año, sin embargo, la última prórroga operó de manera automática desde el 28 de enero de 2007, hasta el 27 de enero de 2008, con todo, la sociedad demandada terminó unilateralmente, y sin justa causa dicho contrato el día 27 de mayo de 2007.

En aquella fecha la demandada también dio por terminado el contrato para el servicio de transmisión de datos, a pesar de que la última prórroga de éste vencía hasta el 7 de junio de 2007.

La terminación intempestiva y sin justificación de los contratos por parte de Comcel S.A., sostiene, afectó de manera grave las finanzas de Neocel, tanto así que dicho acto fue la causa de su liquidación, pues ni siquiera se cancelaron las comisiones pendientes de pago.

Además, Comcel S.A., dice, incumplió el contrato celebrado, pues, entre otras cosas, "de manera unilateral disminuyó el valor de la comisión por la activación de cada abonado como el valor del porcentaje pactado para el pago de comisión por residuales", también

126
320

comisiones y la escala creciente que aumentaba el valor de cada comisión en función al mayor número de activaciones, ésta fue modificada por Comcel en detrimento de los intereses de Neocel S.A.

Comcel S.A., indica, se encargó de elaborar los contratos celebrados entre las partes denominándolos de manera errónea y caprichosa como contrato de "distribución" y no de agencia comercial como correspondía a la realidad.

Finalmente, señala que Neocel S.A., se vio forzada a suscribir el anexo F, denominado "acta de conciliación, compensación y transacción", el cual exonera a la demandada del pago de la prestación económica consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio.

La demanda fue admitida por auto de 21 de julio de 2011, en el cual se ordenó, además, enterar de dicho proveído a la demandada.

Así, pues, Comcel S.A., contestó la demanda con referencia expresa a cada uno de los hechos y pretensiones, proponiendo las excepciones que denominó: "[t]ransacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre Neocel y Comcel", "[a]usencia de los presupuestos para la declaratoria de ineficacia de las cláusulas enunciadas por la convocante", "[p]rescrición de las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia comercial", "[i]nexistencia del contrato de agencia comercial", "[c]umplimiento del contrato por parte de Comcel", "[p]ago de todas las obligaciones a cargo de Comcel", "[v]enitrecontra factumproprium non valet", "[c]ompensación" y [e]xcepción genérica".

La primera de dichas excepciones la desplegó argumentando que mediante los acuerdos "con corte" a 31 de mayo de 2005, 31 de diciembre de 2005, y 30 de junio de 2006, las partes transaron sus diferencias y dotaron dicho acuerdo de voluntades con la fuerza de cosa juzgada, renunciando de manera expresa al ejercicio de cualquier acción dirigida a desconocer el pacto celebrado, el cual goza

311 227

los distintos contratos de distribución, situación que no fue objetada por la actora en ningún momento.

La sexta de las excepciones la explicó indicando que Comcel S.A., ha pagado todas las comisiones a las que se obligó con Neocel S.A., incluso pagó anticipadamente una eventual indemnización o cualquier suma de dinero que se llegase a deber a la finalización del contrato, ello mediante "el 20% que se incluía en el reconocimiento de los valores que le eran cancelados a la demandante, tal y como constaba en los distintos contratos de distribución"

El séptimo medio exceptivo lo sustentó diciendo que Neocel S.A. realizó todos los actos tendientes a generar en Comcel S.A., la confianza suficiente para creer que ya había entregado anticipadamente los dineros que ahora pretenden cobrarse por esta vía judicial, buscando ir en contra de sus propios actos, lo que de ninguna manera puede ser tolerado, al riesgo de poner en peligro la buena fe y probidad que debe observar todo comerciante.

La octava excepción la fundamentó sosteniendo que en el caso de proferirse una condena en su contra, debe tenerse en cuenta que la demandante adeuda a Comcel S.A. las sumas de dinero que ha retenido indebidamente y aquellas derivadas de sanciones, penalidades y dineros del Plan CO-OP, que debían restituirse a la demandada a la finalización del contrato, y que actualmente están siendo cobradas a través del proceso ejecutivo No. 2010- 826 que cursa en el Juzgado 41 Civil del Circuito de esta ciudad.

La última de las excepciones, se dirige a solicitar que se reconozca oficiosamente cualquier medio de defensa que resulte probado en el proceso.

Mediante auto de 7 de marzo de 2012 se abrió a pruebas en el proceso, mismas que en tanto evacuadas dieron lugar a que en proveído de 12 de septiembre de 2012 se corriera traslado para alegar de conclusión, facultad de la que hicieron uso las partes para

128
512

sensu, la demandada tuviera una posición privilegiada para "disponer del clausulado a su acomodo".

Bajo el anterior análisis, sostuvo, no pueden progresar las pretensiones tendientes a que se declaren la invalidez e ineficacia de la cláusula 5 del contrato de 28 de enero de 2004, ni la de la cláusula 32.5, tampoco el inciso final de la cláusula 30 del numeral 6 del anexo A y del numeral 32.7.

Situación distinta ocurrió en lo relativo a la cláusula 17.4 del contrato de 28 de enero de 2004, pues en tanto allí se pactó un dolo futuro, como que no podía Comcel eximirse de cualquier responsabilidad o daño causado por sus actos, la consecuencia es que, de conformidad con el artículo 889 del Código de Comercio, debe declararse la nulidad absoluta de ese preciso pacto.

Sostuvo, por otra lado, que si lo que busca la demandante es "ir más allá de las pruebas documentales de los contratos que suscribió" para demostrar con ellos, que a pesar de asentir en un convenio de distribución ejecutó uno de agencia mercantil, debía el juzgado analizar, entonces, los elementos constitutivos de dicha figura negocial. Así, pues, sostuvo que lo que revelan las pruebas del litigio, principalmente la documental es que Neocel no tenía independencia a la hora de realizar la promoción de los servicios y productos de Comcel, pues dependía de "las autorizaciones que esta entidad le diera a las campañas y materiales publicitarios".

Además, la prueba testimonial, particularmente, la de Martha Sánchez Laserna, reitera la calidad de distribuidora de Neocel, sin embargo la testifical no ofrece mucha credibilidad cuando sostiene que los productos de Comcel eran desconocidos, tratándose de una empresa con más de diez años en el mercado de la telefonía celular.

En suma, sostuvo que no existió agencia comercial en el presente caso, pues faltó el requisito indispensable de promover y explotar negocios para abrir un mercado.

313 119

posición dominante contractual, los mismos que en este caso se hacen patentes en cabeza de la sociedad demandada.

Explica que en el análisis del caso concreto debe atenderse lo consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, en lo referente a la libertad de empresa, cuyo ejercicio efectivo se manifiesta a través de la celebración de contratos que tengan las características de reciprocidad, equilibrio, conmutatividad y buena fe, condiciones todas ausentes en la relación negocial objeto del litigio, pues no admite duda que en los acuerdos celebrados entre Comcel S.A. y Neocel S.A se privilegian los intereses económicos de la demandada, situación que debió ser analizada por el juzgado de instancia, ello para establecer las circunstancias de hecho en las que se llevó a cabo la negociación y las prestaciones mutuas que debieron satisfacerse, y, en consecuencia, declarar la ineficacia de algunas cláusulas contractuales que evidencian la referida posición dominante de Comcel S.A.

Aduce que los argumentos de la providencia tuvieron como fundamento, justamente, aquellas cláusulas que, en verdad, dan cuenta de la posición dominante de la demandada y cuya ineficacia se pretende.

Le discute igualmente a la sentencia que no tuvo en cuenta la vulneración de la autonomía de la voluntad que se evidencia en el caso, por la existencia de cláusulas "*abusivas, lesivas o vejatorias*", pues el contrato fue redactado por el contratante titular de los bienes y servicios que se comercializaron, sin que la demandante haya tenido la oportunidad de discutir o negociar las condiciones del contrato.

Por otra parte, señala que existió un abuso del derecho por parte de la demandada, pues aunque los pactos contractuales fueron celebrados entre dos entidades profesionales y con experiencia en el mercado de telefonía celular, resulta forzoso reconocer que la demandante estuvo en condiciones de inferioridad contractual habida cuenta de la dependencia técnica y económica existente.

314 130

endil[illegible] a la sociedad demandante, igualmente, la ausencia de coacción por parte de Comcel S.A. respecto de la demandante para suscribir contratos objeto de litigio.

Argumenta, igualmente, que en el trámite de la primera instancia no se revisaron objetivamente algunas pruebas adosadas al expediente, ello debido a que, precisamente, no se estudiaron las cláusulas que afectaron el equilibrio contractual.

Finalmente, alega la incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia, toda vez que en la primera señala que la cláusula 17.4 del contrato del 28 de enero de 2004 es nula absolutamente, sin embargo, no hace ninguna referencia al respecto en la parte resolutiva de la providencia.

CONSIDERACIONES

La libertad de contratación, ha dicho la doctrina constitucional, deriva de la propia Carta Política, y dícese, reviste una doble garantía, pues;"[...] su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal".

Así, ha dicho además, que: "[...] las intervenciones legales en el terreno del contrato se han orientado a establecer distinta suerte de protecciones a la parte débil y a instituir garantías tendientes a que a través suyo se persigan efectivamente intereses sociales y económicos dignos de tutela, lo cual en parte ha publificado esta

131
90 315

En efecto, pues aun cuando en gracia de discusión se sostuviera que el contrato de marras es de los denominados de adhesión, y que al mismo optó por sumarse la demandante, lo cierto que, aun así, nada se opone a que las partes puedan obligarse válidamente bajo esa particular figura, claro, porque el hecho de que pueda estar ausente una absoluta libertad de negociación no implica de suyo esté completamente desterrada la voluntad de obligarse juridicamente. Y es que, justamente, esa imposibilidad de negociar los términos del contrato es lo que singulariza los denominados "de adhesión", tal y como ha tenido oportunidad de plantearlo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 8 de 1974:

> *"Son elementos característicos del contrato de adhesión, a saber: La imposición por una de las partes de la "Ley del contrato"; el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formulario tipo; la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce un ascendente económico o moral que lo lleva a prestar su voluntad, sin discutir".*

Si las cosas son de tal manera, es decir, si los contratos por adhesión, y entiéndase por éstos los pre hechos con contenido predispuestos, donde la única posibilidad del adherente es la de suscribirlo o negarse a hacerlo, son perfectamente legales, y aquellos rasgos hacen parte, precisamente, de su esencia, entonces, partiendo del supuesto de que a esa tipología de contratos es a la que pertenece el celebrado entre las partes, cómo podría sostenerse, inclusive, bajo esa tesis, que esa es la razón para tener por acreditada la posición dominante y el abuso del derecho, en que tanto acento pone la apelación.

Además porque el haberse fijado de antemano los términos del negocio, ello, por si sólo, no descarta tampoco la posibilidad de que la totalidad de las cláusulas, o algunas del contrato, hubiesen podido a la postre ser negociadas o acordadas, desde luego

316 137

Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 353 y 354).

Acá, por supuesto, cuando se habla de posición dominante se está haciendo referencia a una de cariz contractual, referida esta como la potestad que tiene una parte en la relación negocial, en virtud de una superioridad que puede tener venero en distintas circunstancias, de establecer unilateralmente el alcance de su clausulado, con total abstracción de la posición que ocupe en el mercado, como bien lo anota el profesor Rengifo su estudio es de competencia del juez ordinario, a través de un proceso declarativo, como sucedió en el caso de autos, a contrapelo de los razonamientos expuestos en la sentencia.

Retomando, si el abuso de la posición dominante, contractual, no está, como se dijo, en la redacción anticipada del contrato por parte de Comcel, tampoco en que a partir de dicha circunstancia Neocel se hubiese visto imposibilitada para negociar su clausulado, entonces, vale la pena pues averiguar de qué otra manera se hubiese podido materializar esa ventaja negocial injustificada que se aduce.

Y en ese punto bueno es indagar por lo dicho por el representante legal de la sociedad demandante, cuando, al ser preguntado sobre si Neocel "[...] fue coaccionado por Comcel o por alguna circunstancia en particular para celebrar los contratos objeto del presente litigio?", manifestó, categóricamente, que "[n]o"; también cuando al ser cuestionado sobre si: "[n]eocel tenía reparos a las cláusulas consignadas en los contratos celebrados con Comcel [...] por qué contrató si bien podría no haberlo hecho?, respondió que: "[e]n ningún momento he manifestado que tenía reparos a las clausulas [...]" argumentando, en torno a preguntas concretas respecto a cada una de las estipulaciones a que se refiere la demanda, que ello tiene explicación en la medida en que el contrato era inmodificable.

317133
64

orden público. Y es que, algunas veces, puede suceder que ésta [illegible] verse desbordada de su válido propósito, y por ahí devenga abusivo, por ejemplo, cuando en tratándose de contratos con contenido prefijado por quien ostenta una posición dominante se incurra en exceso en la preparación del clausulado y con ello se causen injustificados desbalances, evento en el cual se habla de las denominadas cláusulas abusivas o leoninas.

Sobre ese tipo de estipulaciones ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicias para decir que: "[e]n este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relievar el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- (...) responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, (...)", añadiendo que "[d]e ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva -y de indiscutida inclusión en las llamadas 'listas negras', contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que 'favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente' ", estableciendo por demás sus características, que en su sentir son: "a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes" [Cas. Civ. sentencia de 2 de febrero de 2001, expediente 5670].

Bajo ese marco conceptual tendrá, posteriormente, que hacerse el análisis relativo a las cláusulas que en el contrato se denuncian como abusivas, inmediatamente después de que se aborde lo relativo a la calificación misma del contrato, como que habiéndose pactado como de distribución, lo que se dice es que realmente el mismo encubría uno de agencia mercantil.

318 134 fjc

En lo relativo al primer contrato, el de 28 de enero aludido, se dijo, en clausula tercera, que:

> *"En virtud de este contrato COMCEL, concede a NEOCEL 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, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos.*
>
> *"EL DISTRIBUIDOR, según decisión e instrucciones de COMCEL, podrá tener la función y obligación adicional de proveer el servicio técnico, instalación y servicio de post-venta a los productos, para cuyo efecto, tendrá un departamento de servicio técnico para diagnóstico, programación y servicio de garantía de los equipos que comercialice, y deberá suscribir un contrato de prestación de servicio técnico".*

Pues bien, de acuerdo a las probanzas del litigio, además del propio contrato, y es que en verdad en necesario acudir a éstas porque el contrato apenas si perfila, de manera general, las obligaciones de las partes, sin precisar sobre cuales son concretamente los productos y servicios que recae la distribución y comercialización, lo que se logra ver es que, ciertamente, el mismo recayó sobre dos clases

135
319

le venden al distribuidor, por lo que al final llegan a ser de su propiedad, diferente a los equipos post pago" [fls. 440 a 441 Cdo. 1].

Dichos testimonios, provenientes de personas, como se dijo, con conocimiento directo sobre las particularidades del contrato atacado, y de ello es evidencia el nivel de detalle de los relatos, en verdad, persuaden al Tribunal, de que las cosas fueron como se dicen, con todo y el vínculo laboral que tienen las declarantes con la demandante.

Es que en ese punto del influjo que pueda tener la relación laboral de la que se viene hablando en la apreciación que del dicho de las testigos debe hacer el Tribunal - algo sobre lo que la apelación, por demás, llama la atención, bueno es citar lo que la doctrina jurisprudencial ha dicho al respecto. Así, pues, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 de abril de 2009, sostuvo que "*[s]i se trata de personas en cuya conciencia puede perfectamente ofrecerse conflicto entre el deber genérico de declarar y el interés que tiene en el juicio particular en el que declara, siendo razonable presumir que en un momento dado cobre su ánimo mayor fuerza esta situación de cointerés que el respeto por la verdad: si, subsecuentemente, la credibilidad que les pueda caber en principio arranca estigmatizada por la duda; y si de este modo recomienda al juez que examine sus dichos diligentemente y ejerza su discreción apreciativa con el máximo de escrúpulo, aflora inevitable que la mácula con que se mira a tal linaje de testigos sólo se desvanecerá, y por qué no, hasta desaparecerá, en la medida en que brinden un relato preciso, responsivo, exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonado y particularizado, en todo caso, cuando dieren noticia y que, aun así, encuentren respaldo en otros elementos probativos, todo lo analizado, cual dice la norma en cuestión, de acuerdo con las circunstancias de cada caso; será entonces cuando nada justifica que el juzgador continúe desconfiando de sus relatos, y les suministre el el valor demostrativo que verdaderamente ostentan. Refluirá así el estado habitual del hombre y su inclinación a creer en los demás, del cual había salido por razón de una sospecha que a la postre fue disipada*" (énfasis del Tribunal).

136
320

que se sigue es que, tan sólo, no existe un contrato de agencia comercial, pues sábese que en ese punto es necesario que para que un distribuidor pueda ser calificado como agente comercial, ineluctable es que actúe en procura de los intereses del agenciado, obrando, además, por cuenta y riesgo de éste.

Claro, porque recuérdese que doctrinal y jurisprudencialmente se ha dicho que los elementos esenciales del contrato de agencia son:

a. Encargo de promover o explotar negocios del agenciado
b. Independencia en la actividad del agente
c. Estabilidad en la actividad del agente
d. Remuneración del agente
e. Actuación del agente por cuenta del agenciado

Y es que si bien éste último requisito no está expresamente contemplado en el artículo 1317 del Código de Comercio, al ser el contrato de agencia mercantil una de las especies del contrato de mandato, la exigencia de que se actué por cuenta ajena es, en verdad, transcendental para su determinación, tal como lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial[1], y es que además resulta ser el elemento diferenciador respecto de otras formas contractuales de distribución.

Bueno es traer a capítulo para el desarrollo del anterior planteamiento lo que el doctrinante Bonivento Jiménez, en su libro Contratos Mercantiles de Intermediación, sostiene al respecto: "[...] la actuación por cuenta de otro, como concepto jurídico involucrado en la noción misma de mandato, hace referencia, como aspecto primordial, a una consideración según la cual los efectos de los actos y negocios realizados por el intermediario (encargado), así no sea

[1] Consúltese al respecto Cas. Civ. sentencia de 2 de diciembre de 1980 (Gaceta Judicial. Tomo CLXVI, número 2407), Cas. Civ. sentencia de 2 de diciembre de 1980. (Gaceta Judicial. Tomo CLXVI, número 2407) y Cas. Civ. sentencia de 31 de octubre de 1995 (Gaceta Judicial. Tomo CCXXXVII, número 2476).

321 135 10L

obsérvese, jamás se invocó como estipulación abusiva, pero que de antemano estaba planteando que el negocio celebrado entre las partes tendría ese alcance en punto al riesgo.

Asunción del riesgo a cargo de la demandante que vendría a precisarse con claridad en el último inciso de la cláusula primera del anexo en cita, donde se estipuló que: "[e]*n caso de desactivación del cliente o abonado obtenido mediante cualquiera de las conductas expresadas en el numeral 7.26 del contrato de distribución y, en particular, mediante fraude al contrato de distribución, al de suscripción, a los planes y programas o a través de declaraciones falsas o inexactas o actividades fraudulentas por parte del Distribuidor, incluidas las maquinaciones tendientes a aumentar las activaciones o el número de abonados que no correspondan a la realidad, o en los casos de activación con base en la documentación e información suministrada por el Distribuidor con base en documentos o datos falsos, total o parcialmente o, cuando siendo veraces pertenecen a personas distintas que no hayan autorizado su utilización o,* ***cuando de cualquier manera permite o tolera la utilización de datos suministrados por los usuarios, clientes o suscriptores en sus solicitudes, por el mismo, su personal, otros distribuidores, centros o puntos de venta o canales de distribución,*** *para obtener la activación posterior de líneas sin la anuencia del suscriptor o de personas que lo hayan autorizado o cuando tolera la utilización indebida de la información confidencial, de los documentos de identificación de su personal o de la papelería y documentación suministrada y, sin perjuicio de las sanciones pactadas, Comcel, podrá hacer en cualquier tiempo deducciones de las comisiones por cuentas irrecuperables o de dudoso recaudo hasta por un máximo del total de comisiones pactadas al Centro de Ventas por concepto de la activación de todos los clientes obtenidos de la manera irregular aquí indicada, sin que se excluyan otros efectos previstos en el contrato de Distribución para los mismos hechos Comcel se reserva el derecho de hacer descuentos o de acreditar las cuentas de sus abonados, cuando en su opinión, a ello hubiere lugar*" [fl.222 Cdo.1] [énfasis del Tribunal].

338
322

Transcríbese dicho apartado del texto del anexo del contrato para hacer ver que las consecuencias económicas del fraude que se cometiera en los procesos de activación y posterior, aunque, por supuesto, iban a tener consecuencias en la esfera patrimonial de Comcel, ese riesgo, nótese también iba a ser asumido por Neocel, no solo cuando estuviese de alguna manera involucrado en tales acciones, sino además cuando las mismas fuesen cometidas por otros distribuidores, puntos de venta o canales de distribución.

La cláusula 7.30 del mentado contrato, va un poco más allá en esa asunción del riesgo cuando dispone que "[e]*l distribuidor asumirá y pagará incondicionalmente a COMCEL el valor de los teléfonos celulares, equipos, productos y todo los demás costos y cargos, cuando habiéndolos entregado al usuario o abonado potencial, las activaciones no se produzcan efectivamente o se rechacen los contratos de suscripción por ausencia de los requisitos legales, de moralidad o de las demás condiciones consagradas en el manual de procedimientos de distribuidores y dichos usuarios o abonados potenciales no los restituyan en idénticas condiciones a aquellas en que los recibieron, dentro de los treinta (30) días siguientes a la negativa de activación o rechazo de los contratos*" [fl.207 Cdo.1].

La prueba testifical en torno a los productos post pago, concretamente, lo expuesto por Nohora Ligia González Rodríguez, refiere, cuando se le pregunta sobre: "[c]ual es el sistema establecido entre Comcel y sus distribuidores para la comercialización de los productos post pagos", que: "[l]os equipos de post pago se entregan en consignación y son de propiedad de Comcel", y que en el caso de ser hurtados o extraviados la responsabilidad por dichos hechos era de Neocel.

Martha Sánchez Laserna, por su parte, sobre la pregunta concreta de "[...] que ocurre en el evento en que los equipos pre pago y post pago que se encuentren en poder del distribuidor perecen por alguna circunstancia?", respondió: por los equipos post pago si debe responde el distribuidor ante comcel"

Además, cuando se trata de indagar por la presencia de un contrato de agencia mercantil, bastante riguroso debe ser ese análisis enderezado a precisar la existencia de cada uno de los elementos que lo configuran, que son los que lo distinguen de otras formas contractuales. Así ha tenido oportunidad de precisarlo la jurisprudencia al sostener que: "[e]*xistiendo una clara regulación del contrato de agencia en los artículos 1317 al 1331 del Código de Comercio, cuando se pide su declaración o la prevalencia frente a cualquier otro nexo presunto, es imprescindible que confluyan todos los presupuestos necesarios para su conformación, pues, de faltar uno solo no tiene cabida acceder a tales reclamos, por corresponder a otro tipo de relación*". [Cas Civ. sentencia de 10 de septiembre de 2013]

Posición que había tenido la oportunidad de fijar anteriormente cuando había ya enfáticamente sostenido que: "[n]o obstante la autonomía de que goza la agencia, la característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, **pero sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene calidades específicas que, por lo mismo, lo hacen diferente, razón por la cual, su demostración tendrá que ser inequívoca.** De suerte, que una persona bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad también puede la misma recibir el especial de promover y explotar los negocios del empresario ora como representante o agente, pero en virtud de un contrato de agencia (...) **Los requisitos mencionados para la configuración del indicado acuerdo de voluntades son concurrentes, esto es, deben aparecer todos para que puede predicarse válidamente su configuración, ya que la falta de uno de o varios de ellos implica necesaria y fatalmente que tal convención no existe o que degenera en otro acuerdo de naturaleza diferente**" [Cas. Civ. sentencia de 4 de abril de 2008] [Énfasis del Tribunal].

Qué decir, ahora, del requisito atinente al encargo de promoción de los negocios del agenciado, que acá tampoco aparece claro por ningún lado, pues si el plan CO-OP PUBLICIDAD, reglamentado

440
324

La consecuencia de la argumentación que se viene planteando es, simplemente, que el contrato celebrado entre las partes, no fue uno de agencia mercantil, además porque si la polémica que aca se agita toca con la hermenéutica del contrato, debe acudirse, por supuesto, también a lo que allí se estipuló, porque es el que, en principio, refleja la intención negocial, y al que, de entrada, debe acudir el intérprete en orden a fijar el alcance de lo realmente convenido.

Porque, en verdad, desconocer ahora, el contenido del contrato, cuando nada se dijo al momento de suscribirlo, inclusive guardando silencio durante su ejecución, deviene lesivo de la buena fe contractual, que, ha dicho la jurisprudencia "indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente. En el sistema jurídico de los romanos es posible indicar estas dos condiciones generales de la buena fe, las que se encuentran también en nuestro Código Civil, según se verá después." [Cas. civ. sentencia de 23 de junio de 1958, G. J. LXXXVIIIs]

Ahora, es que aún de aceptarse, con todo y lo extraño que pueda resultar, que Neocel pudo haber guardado silencio al momento de suscribir el contrato, inclusive durante su ejecución, lo que sí no puede pasarse por alto es que, finalizada la relación haya convenido en suscribir, en lo que respecta al contrato celebrado el 28 de enero de 2004, sendos contratos de transacción y compensación de cuentas, con corte 31 de mayo de 2005, 31 de diciembre de 2005 y 30 junio de 2006, donde "las partes se declaran a paz y salvo por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas [...], conforme a la ley y al contrato precitado", desde luego

141
325

doctrina jurisprudencial, señalando que : "*una vez emitida la declaración contractual, ella gana cierta autonomía y pasa a vivir no sólo en el texto de las prescripciones y descripciones del contrato, sino en la experiencia negocial misma, es decir, en la forma de ejecución práctica que las partes hacen. Entonces, no está demás señalar que cuando los contratantes emiten la declaración, pierden el dominio sobre ella, pues la conjugación de las dos voluntades y su emisión crean una realidad que gana independencia, de modo que después de expresado el acuerdo, sus autores de manera individual no pueden recoger los pasos andados, para fijar, a la manera de cada uno, el genuino alcance de su manifestación de voluntad, pues tal intento particular, que invariablemente lleva un sesgo, en* [sic] *carece de eficacia para hallar el sentido mediante un laborio aislado y singular, sin tomar en cuenta que el contrato se concertó pluralmente. Rehacer el significado de un negocio jurídico, fijar sus alcances, es asunto que no está en poder de una sola de las partes, sino que forzosamente concierne a ambas y en últimas al juez en caso de desacuerdo insuperable. Y en general, si una de ellas procura adscribir significado al contrato, con exclusión de la otra, se descarta ese intento porque se sabe de antemano que cada quien buscará salvar los silencios y las penumbras del contrato del modo que mejor convenga a sus particulares intereses'*

'*Por esa circunstancia, cuando las partes disputan acerca del significado de una disposición contractual o del negocio todo, tal divergencia debe ser zanjada por la intervención del juez, quien atendidos los elementos lingüísticos de la convención, cuando ello sea posible, el conjunto de sus disposiciones, los antecedentes contractuales entre las mismas partes, o la forma de su ejecución, entre otros aspectos, puede atribuir significado a las disposiciones que siembran la incertidumbre sobre la conducta esperada de las partes frente al acto, así su contenido sea claro. Ha dicho la Corte que no 'por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca*

142
326

Lo que supone ese clausulado, entonces, es que el contrato tendría una duración inicial de un año y, entonces, de conformidad con la parte del texto contractual demandado, la renovación sería solamente mensual, hasta cuando fuera renovado en los términos mutuamente acordados por las partes, o hasta que alguna de ellas lo diera por terminado, algo que por ningún lado encuentra el Tribunal encarne algún abuso, ciertamente, porque no hay una ventaja excesiva, ni un contenido que, de alguna manera, privilegie la postura de Comcel.

Es que, bien vistas las cosas, esa vigencia mensual, de entrada no resulta caprichosa, porque si las partes previeron en tal cláusula que, vencido el término inicial del contrato, vale decir, después de un año, el mismo mantendría vigencia, mes a mes hasta que ocurriera una de dos cosas: (a) la renovación expresa del acuerdo, o (b) el aviso que cualquiera de las partes podía dar a la otra para la terminación del contrato, seguramente ello apuntó a evitar la parálisis del contrato durante el tiempo que tomare la discusión de los términos y condiciones de la renovación, y, en todo caso, si no hubiere acuerdo sobre tal renovación, hasta cuando cualquiera de las partes, no solamente Comcel, manifestara a Neocel su intención de terminarlo, desde luego que siendo ello así no puede haber abuso alguno.

Ahora, el análisis sí es distinto en lo que toca con la cláusula 17.4 en tanto refiere que: "[c]omcel no será responsable para con el Distribuidor ni para con sus centros o puntos de venta, canales de distribución o sub distribución 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", que, por supuesto, aboga por la exoneración total de responsabilidad de Comcel, producto de terminación o expiración del contrato.

Ciertamente, no distingue la cláusula eventos o condiciones en las que pudiera darse esa terminación del contrato, si por causas imputables a las partes, o no, de tal suerte que al abarcar

143
327

1522 de la misma obra le niega validez a la condonación del dolo futuro y el 1523 ibídem estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Tratándose de la culpa leve y levísima, en cambio, los contratantes pueden lícitamente acordar, y en estos eventos su convención es plenamente eficaz, la atenuación y aun la supresión de la responsabilidad civil que la ley, como norma supletoria de la voluntad expresa de las partes, consagra para estos dos grados de culpa".

Así las cosas, no cabe duda, la consecuencia de haberse estipulado en esos términos la cláusula 17.4, debe ser la nulidad absoluta de la misma, porque si bien pudiera argumentarse la misma no refiere expresamente una condonación del dolo o culpa grave, que, reiterase, de suyo la haría inválida, entendiéndose, entonces, que a lo que se refiere es a la culpa leve y levísima, en punto a las cuales no hay límite alguno en casos como el de ahora, lo cierto es que, con todo y ello, la mismas serían igualmente nulas, no por su contenido material, que por su carácter abusivo.

Es que aún cuando de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil es legal pactar en contra del régimen legal de responsabilidad, conocido como "régimen de prestación de las culpas", el acuerdo correspondiente debe ser el producto de la voluntad confluyente de las partes, libre y espontánea, pero no de algo a lo que deba adherirse una de las partes. Así, sí, en el caso de ahora, no está acreditado que para conveniencia de las partes existiera una justificación válida que llevara a contratar bajo ese presupuesto, se está, pues, ante una exoneración de una culpa, a la que, en condiciones normales, debería responderse.

Realmente, estipular que una de las partes no responderá por culpa grave, entraña un desequilibrio evidente e injustificado en contra del otro contratante, ello, desde luego, es algo que no se acompasa con el principio de buena fe contractual, deviniendo en verdad en una cláusula abusiva, de ahí que el Tribunal comparta la apreciación hecha en ese sentido por el *a quo* de declarar su nulidad,

144
328

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el fallo impugnado de fecha y procedencia prenotadas por las consideraciones antecedentes, que quedará de la siguiente manera:

i) **DENEGAR** la totalidad de las pretensiones de la demanda, excepto la cuarta del tercer grupo de pretensiones, relacionado con "la terminación unilateral de los contratos por justa causa imputables a Comcel S.A.", conforme lo expuesto.

ii) En consecuencia, **DECLARAR,** por contener estipulaciones abusivas, la nulidad de la cláusula 17.4 del contrato de enero 28 de 2004.

iii) **CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandante, tásense por la secretaría del a quo en proporción del 80% dada la prosperidad parcial de las pretensiones.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas del recurso de apelación a la demandante en una proporción del 80%. Por la secretaría del Tribunal tásense, e inclúyase la suma de $2'000.000 como agencias en derecho.

TERCERO.- En oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE,

345
329

EDICTO

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA -SALA CIVIL

H A C E S A B E R:

Que dentro del proceso Ordinario número 11001310303920110037701, de NEOCEL S.A EN LIQUIDACION contra COMUNICACION CELULAR S.A COMCEL S.A al conocimiento del H. Magistrado Dr.(A) ANA LUCIA PULGARIN DELGADO, Se dictó Sentencia de Segunda Instancia, con fecha VEINTINUEVE (29) de NOVIEMBRE de DOS MIL TRECE (2013).

***CONSTANCIA:** Para notificar a las partes el contenido de la sentencia anterior conforme lo previsto en el artículo 323 del C. de P. C., se fija el presente **EDICTO** en lugar visible de la Secretaría de la Corporación, por el término legal, hoy 05/12/2013 a las ocho de la mañana (8 a.m.).*

P/ el Secretario,

OFICIAL MAYOR

***CERTIFICO :** Que el anterior **EDICTO** permaneció fijado en lugar público de la Secretaría, por el término de tres (3) días y se desfija hoy 09/12/2013 a las cinco de la tarde (5.00 p.m.)*

P/ el Secretario,

OFICIAL MAYOR

446

330

INFORME SECRETARIAL:

Enero 17 de 2014. En la fecha ingresan las presentes diligencias al Despacho de la H. Magistrada **Dra. ANA LUCÍA PULGARÍN DELGADO,** para continuar el trámite procesal que corresponda, informando que el traslado de la liquidación de costas se encuentra vencido y las partes no la objetaron.

MARLON LAURENCE CUJIA VALLEJO
Secretario

147
331

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO CUARTO (4) CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTION DE BOGOTA

Bogotá D.C., febrero veintidós (22) de dos mil diez trece (2013).

RADICACIÓN : No. 2011-0377
PROCESO : ORDINARIO – RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.
DEMANDANTE: NEOCEL S.A. EN LIQUIDACIÓN
DEMANDADOS: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
PROVIDENCIA: SENTENCIA PRIMERA (1ª) INSTANCIA

Procede este despacho a decidir de fondo el presente proceso, emitiendo el fallo que en derecho corresponde para dirimir la presente instancia, teniendo en cuenta los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

En libelo que fuera introductorio de la presente acción, la sociedad Neocel S.A., en liquidación, por conducto de su representante legal y de apoderado especialmente constituido, solicitó que previa citación y audiencia de la sociedad Comunicación Celular S.A. "Comcel s.a.", a quien señaló como demandada, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

-"*PRETENSIONES PRINCIPALES:*

"*SECCIÓN I: ATINENTE A LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS REALMENTE CELEBRADOS Y EJECUTADOS POR LAS PARTES:*

"*PRIMERA: Se Declare que entre COMCEL S.A., como agenciado y NEOCEL S.A. en liquidación, como agente, realmente se celebró un contrato de "agencia comercial" establecida en el Art., 1324 del Co. de C, para planes prepago y postpago con COMCEL S.A.*

"*SEGUNDA: Se declare que la relación comercial fue permanente desde 28 de Enero 2004 hasta el 27 de Mayo de 2008 y sin solución de continuidad.*

"*TERCERA: Se declare que entre COMCEL S.A., como agenciado y NEOCEL S.A. en liquidación, como agente, realmente se celebró un contrato de agencia comercial establecida en el art. 1324 del Co. Co, para planes de servicios de datos.*

"DECIMA SEGUNDA: Como consecuencia de la pretensión anterior y en subsidio de las pretensiones NOVENA y DÉCIMA, se condene a COMCEL S.A: a pagar el valor equivalente al 20% sobre el total de las comisiones que por activación por residual y por la promoción y comercialización de la tarjeta PREPAGADA AMIGO se le canceló y se le debió cancelar a NEOCEL, a lo largo de la vigencia de los contratos.

"DECIMA TERCERA: Se condene a pagar a COMCEL S.A y a favor de NEOCEL S.A., por el hecho de la terminación unilateral por justa causa imputable a COMCEL S.A., la suma de dinero que se pruebe dentro del proceso, por concepto de la indemnización establecida en el inciso 2 del Art. 1324 del Co. de Co., para efectos de su cuantificación se deberá tener en cuenta los criterios establecidos en la citada norma y para cada uno de los contratos ejecutados, incluyendo el reintegro de la totalidad de los dineros que por concepto del PLAN CO-OP, desembolsó NEOCEL S.A., a lo largo de la relación contractual.

"DECIMA CUARTA: Se ordene que el monto de las prestaciones a que se refieren los incisos 1 y 2 del Art. 1324 del C. Cio., sean traídas cada una de ellas a valor presente, es decir a la fecha en que se realice el correspondiente cálculo.

"SECCIÓN II: PRETENSIONES QUE SE REFIEREN A LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL:

"PRIMERA: Que se declare que el contrato de Agencia Comercial que ejecutaron COMCEL S.A. y NEOCEL S.A., por el término inicial de un (1) año contados a partir del 28 de Enero de 2004 se renovó automáticamente a su vencimiento en las mismas condiciones y por el término del contrato inicial.

"SEGUNDA: En consecuencia se declare que la última vigencia del contrato referido se extendida hasta el día 27 de Enero de 2008.

"TERCERA: Que se declare que el contrato de Agencia Comercial que ejecutaron COMCEL S.A., y NEOCEL, por el término inicial de un (1) año, Contados a partir del 08 de Junio de 2006 tuvo vigencia hasta el 07 de Junio de 2007.

"CUARTA: Como consecuencia de lo anterior, se declare la validez o ineficacia de la cláusula QUINTA del contrato iniciado el 28 de Enero de 2004 y por ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractualmente por parte de COMCEL y por lo tanto de toda aquellas cláusulas, adendos, otro sí, etc, que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultaren conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes(...).

"SECCIÓN III PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS POR JUSTA CAUSA IMPUTABLES A COMCEL S.A.:

"PRIMERA: Que se declare que por justa causa imputable a COMCEL S.A., se dio por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial iniciado el 28 de Enero de 2004 y hasta el 27 de Mayo de 2007, con NEOCEL S.A. EN LIQUIDACIÓN.

"SEGUNDA: Que se declare que por justa causa imputable a COMCEL S.A., se dio por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial iniciado el 08 de Junio de 2006 y hasta el 27 de Mayo de 2007, con NEOCEL S.A. EN LIQUIDACIÓN.

449
333

siguiendo precisas instrucciones y en nombre de ésta última, promovió y explotó los negocios de su agenciada, obteniendo nuevos clientes, obrando como empresario independiente, con su propia infraestructura y organización administración.

6. Una vez realizadas las activaciones Comcel respondía directamente por el servicio sin que existiera responsabilidad de Neocel por las fallas e interrupciones del servicio de telefonía móvil, no obstante de que realizaba a nombre de su agenciada toda la gestión de postventa tales, como garantías, servicio al cliente, recepción de pagos y gestiones de carácter comercial.

7. En el contrato del 28 de enero de 2004, se estableció como contraprestación principal para Neocel el pago en dinero de comisiones, en la cuantía y con las modalidades señaladas en el mismo contrato, del cual también hacen parte los anexos, A, plan de comisiones del distribuidor entre otros; mientras que en el contrato de 8 de junio de 2006, se fijó un plan de condiciones que Neocel por concepto de los abonados activados a través de la red de Comcel tenía derecho, lo que se denominó como residual.

8. Durante la ejecución de los contratos, la demandante, por cuenta y riesgo de Comcel vendió todos los planes celulares creados y desarrollados por la compañía de telefonía móvil, así como los servicios de transmisión de datos, utilizando la tecnología GPRS y la red GSM, y recibió todos los dineros provenientes de los abonados celulares y venta de transmisión de datos, por concepto de activación, capitales que consignó en las cuentas bancarias de Comcel.

9. De igual forma, la agente (Neocel S.A.) dedicó todo su tiempo exclusivamente a promover la venta de todos los servicios y elementos de telefonía móvil celular de Comcel, incluyendo los servicios de datos, para lo cual se encargó de contactar a los futuros clientes y vincularlos con Comcel, de manera independiente utilizando su propia infraestructura financiera, administrativa y contable, pero siguiendo las instrucciones y lineamientos establecidos por su agenciada, sin tener algún carácter laboral con dicha entidad.

10. Sin embargo, pese al cumplimiento de Neocel S.A. y a que ésta facturara mensualmente a Comcel el valor de sus comisiones, tanto por la activación (prepago) como el valor por las ventas de equipos prepago amigo, la promoción de la tarjeta prepago amigo y de residuales por activación de planes potspago, la agenciada no las canceló según lo pactado en los convenios.

11. Por el contrario, Comcel durante la ejecución de los contratos, de manera unilateral empezó a modificar las condiciones de los mismos, especialmente al régimen económico de éstos, afectando de manera grave el equilibrio de las

quien dentro de la oportunidad procesal, por intermedio de apoderado debidamente constituido, contestó la demanda y propuso las excepciones de mérito a las que denominó: "*1). Transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre Neocel y Comcel; 2). Ausencia de los presupuestos para la declaratoria de ineficacia de las cláusulas enunciadas por la convocante; 3). Prescripción de las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia comercial; 4) Inexistencia del contrato de agencia comercial; 5).Cumplimiento del contrato por parte de Comcel; 6). Pago de todas las obligaciones a cargo de Comcel; 7). Venire contra factumpropium non valet; 8). Compensación; 9). Genérica*" (fol. 374 a 380 c.1)

2.2. Trabada así la relación jurídico-procesal, el 29 de febrero de 2012 se llevó a cabo la diligencia establecida en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, durante esta diligencia se evacuaron todas las etapas correspondientes, se declaró fallida la conciliación por cuanto el representante legal de la sociedad demandante no se hizo presente, se declaró saneado el proceso y se fijó el litigio, ratificándose el demandante y los demandados en sus pretensiones y excepciones, de igual forma dentro de dicha audiencia se recibió el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada (Fl.398 a 401 c. 1).

2.3. En auto de 7 de marzo de 2012 se abrió el proceso a pruebas (fol.404 c.1), teniendo como tales, las documentales aportadas y obrantes al plenario. Así mismo, se decretó el interrogatorio de parte para el representante legal de la sociedad accionante, la cual se llevó a cabo el 18 abril de 2012 (fol.417 a 419 c.1). Sumado a lo anterior se decretaron los testimonios de Carlos Mario Gaviria, Nancy Rojas, Nohora Ligia González Rodríguez, Diana Paola Daza Serrano, Ana Patricia Sanabria Higuera y Martha Sánchez Laserna, de los cuales únicamente se recibieron los dos últimos el 18 de abril de 2012 (fol. 420 a 423 c. 1) y el 25 de abril de 2012 (fol. 440 a 441 c.1).

Por otra parte se libró oficio al Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito y a la Cámara de Comercio de Bogotá. Finalmente, se decretó dictamen pericial el cual fue rendido el 15 de mayo de 2012, según obra a folios 445 a 795 c. 1A, aclarado y complementado a folios 805 a 821 c. 1A, experticia fue objetada.

2.4. Mediante proveído 12 de septiembre de 2012 (fol. 873 c.1A), se corrió traslado a las partes por el término de cinco (5) días para presentaran sus alegatos de conclusión, derecho procesal que ejercieron ambos extremos de la litis (fol. 874 a 526 c.1A).Así, se encuentra agotado el trámite previsto en el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, luego, es del caso entrar a definir de fondo, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

3.1. Nada encuentra el Despacho para objetar respecto de la presencia de los presupuestos jurídico-procesales que requiere la codificación adjetiva para la

354 c.1): *"En cuanto a las fechas de los contratos de distribución celebrados entre COMCEL y Neocel, son ciertas."*".

En este orden de ideas, no cabe duda de la existencia de legitimación en la causa de los sujetos procesales del litigio, por lo que corresponde al Despacho resolver sobre los requisitos de la acción de responsabilidad civil contractual y antes que nada determinar la naturaleza de los contratos suscritos por las partes, que a la larga determinará la prosperidad o de las pretensiones.

3.3. En el caso sub-litte, de las pretensiones de la acción se desprende que lo que se intenta por esta vía es que se declare que los contratos suscritos por las partes el día 28 de enero de 2004 y el 8 de junio de 2006, contrario a lo dispuesto en sus textos y en especial a sus cláusulas 4 que refieren que la naturaleza de la relación contractual es de distribución, lo que realmente celebraron fue unos contratos de agencia comercial establecida en el artículo 1317 del Código de Comercio, los cuales fueron permanentes y sin solución de continuidad hasta el 28 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2007 respectivamente, fechas en las que se terminaron unilateralmente por la demandada, y como consecuencia se condene al pago de la cesantía comercial establecida en el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, junto con la indemnización dispuesta en el numeral segundo de dicha norma, para cada contrato respectivamente.

De igual forma, se solicita se declare la invalidez o ineficacia de la cláusula 4, el inciso final de la cláusula 30 y el numeral sexto del anexo A del convenio suscrito el 28 de enero de 2004 y de las clausulas 4, inciso final del numeral 32.5 y la totalidad del 32.7 del contrato de 8 de junio de 2006, por haberse impuesto o ser ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de Comcel y por tanto de todas aquellas cláusulas, adendos, otro sí, etc, que fueran consecuencia directa o indirecta de las clausulas mencionadas o resultasen conexas o derivadas de ellas o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes.

De ahí, que el debate jurídico en esta oportunidad se circunscribe a determinar si hay lugar a declarar la existencia de contrato de agencia comercial entre las partes, a pesar de haberse suscrito contratos de distribución, por virtud de la realidad de los contrato que se ejecutaron, según la solicitud de la demandante.

3.4. Sentado lo anterior, corresponde esclarecer de la teoría general de los contratos, tradicionales principios sobre la frecuente distorsión que se suscita entre el contrato celebrado y el que se ejecuta, pues es posible que durante la vigencia de un contrato las partes terminen llevando a cabo una negociación diferente a la inicialmente pactada, bien porque expresamente se equivocaron en la denominación inicial, o porque la vitalidad negocial exigió la ejecución de otro tipo de obligaciones que tuvieran como fuente otras figuras contractuales, por lo que se reconoce que no es la denominación que le den las partes la que

152
336
93
40

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.", (negritas fuera del texto)

Texto del que se colige, que las partes cuando suscribieron los contratos, ajustaron sus voluntades con la intención de evitar cualquier posibilidad de dar creación a un contrato de agencia comercial o cualquier tipo de representación incluido el mandato, de manera que así lo convinieron de manera inequívoca, sin que pueda ser objeto de esta instancia declarar algún error, fuerza o dolo que invalide tales clausulas y lo expresado por los contratantes en ellas, máxime cuando dentro del expediente dicha circunstancia no se acredito por parte de la demandante.

De ahí, que sea acertado señalar que lo pactado no es más que el reflejo del principio de la autonomía de la voluntad privada de que están facultadas las partes para diseñar los términos de sus relaciones y de la cual dimanan plenos efectos jurídicos, cuyo único limitante es que no desconozcan lo imperativos de orden público, como en efecto no ocurre en la oportunidad.

Por consiguiente, si lo que pretende la demandante, es desconocer el texto literal de los contratos, bajo el argumento de hacer prevalecer la hipotética, su aspiración sería legítima si no fuera porque, delanteramente le implica ir contra el consentimiento que prestó para la extinción de toda posibilidad de reclamar por el insistido contrato de agencia, como que las partes previeron dicha eventualidad y se anticiparon a excluirlo de la tipología de sus relaciones, lo que se traduce en que, incluso la ejecución de un contrato de agencia quedaba sometida a la voluntad de las partes de no verse obligadas por dicha realidad, dado que su intención desde el momento de la suscripción fue vincularse en torno a un suministro y no a una agencia mercantil, desmentida *ab initio*, en un pacto plenamente válido, donde coincidieron en suprimir toda expectativa en torno a dicha modalidad contractual[4].

Sumado a lo anterior, los contratos suscritos entre las partes de éste litigio, se presumen en igualdad de condiciones para obligarse, en tanto no se acreditara la posición dominante de una de ellas sobre la otra y el abuso de la misma, pues lo que la ley sanciona es el abuso de la ventaja con la que cuenta uno de los contratante en detrimento de su adversaria, circunstancia que no se acreditó dentro del expediente, es más encuentra el despacho que ningún esfuerzo demostrativo se realizó a efectos de probar tal hecho, por el contrario, no se está ante un conflicto de indefensión o de subordinación de uno de los contratantes frente al otro, que deba asistirse para derivar de tal juicio y la consecuencia sobre

[4] Ibidem ct. 3.

3.5. Por otra parte, frente a la cláusula 5, inciso final de la cláusula 30 y el numeral sext del anexo A del convenio suscrito el 28 de enero de 2004 y del inciso final del numeral 32.5 y la totalidad del 32.7 del contrato de 8 de junio de 2006, debe decirse desde ya que tampoco son invalidas o ineficaces, como quiera que no se demostró error, fuerza o dolo en el consentimiento de las mismas o que hayan sido producto de un abuso de la posición dominante contractual de Comcel, que por cierto no está acreditada.

Dichas clausulas señalan: inciso final de la cláusula 5: "*vigencia del contrato numeral 5.1 la vigencia inicial de este contrato comenzará en la fecha escrita en el comienzo de este contrato y continuará con plena vigencia 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 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 quince (15) días comunes de anticipación a la fecha del vencimiento del correspondiente periodo mensual. Numeral 5.2 al vencimiento de este contrato el mismo podrá ser renovado según los términos y las condiciones que las partes acuerden*"; Clausula 30: "*Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de éste 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*", clausula 32.5.: "*En caso de desactivación del abonado o suscriptor mediante cualquiera de las conductas expresadas en el numeral 7.23 de este contrato y, en particular mediante fraude al contrato de distribución, al de suscripción , a los planes y programas o a través de declaraciones falsas o inexactas o actividades fraudulentas por parte del distribuidor, incluidas las maquinaciones tendientes a aumentar las activaciones o el número de abonados que no correspondan a la realidad, o en los casos de activación con base en la documentación e información suministrada por el distribuidor, con base en documentos o datos falsos, total o parcialmente, o cuando siendo veraces pertenecen a personas distintas que no hayan autorizado su utilización o, cuando de cualquier manera permita o tolere la utilización de datos suministrados por los usuarios, clientes o suscriptores en sus solicitudes, por el mismo, su personal, otros distribuidores, centros o puntos de venta, o canales de distribución, para obtener la activación posterior de líneas sin la anuencia del suscriptor o de personas que no lo hayan autorizado, o cuando tolera la utilización indebida de la información confidencial de los documentos de identificación de su personal, o de papelería y documentación suministrada y, sin perjuicio de las sanciones pactadas, COMCEL, podrá hacer en cualquier tiempo deducciones de las comisiones por cuentas irrecuperables o de dudoso recaudo hasta por un máximo del total de las comisiones pagadas al centro de ventas por concepto de la activación irregular aquí indicada, sin que se excluyan otros efectos previstos en el contrato de distribución para los mismo hechos. COMCEL, se reserva el derecho de hacer descuentos o de acreditar las cuentas de sus abonados, cuando en su opinión, a ello hubiere lugar.*" numeral 32.7 "*Dentro de los valores por concepto de comisiones por cualquier otro concepto 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*

154
338

hicieron referencia a que se pagara de manera anticipada un valor por cuenta de cualquier indemnización o prestación que surgiera a favor de la demandante, esti lación totalmente válida en nuestro derecho patrio.

En tal sentido cabe citar lo que en pronunciamiento similar señaló la Corte: *"la Sala entiende que, ciertamente, el Tribunal incurrió en el error de hecho manifiesto y trascendente que denuncia el casacionista, pues la interpretación prohijada por aquel privó de toda eficacia a la estipulación contractual, en tanto hizo prevalecer la última parte de la misma, relativa a la renuncia a la prestación, por sobre la primera, tocante con el pago anticipado durante la ejecución del contrato, el que, por regla, se considera lícito"*[6].

Incluso nuestro Alto Tribunal, en el mismo fallo señalo que dicho pago anticipado podía darse para la remuneración de que trata el artículo 1324, pues *'al margen de la discusión sobre la naturaleza de la prestación'* y si bien *"en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato"* en otras palabras señala la Corte, *'aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia –lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación-, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes"*[7].

Y es que este Juez, no puede ir más allá desconociendo la voluntad contractual de las partes, desechando lo pactado por ellas en el clausulado, *'porque no puede pasarse por alto que el intérprete, a la hora de hacer imperar uno de los dos extremos, debe privilegiar aquella interpretación que permita hacerle producir a la estipulación los efectos legales que las partes quisieron o debieron querer, por sobre aquella otra postura hermenéutica que conduzca a cercenárselos'*. No obstante, que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, *"puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina"*[8], o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló –en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere. Pero es claro que la sola probabilidad de que sea distorsionada la voluntad contractual, no autoriza al intérprete, *ab initio*, para desconocer postulados que, como el de la autonomía, insuflan el derecho de los contratos, por lo que se echa de menos el esfuerzo demostrativo de la parte demandante para acreditar tal circunstancia.

Ahora bien, en cuanto al inciso final del numeral 32.5 del contrato de 8 de junio de 2006, que señala: *"COMCEL, podrá hacer en cualquier tiempo deducciones de las*

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia 8 de mayo de 2015, Exp. 7504.
[7] Ibidem cit 6.
[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, sentencia de 2 de febrero de 2001, Exp.: 5670

pesar de asentir en un convenio de distribución ejecutó uno de agencia mercantil, es indispensable que demuestre de manera estricta y rigurosa, sin asomo de duda, que aún contra su propio consentimiento, se estructuraron los elementos esenciales del contrato típicamente consignado en el art. 1317 del Código de Comercio[9].

Sentado lo anterior, entra el Despacho a dilucidar que la agencia comercial, es un contrato consensual, por medio cual un empresario, encomienda a otro comerciante, para que de manera independiente y estable, promocione su negocio, 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, bien como representante del empresario, ora como fabricante o distribuidor de sus productos.

Acuerdo que se encuentra regulado en el estatuto mercantil en su artículo 1317, que establece: "*Por medio del contrato de agencia comercial, 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 los elementos más notables, que pueden inferirse de la normatividad citada anteriormente, ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia se encuentran los siguientes[10]:

a)Encargo de promover o explotar negocios
b) Independencia en la actividad del agente: tiene su propia empresa y la dirige independientemente.
c) Estabilidad en la actividad del agente
d) El agente tiene derecho a una remuneración.
e) Actuación por cuenta del agenciado.

En cuanto a la finalidad del contrato de agencia mercantil, esto es, la promoción y explotación de negocios en este género de contratos, para diferenciarlo de otras formas de intermediación comercial, supone la **apertura de un mercado** en el que el agenciado aún no participa y busca por tanto **conquistar**, con todas las exigencias propias que el concepto de mercadeo acarrea en punto de tal propósito, en lo que se hace patente la preponderancia que tiene la finalidad económica inmersa en el contrato para definir su estructura.

[9] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, M.P. Ruth Elena Galvis, sentencia de 24 de mayo de 2010. Exp.2004-00491-02.
[10] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril de dos mil ocho (2008). Ref: 08001310300619980-00171-01

De no aparecer patente tal resultado, la relación negocial no puede menos que corresponder a otra especie de contrato, sea de distribución, suministro o cualquier otra clase de intermediación comercial, que no la anhelada aquí agencia mercantil.

Siendo tal el estribo en que debe apoyarse la tarea apreciativa de las pruebas vertidas al proceso, corresponde emprender tal designio, a efecto de dilucidar si de dicha finalidad económica dan cuenta, para develar una circunstancia fáctica de tal componente volitivo o intencional.

Es así que el testimonio de la señora Martha Sánchez Laserna (fol. 421 c.1) reitera la calidad de distribuidora que ostentó la demandante y no da cuenta de una finalidad contractual distinta que la de entregar mercancías a la accionante a título de distribución,: "*PREGUNTADO: doña Martha, conoció usted, a la Sociedad NEOCEL, si la conoció: CONSTESTO: Por supuesto que la conoció, por ser distribuidores de mi gerencia (...) el contrato de distribución que suscribió neocel, le permitía ejercer la distribución, solamente en Bogotá y Cundinamarca, nada más (...)*", declaración que presta total credibilidad para el Despacho, como quiera que la testigo pese a estar incursa en motivos de sospecha de conformidad con el artículo 217 del Código de Comercio, demostró imparcialidad y certeza en la forma de deponer sus respuesta y a que las mismas estaban respaldadas con otros medios de pruebas.

En cuanto al conocimiento o no del producto entre los clientes a la fecha en que la demandante inició su tarea, para el Despacho emerge contradictorio el dicho testifical cuando afirma que los productos de COMCEL S.A. eran desconocidos, tratándose de una empresa con más de diez años con el mismo objeto social para la fecha en que dicha sociedad contrató con la libelista.

Se tiene, con base en tales medios de prueba, que el supuesto de hecho insito en el art. 1317 del C. de Co. que la demandante se propone demostrar, no deriva del contenido de las piezas aportadas al proceso, desprovistas como de certeza de que Neocel desde el año 2004 hasta el año 2007 actuó como agente, deficiencias que se traducen en la debilidad de la carga asumida por la demandante para demostrar con apego a los postulados descritos sobre el trazo diferenciador del contrato perseguido frente a los demás contratos mercantiles de intermediación.

Ahora bien, cierto es que los contratos de agencia mercantil y de distribución, el primero pretendido por esta vía y el segundo celebrado por escrito entre las partes, constituye un enunciado sustentado en una situación de control ejercida por la sociedad demandada sobre sus subordinadas como una estrategia para eludir contratos de la primera especie mencionada. Esta relación de causalidad así argumentada, supone internarse en disquisiciones propias de otra especie de juicios y a cargo de otras autoridades, sin que se comprenda propicio este escenario para desentrañar un tal designio envuelto en la actuación de la demandada que deba implicar una decisión previa a la que se impone en este

157
341
94 94

diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor"[13]

Sumado a lo anterior, de los argumentos expuestos por la demandante y el material probatorio en especial los documentos obrantes a folios 21 a 158 c.1., en especial de los memorandos (fol. 21) y correos electrónicos enviados entre los directivos de las sociedades a folios 31, 39, 47, 71 a 73 y 116 a 119, se evidencia que Neocel no tenía independencia a la hora de realizar la promoción de los servicios y productos de Comcel, pues denpendía de las autorizaciones que ésta entidad le diera a las campañas y materiales publicitarios, es más se encuentra que la mayoría de publicidad la cancelaba Comcel.

Po ejemplo, para la campaña que incluía la rifa de una viaje a Santa Martha (fol. 116), se encuentran varios correos dirigidos a los funcionarios de Comcel , para la que aprobaran y determinaran las condiciones que debía realizarse. Situación que se refleja incluso en el número de volantes o pendones que tenía que poner en circulación Neocel (73).

Igual situación se refleja, cuando en testimonio la señora Martha Sánchez Laserna manifiesta que pese a que Neocel tiene sus propias instalaciones (fol. 422 c.1), "*A todo el personal del distribuidor tanto administrativamente eran capacitados en forma continua por comcel*".

Pertinente es resaltar lo que en tal sentido señaló la Corte: "*Es claro, además, que el agente desarrolla su gestión con independencia y autonomía, en la medida en que no está vinculado con el productor mediante lazos de subordinación o dependencia, ni hace parte de su organización. Como actúa como un profesional independiente, hace suyos los riesgos por los costos que su operación de promoción le demande. Por lo mismo, tiene libertad para designar sus colaboradores para diseñar los métodos que considere más convenientes para cumplir la misión asumida.*"[14]

De ahí, que se tenga que no existió agencia comercial en el presente caso, pues falto el requisito indispensable el de promover y explotar negocios, para abrir un mercado por lo que las pretensiones en relación a dicho negocio jurídico han de ser rechazadas y por ende entra el Despacho a verificar la prosperidad o no de las Subsidiarias que propuso la accionante.

4. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

4.1. Solicitó la parte demandante, de manera subsidiaria que si no se declaraban la invalidez o ineficacia de la cláusulas 30 del contrato de 28 de enero de 2004, el numeral sexto del anexo A y el inciso final del numeral 32.5 y el numeral 32.7 del contrato de 8 de junio de 2006, se declarara que Comcel no pagó a Neocel S.a., el

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 6 de julio de 2055. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Expediente. 0243 - 01

[14] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.-P. Pedro Antonio Munar Cadena; sentencia del 15 de diciembre de 2006. Expediente 76001-3103-009-1992-09211-01.

Estipulaciones de las cuales se desprende se estaba pactando que una parte de las comisiones o valores que recibiera la demandante serían una cancelación adelantada de lo que por prestaciones, bonificaciones o indemnizaciones tuviera derecho la demandante, lo que de suyo no es ilegal, pues prevenir el pago de dichos conceptos es totalmente válido, como se pudo señalar a la hora de establecer la validez y eficacia de dicha clausula, en esta sentencia que concuerda, como se dejo antes señalado, con lo establecido en tal sentido por la jurisprudencia Nacional.[15]

4.3. Frente al segundo de los elementos, referente al incumplimiento, del no pago de las comisiones del 20% debe decirse que en el presente caso, no se encuentra demostrado, pues según el dictamen pericial (fol. 471 c.1A): "*4) A LA PREGUNTA: "Cuantificar el monto de lo dejado de percibir por NEOCEL por comisiones por Activacion: R/ De conformidad con lo anterior, Comcel S.A. liquidó y pagó a Neocel las comisiones causadas a su favor en los términos del contrato de distribución*", lo que de suyo permite concluir a esta instancia, que la demanda cumplió con su obligación, pues lo que se pacto fue que del 20% de lo que recibiera la demandante se entendía como pago anticipado por cualquier prestación, bonificación o indemnización.

Y no puede ahora, coaccionarse a la demandada a que cancele, un valor adicional del 20% sobre todos los valores recibidos, como lo pretende la demanda, pues sería hacerle decir a una cláusula lo que en ella no está dispuesto, es más estaría el juez creando una obligación para una de las partes que no fue estipulada dentro de la convención, en contravía de la voluntad y libertad contractual que unió a los extremos del litigio.

Puestas de esta manera las cosas, se halla que no se acreditó que la demanda no pagará la suma dispuesta en las cláusulas precitadas, pues si pago todo lo correspondiente a comisiones por los contratos, con ello se entendía sufragado el pago anticipado por cuanta de prestación, estipulada por las partes.
Empero, si aun en gracia de discusión, se dijera que se incumplió dicha obligación, lo cierto es que la parte demandante no acreditó que daño o perjuicio le causó tal falta, pues la cancelación anticipada se dirigida a "pagar cualquier prestación, bonificación o indemnización" que por cualquier causa debía pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato", las cuales no fueron demostradas por la demandada o por lo menos, no se evidencio el detrimento patrimonial por el no pago del 20%.

Y es que debe tenerse en cuenta, que el pago anticipado, no era parte de un pago por sus servicios o que se causara realmente, sino que se advenía al pago de posibles prestaciones, perjuicios o bonificaciones que tendría que demostrarse y que además dicha cancelación previa no las cubrió ya sea total o parcialmente, para coaccionar a la acá demanda a su pago.

[15] Ibidemcit 12.

159
343

JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D.C., Julio Primero (01) de dos mil catorce (2.014)

Ref: ORDINARIO No. 2011-0377

Vencido el término del traslado de la liquidación de costas elaborada por secretaría sin que fuera objetada y encontrándose esta ajustada a derecho, el Juzgado le IMPARTE APROBACIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

CESAR EDUARDO DÍAZ VALDIRI
Juez

JUZGADO 39 CIVIL DEL CTO SANTAFE DE BOGOTA D.C.
Hoy - 3 JUL 2014 se notifica el auto
anterior por anotación en el Estado No. 057
El Secretario

160
349

Al respecto, cabe señalar lo que la corte señalo en jurisprudencia: "*no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquel, permita que el agente, ex ante, vea retribuido –o, si se quiere- compensado su esfuerzo por la formación de una clientela que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el artículo 1324 del C. de Co., resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados*".

En estas condiciones, las pretensiones subsidiarias también están llamadas al fracaso, por lo que el Despacho, por economía procesal, se abstendrá de estudiar las excepciones propuestas por la pasiva.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto (4°) Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AVOCAR el conocimiento de este proceso para el proferimiento del respectivo fallo.

SEGUNDO: DESESTIMAR todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones.

CUARTO: CONDENAR en costas, por el trámite del proceso, a la parte demandante, por los motivos atrás señalados. Incluyendo como agencias en derecho la suma de $2.200.000, tásense.

QUINTO: DISPONER la devolución inmediata del expediente al Juzgado de origen, donde se deberán agotar los trámites siguientes de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA LUCÍA GONZÁLEZ SALAMANCA
Juez

IG.

161
345

SECRETARIA

Bogotá, D. C., veintidós (22) de mayo de dos mil catorce (2014). En la fecha, la secretaria en cumplimiento a lo ordenado por el despacho, procede a efectuar la liquidación de costas, así:

2011-377

Agencias en derecho EN UN 80%	$80.000.000.00 X 80% $64.000.000.00
TOTAL	$64.000.000.00

SON: SESENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M-CTE ($64.000.000.00)

MARIA DELIA ROJAS RAMIREZ
Secretaria

TRASLADO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil catorce (2014), siendo las ocho de la mañana, conforme a lo ordenado en el artículo 393 del C. de P. C. y el artículo 108 ibídem, se fija en traslado la anterior liquidación de costas por el término de tres (3) días, que corren del (26) de mayo al (28) de mayo de la presente anualidad.

MARIA DELIA ROJAS RAMIREZ
Secretaria

PRECEDENTE JUDICIAL # 2

~~162~~
347

1366

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
ccto23bt@cendoj.ramajudical.gov.co
Bogotá D.C., abril veintitrés de dos mil diecinueve

Radicación	:	11001 31 08 023 2012 00176 00
Clase de proceso:		Verbal
Demandante	:	Isesco Comunicaciones Ltda
Demandado	:	Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.

Isesco Comunicaciones Ltda., valiéndose de apoderado judicial, convocó a proceso ordinario a Comcel S.A. planteando estas

PRETENSIONES:

Sobre las RELATIVAS A EXISTENCIA Y NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICO NEGOCIAL SUB IUDICE, pide se DECLARE:

1. Que las partes en este trámite se encuentran vinculadas por virtud de la relación contractual recogida documentalmente en contratos suscritos en julio 28 y diciembre 21 de 2006, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente.

2. Que las cláusulas de esos contratos fueron extendidas y dictadas por Comcel, de manera que dicho negocio jurídico, respecto de la convocante, fue de adhesión.

3. Que la cláusula cuarta de cada uno de esos contratos, la 15 del contrato de voz y Blackberry, la 16 del contrato de datos, el numeral 4o del anexo F, el denominado "documento de terminación " y las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del contrato "Sub lúdice", o en las que éste se calificó como un negocio atípico e innominado de distribución, son estipulaciones contractuales nulas inválidas y/o ineficaces por ser abusivas y producto de la posición dominante contractual de Comcel.

3.1. SUBSIDIARIA DE LA PRETENSION TERCERA: En subsidio de la pretensión anterior, declarar que las cláusulas cuarta de los contratos; la 15 del de voz y Blackberry, del 28 de julio de 2006 y del 21 de diciembre de 2006 y la 16 del de datos del 21 de diciembre de 2006; el numeral 4o del Anexo F y las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del contrato sub judice, o en las que éste se calificó como negocio atípico e innominado de distribución, son antinómicas en relación con aquellas otras que comprenden los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

4. Con fundamento en el principio del contrato Realidad, declarar que la antinomia a que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, se resuelve a favor de la calificación del contrato sub judice, como típico y nominado de Agencia Comercial.

463
348

Comcel, deben ser promediados para efectos del cálculo de la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 de código de Comercio. 1367.

11. CONDENAR a Comcel a pagar a favor de la actora la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 Co. Co., en la suma que se determine pericialmente en el proceso.

12. CONDENAR a Comcel a pagar a favor de la actora los intereses moratorios causados sobre la suma a que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, calculados desde cuando terminó el contrato (27 de febrero de 2011), hasta su pago, a la tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la super financiera (art. 884 del Co. de Co.)

13. Que entre julio de 2006 y marzo de 2007, la facturación que Isesco emitía a Comcel por concepto de la remuneración a su labor, única y exclusivamente contemplaba el pago de "comisiones".

14. Que aunque a partir de abril de 2007, Comcel ordenó a Isesco facturar dividiendo el valor del 100% la comisión que se le venía pagando en un 80% para su pago y un 20% para supuestos "pagos anticipados", tal facturación tuvo como origen único y exclusivo la causación de comisiones a favor de Isesco.

15. Que la subcuenta auxiliar que Comcel creó con el No. 2605101210 pertenece a la del PUC No. 260510 que corresponde a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones/Para Costos y Gastos/Comisiones.

16. Que la subcuenta auxiliar que Comcel creó bajo el No. 5295050017 pertenece al PUC No.529505 y corresponde a Gastos/Operacionales de Venta/Diversos/Comisiones.

17. Que en las subcuentas auxiliares que Comcel creó con los Nos. 2605 101210 y 5295050017 y que llamó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones":

a) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del artículo 1324 del Co. Co.

b) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de indemnizaciones.

c) No se registran pagos anticipados ni anticipos para el pago.

d) únicamente se registran hechos económicos a título de comisiones.

18. Que la denominación que Comcel le dio a las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017 inducen a error en cuanto a la realidad de los hechos económicos que en ellas se registraron, circunstancia que tipifica mala fe imputable a Comcel.

19. Que además, se DECLARE:

a) Que una vez la actora le facturaba, Comcel reducía de la subcuenta auxiliar 2605101210 los montos facturados y en contrapartida, subía en su pasivo la subcuenta 233520 que corresponde a Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/Comisiones.

~~164~~
349

1366

PRETENSIONES RELATIVAS A LA TERMINACION SIN JUSTA CAUSA IMPUTABLE A ISESCO, pide se DECLARE:

22. Que entre noviembre de 2009, cuando se firmó el acuerdo de pago por $877'549.335, y diciembre de 2010, Isesco le facturó a Comcel $1.028'133.642, de los cuales sólo recibió $198'755.190, por lo que la suma contemplada en el acuerdo, a dicha fecha quedó totalmente cancelada.

22.1 PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA VIGESIMA SEGUNDA PRINCPAL: En subsidio de lo anterior, DECLARAR que la mora presentada por Isesco frente al acuerdo de pago suscrito en noviembre 13 de 2009 (cuota mensual de $36'943.365), durante noviembre de 2010 ($9'850.950), diciembre de 2010 ($18'000.000) y enero de 2011 ($10'000.000), no tuvo la entidad suficiente para acarrear la terminación del contrato alegando su incumplimiento, dado que con el total de la mora ($37'809.055), no se afectó en manera alguna la economía de Comcel.

22.2 SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA VISESIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Si no prosperan las pretensiones precedentes, en subsidio se DECLARE que fue Comcel quien puso a Isesco en imposibilidad de cumplir el acuerdo suscrito el 13 de noviembre de 2009, pues dejó de pagarle el subsidio de arrendamiento (10% sobre las ventas) realizadas en el punto C; le cobró equipos a full precio sin que ello estuviera previsto en el contrato; le impuso a Isesco penalizaciones y sanciones por fuera de las estipulaciones del contrato y sobre ventas ya conciliadas y le impuso cargas administrativas que no estaban contempladas en el contrato, todo lo cual disminuyó de manera significativa el flujo de caja de Isesco, impidiendo el cumplimiento del acuerdo.

23. En consecuencia, declarar que Comcel dio por terminado el contrato que la vinculaba con Isesco sin JUSTA CAUSA imputable a la actora.

24. Declarar que por el hecho de la terminación del contrato sub judice SIN JUSTA CAUSA imputable a Isesco, Comcel está obligada a pagarle a la actora la indemnización de perjuicios a que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 del C. de Co.

25. CONDENAR a Comcel a pagar a título de indemnización equitativa a que se refiere el inciso 2o del artículo 1324 C. Co., a favor de la actora, la suma que resulte probada en el proceso, y que es compensatoria de los esfuerzos que la actora hizo para acreditar la línea de productos y los servicios objeto del contrato sub judice, en particular los productos en planes pospago y los denominados Kits Prepago, estimada en TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS, o la que finalmente se determine en el proceso, mediante prueba pericial.

PRETENSIONES RELATIVAS A VIGENCIA Y PRORROGA DEL CONTRATO

26. Declarar la nulidad, la invalidez y/o ineficacia de la cláusula 5a, numeral 5.1., del contrato sub judice, por desconocer normas de orden público protector del contrato de agencia comercial y/o por ser una cláusula abusiva, en cuanto establece la "renovación" del contrato por períodos mensuales" y, en tal virtud, atentatoria de la estabilidad inherente a la agencia comercial.

26.1 EN SUBSIDIO DE LA ANTERIOR, declarar que la cláusula 5a, numeral 5.1. del contrato sub judice, es antinómica frente a otros contenidos contractuales (cláusula 27 -contratos de Voz y Backberry; cláusula 29 contrato de datos); acuerdo de pago de noviembre 13 de 2009 y circulares que establecieron el

165
350
1369

devueltos etc., por fuera de las estipulaciones contractuales (Cláusula 7.29 contrato del 10 de mayo de 2003; inciso 1 anexo "A"; y, numeral 1 anexo "A" del contrato).

32. Declarar que Comcel asumió el riesgo creado porque estableció las condiciones para el acceso de sus potenciales usuarios a adquirir el producto denominado KIT PREPAGO en interés y beneficio suyo, para aumentar las ventas y favorecer la economía de su patrimonio, con la expansión en el país de sus productos y servicios a través de esta fórmula, y en tal virtud su conducta de trasladar el riesgo a Isesco Ltda., fue abusiva.

33. Declarar que el riesgo creado por Comcel al poner en el mercado el producto y servicio KIT prepago, quedó fuera del control de Isesco y, en consecuencia, quien de dicho producto dispuso es quien debe soportar las consecuencias de su propia conducta, y

34. Que no hubo un hecho sobreviniente, imprevisible y extraordinario que impusiera a Comcel SA la necesidad de desmejorar paulatinamente las condiciones económicas de los contratos firmados con Isesco.

35. En subsidio, y en caso de que el juzgado declare la ocurrencia de un hecho sobreviniente, imprevisible y extraordinario ocurrido durante la ejecución de los contratos de que trata este proceso, en todo caso los mayores costos debían ser asumidos por las dos partes del contrato en observancia del principio de equidad y dentro del espíritu de solidaridad y cooperación que debe presidir la ejecución de buena fe de los negocios jurídicos.

36. Declarar que Comcel incurrió en abuso de su posición dominante contractual, al ejecutar acciones e incurrir en omisiones que violaron lo pactado contractualmente y simultáneamente, afectaron gravemente los intereses económicos de Isesco, especialmente, y en adición a los puntos ya mencionados, en los siguientes aspectos:

36.1 Ejecutar conductas al amparo de cláusulas abusivas que rompieron el equilibrio económico y contractual.

36.2 El imponer como sanción adicional el pago de "la diferencia entre el valor con descuento otorgado al distribuidor sobre el KTT PREPAGO y el full precio del equipo", sin que ello estuviera previsto en el contrato.

36.3 El haber impuesto la aceptación previa del acuerdo de pago suscrito en noviembre 13 de 2009, como condición para que Isesco pudiera seguir adquiriendo equipos telefónicos y por tanto para continuar su actividad de comercialización.

36.4 El no pago de la totalidad de las comisiones por activación a que tenía derecho el agente durante la ejecución del mismo y especialmente la disminución de su monto en la última etapa del contrato.

36.5 La disminución en el valor de las comisiones a través del incremento del costo de la operación administrativa.

37. Que se declare que por la terminación del contrato, Comcel perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a Isesco a partir del 27 de febrero de 2011.

~~166~~
351

1370

concreto al momento de la suscripción de los respectivos documentos, (iii) Derechos cuya existencia y/ó cuantía no podían ser establecidos por parte de la actora por la imposibilidad que tuvo de acceder a los actos, libros y documentos de Comcel (iv) renuncias a derechos respecto de los que Isesco nunca renunció y (v) pagos inexistentes.

45. Se declare que el "paz y salvo" mencionado en la parte dispositiva de las actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas que aparezcan firmadas, no tiene efectos generales, sino que se refiere exclusivamente a los temas efectivamente analizados, discutidos y concretados por las partes previamente a la firma de cada una de las actas.

46. Se declare que Comcel incumplió con lo pactado válidamente en las diferentes las actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas firmadas por los contratantes, al haber efectuado descuentos y/o aplicado penalizaciones sobre comisiones CONCILIADAS contenidas en dichas actas, con posterioridad a sus firmas.

47. Condenar a Comcel a reintegrar a Isesco los valores los de los descuentos y penalizaciones, sobre comisiones por ventas que fueron conciliadas y que se impusieron por la demandada con posterioridad a la fecha de corte de cada Acta de "Conciliación" firmadas, los que estima en $45'000.000, o lo que por este concepto finalmente resulte probado en el proceso, junto con sus intereses de mora a la tasa legal comercial.

48. PRETENSIONES SOBRE LA INEFICACIA DE OTRAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES

a. DECLARAR que las cláusulas 5.3, 16 (inc 1) y 16.4, así como el anexo "A" numeral 2o en la parte que dice "Dicha comisión sólo se causará y será pagada siempre que el contrato de distribución esté vigente", y numeral 4 (inc 1) del anexo "A" del contrato sub judice, introducen un desequilibrio ostensible en favor de Comcel y contra la convocante sin justificación alguna, con lo cual se quebranta el postulado de la buena fe a que está obligada Comcel, como predisponente de los contenidos contractuales.

b. DECLARAR en consecuencia, que la actora tiene derecho a percibir la comisión por residual que en adelante se cause con base en los consumos hechos por los clientes de Comcel cuya vinculación promocionó y gestionó la demandante durante la vigencia del contrato sub judice.

c. CONDENAR a Comcel a pagarle a la actora la suma que se determine mediante dictamen pericial y con la cual se compensen los ingresos a que se refiere el literal b) anterior de la presente pretensión.

49. Declarar la nulidad absoluta de las cláusulas: (i) 4 del contrato sub judice, en lo que refiere a la exclusión de la Agencia Comercial como la naturaleza del contrato, (ii) 12 del contrato sub judice, en los apartes que rezan: "normal desarrollo" e "indirecta"; (iii) 14, incisos 5o y 6º del contrato sub judice en su integridad; (v) 17 del contrato sub judice. (¡v) Anexo "F", numerales 2o y siguientes, del contrato sub judice; (v) Todos los documentos que en desarrollo del citado contrato hayan sido firmados entre las partes, y que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas y estipulaciones contractuales a que se refieren los numerales anteriores.7

49.1 SUBSIDIARIA A LA 49 PRINCIPAL: De rechazar la pretensión que antecede, en subsidio se pide declarar, con fundamento en el Art. 830 Co. Co. y a título de

~~167~~
352

una renuncia de la actora a exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas ni la consecuente indemnización compensatoria. 1371

53. Declarar extinguidas todas las obligaciones que tenían por fuente el contrato sub judice y a la actora como deudora.

54. Que a consecuencia de la declaración anterior y de la terminación del contrato sub judice, se declare extinguida la hipoteca constituida a favor de Comcel sobre el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 300-119887 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bucaramanga, otorgada por escritura pública No. 01528 de junio 14 de 2006, ante la notaría 25 del círculo de Bogotá.

54. En caso de rechazar la pretensión anterior, en subsidio ordenar a Comcel que dentro de los diez días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, o en aquel otro que el juzgador estime procedente, realice las gestiones que por su parte son necesarias para levantar la hipoteca constituida a favor de aquella, sobre el bien inmueble registrado bajo el No. 300-119887 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bucaramanga.

55. Se ordene a Comcel destruir todo título valor suscrito por la actora y/o por sus socios o administradores con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente el contrato sub judice. Si al momento de surtir el correspondiente proceso Comcel ya inició alguna acción ejecutiva con fundamento en tales títulos -valores, se solicita se le ordene a Comcel terminar la respectiva actuación judicial mediante el mecanismo procesal conducente.

56. Se CONDENE a Comcel a pagar a la actora los intereses de mora sobre las condenas dinerarias que se impongan, desde la fecha de exigibilidad de la obligación y hasta cuando el pago se verifique, al 1.5% del interés bancario corriente (art. 884 del Co. de Co.). El cálculo y la determinación de los valores correspondiente al lucro cesante se deberá efectuar atendiendo los principios de reparación integral y equidad y con observancia de los criterios técnicos aduanales, conforme lo consagra el art. 16 de la ley 446 de 1998.

57. CONDENAR a Comcel a pagarle las costas procesales.

Para soportar sus peticiones, la demandante adujo estos

HECHOS

Relativos a la existencia y naturaleza del contrato SUB IÚDICE

1. En julio 28 de 2006 se suscribió entre las partes un contrato para la comercialización de los productos y servicios de Comcel, en telefonía móvil celular en materia de TRANSMISION DE VOZ.

2. En diciembre 21 de 2006 suscribieron otro para la comercialización de los productos y servicios de Comcel en telefonía móvil celular en materia de TRANSMISION DE DATOS.

3. Y en esta misma data suscribieron uno para la comercialización de los productos y servicios de Comcel en telefonía móvil celular en materia del producto denominado BLACKBERRY.

4. La relación contractual que vinculó a las partes en este proceso fue recogida en documentos dictados por Comcel S.A. por lo que se trata de contratos de adhesión respecto de la convocante.

~~168~~
353

épocas del año por cada Kit Prepago comercializado; también estaban los incentivos por cumplimiento de metas y otros incentivos en especie. 1372

g. Margen de utilidad en la comercialización de Kits Prepago: Con la promoción y comercialización de estos, la convocante obtenía una utilidad adicional a las remuneraciones referidas, que consistía en la diferencia entre el precio mayor que la demandante le cobraba al respectivo suscriptor que los adquiría, conforme las tarifas establecidas por Comcel, y el precio menor que tenía que restituirle a Comcel.

12. Adicionalmente en el producto prepago, como contraprestación, se pactó y pagó una comisión anticipada equivalente a la diferencia entre el valor al cual se lo entregaba Comcel al agente y el precio de venta al abonado.

13. Así mismo, Comcel se obligó a pagar a Isesco bonificaciones por cumplimiento en las metas de ventas e incentivos por otros conceptos, todo lo cual hacía parte integral de la remuneración por la promoción y comercialización de los productos y servicios de Comcel.

14. Así mismo, durante los últimos tres años de ejecución de la relación contractual de agencia comercial, Comcel pagó a Isesco comisiones: de pospago, por Kit prepago, por residual, por recaudos en CPS, por compra de tarjeta Amigo y por recargas, cuyos montos se determinarán a lo largo del proceso.

15. Previo a presentar esta demanda, se emitieron estas decisiones por los tribunales de arbitramento donde se discutió la naturaleza jurídica de otros contratos extendidos por Comcel con textos prácticamente idénticos al del contrato sub judice:

LAUDOS ARBITRALES	DECISIONES
CELCENTER LTDA Vs COMCEL. Agosto 13 de 2010	"SEGUNDO: Declarar que entre OCCEL S.A., hoy COMCEL, como agenciada, y CELCENTER LIMITADA "EN LIQUIDACIÓN" como agente, se celebró y ejecutó una relación contractual de Agenda Comercial, para la promoción y venta de servicios y productos de COMCEL en el occidente colombiano."
COLCELL LTDA Vs COMCEL. Abril 30 de 2009.	"PRIMERO: Declarar que entre COMCEL, como agenciado, y COLCELL LIMITADA, como agente, se celebró y ejecutó una relación contractual de agenda comercial, para promover y ejecutar la venta de servicios y productos de la sociedad demandada."
PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL. FEBRERO 23 DE 2007	"2. Declarar que entre COMUNICACION CELULAR S.A. - COMCEL- y PUNTO CELULAR LTDA., se celebró un contrato de agencia mercantil para la comercialización del servido de telefonía móvil celular que aquella presta a sus usuarios."
CELCENTER LTDA Vs COMCEL. Agosto 15 de 2006.	"Segundo: Declarar que entre COMUNICACION CELULAR S.A. - COMCEL, como agenciado y CELCENTER LTDA, como agente, existió una relación contractual de Agencia Comercial, en los términos y con el preciso alcance indicado en la parte motiva de este laudo."

K CELULAR VS. COMCEL S.A. Octubre 26 de 2011	"Declarar que entre COMCEL S.A., como agenciado, y LA CONVOCANTE, como agente, se celebró y ejecutó una relación jurídico

La existencia y contenido de estos laudos arbitrales, así como la de los contratos arbitrados, se probará mediante la exhibición de documentos que se solicitará en el proceso.

16. A partir de abril de 2007, Comcel impuso a Isesco una nueva forma de facturar, consistente en que del 100% de las comisiones que le venía pagando, facturara un 20% para supuestos "pagos anticipados" de prestaciones y/o indemnizaciones, sin que haya aumentado el valor de las comisiones que hasta esa fecha venía pagando a la demandante, en el porcentaje que le restó para dichos "pagos anticipados".

17. No obstante, Comcel consignó en el texto de las llamadas actas de conciliación que este 20% de los pagos efectuados constituía "un mayor valor... con el cual se cubrió y canceló anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba o haya debido pagar Comcel S.A., como consecuencia del contrato... en especial las que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil."

18. Al haber contabilizado Comcel ese 20% para una finalidad diferente al pago de comisiones a partir de abril de 2007, la demandada no le pagó a Isesco las comisiones completas que le correspondían.

19. Isesco recibía todos los dineros provenientes de los usuarios, por concepto de activaciones, pagos de equipos y otros productos y consumos por cuenta de Comcel.

20. Los dineros recibidos por Isesco por cuenta de Comcel (valor de activación, cargo fijo mensual, cargo por servicios suplementarios mensuales, cargos mensuales de uso, valor de productos o por cualquier otro concepto - cláusula 7.8. de los contratos), fueron consignados por la demandante en las cuentas y bancos que Comcel indicó previamente.

21. Comcel facturaba mensualmente al respectivo usuario el cargo básico y el consumo de los diferentes clientes vinculados a su red por Isesco, al igual que suministraba a los clientes vinculados a su red de telefonía móvil celular, a través de su producto KIT-PREPAGO, el tiempo al aire para el funcionamiento de las respectivas líneas.

22. Al comercializar el producto y servicio denominado KIT-PREPAGO la venta del equipo de telefonía móvil celular era simultánea e indisoluble con la venta de la línea telefónica perteneciente a Comcel.

23. Isesco nunca comercializó aparatos telefónicos suministrados por Comcel con bandas abiertas o que no estuvieran afectos a una línea telefónica de la prestadora del servicio Comcel S.A.

24. Isesco determinaba con plena autonomía la cantidad, intensidad y oportunidad de su actividad empresarial dirigida con exclusividad a la promoción y venta de los servicios y productos de la demandada y realizó su actividad mercantil como empresario independiente, con sus propias infraestructura y organización

A70
355

32. Comcel nunca reconoció que el contrato ejecutado era de AGENCIA COMERCIAL y así lo sostuvo hasta en el proyecto de Acta de liquidación final de cuentas. 1374

33. Todos los contratos, acuerdos, modificaciones, otrosíes y anexos suscritos por Isesco, fueron documentos pro-forma utilizados y diseñados exclusivamente por Comcel S.A.

34. Isesco estaba obligada a mantener exclusividad con Comcel mientras estuviera vigente el contrato según su cláusula 18, y diligenció por cuenta de Comcel, todas las solicitudes de activación en los diferentes planes, en papelería consecutiva suministrada por Comcel, con las marcas de ésta y bajo sus emblemas comerciales (Solicitud de servicios, contrato para la prestación de servicios de telefonía móvil, formulario para consulta de crédito, formato para visita domiciliaria).

35. Isesco recibía todos los dineros provenientes de los abonados por concepto de activaciones y pagos de equipos y servicios por cuenta de Comcel y tales sumas de dinero (valor de activación, cargo fijo mensual, consumo de tiempo al aire, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o por cualquier otro concepto - Cláusula 7.7-), debían ser consignadas por ésta a favor de Comcel en las cuentas y bancos que Comcel le había indicado y todos estos dineros ingresaron al patrimonio de Comcel.

36. Isesco suministraba la información sobre todas las activaciones en diferentes planes a Comcel a través de planillas junto con sus soportes, y ésta facturaba mensualmente cargo básico y consumo al respectivo abonado.

37. Isesco recibió en consignación de Comcel, los equipos de telefonía celular que eran de propiedad de ésta última, para la promoción y venta del servicio y nunca le compró en firme a Comcel, para revender, equipos telefónicos ni líneas telefónicas así como tampoco tiempo al aire para revenderlo a terceros.

38. Comcel exigía a Isesco el otorgamiento de pólizas de seguro que ampararan los kits que decía haberle vendido.

39. Comcel hizo notas crédito para abonarle a Isesco las diferencias de precio que surgieran sobre los Kits en aquellos casos en que el precio comercial se redujo con relación al precio por el cual dijo haber vendido.

40. Los equipos telefónicos recibidos de Comcel siempre se trasfirieron a los abonados junto con la línea que permitía su activación en la red de Comcel, la que además, señaló, diseñó e impuso todas las condiciones de venta de equipos de telefonía celular por parte de Isesco a los usuarios.

41. Comcel cambió la tarjeta prepago como instrumento para la venta de tiempo al aire, por la recarga en línea.

SECCION SEGUNDA: Hechos relativos a terminación del contrato sin Justa Causa imputable ISESCO

42. En junio 16/08, Comcel informó a Isesco Ltda. que se detectaron una gran cantidad de fraudes en la operación de Cúcuta, entre octubre 1 de 2008 y mayo 30 de 2009, esperó más de un año para informar a Isesco sobre las irregularidades que según él, venían generando una gran cantidad de fraudes en la operación de Cúcuta, a través del sub-distribuidor Didier Peñaranda.

53. En abril 25 de 2011, Comcel remitió a Isesco el Acta de liquidación de cuentas y de conciliación extraprocesal de contrato de distribución, en la que dice que hay $677'631.890 a su favor y otorgando 15 días para su pago. 1375

54. En la referida acta, Comcel reafirma que el contrato que existió es de distribución, pero precisa que "no obstante cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian (las partes) expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia, que por razón de la ley o del contrato pudiera hacerse causado y hecho exigible a su favor... En particular si la relación jurídica se tipificare como de agencia comercial que las partes han excluido expresamente en el contrato y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas...", actitud de Comcel contraria a la buena fe y lealtad sustancial y posiblemente de la lealtad procesal, al desconocer abiertamente las decisiones que la administración de justicia ha dictado, coincidentes en cuanto a la naturaleza de la relación jurídica que se ejecutó entre los llamados distribuidores y esa empresa.

55. Isesco se opuso a tales cuentas, pues la intempestiva terminación del contrato sub judice por parte de Comcel le causó graves perjuicios.

56. Conforme se estipula entre otras, en las circulares 2010-DIME401-S00229, 2010-GSD101-S022167, 2010-GSD11-S022100; 2010 GVAM01 2042179, PRE-2009-92993, PRE-2009-171363; PRE-2008-63799; PRE-2007-136717, y circular del 25 de agosto de 2006, las comisiones por ventas en el producto pospago, como las bonificaciones por legalización del producto denominado Kit "Prepago", solo se reconocerían a Isesco, previa legalización de la venta "...es decir que la documentación aportada por el Distribuidor, haya sido debidamente recibida en Comcel, 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.

57. Acorde con esa estipulación, predispuesta y reiterada por Comcel en varias circulares, era su obligación revisar y aprobar la documentación relacionada con la vinculación de los usuarios a su red a través de los kit-prepago, pero Comcel penalizó a Isesco por hechos que debieron ser detectados por ésta al revisar y aprobar la documentación respectiva, reversando la comisión por ventas en el producto pospago y en la comisión del producto kit Pre-pago, tanto en su componente descuento como en el llamado bonificación por legalización.

ACTUACION PROCESAL

Por auto de mayo 3 de 20121, el juzgado Octavo civil del circuito de la ciudad admitió la demanda, de la que ordenó correr traslado a la parte accionada por el término de 20 días.

Comcel S.A. se notificó por aviso y valiéndose de apoderado, contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones, aceptando unos hechos, negando otros y manifestando que no corresponden a tales los demás, a la vez que formuló las excepciones de mérito TRANSACCION Y COSA JUZGADA DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE ISESCO Y COMCEL, AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE ABUSIVIDAD O INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE, PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, INEXISTENCIA

1 Ver folio 60

172
357

generales de los contratos, su efecto no podrá ser que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el pleito en los términos de la transacción: La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue en el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria quedó sin que hacer." *(Cas. Civ. de 14 de diciembre de 1954, LXXIX. 267).*

1376

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

Acerca de la tesis de la actora de que se declaren ineficaces apartes contenidos en los contratos, bajo el supuesto de que algunas de sus cláusulas deben ser consideradas como abusivas, dice la pasiva que para que pueda calificarse 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, pero ninguna de estas se encuentra presente en el clausulado cuya ineficacia pretende la demandante; no obstante, recalca que la abusividad de una estipulación debe analizarse bajo la óptica de las relaciones comerciales a la que nos enfrentamos actualmente, en las que los distribuidores son comerciantes con experiencia que no pueden escudarse bajo nociones que le son propias y predicables a los consumidores.

Reconoce que existen acuerdos que de antemano redacta Comcel en razón a las condiciones propias que se presentan con el negocio de la telefonía móvil celular; pero ello no le impedía a Isesco pronunciarse sobre su contenido, por lo que no es posible predicar la imposición de tales convenciones.

Alega que al momento de celebrar el contrato, el distribuidor no está satisfaciendo una necesidad indispensable, personal, o familiar, sino una mera expectativa empresarial, razón por la que, dice, cuando Isesco suscribió el contrato, no estaba siendo objeto de ninguna presión o fuerza moral, física ni económica por parte de Comcel, por lo que su consentimiento y aquiescencia al clausulado de los contratos objeto de la presente litis no puede ponerse en discusión. En suma, ninguna de las cláusulas fue impuesta a la actora, quien concurrió al perfeccionamiento del contrato libre de presiones de cualquier índole.

3. PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

Argumenta que cualquier acción orientada a buscar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de Comcel; tales como el pago de comisiones, debe tenerse prescrita porque el término para que pudiese presentarse se inicia 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 Isesco pretendiera discutir el cumplimiento de la demandada; por ello; debe considerarse que el lapso para interponer la acción iniciaba en el momento mismo en el que se causaban esas comisiones, y por consiguiente, 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 el juzgado califica este contrato como de agencia comercial, siéndole aplicable el artículo 1329 del C. de Co.

4. INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

173
350

1397

determine la forma de conquistar o mantener un mercado, de manera que el agenciado pueda centrar su esfuerzo en el desarrollo de su objeto social: así, cuando el grado de control es tal, como ocurre en este caso, se desnaturaliza por completo la agencia pretendida, para concluir que si se analizan todos los elementos esenciales del contrato de agencia mercantil, se puede verificar que los mismos no se encuentran presentes en la relación comercial que existió entre Isesco y Comcel.

5. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL

Dice que Comcel cumplió lo acordado en los contratos de distribución, así como en sus diversos y subsiguientes otrosíes a cabalidad, situación que de ninguna forma fue objetada por Isesco, en tanto que el comportamiento de Comcel nunca ha sido diferente a la de un buen comerciante y destaca en particular que Comcel acató las estipulaciones contractuales en cuanto a las penalizaciones, por lo que exige que la actora pruebe aquellos casos en que eso sucedió, si es que pretende discutirse el cumplimiento de Comcel.

6. PAGO DE TODAS LAS OBLIGACIONES A CARGO DE COMCEL

Alega que ha pagado todas las comisiones a las que se obligó a favor de Isesco en los contratos respectivos y sus modificaciones subsiguientes, tanto por activación como por residual, e inclusive, anticipadamente le pagó una eventual indemnización o cualquier suma de dinero que por cualquier circunstancia se llegase a deber a la finalización del contrato, mediante el 20% que se incluía en el reconocimiento de los valores que eran cancelados a la demandante, tal y como constaba en los distintos contratos de distribución.

Insiste en que en las actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas, la hoy demandante manifestó libremente que "...dentro de los valores recibidos durante la ejecución de este contrato... 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....". Manifestación que equivale a recibo de pago anticipado de las sumas aludidas.

Acota que según el numeral 5o anexo C del contrato de distribución libremente acordado por las partes, se dispuso que "...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 al Distribuidor a la terminación del contrato de distribución.", y por ello, en el evento de que el juzgado encontrase razones para declarar que Comcel es responsable de cualquier indemnización o suma de dinero debida a la terminación del contrato, ésta debe tenerse por satisfecha.

7. RENUNCIA A LA CESANTÍA COMERCIAL

Señala que según el contenido del acta de transacción, conciliación y compensación de cuentas, Isesco renunció " ... a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas... En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por activaciones y comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés... ".

muchas ocasiones la existencia de obligaciones y potestades poscontractuales y en este caso, la terminación de los contratos no significa que Comcel no pueda hacer exigibles las sumas de dinero a cuyo pago se obligó Isesco cuando ocurrieran precisas situaciones de hecho (como suplantaciones de los usuarios por parte de terceros, por ejemplo), siempre que dichas situaciones hubiesen acontecido antes de la culminación de la relación negocial.

EXCEPCION GENERICA.

Amparada en lo previsto en el artículo 306 del C. de P. Civil.

Al descorrer el traslado de las defensas planteadas, Isesco se opuso a su prosperidad3 manifestando en contexto, que se presentan todos los elementos del contrato de agencia comercial en la relación que existió entre las partes.

Comcel presentó demanda de reconvención4, alegando que la extinción de la relación comercial que existió entre las partes se concreta en el incumplimiento de Isesco a las obligaciones pactadas en los contratos de julio 28 de 2006 y diciembre 21 de 2006, en especial la prestación de resultado en alcanzar un número mínimo de actividades netas.

A continuación, se transcriben los hechos y pretensiones materia de reconvención:

HECHOS RECONVENCION

1.1. Comcel e Isesco, celebraron el 28 de julio de 2006 un contrato para la distribución de los productos y servicios de telefonía móvil celular (contrato de distribución de voz) de aquella.

1.2. En diciembre 21 de 2006, celebran otros dos contratos, uno para la comercialización de los servicios de transmisión de datos de Comcel, utilizando sus tecnologías GPRS y GSM (distribución de datos) y otro para comercializar los productos y servicios BlackBerry (distribución de BlackBerry).

1.3. Dentro de las obligaciones adquiridas en virtud de esos contratos, se encontraba aquella en la que Isesco 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 Isesco no cumplió el número mínimo de activaciones netas a que se había obligado en virtud de tales contratos.

1.4. En desarrollo de su relación contractual, en noviembre 13 de 2009 las partes celebraron un Acuerdo de Pago, en el que Isesco se obligó a pagar a COMCEL $877.549.335.

1.5. A cláusula 7.33 del contrato de distribución de voz, Isesco se obligó a mantener permanentemente al día su cartera con Comcel pero *Isesco no cumplió con el pago de la totalidad de la obligación adquirida mediante la suscripción de tal acuerdo.*

1.6. En enero 26 de 2011, Comcel comunicó a Isesco su decisión de dar por terminados de manera justificada todos los contratos que existían entre ellos

3 Ver folios 54 a 68 cuaderno de reconvención
4 Ver cuaderno 3

civil del circuito de descongestión de Bogotá mediante proveído de octubre 1° de 20137, despacho que avocó el conocimiento conforme lo dispuso el acuerdo 9962 de julio 31 de 2013 emitido por la sala administrativa del consejo Superior de la Judicatura.

En tal proveído se citó a las partes a la audiencia prevista en el art. 101 del código de procedimiento Civil y ante la falta de ánimo conciliatorio, se declaró agotada la etapa, evacuándose las demás8.

Abierto el proceso a pruebas, se decretaron y practicaron algunas de las pedidas por las partes y vencido el lapso instructivo, se corrió traslado para presentar los alegatos de conclusión previo tránsito de legislación en virtud del artículo 625 del código general del proceso, derecho del que solo hizo uso Comcel para insistir en sus posiciones, pues Isesco no asistió.

PRESUPUESTOS PROCESALES

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

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

Las partes son capaces, pues al tenor de la documental aportada, son personas jurídicas que acuden por medio de sus representantes legales, gozan de capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones, así como para comparecer al proceso de conformidad con los artículos 633 del código Civil, 99 del código de Comercio, 44 y 45 del mismo código procesal en vigor para 2012.

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

CONSIDERACIONES

Problema jurídico planteado:

Los que en este caso se plantean y deben resolverse, es si los contratos suscritos en julio 28 de 2016 (telefonía móvil en transmisión de voz) y diciembre 21 de 2006 (servicios Blackberry y servicio de transmisión de datos) son de adhesión porque los redactó en su totalidad la demandada y en realidad corresponden a una agencia comercial, y que por ello, la actora está facultada para solicitar la indemnización de que trata el artículo 1324 del código de Comercio; ii) Si Comcel S.A., ejercitó posición dominante en tal relación comercial e impuso a Isesco Telecomunicaciones estipulaciones y condiciones durante el desarrollo de la ejecución contractual, que le resultaron gravosas a ésta y tuvieron como consecuencia la reducción del valor de las comisiones a que Isesco Comunicaciones Ltda. tenía derecho; si las cláusulas cuartas de los 3 contratos; las décimo quinta del de voz y Blackberry del 28 de julio de 2006 y del 21 de diciembre de 2006, y la décima sexta del de datos del 21 de diciembre de 2006, el numeral 4o del Anexo F y las demás disposiciones contractuales, son

7 Ver folio 53 cuaderno 3
8 Audio 2 Minuto 10:20 folio 301

176
361

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

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

Como se dijo anteriormente en razón de las necesidades surgidas por el auge de la vida comercial, el derecho ha regulado las actividades de intermediación, las cuales han dado origen a nuevas modalidades contractuales, cual acontece con la preposición, que es una forma de mandato9 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 comisión, que es otra especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio pero por cuenta ajena; el corretaje cuando se encarga a una persona llamada corredor, que por su especial conocimiento de los mercados se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial sin estar vinculadas las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación; el suministro, a través del cual una persona se obliga a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios; consignación, por el cual el consignatario se obliga a vender mercancía del consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste, teniendo aquel derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancía; la agencia comercial, en el que un comerciante en forma independiente y estable asume bajo remuneración el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo; contratos éstos específicamente incluidos en la legislación colombiana.

Contrato de distribucion

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

En la obra *Contratos Comerciales Modernos*, editorial Astrea de Buenos Aires, al estudiar el contrato de distribución, el tratadista Juan M. Farina conceptúa: "*...la*

9 Código de Comercio art. 1262: *"El mandato comercial es un contrato por el cual una parte4 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..."*

177
362

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". 1381

Acorde con ello, en el mandato comercial sin representación, una persona (mandante) le encomienda a otra (mandatario) la realización ante terceros de determinados negocios o actos de comercio, en nombre del mandatario, pero por cuenta y riesgo del mandante y por tanto, el mandatario debe informar a los destinatarios de sus declaraciones que obra por cuenta y riesgo de otra persona, situación que conlleva a que entre el mandante y los terceros no surja relación jurídica alguna. Por lo tanto, el mandatario aparece frente a los terceros con quien contrata, como el titular de los derechos derivados del contrato, como también de las acciones que surgen del acuerdo.

El mandato oculto sin representación

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

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

CONVERSION DE NULIDAD EN CONTRATO DIFERENTE ARTICULO 904 DEL CODIGO DE COMERCIO

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

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

En el sub examine, la demandante alega que en desarrollo de su actividad, lo pactado no corresponde a un contrato de distribución, luego la labor del despacho se centrará en escudriñar no solo lo que los extremos contractuales pactaron, sino la forma como ejecutaron los contratos en la práctica, en aras de auscultar el contrato realidad, como la eventual privación de efectos, y confrontar si hubo o no

~~178~~
363

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 tales contratos. 1382

Por lo anterior, y considerando además que no se trata de negocios celebrados 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 clausulas anulables en términos de lo 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 de los textos de los contratos objeto de esta disputa, no se desprende que haber versado respecto de *la distribución de los productos y servicios de telefonía móvil celular (contrato de distribución de voz) o para la comercialización de los servicios de transmisión de datos de Comcel, utilizando sus tecnologías GPRS y GSM (distribución de datos) ni para comercializar los productos y servicios BlackBerry (distribución de BlackBerry), 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 haberlos ejecutado en la forma como se pactaron y nominaron, que se deben entender como unos distintos.*

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 Isesco al demandar, ni Comcel al reconvenir.

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

características principales: a.-constituye una forma de intermediación, b- el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; c- la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es, a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del empresario, pudiendo no solamente relacionarlo con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus actividades tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario; d-requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor; e- el agente tiene derecho a una remuneración; f- El contrato debe estar inscrito en el registro mercantil (Art. 1320 C. de C.).

1337

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 C. Co, cuyas disposiciones determinan el pago de unas "*prestaciones*"1 a la terminación del contrato a favor del agente y la prevalencia de las normas contenidas en el estatuto mercantil en cuanto a los contratos de agencia que deban ejecutarse en el territorio nacional, despojando de eficacia expresamente cualquier estipulación en contrario. Al efecto, no ha sido pacífica la doctrina ni la jurisprudencia en sentido estricto como tampoco la "*jurisprudencia arbitral*"2, 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: la existencia de un ENCARGO que en forma independiente y estable asume un sujeto de derechos; 2) que ese encargo se constituya para PROMOVER Y EXPLOTAR negocios de un área específica del mercado y en un territorio determinado; 3) que quien asume el encargo lo haga ya como REPRESENTANTE; ora COMO AGENTE; pero también puede hacerlo como FABRICANTE o DISTRIBUIDOR de uno o varios productos 4) que quien la haga el encargo sea en 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 atinente 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 Isesco , 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 Isesco, más no hay pruebas de pagos ni de cobros por negocios iniciados por Isesco y que, frustrados

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 nítidamente los elementos esenciales y hasta de la naturaleza de la agencia, pues de ser así, tales estipulaciones no tendían eficacia para calificar el contrato de manera diferente a lo que determinen sus elementos inescindibles de una agencia, dado que, aplicando los efectos del artículo 1501 del CC, en consonancia con las previsiones del 904 del código de Comercio, al degenerar en una real agencia, debe surtir los efectos de esta.

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

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

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha expresado14:

"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

14 Sentencia de Casación octubre 31 de 1.995

obtenga un determinado provecho en el posicionamiento del producto; la cuarta, porque el agente comercial propiamente dicho, en su tarea de agenciar al empresario, maneja productos de propiedad de éste, por lo que el riesgo de venta o del deterioro de la cosa no lo asume el agente sino el agenciado (de allí que, si existe agencia, el agente tiene derecho de retención); la quinta, porque, en rigor, el agente es un intermediario entre el empresario y la clientela que se forma para él, a diferencia de lo que ocurre con el mero distribuidor, quien no es mediador, ni representante, ni forma clientela para otro.

En este sentido se pronunció la Sala en sentencia de 5 de junio de 2009, en la que señaló que,

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

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

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

"(...) lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario" 15 (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

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

comercial, y las demás pretensiones que hace derivar de la declaratoria de esa relación.

Para tales fines, empecemos por escudriñar el contrato suscrito en julio 28 de 2006 (fls.1/30), en el que se indicó que su objeto era que Comcel concedía a *Isesco Telecomunicaciones Ltda., 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 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 riesgos. El DISTRIBUIDOR, según decisión e instrucciones de COMCEL, podrá tener la función y obligación adicional de proveer el servicio técnico, instalación y servicio de post-venta a los productos, para cuyo efecto, tendrá un departamento de servicio técnico para diagnóstico, programación y servicio de garantía de los equipos que comercialice, y deberá suscribir un contrato de prestación de servicio técnico."*

Respecto del objeto del contrato suscrito en diciembre 21 de 2006 (fls. 53 a 83), se pactó que: *"El DISTRIBUIDOR se obliga a comercializar el Servicio, por su cuenta, riesgo y bajo su costo exclusivo, a cambio de las comisiones que de tiempo en tiempo y que de acuerdo a las condiciones del mercado COMCEL determine e informe y así lo acepte expresamente EL DISTRIBUIDOR. Por consiguiente el DISTRIBUIDOR se obliga con COMCEL a comercializar el servicio objeto del presente contrato por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos. PARAGRAFO: Para el desarrollo del objeto del presente contrato, el DISTRIBUIDOR podrá asumir la calidad de suscriptor o abonado del Servicio, previa suscripción del respectivo contrato de prestación de servicio de transmisión de datos con COMCEL. Bajo este evento no se causarán comisión o residual alguno a favor del DISTRIBUIDOR."*

Acorde con esas estipulaciones, en principio Isesco Comunicaciones Ltda., promovería en un zona específica del territorio nacional de forma estable e independiente, la distribución de productos, comercialización y venta de servicios de transmisión de datos utilizando la tecnología GPRS y la red GSM que el estado colombiano concesionó a través del ministerio de Telecomunicaciones a Comcel, a cambio de lo cual, Isesco recibiría como remuneración el pago de unas comisiones, actividad que ejercería sin subordinación ni dependencia y por su propia cuenta y riesgo.

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

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

Ayuda a graficar esa independencia, el deber que asumió Isesco en las clausulas:

183
308

1237

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 Isesco, sus clientes, el personal contratado, con los centros o puntos de venta y canales de distribución, ni aun con respecto de terceros, por daños y perjuicios directos, indirectos, actuales, consecuenciales, especiales, incidentales, punitivos, o por perdidas de negocios, financieras, de inversión o de good will, entre otros.

Aspecto territorial.

En lo que atañe a este elemento, encontramos que si bien en ninguno de los contratos se determinó el área donde debía desarrollarse el objeto de cada contrato, el documento militante a folio 155 permite deducir que Comcel sí le había circunscrito un ámbito territorial a Isesco para tales fines, pues acorde con el texto de ese requerimiento de marzo 27/09, dirigido a Cúcuta, pero enviado a Bucaramanga, le pedía interrumpir ventas en los departamentos de las zonas costa y occidente "donde no estaba autorizado por COMCEL" y a rendir explicaciones sobre el tema, porque estaba incumpliendo la estipulación 7.3 del contrato.

En esa misma línea, contamos con las comunicaciones visibles a folios 157 a 163, en las que, al responder el anterior requerimiento, en abril 05/09, Isesco le pide a Comcel autorización para expandir sus operaciones con códigos en zonas como Ibagué, Villavicencio, Cali, Medellín, la que recibió Comcel en abril 13 de ese año; ente que a su vez, en junio 16/09, reiteró a Isesco sobre el incumplimiento contractual por estar vendiendo productos y servicios de Comcel en zonas donde no estaba autorizado.

Por último, lo que el análisis probatorio en conjunto de tales piezas documentales arrojan es que las zonas donde aparece habilitada Isesco para ejecutar los objetos de los contratos, eran Bucaramanga, Barranca bermeja, Cúcuta, que corresponden, según las actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas obrantes a folios 518 a 569, a la zona oriente.

La carta que Isesco trajo al expediente, a folios 714 a 176 y que dirigió a Comcel (señor Archila) con ocasión de las situaciones de fraude en Cúcuta en las que se dice estuvieron involucrados Didier Peñaranda y Claudia Acevedo, es elocuente en lo que tiene que ver con la reafirmación que hace Isesco sobre su condición de DISTRIBUIDOR de Comcel (ver párrafo final folio 175), lo que se refuerza al observar que allí refiere Isesco que tenía una red de SUB DISTRIBUIDORES.

A folios 521 a 567 Cd. 1A, reposan copias de las actas levantadas en las asambleas generales extraordinarias que Isesco Comunicaciones hizo entre mayo 25/06 y marzo 22 de 2010, de cuyos textos se constata que ese ente societario organizó su planta de personal tanto administrativo como operacional, asignó salarios y funciones, acordó firmar contratos de arrendamiento respecto de la casa ubicada en la calle 56 No. 29-57, barrio Bolarqui de Bucaramanga, determinó las necesidades de implementos y mobiliarios, así como la destinación de un presupuesto de $110'000.000, todo ello, con miras a satisfacer los requerimientos de Comcel para firmar el futuro contrato entre ellos. (Acta 1 del 06/01/06). Igualmente, la decisión de mayo 25/06, de adquirir la propiedad sobre la casa ubicada en Cra. 48B No. 53A-10, Altos de Pan de Azúcar, la que se hipotecaría a Comcel, como requerimiento para la firma del contrato, compra que se hizo para Isesco, la que por ende, tiene la titularidad.

De la misma forma, que en julio 15 de ese año, después de leer y evaluar los términos del contrato presentado por Comcel, aunque los socios de Isesco concluyeron que no se había hecho con el fin de mantener una finalidad de justicia contractual entre las partes porque tenía muchas clausulas de penalidad ambiguas y no mostraban la fuerza que podían aplicar y que por esa razón debían reunirse con presidencia de Comcel para clarificarlas y negociar otras, nótese que allí no se

los bienes objeto del contrato; y a clausula 3 se lee: "...en virtud exclusiva destinación y uso a la distribución de los bienes, maquinas productos, artículos, y cosas cualquier naturaleza que se hubieren adquirido total o en parte con fondos del plan coop....aun en el caso de haberse consolidado el dominio en cabeza del distribuidor", lo que corrobora la posición practica como distribuidor de Isesco. 1787

A lo largo del dossier abundan muchos más elementos indiciarios que permiten engordar la conclusión de que los contratos materia de esta disputa no fueron de agencia comercial sino los de distribución acordados, suscritos y ejecutados por los extremos en Litis, verbigracia, el que Isesco aceptara y confirmara la autorización de Comcel para abrir canales de distribución y subdistribución (Fl.75 Tomo I carpeta anexos); nótese que cuando se plasmaron las condiciones del sistema 'poliedro", también se llamó a Isesco distribuidor. (fls. 83 y ss. Tomo I misma carpeta).

Dentro de ese catálogo de manifestaciones exteriores y conductas, vemos la que expresamente se dirigieron a excluir cualquier modalidad contractual diversa de la que se pactó, en particular, la agencia comercial (clausulas 15 contrato distribución productos y de distribución de servicio y transmisión datos y clausula distribución blackberry (fls.52, 102, 118 y 139), en el que además, expresamente se estableció que el distribuidor adquiría la propiedad de los productos; a misma clausula, inciso penúltimo, se dice que si llegare a degenerar en otro tipo contractual, en especial agencia, el distribuidor aceptó pagarle a Comcel lo que fl.140 se estipuló.

Esto último tiene sentido en la medida en que, como la misma norma que define la agencia, incluye a la distribución como una de las formas en que aquella puede mostrarse, es fácil y de común ocurrencia que la distribución pueda llegar a confundirse con una agencia, siendo por ello entendible, permitido y no censurable 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, como ya tuvimos la oportunidad de explicarlo en párrafo antecedente, a lo que debe agregársele que por estas y aquellas razones, ello no constituye ANTINOMIA, sino que debe entenderse -de cara a lo que las partes acordaron, suscribieron y a la forma como los ejecutaron- que tales estipulaciones accidentales se incluyeron para revestir de mayor precisión a los contratos.

Es más, nótese que pactaron una cláusula de prelación para que Comcel comprara el negocio del distribuidor en caso de que lo fuera a vender, como se aprecia a estipulación 25 del contrato datos (fl.108) y en la 23 del contrato blackberry (fl.144 tomo I carpetas anexos), lo que muestra que allí también Isesco se autocalifica una vez más de distribuidor.

Adicional a ello, en lo que atañe a la exclusividad, véase que ello no existió porque a cláusula 19 del contrato de blackberry (fl.142), se pactó que Comcel podía desarrollar el objeto del contrato con terceros y a clausula 20, que el distribuidor quedó en plena libertad de contratar con demás proveedores que según su criterio, le conviniera para suministrar los mismos productos respaldados por Comcel o distintos, siempre que estuviesen homologados por el ministerio de Comunicaciones.

Escudriñando la foliatura que integra este expediente, a folios 150/2, vemos que en el Anexo "A", donde aparece el Plan de Comisiones del contrato de distribución de blackberry, también se nomina a Isesco el distribuidor, lo mismo que se ve en el Anexo B correspondiente a los estándares de programación, instalación y servicio técnico de teléfonos celulares contrato blackberry (folio 153), y a folios 154/58 del anexo "C" plan co-op publicidad del contrato de distribución blackberry, así como a folios 164/65 del anexo "f", cuando en el acta de conciliación, compensación, transacción del contrato de distribución blackberry

~~185~~
370

Por su lado, los documentos que militan a folios 51/2, reportan la carta que en enero de 2011 dirigió Isesco a Comcel, pidiendo que los dejen trabajar para pagar la deuda por un daño que les hizo un tercero, lo que compagina con lo estipulado en los contratos sobre la responsabilidad que asumió Isesco por eventos de ese talante, y dice expresamente que la idea de Comcel no es cerrar distribuidores, pero que a pesar de ello, no les han aceptado sus propuestas, de lo que se reconfirma que todo el tiempo que estuvo ejecutando el contrato, Isesco estuvo consciente de que su papel contractual era de distribuidor y no de agente comercial. 1589

Llama la atención las cartas que se ven a folios 54 y ss, en las que Isesco le dice a Comcel en enero de 2011, que los tiene bloqueados y que por eso no pueden operar para pagarles la deuda, lo que se erige en un reconocimiento de una causal para terminar el contrato con justa causa, si hubiese sido de agencia comercial, y si no lo hicieron, era porque se asumía que no era de ese carácter el vínculo.

En esa misma línea conceptual, vemos que a folio 58 aparece la carta dirigida por el esposo de la representante legal de Isesco al presidente de Comcel, en la que admite que a pesar de los esfuerzos que hacen, siempre le están quedando mal aun cuando Comcel les abrió el cupo para comprar equipos, que su intención es comprarlos de contado, de lo que se extrae que no era que se le entregaran tales equipos a titulo distinto de venta y por tanto, que eran los dueños de los mismos, ergo, no eran agentes comerciales, si no distribuidores que adquirían esos equipos y elementos a un precio ventajoso, justamente por la existencia de la contratación de distribución. Pero por otro lado, la existencia de esa carta pone al descubierto una contradicción que no puede dársele lectura distinta a que constituya un indicio en contra de Isesco, pues ésta en la demanda afirmó que no tenía como comunicarse con la presidencia de Comcel para dejar sentada su inconformidad con los contratos, pero lo que las pruebas demuestran es que esos canales sí existían y los conocían y por ende, no resulta verosímil el que, aun siendo así, acudieran a esos medios para ventilar todo lo que tenía que ver con esos contratos, reclamaciones por las bonificaciones, entre otros aspectos, pero no en relación con la denominación de los contratos y los efectos que esperaba Isesco estos produjeran, antes de presentar esta demanda.

Por otro lado, lo que las pruebas nos informan es que el problema de Isesco venía desde por lo menos abril de 2009, cuando ocurrió o se descubrió un fraude en el seno del personal de Isesco, pero al parecer las irregularidades al interior de esta empresa, se prolongaron porque después de abril de 2009, se detectaron 32 fraudes (fl.95); luego, en septiembre de 2009 (folios 68); en la carta de agosto 23 de 2010 y a folios 60 y siguientes, está la carta de septiembre 30/10, en la que confiesa que compraba los kits; además que se autocalifica una vez mas de distribuidor, pues a la letra dice: "que ventaja es para Comcel tratar de cobrar la deuda de un distribuidor" y "en vez de trabajar con el distribuidor sin ser tan flexible, pero permitiendo que el distribuidor se pueda fortalecer comercialmente

Es por ello que, no puede pasarse por alto que Isesco pudo y debió pedir la revisión del contrato, en el evento de que se hubieren presentado las circunstancias previstas en el artículo 868 del código de Comercio, pero destacase que para esos propósitos, no está diseñada esta acción.

Siguiendo con el análisis de las documentales que abundan en el informativo, tenemos la del folio 103, referente a lo tratado en el acta que recogió lo sucedido en la reunión de noviembre 24/09, en la que Isesco se autocalifica como distribuidor a numerales 8 a 10, cuando solicitó se congele la cartera diferente a la del fraude por 2 meses, y que el coop de noviembre se autorice para comprar una van de segunda para hacer barridos; a folios 108/09, aparece el planteamiento de la estrategia comercial para el crecimiento estable y para la cancelación del acuerdo de pago, y si bien parece obedece a requerimientos de Comcel, era con

~~186~~
371

julio 22/09, dirige a Comcel presentándose como parte de su "grupo de distribución", del que se sentía orgullosa de conformar, para enseguida, hablar de la problemática situación por ellos generada a Comcel y hacerles una propuesta y planteamiento comercial; reconoce que su producción se deterioró por la problemática que dio lugar a los correctivos tomados y expresamente dice que dejó los valores de comisión para cubrir gastos operativos (Ver folios 148 a 152, 155/58 y hasta 165). 1390

En junio 25/09, como se aprecia a folios 166/68, también se dirige a Comcel presentándose como parte de su "grupo de distribución", del que se sentía orgullosa de conformar, para enseguida, hablar de la problemática situación por ellos generada a Comcel, y luego hablar de las acciones contra el personal que en sus distintas oficinas de distribución, habían hecho actos torticeros, como simultáneamente pertenecer a otro distribuidor en Cúcuta, la directora administrativa que manejaba ventas a Tecnocell y recibía regalos y bonos, igual el mensajero; sobre el gerente de Barrancabermeja que admitió haber robado $12'000.000, para al final, proponer soluciones.

Según correos electrónicos de marzo 26 de 2009, desde febrero de ese año, Isesco no recibía nada, lo que lleva necesariamente a cuestionarse porqué mantuvo esa situación hasta 2012, cuando presentó esta demanda? Y parte de la respuesta a esa pregunta, la podemos encontrar en que la empresa acá demandante estaba consciente de que no estaba ejecutando apropiadamente los contratos, lo que se afirma al detectar que a folio 192, hay prueba que por lo menos desde agosto de 2008, ya se le estaba requiriendo por incumplimiento y fallas en procedimientos de ventas. (Folios 171/2).

A folio 174 vemos un documento que nos informa que la bonificación por arriendo generaba puntos a nombre del distribuidor, para marzo de 2009 y a folios 181 a 185, se corrobora que Isesco reclamaba sobre los pagos de las comisiones, pero no respecto del nombre o calificación de distribuidor, las cláusulas que a su juicio eran abusivas o antinómicas, ni sobre los efectos de los contratos que excluían la nominación de agencia.

Vemos a folio 193 un documento que comprueba que desde junio 16 de 2008, Isesco ADMITE QUE ES DISTRIBUIDOR DIRECTO de Comcel, que tiene una cadena de sub distribuidores que son responsables ante Isesco y no con Comcel por el sistema de ventas creado; que aun cuando Comcel ha sido muy generoso con Isesco con las bonificaciones e incentivos, se trata de un negocio muy complicado y de bastante riesgo; habla que el personal que dejó deudas pendientes con Isesco: Didier peñaranda, John Becerra, Catalina Pedraza, Richard Arias, Luz Dary Riveros, no han querido cancelar. A Folio 194, en correo de la misma fecha, se vuelve a autocalificar de DISTRIBUIDOR, cuando en el reporte de ventas de junio 15/08, le insiste a James Darwin Rojas Suárez, de Comcel, que no le entregara bonos a Didier Peñaranda, John Becerra, Catalina Pedraza, Richard Arias, por las deudas que estos vendedores tenían para con Isesco.

Luego, a folio 197, vemos el correo que en marzo 07/07, describe la ubicación del local de Barrancabermeja en la Cra. 16#49-29, para concluir que cumple las condiciones para tener presencia del distribuidor en la zona, sin replicas por parte de Isesco sobre ello.

A folios 198 a 229, están los listados de casos irregulares reportados, penalizaciones y motivos de rechazo, lo que resulta intrascendente para determinar la naturaleza del contrato en disputa, y a folios 230 a 242, aparecen las notas crédito de varios periodos, años 2008 a 2010, en las que se le reportan a Isesco como distribuidor, sin que aparezca nota de réplica a esa calificación; a folios 243 a 246, hay extractos contables de Isesco sobre consultas a Datacrédito entre enero de 2007 y diciembre de 2010, lo que también deviene irrelevante para

~~184~~ 372

reduciendo de 26, 28 a 14, 6 y 5 en su orden, pero tampoco resultan elocuentes para concluir que el contrato entre Isesco y Comcel fuera de agencia comercial. 1391

A folios 68 a 175, hay evidencias de correspondencia cruzadas entre Isesco, Correcol, AON Risk Services, Seguros Comerciales Bolívar y aseguradora Solidaria de Colombia, relacionadas con los contratos de seguros que la primera celebró mediante pólizas Multiriesgo Industrial 10060000031 para locales de Cúcuta, Bucaramanga y Barrancabermeja, desde junio 15 de 2008 y renovaciones de 23 setiembre de 2009, de febrero 24 a junio 15 de 2010, en la que se lee que recaían respecto de los DISTRIBUIDORES de celulares Comcel de cada una de esas ciudades y cuyas coberturas eran: pérdidas materiales, Inc. y conexos fijos, terremotos fijo o electrónico, averías demás equipos eléctricos, sustracción violenta de dineros o de mercancías, infidelidad y perdidas económicas, entre otros, (fls.71,80,98/106), en los que se aseguró el riesgo comercial de cada local del distribuidor, siendo Isesco asegurado y beneficiario; de responsabilidad civil 10060000109, desde julio 28 de 2009, respecto del local de la calle 56 No. 17 a 77 de Bucaramanga, siendo Isesco asegurado y beneficiarios los terceros afectados, con cobertura para predios labor y operaciones anexos, patronal personal, contratista y subcontratista, gastos médicos del personal, parqueaderos de vehículos bienes bajo cuidado y tenencia y vehículos propios, entre otros (Fls.110 a 120); Manejo Global 10060000036 desde junio 15 de 2008 y conforme a su texto, era Isesco asegurado y beneficiario; lo que se aseguró fueron las pérdidas que el asegurado no pudiera determinar específicamente el o los empleado(s) responsable(s) del fraude (fl. 90), apropiación indebida de dineros u otros bienes de su propiedad, derivados de hurtos, hurtos calificados, abuso de confianza, falsedad y estafa, en que incurriesen los empleados enlistados en la póliza; a folios 121/129, 163/65 vemos la de transportes 10060000028, siendo Isesco asegurado y beneficiario desde julio 10/08, junio 15 de 2009 hasta junio 15/10, amparando despachos nacionales desde las bodegas de Isesco hasta su destino final en cualquier lugar de Colombia y los urbanos, hasta cualquier lugar del perímetro urbano de Bogotá respecto de los equipos de telefonía, accesorios, repuestos y los demás propios de la actividad de Isesco, ya fueran trasportados por vía aérea, terrestre, trayectos marítimos o fluviales, e incluía amparo por huelgas, asonada, motín y conmoción civil.

Tales documentos, lo que nos permiten tener por demostrado es que, la denominación de distribuidor que se le dio a Isesco en los contratos que son objeto de la presente controversia, no solo la asumió para ejecutarlos, sino que además, fue la que adujo al celebrar los contratos que perfeccionó y ejecutó con esas aseguradoras, de lo que se sigue que inviable resulta admitir sus pretensiones actuales encaminadas a cambiar esa denominación por razones de que tuvo inconvenientes administrativos internos durante el desarrollo del objeto contractual con Comcel, que motivaron que ésta los diera por terminados.

A folios 176 a 178, vemos unos correos electrónicos de enero 14 y 17 y febrero 07/11, sobre reclamaciones de Isesco respecto no pagos de comisiones pospago a setiembre 30 de 2010, por pago comisión de 89 líneas(16%) y porque no cumplió condiciones de 454 líneas(83%), de las cuales 437 corresponden al clawback de agosto de 2010, según información remitida al DISTRIBUIDOR por correo en setiembre 22/10; 4 líneas duplicadas y archivo causales clawback, así como la relativa a las actas de conciliación cuentas de voz y datos a diciembre de 2009 remitidos a Isesco para que las verificara y devolviese a las oficinas de Comcel en Bogotá, firmadas en original y copia, las que, para lo que nos concierne, solo permiten re confirmar que el calificativo de distribuidor que se le daba a Isesco no solo era el común denominador durante la ejecución contractual, sino que ésta reclamaba por todo, menos por ese aspecto.

A folios 179 a 244 vemos correos cruzados entre julio 25 de 2008 y febrero 23/11, sobre envíos de facturas de bonificaciones, incentivos por cargas, pagos

~~188~~
373

más allá de que reflejen las operaciones contables resultado del desarrollo de las actividades que emergían de la ejecución del contrato, y de que la facturación disminuía cada año, pero no tiene significación para el propósito buscado por medio de esta acción en cuanto que no conduce siquiera a indicar que se tratare de la ejecución práctica de un contrato distinto o con unas características disimiles de la distribución pactada. 1392

A folios 281 a 322 también tenemos unos listados de datos contables facturaciones, consecutivos, fechas, valores, etc.; pero al igual que las pruebas anteriores, no tienen significación para el propósito buscado por medio de esta acción en cuanto que no conducen siquiera a indicar que se tratare de la ejecución práctica de un contrato distinto o con unas características disimiles de la distribución pactada.

A folios 323 a 340, hay correspondencia atinente a las reclamaciones que Isesco hizo a Comcel entre setiembre de 2008 y noviembre de 2010; las respuestas que la última dio a cada reclamo, sin que se aprecie que estas versaran sobre aspectos distintos de las comisiones, pues no reflejan que disputara la nominación de distribuidor ni acerca de los clausulados del contrato ni de la antinomia que ahora procura lograr respecto de esas estipulaciones.

A folios 341 a 353, están copias al carbón de algunos formatos solicitud de servicios Comcel, que permiten constatar de sus existencias, celebraciones, pero no de la forma como se ejecutaron ni ningún dato aportan para concluir que se trate de la ejecución de un contrato diferente al de distribución celebrado y ejecutado entre las partes.

Del acervo probatorio debe ponerse de relieve que lo que toca con los laudos citados por la actora, solo constituyen prueba de lo que en aquellos se decidió y que tales efectos inter alias acta, no se extiende a todos los casos en los que se demande a Comcel, máxime si en cuenta se tiene que los visos distintivos que fácticamente caracterizan el presente, pueden no haber estado presente en aquellos.

Ahora, si bien la representante legal de la actora al rendir su versión, narra los actos preparatorios que dice debió adelantar previo a suscribir los contratos objeto de la litis, como constituir la empresa Isesco Comunicaciones, organizar la infraestructura para su funcionamiento, y explica que se le impuso el tener no solo un amplio conocimiento en las telecomunicaciones, sino que debía contar con una infraestructura locativa propia y personal de trabajo, para tratar de graficar que el objetivo se encaminó a la atracción masiva de clientes acorde con las estrategias de mercadeo y comercialización presentadas a Comcel S.A., lo que el análisis del arsenal probatorio en conjunto, acorde con las reglas de la sana critica arroja como conclusión, es que todos esos actos pre contractuales los hizo para celebrar los contratos que finalmente suscribió con Comcel y que son los que a este expediente se aportaron y no otros diferentes.

En efecto, en su declaración se encarga de describir los actos realizados antes y durante la constitución de Isesco Comunicaciones Ltda., tales como su intención de renunciar al empleo que desempeñaba, y aun cuando dice que la finalidad por ella perseguida con todo ello no era otro que vincularse exclusivamente con Comcel para desarrollar el objeto social acorde con las exigencias de ésta y con el ánimo de convertirse en agente comercial porque sus capacidades y nivel comercial eran reconocidas en la región, lo que no puede soslayarse es que ello probatoriamente solo significa que esa era apenas su intención, que aun cuando legitima, por sí sola no puede dar lugar a modificar los contratos objeto de esta disputa, después de haberlos suscrito y ejecutado como distribuidora, sobre todo si en cuenta se tiene que a lo largo de instructivo, extenso por demás, no existe

~~189~~
374

declaración de Sonia Angelica de la Roche, lo destacable es que describe el procedimiento que se seguía para liquidar los emolumentos que en desarrollo de esa relación, se generaban a favor de Isesco; y en cuanto a la declaración de Marco Edilson Forero Castro, resulta poco relvante para el tema a decidir, ya que se centra en la parte de los efectos del llamado fraude, sin desconocer que de su versión resulta importante el valor que dijo, había resultado de esas inconsistencias de Isesco, en suma de $1.315'0000.000 para ser penalizados, y en cuanto a lo que narró Diego Hernández, poco aporta para determinar si el tipo de contrato varió de distribución a agencia comercial, pues de su versión se recalca la parte de estrategias de publicida y mercadeo; pero se insiste en que ninguna de esas versiones da pie para entender siquiera que se estaba ante una relación diversa de la de distribución pactada.

1393

Ahora, en lo que atañe a la oposición que se hizo a la exhibición de documentos por parte de Isesco, véase la poca relevancia de tal obstáculo, puesto que, a pesar de que se exhibieron, no se logró el efecto que consagra el artículo 267 del código General del proceso, en la medida en que se trataba de probar hechos que no admitían confesión como su prueba, al tenor de lo dispuesto a numeral 3 del artículo 191 del código en cita.

Ahora, si bien es innegable que en observancia de los artículo 75, 101 y 102 de la constitución de 1991, regulados mediante la ley 37 de 1993, a comienzos de 1994, el estado colombiano concesionó el servicio de telefonía móvil celular para prestar éste y PCS, mediante actos suscritos con Telefónica Móviles con su marca MOVISTAR y América Móvil con su marca COMCEL, y con Colombia Móvil con su marca TIGO, el hecho de que la demandante no sea una empresa de las que esté autorizada por el estado colombiano para prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en el territorio patrio, y que por ello no pueda asumir una posición propia en el mercado de la telefonía móvil celular, ello no impedía que los pudiera promocionar y vender, porque en efecto así lo hizo, y no solo esta empresa, sino muchas de las que han estado y están vinculadas en calidad de distribuidores, tanto al ente aquí demandado, como a las empresas que al igual que ésta, si están habilitadas por el estado colombiano para prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en el territorio patrio, y sin que esa circunstancia mute que los beneficios de cada vinculación efectuada, de cada plan pospago, prepago y de cada kit vendido por Isesco, le reportaran como contraprestación las comisiones bonificaciones e incentivos que además, se pactaron en los contratos, destacando que ello no les resta el carácter de ser de distribución.

Lo anterior, independientemente de la forma como se nominaran cada una de esas remuneraciones en específico, o la forma como se causaran, puesto que como primera medida, ese fue una estipulación o elemento accidental de los contratos, en segundo término fue resultado del acuerdo de voluntades entre quienes los celebraron en ejercicio de sus autonomías negociales y como tercer punto, que la forma de nominarlos no redunda 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.

Por todo ello, fuerza concluir que en realidad lo que se ejecutó entre las partes a raíz de la suscripción de los tres contratos objeto de esta disputa, no tuvo los alcances y efectos de una agencia comercial, habida cuenta que al distribuidor sí lo beneficiaba o perjudicaba las alzas o bajas que pudieran sufrir los productos que promovía, como quiera que la propiedad de éstos en el proceso de mercadeo, pasó a ser suya, ya que del dominio del fabricante o empresario, se desplazaban al del distribuidor, porque, como ya se analizó, éste los compraba a Comcel e inclusive, le propuso en un momento de la ejecución de los contratos, que se los pagaría de contado para que le siguieran proveyendo.

~~190~~
375

de Isesco comunicaciones, más no el de Comcel, lo que pone al descubierto que ese elemento acá no se configuró.

1:94

iv) Remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario, acerca de lo que debe iterarse que a pesar de que durante el tiempo que se mantuvo la relación comercial con Comcel S.A., ésta le reconoció a Isesco 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, esa circunstancia no cambia la nominación del contrato, máxime cuando la ejecución practica que le dio Isesco, como se escudriñó, fue de distribución, acorde con el que los beneficios de cada vinculación efectuada, de cada plan pospago, prepago y de cada kit vendido por Isesco, le reportaran como contraprestación las comisiones bonificaciones e incentivos, tal como se pactaron en los contratos.

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

v) La actuación del agente por cuenta del empresario, acerca de lo que resulta pertinente considerar que cuando se trate de agente, éste debe adelantar cada una de sus actuaciones poniendo de presente que lo hace por cuenta y riesgo del empresario, y en esa medida es una modalidad de mandato; y en este caso queda descartado que ello hubiere acecido porque las pruebas no llevan a tal conclusión, por el contrario, se acreditó que la aquí actora inicial y reconvenida, adquiría 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 S.A., ello no está fehacientemente demostrado, sobre todo si en cuenta se tiene que los usuarios tienen la libertad de cambiar de operador.

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.

Adicional a lo hasta ahora analizado y expuesto, dentro de las declaraciones vertidas durante la fase instructiva, tambien constituye un insumo probatorio que robustece la conclusión de que la forma como ejecutaron las partes su nexo negocial, no fue distinto del de distribución pactado, la versión del señor Uscategui Uscategui Gustavo, suplente de gerencia de Isesco, la que nos ilustra acerca de que, en primer lugar, fueron ellos, los actuales directivos de Isesco, quienes le pasaron la propuesta a Comcel para hacer negociaciones con esta empresa, por sus deseos de independizarse y de mejorar sus niveles de vida y de querer ser agentes comerciales de Comcel; y narra todo lo que hicieron para llenar los

~~191~~
376

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".

1395

Adicionalmente, de cara al ejemplar del certificado de existencia y representación de Isesco militante a folio 90, se constata que su objeto social, abarcaba entre otras actividades, las de ensamblar, diseñar, arrendar, armar, comprar y vender, en general, equipos, operaciones de servicio de tecnología telefonía, celular, satelital o electrónica, televisión y otros medios de comunicación; comercializar, intermediar, promover, comprar, vender e intercambiar todo tipo de servicio...mediante cualquier forma de pago jurídicamente valida en el área de las comunicaciones; y si bien dentro de tales se enlista las de "representar empresas nacionales y extranjeras", lo que no puede pasarse por alto es que cuando se trate del ejercicio de esas facultades estatutarias, y dadas la naturaleza y efectos del contrato de representacion, debería recogerse en un acto negocial que así lo especifique; pero lo ventral sobre este especifico tópico, es que cuando la actividad de alguien que comercializa, vende, promociona productos de otro comerciante, la ejecuta dentro del ámbito de su objeto social, se trata de una actividad propia, lo que descarta la posibilidad de tener por agencia comercial el contrato materia de esta disputa.

En efecto, sobre ello, la misma Corte Suprema ha sentado que:

"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.

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 Isesco como principal, la que queda truncada por el éxito de la exceptiva 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 los contratos que la vincularon con Comcel.

Es por las razones ampliamente expuestas que innecesario resulta acudir al análisis del dictamen pericial 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 mediante los acuerdos con corte a 31 de mayo de 2007, 31 de diciembre de 2007, 31 de mayo de 2008, 31 de diciembre de 2008 y 31 de mayo de 2009, 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 ya se definió entre ellos, con efectos de cosa juzgada en última instancia, destacando que respecto a esos acuerdos, contrario a lo atestado por Isesco, el sello de eficacia surge de las circunstancias de no haberse probado que hubiere mediado vicio en el consentimiento de quienes los

~~192~~
377

que Isesco *renunció " ..a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas... En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por activaciones y comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés... "..*

396

Acorde con lo que viene de analizarse, fuerza concluir que tiene razón la empresa demandada inicial cuando alega que al presentar esta acción, Isesco está actuado en contra de sus propios actos, dado que aun cuando ejecutó los contratos de marras como se estipularon, sin plantearles reparos concretos durante todo el tiempo que se mantuvo ejecutándolos y percibiendo los beneficios que de ellos derivó y le reconoció su co contratante, circunstancias que motivan a declarar exitosa la excepción que Comcel llamó VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NOT VALET, en cuanto que acceder a las pretensiones de Isesco, 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.

Por último, destácase lo ampliamente comprobado que está a lo largo de este informativo, el que la terminación de esos contratos fue resultado de los incumplimientos de Isesco a las obligaciones a su cargo, y de allí deviene imposible declarar a Comcel contractualmente responsable en este evento.

Corolario de todo lo analizado y expuesto hasta ahora, debe concluirse que aun cuando es inhesitable que las partes en este trámite estuvieron vinculadas por virtud de la relación contractual documentalmente recogida en contratos suscritos en julio 28 y diciembre 21 de 2006, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, ello no menesta declaración judicial en cuanto que, no solo consta en las piezas probatorias que para el efecto se aportaron por Isesco, sino porque no fueron tachadas ni redargüidas de falsas por Comcel.

Ahora, si bien los textos de esos contratos fueron propuestos por Comcel, lo que en principio daría pie para calificarlos de adhesión, esto no tiene la virtualidad de convertirlos en uno diferente al de distribución que nominaron y ejecutaron las partes y por tal motivo, aunado desde luego a las razones que vienen de explicitarse ampliamente a lo largo de este proveído, *deben negarse las pretensiones encaminadas a* que se declare que la cláusula cuarta de cada uno de esos contratos, la 15 del contrato de voz y Blackberry, la 16 del contrato de datos, el numeral 4o del anexo F, el denominado "documento de terminación " y las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del contrato "Sub lúdice", o en las que éste se calificó como un negocio atípico e innominado de distribución, son estipulaciones contractuales nulas inválidas y/o ineficaces por ser abusivas y producto de la posición dominante contractual de Comcel.

Misma suerte debe correr en consecuencia, la pretensión subsidiaria de la tercera de la demanda principal, porque resulta contraevidente el procurar que las cláusulas cuarta de los contratos; la 15 del de voz y Blackberry, del 28 de julio de 2006 y del 21 de diciembre de 2006 y la 16 del de datos del 21 de diciembre de 2006; el numeral 4o del Anexo F y las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del contrato sub judice, o en las que éste se calificó como negocio atípico e innominado de distribución, son antinómicas en relación con aquellas otras que comprenden los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial, por la potísima

anticipados", tal facturación tuvo como origen único y exclusivo la causación de comisiones a favor de Isesco, porque ninguno de esos rubros y conceptos, idependientemente de la proporción o nombre que se le hubierte dado, podrá formar parte de la prestación concebida para la agencia comercial, porque ese no fue el contrato realidad que unió a las partes.

En esa misma línea, deben negarse las pretensiones relativas a que se declare que las subcuentas auxiliares que Comcel creó con los Nos. 2605101210, 5295050017, pertenecen, en su orden, a los PUCs 260510 y 529505 y que corresponden a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones /Para Costos y Gastos/Comisiones y a Gastos/Operacionales de Venta/ Diversos/Comisiones, así como la de que en las subcuentas auxiliares que Comcel creó con los Nos. 2605101210 y 5295050017 y que llamó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones", no se registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del artículo 1324 del Co.Co., ni relativos al pago de indemnizaciones, ni pagos anticipados ni anticipos para el pago, sino a título de comisiones, porque ello solo sería viable si los contratos sub judice hubieran sido de agencia comercial, lo que acá no acece, destacando que la male fe que Isesco le atribuye a Comcel al referirse a esas subcuentas auxiliares, no está demostrada y por tanto, la presunción de buena fe que tanto constitucional como legalmente, consagran los artículos 83 constitucional y 871 del estatuto mercante, gravita sobre el actuar de Comcel en lo que atañe a la ejecución de los contratos sub-judice.

Por este motivo, no hay lugar a acceder a las pretensiones de que se declare que una vez la actora le facturaba, Comcel reducía de la subcuenta auxiliar 2605101210 los montos facturados y subía en contrapartida, en su pasivo, la subcuenta 233520 que corresponde a Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/Comisiones; ni que en la subcuenta 233520 únicamente se registran hechos económicos relativos al pago de comisiones a Isesco y no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 C.Co, porque las hace derivar de la mala fe que no probó Isesco en este caso, amén de que los efectos del artículo en cita no son aplicables a este caso, motivo por el que tampoco hay lugar a declarar que el registro de una cuenta por pagar a título de la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 del Co.Co., solo opera a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial, pues aun cuando ello podría consistir en un enunciado general, acá no tiene cabida, misma razón por la que no tiene visos de prosperidad la pretensión referente a que Comcel nunca le pagó a la actora suma alguna por "pago anticipado" de la prestación mercantil del inciso 1 del Art. 1324 del Co. Co.

Ya anunciamos que acá no se conjugan las exigencias legales para declarar la nulidad absoluta, la inexistencia, ni la invalidez de las disposiciones contractuales contenidas en el párrafo 3o de la cláusula 30 de los contratos ni en el numeral 5o del Anexo "A" y numeral 5o del Anexo "C" y del numeral 2o de las denominadas Actas de Transacción, Conciliación y/o Compensación firmadas por las partes, así como también se explicaron las razones legales y probatorias por las que no tiene cabida la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGESIMA PRINCIPAL, dado que en términos generales, la antinomia referida por Isesco no se configuró en este preciso evento, y en consecuencia, no se probó que el párrafo 3o de la cláusula 30 de los contratos, el numeral 5o del Anexo "A" del contrato sub iúdice, el numeral 5o del anexo "C", así como el numeral 2o de las Actas de Transacción, Conciliación y/o Compensación, deban afectarse por ese motivo, el que en este evento no ocurrió, lo que por contera, hace inane la pretensión de que se declare que durante la ejecución del contrato sub judice, la actora siempre registró a título de ingresos operacionales por concepto de comisiones, bonificaciones y subsidios, todos los dineros que Comcel le pagó o que la antinomia referida por la actora

~~194~~
379

vinculaba con Isesco sin justa causa imputable a la actora, ni que Comcel está obligada a pagarle a la actora la indemnización de perjuicios a que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 del C. de Co., ni a pagarle a título de indemnización equitativa a que se refiere el inciso 2o del artículo 1324 C. Co., la suma que resulte probada en el proceso, compensatoria de los esfuerzos que la actora hizo para acreditar la línea de productos y los servicios objeto del contrato sub judice, en particular los productos en planes pospago y los denominados Kits Prepago, estimada en TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS, o la que finalmente se determine en el proceso, mediante prueba pericial, pues la pericia no se tendrá en cuenta para dirimir esta disputa, por las razones pre anotadas.

1378

Todo lo que viene de analizarse, necesariamente conlleva a denegar todas las PRETENSIONES RELATIVAS A VIGENCIA Y PRORROGA DEL CONTRATO, puesto que la nulidad, la invalidez y/o ineficacia de la cláusula 5a, numeral 5.1., del contrato sub judice, pedidas en esta parte, las hace derivar Isesco de su convicción de que se trataba de un contrato de agencia comercial, lo que se reitera, no es cierto, así como justamente por ello, tampoco es predicable la antinomia denunciada por Isesco; por tanto, no tiene prosperidad su pretensión de que se declare que la cláusula 5a, numeral 5.1. del contrato sub judice, es antinómica frente a otros contenidos contractuales (cláusula 27 -contratos de Voz y Backberry; cláusula 29 contrato de datos); acuerdo de pago de noviembre 13 de 2009 y circulares que establecieron el reconocimiento de comisiones y/ o bonificaciones a favor del "Distribuidor" por permanencia del usuario reflejada en consumos posteriores a los seis meses de activación de la línea, entre otras y, en tal virtud, debe ser interpretada a favor del "Distribuidor", en el sentido de que el contrato se prorrogó (que no renovó) automáticamente año por año, ni la de declarar que el contrato sub judice se prorrogó año por año hasta el 28 de julio de 2011, ni que el suscrito para promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil celular en servicio de VOZ llegó prorrogado hasta esa data, ni que el firmado para promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil celular en servicio de BLACKBERRY, se hubiere prorrgado hasta el 21 de diciembre de 2011.

Sobre las pretensiones acerca del abuso de la posición dominante contractual y al desconocimiento del principio de la buena fe, ha de precisarse que ya hemos plasmado las razones por las que no hay motivos reales para considerar que Comcel impuso la posición dominante que pide Isesco se declare en este caso, pues sin desconocer que según lo prevén los artículos 95 y 333 de la Constitución Política, dentro de los deberes de las personas habitantes en el territorio patrio se incluyen los de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y que el estado colombiano debe impedir y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, véase que en este caso, esa es una de las puntas de lanza esgrimidas por Isesco para procurar mutar la nominación y naturaleza jurídica del vinculo negocial de marras, lo que ya se vió, no es viable porque no se conjugan los supuestos facticos para ello; por ello y porque ya quedó esclarecido que aun cuando Comcel elaboró y propuso el texto de los contratos de marras, Isesco si contó con la opción de aceptarlos o no suscribirlos, no es dable predicar el abuso de posición dominante en este caso, sobre todo porque la denuncia que en este acápite eleva Isesco refiere a la celebración y ejecución del contrato de Agencia Comercial, el que no fue el que ató a las partes, razón por la que, se insiste, no había lugar a tener que liquidar y pagar a Isesco, las comisiones, regalías y/o utilidades que esta última reclama.

Acerca de estas últimas pretensiones, nótese que las enarbola Isesco denunciando que Comcel actuó de mala fe, lo que requería prueba fehaciente que no milita en el dossier; sobre esos precisos aspectos, el que los artículos 830 y 871 del estatuto mercantil citados por Isesco consagren la obligación que tiene

~~195~~
380

Acorde con lo anterior, no se puede declarar que "Comcel incurrió en abuso de su posición dominante contractual, al ejecutar acciones e incurrir en omisiones que violaron lo pactado contractualmente y simultáneamente, afectaron gravemente los intereses económicos de Isesco", ni que estas "rompieron el equilibrio económico y contractual", ni que se impusiera como sanción adicional el pago de "la diferencia entre el valor con descuento otorgado al distribuidor sobre el KTT PREPAGO y el full precio del equipo"; o que le impuso a Isesco "la aceptación previa del acuerdo de pago suscrito en noviembre 13 de 2009, como condición para que esta pudiera seguir adquiriendo equipos telefónicos y por tanto para continuar su actividad de comercialización", ni que "Comcel no pago de la totalidad de las comisiones por activación a que tenía derecho el agente durante la ejecución del mismo y especialmente la disminución de su monto en la última etapa del contrato", ni sobre la "disminución en el valor de las comisiones a través del incremento del costo de la operación administrativa", porque esas circunstancias las plantea Isesco partiendo de la base de que se trata de un contrato de agencia comercial, amén de que se refieren a aspectos que surgieron a consecuencia de la terminación del vinculo, lo que obedeció al incumplimiento de Isesco.

1399

Nugatoria también aparece la petición de declarar que Comcel perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a Isesco a partir del 27 de febrero de 2011, porque si ello es resultado de las deudas y cargas que a la terminación del contrato surgieron por culpa de la parte que dio lugar a ello, mal podría el juez desconocer esos imperativos legales o convencionales; es por ello que tampoco se podrá condenar a Comcel a pagar a Isesco el valor de los descuentos por sanciones "no previstas en el contrato, por las contractuales aplicadas excesivamente o violando las condiciones del contrato", porque la petente no cumplió con la carga que sobre el punto le imponía el artículo 167 del código general del proceso, y en torno al "reembolso de la totalidad de los dineros que cobró o descontó a Isesco por concepto de las consultas hechas a Datacrédito", el que esas actividades fueran resultado de la actividad estatutaria de Isesco, impide siquiera pronunciamiento adicional por esta agencia judicial.

Tampoco encuentra soporte factico, contractual ni legal su propósito de que se se condene a Comcel a reembolsarle "la diferencia del valor de los equipos pospago reclamados en los Centros de Atención a los Distribuidores (CAD), que Comcel cobró a Isesco a full precio, por el hecho de no haberlos vendido dentro del plazo de 15 días y que Isesco tuvo que vender después a precios inferiores según las condiciones del mercado en su momento".

En torno a las pretensiones relativas a las denominadas actas de transacción, conciliación y compensación, se negarán porque el hecho de que no se suscribieran en presencia de un conciliador ni como resultado de una audiencia de conciliación extrajudicial, no le resta eficacia al convenio en la medida en que nada se opone a que en ejercicio de la autonomía privada, los sujetos de derecho hábiles, transijan o concilien sus diferencias relacionadas con los asuntos que sean suceptibles de resolver a través de esos instrumentos, pues recuérdese que en cuanto a la transacción, esa condición no se extrae de las pautas que sobre esa figura recogen los artículos 2469 y siguientes del código civil, dado que el supuesto básico para acudir a ella, en principio es que exista un litigio entre quienes la celebran, para terminarlo por fuera del litigio, o bien para preverlo.

Si a lo anterior le adicionamos que esos acuerdos no recayeron sobre el estado civil de las personas, alimentos futuros, ni hay prueba de que hubiere mediado dolo o violencia en su celebración, o que se hubieren prevalido de títulos espúreos para convenirla, mal puede accederse a declararlos nulos, sobre todo si se tiene en cuenta que tanto la transacción como la conciliación, integran unas especies de

contrato sub judice, en los apartes que rezan: "normal desarrollo" e "indirecta"; (iii) 14, incisos 5o y 6º del contrato sub judice en su integridad; (v) 17 del contrato sub judice. (¡v) Anexo "F", numerales 2o y siguientes, del contrato sub judice; (v) Todos los documentos que en desarrollo del citado contrato hayan sido firmados entre las partes, y que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas y estipulaciones contractuales a que se refieren los numerales anteriores, porque tal como se explico en precedencia, no están presentes las condiciones que para declarar la nulidad absoluta o relativa, precaven los artículos 899, 900 y 902 codigo de Comercio.

Y como ya se dijo, no hay lugar a pregonar válidamente que en el presente caso estén dadas las condiciones de hecho y de derecho para que opere la ineficacia que a título de reparación in natura, pretende Isesco en este aparte de su escrito genitor.

Misma suerte correrán las "otras pretensiones de condena que a titulo de perjucios indemnizatorios materiales por la terminacion del contrato sin justa causa imputable a Isesco y por el abuso de la posicion dominante contractual de Comcel", exora Isesco porque, de cara a lo que hemos tenido que analizar a lo largo de este proveído, no hay mérito para acceder a tales pretensiones, en cuanto que ello fuese viable en el evento de que la relación existente entre las partes hubiere sido de agencia mecantil, circunstancia que no se encontró demostrada, y además, porque la vinculación real que las ligó, terminó pero por justa causa imputable a Isesco, lo que descarta de plano la opción de acceder a tales peticiones de indemnizar daño emergente y lucro cesante, pues recuérdese que estas formas especiales de resarcimiento, solo tienen cabida, según lo enseñan los artículos 1613 y 1614 del código civil, cuando una obligación no se ha cumplido total o parcialmente, o cuando se ha honrado, pero no en la oportunidad o en la forma acordadas, lo que acá solo es predicable contra Isesco.

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 antievidente de cara al análisis probatorio efectuado al interior de este proveído.

Esclarecido queda entonces que por la razón ventral anterior, no es posible atender de forma positiva la petición de que se declare extinguida la hipoteca constituida a favor de Comcel sobre el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 300-119887 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bucaramanga, otorgada por escritura pública No. 01528 de junio 14 de 2006, ante la notaría 25 del círculo de Bogotá, máxime si a lo ya anotado, se le agrega que no se dan ninguno de los presupuestos enlistados en el artículo 2457 del código civil, motivo por el que debe desecharse también la petición subsidiaria encaminada a que se ordene a Comcel realizar las gestiones que por su parte sean necesarias para levantar ese gravamen.

Ningún elemento factico, probatorio o legal de los que carcacterizan este caso, da pie para decir que sí a la pretensión de Isesco de que se ordene a Comcel destruir todo título valor suscrito por Isesco y/o por sus socios o administradores, con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente el contrato sub judice, ni mucho menos para que termine los eventuales procesos que con estribo en aquéllos se hubieren iniciado.

SOLUCION SOBRE LA RECONVENCION

Ahora, incursionando en las pretensiones de la reconvención que acá planteó Comcel, ya quedó demostrado que en desarrollo de su relación contractual, en

~~197~~
382

1401

Ahora, respecto a la IMPOSIBILIDAD DE ISESCO DE CUMPLIR CON LAS CUOTAS MINIMAS POR CULPA DE COMCEL que se enarbola como tercer medio exceptivo en esta parte del proceso, nótese que el estudio las pruebas en su conjunto impiden su prosperidad en la medida en que, acorde con ese análisis, se verifica que ese obstáculo en verdad obdeció a la forma poco eficiente como se manejó internamente la empresa Isesco, que la llevó a sufrir efectos tan indeseados como hurtos por parte de su personal que redundaron en quedar financieramente delicada y a reducir su planta de personal, lo que no se le puede atribuir válidamente a su co contratante.

Sobre la INEXISTENCIA DE PERJUICIOS QUE PERMITAN A COMCEL RECLAMAR LA PRETENSION 2.5. DE CONDENA a título de perjuicios causados, baste con remitirnos a los textos de los contratos sub judice, en los que se comprueba que de conformidad con *las cláusulas penales estipuladas libremente por las partes: "Cuando a juicio de COMCEL el incumplimiento sea grave, y lo será, entre otros casos, en todas las hipótesis de que trata el numeral 7 de este contrato, COMCEL podrá imponer una penal pecuniaria de cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legalmente vigentes"; por manera que, como con estribo en estas es que se eleva tal pretensión, no puede salir avante este argumento defensivo, máxime si en cuenta se toma que legalmente la misma tiene asidero en lo previsto en el articulo 1599 del código Civil, según el que,* Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

Adicional a lo anterior, olvida la excepcionante que el propósito de la calusula penal es precisamente pre establecer el monto de los perjuicios en el evento de incumplimiento por alguno de los contratantes y que la ley habilita por vía de principio al acreedor para pedir la indemnización o la pena, y en este caso, Comcel optó por ésta ultima, según lo prevé el artículo 1600 de la misma compilación normativa citada en el párrafo que antecede.

Evidente aparece entonces el fracaso del ABUSO DEL DERECHO EN LA RELACION CONTRACTUAL POR PARTE DE COMCEL que se plantea como excepción, puesto que ya se bosquejaron las razones por las que en este preciso caso no demostró Isesco esa circunstancia, pero a tales razones, debe agregársele que el escrutinio del arsenal demostrativo con el que se inundó este cartular lleva a extraer que durante la ejecución de los contratos de distribución que son materia de disputa, Comcel se plegó a sus objetos principales y a lo establecido en consenso por las partes en las clausulas accesorias, sin que ese análisis conduzca a afirmar válidamente que Comcel hubiere actuado con imprudencia o dolo, o incurrido en excesos en el ejercicio de sus legitimos derechos surgidos de tales actos negociales, tampoco excediendo los limites de la buena fe.

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, 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

~~198~~ 383

PARTE DE COMCEL, PAGO DE TODAS LAS OBLIGACIONES A CARGO DE COMCEL, propuestas por Comcel contra las pretensiones enraboladas por Isesco Comunicaciones. 1402

2. NEGAR en consecuencia todas las pretensiones planteadas por Isesco contra Comcel SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en contratos suscritos en julio 28 y diciembre 21 de 2006, 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.

3. DECLARAR imprósperas las excepciones de Isesco contra la demanda de reconvención que le planteó Comcel, y que llamó CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE ISESCO, CONTRATO NO CUMPLIDO (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS ART. 1609 C.C.), IMPOSIBILIDAD DE ISESCO DE CUMPLIR CON LAS CUOTAS MINIMAS POR CULPA DE COMCEL, INEXISTENCIA DE PERJUICIOS QUE PERMITAN A COMCEL RECLAMAR LA PRETENSION 2.5. DE CONDENA a título de perjuicios causados, ABUSO DEL DERECHO EN LA RELACION CONTRACTUAL POR PARTE DE COMCEL, CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ENORME, VIOLACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CLAUSULA PECUNIARIA, LA CLAUSULA 27.3.2. DE LOS CONTRATOS PREDISPUESTA POR COMCEL ES UNA CLAUSULA ABUSIVA Y POR TANTO DEBERA SER DECLARADA NULA, ISESCO NO DEBE SER CONDENADA AL PAGO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO (PRETENSION 7), OBJECION A LA ESTIMACION JURADA DE QUE TRATA EL ART. 206 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO y la GENERICA.

4. DECLARAR *que Isesco incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel por no cumplir lo pactado en los pagos y a su vez incumplir el Acuerdo de Pago celebrado por las partes el 13 de noviembre de 2009, y que incumplió los de distribución de Voz y de Datos, así como el de BlackBerry, celebrados con Comcel por no haber realizado el mínimo de activaciones netas requeridas contractualmente, respecto de cada uno de estos.*

5. A consecuencia de la prosperidad de tales pretensiones, se CONDENA a Isesco 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.

6. La anterior suma debe pagarla Isesco 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 decimoprimero.

7. CONDENAR en costas a Isesco. Al liquidarlas, ténganse como agencias en derecho $15'000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

TIRSO PEÑA HERNANDEZ.
Juez.

SECRETARIA
JUZGADO 23 CIVIL CIRCUITO
La providencia anterior es notificada por anotación en ESTADO No. 61 de
24 ABR. 2019
L. Secretaria

PRECEDENTE JUDICIAL # 3

199
385

12

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

REF: PROCESO ORDINARIO

APELACION SENTENCIA

RADICADO No. 11001 3103 022 2010 00588 01

DEMANDANTE: HUNZACEL LTDA

DEMANDADO: COMCEL S.A

MAGISTRADA PONENTE: MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Discutido y aprobado en Sala del 23 de mayo pasado.

I. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 2 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá.

II. ACONTECER FACTICO Y PROCESAL

1. La sociedad Hunzacel Ltda., convocó a proceso ordinario a la sociedad Comcel S.A, para que se declare que existió entre ellas un contrato de agencia comercial, desde 16 de diciembre de 2005, hasta el 29 de abril de 2009, por lo que esta debía ser condenada a pagarle $53.400.000,oo, por concepto de cesantía comercial, junto con los intereses de mora o la corrección monetaria.

Scanned with CamScanner

a) Entre la demandante y la interpelada el 16 de diciembre de 2005, se celebró un contrato en donde Hunzacel se obligó a "*promocionar y comercializar el servicio de telefonía celular de Comcel*", vinculando abonados o usuarios mediante la comercialización de líneas de telefonía móvil con planes en las modalidades de pospago y prepago.

b) Dicha relación contractual se extendió hasta el 29 de abril de 2009, fecha en que Hunzacel, la dio por terminada.

c) Hunzacel realizó su actividad mercantil, como empresario independiente, con su propia infraestructura y organización administrativa, siguiendo los lineamientos establecidos en el contrato. En general, suscribió contratos de arrendamiento y de trabajo con terceros y abrió establecimientos de comercio bajo su nombre comercial.

d) Hunzacel durante todo el tiempo de vigencia de la relación contractual, promovió permanentemente la venta del servicio de telefonía móvil de Comcel, concluyendo negocios en serie y sucesivos.

d) Comcel se obligó a pagar a Hunzacel como contraprestación principal por las actividades de promoción y mercadeo de los servicios, equipos y productos, sumas de dinero que se denominaron genéricamente como comisiones, tanto por activación como por residual.

e) Comcel inicialmente entregaba a Hunzacel los kits prepagos en consignación para la comercialización, y en la medida en que se vendían se le cancelaban a aquella.

f) Comcel se obligó a pagar a Hunzacel, a lo largo de la relación contractual, en forma constante y periódica, por mensualidades sucesivas, bonificaciones e incentivos que se constituyeron en parte adicional de la remuneración ordinaria que recibía.

Scanned with CamScanner

3. Adelantado el trámite probatorio y de alegaciones, la primera instancia culminó con sentencia el 02 de mayo de 2018, donde se negaron las pretensiones.

Las razones que llevaron a tomar tal decisión se pueden resumir, de la siguiente manera:

El a quo comenzó señalando que existía "*una indebida acumulación de pretensiones*", pues, se solicitó que sea declarada la existencia de un contrato de agencia mercantil "*el cual se aduce terminó sin justa causa*" y coetáneamente "*se elevan peticiones opuestas consistentes en declarar un incumplimiento y abuso contractual, al igual que la invalidez de algunas de las cláusulas del contrato*". Agregó que "*si bien tales defectos no fueron advertidos al momento de calificar la demanda*", a fin de "*evitar una sentencia inhibitoria*", dichas "*falencias*" debían "*tenerse por superadas*" y centrar el litigio en "*la pretensión principal, esto es, que se declare si entre las partes existió un contrato de agencia comercial, que no existió justa causa para dar por terminada tal relación contractual, que el contrato se había renovado automáticamente y que ante tales circunstancias se declare la indemnización de los perjuicios contemplados en el artículo 1324 del Código de Comercio*".

Tras recordar las normas del Código de Comercio que regulan la agencia comercial y resaltar sus principales características, el Juez señaló que entre la sociedad Hunzacel Ltda y Comcel S.A, no se configuró una agencia mercantil, toda vez que conforme lo pactado en la cláusula cuarta del vínculo negocial suscrito entre las partes, lo que realmente existió fue un contrato de "*distribución*", de ahí que la actora nunca tuvo la condición de agente de Comcel.

En ese sentido precisó que en la mentada cláusula las partes concertaron "*la imposibilidad de transformar o desnaturalizar tal acto convencional, máxime si en los folios 63 y 64*" aparece "*la devolución de equipos y papelería por parte del distribuidor a la entidad demandada*".

Scanned with CamScanner

2. El a quo pasó por alto que la demanda no fue contestada y que "*las preguntas del interrogatorio de parte*" fueron "*calificadas para que obraran como prueba de confesión*".

3. La "*zona prefijada*" no es un elemento del contrato de agencia.

4. No es que "*faltara independencia en Hunzacel, sino que usaba la papelería, los contratos y las consignaciones de Comcel, por cuenta y en beneficio de ésta*".

5. El a quo no se refirió respecto de las pretensiones subsidiarias.

Y en audiencia del pasado 21 de marzo en esta instancia procedió a sustentar la apelación en los siguientes términos:

"*Comcel fue legalmente notificada y no contestó la demanda, de tal suerte que correspondía aplicar el artículo 97 del C.G.P y proceder a dictar sentencia dando por ciertos los hechos de la demanda*". Adicionalmente, fue citado a interrogatorio "*el representante legal de Comcel y no asistió ni justificó su inasistencia, por lo que se debió aplicar*" la confesión presunta que señala el artículo 205 ibíd. En ese orden, hubo confesión de los "*elementos de la agencia comercial*".

IV. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Para desatar la alzada diremos que la Sala es competente al tenor del numeral primero del artículo 31 del Código General del Proceso y lo haremos bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibídem.

Por ello la competencia del Tribunal se circunscribe a los **reparos** expuestos ante el a quo por la recurrente y sobre los cuales se efectuó la sustentación.

Scanned with CamScanner

éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem. d.)- 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 **e.-) Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional**"[2] (Negrilla y Subrayado Fuera de Texto).

Ahora, cuando se pide la declaración del contrato de agencia o la prevalencia frente a cualquier otro vínculo presunto, es necesario que concurran **todos los requisitos necesarios para su conformación**, pues, de faltar uno solo no tiene cabida acceder a dicha súplica.

Sobre el particular la Corte Suprema precisó que "*no obstante la autonomía de que goza la agencia, la característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene calidades específicas que, por lo mismo, lo hacen diferente, razón por la cual, su demostración tendrá que ser inequívoca. De suerte, que una persona bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad también puede la misma recibir el especial de promover y explotar los negocios del empresario ora como representante o agente, pero en virtud de un contrato de agencia (...) **Los requisitos mencionados para la configuración del indicado acuerdo de voluntades son concurrentes, esto es, deben aparecer todos para que puede predicarse válidamente su configuración, ya que la falta de uno de o varios de ellos implica necesaria y fatalmente que tal convención no existe o que degenera en otro acuerdo de naturaleza diferente***"[3]. (se destaca)

[2] CSJ, Cas. Civil, Sent del 10 de septiembre de 2013 Exp 11001310302220050-00333.
[3] Ibid.

Scanned with CamScanner

3. En la apelación, la actora esgrime que erró el a quo al no dar por demostrados los elementos de la agencia mercantil, pues, pasó por alto que en virtud de que la demanda no fue contestada, debían darse por ciertos los hechos contenidos en el libelo introductorio. Sumado a que, ante la no concurrencia del representante legal de la demandada a rendir interrogatorio, operó la confesión ficta respecto de los hechos sobre los cuales versaban las preguntas contenidas en el interrogatorio escrito, las cuales fueron calificadas por el fallador.

4. La Sala encuentra que efectivamente en providencia de 18 de julio de 2011 (fl. 346, C.1) se tuvo por no contestada la demanda. Así mismo, que citado el representante legal de la convocada a rendir interrogatorio, no concurrió en la fecha y hora señalada y tampoco justificó su inasistencia, razón por la que en diligencia llevada a cabo el 14 de febrero de 2013, en aplicación de lo señalado en el artículo 210 del antiguo estatuto procesal civil, se "*declararon como ciertos los hechos*" respecto "*a las preguntas 2, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18 y 19*", contenidas en el interrogatorio escrito. (fl. 397)

Sin embargo, en los términos del artículo 95 del derogado Código de Procedimiento Civil **-regla aplicable al presente asunto-** la falta de contestación de la demanda debía ser apreciado "*por el juez como indicio grave en contra del demandado*", que no presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en el libelo como lo sugiere la impugnante, pues, y ello es medular, esta última consecuencia solo vino a introducirse en el actual estatuto procesal (art 97), el cual no resulta aplicable al litigio.

En lo que respecta a los hechos contenidos en el interrogatorio escrito frente a los cuales operó la confesión presunta -*2, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18 y 19*-, advierte la Sala que **en ninguno de ellos se mencionó que entre las partes existió un contrato de agencia mercantil**, como tampoco en aquellos se hizo referencia a que en la relación negocial que existió entre las partes se dieron los elementos

Scanned with CamScanner

ganancia; todo lo cual, por supuesto, no permite dar por acreditada la alegada agencia comercial.

Pero además, en el proceso la demandante no probó la labor de promoción y acreditación de los productos **y servicios** de Comcel S.A por cuenta y en beneficio de esta última; acreditó, sí, que compraba unos bienes para luego revenderlos, pero esa es una actividad que, per se, no constituye agencia comercial, como atrás quedó explicado.

Nótese que en el contrato suscrito entre las partes se halla ausente el encargo en virtud del cual Hunzacel Ltda se comprometiera a promover o explotar negocios de Comcel S.A, por cuenta y para beneficio de ésta. Tampoco se acreditó que, en desarrollo de ese vínculo negocial, Hunzacel Ltda recibió el encargo específico de "*promover o explotar negocios*" de Comcel S.A "**dentro de una zona prefijada en el territorio nacional**" (art.1317 C.Co.).

En efecto, ni en el contrato ni en los hechos de la demanda, se indicó el punto geográfico en donde la actora debía promover o explotar los negocios de Comcel S.A. Sobre el tópico, contrario a lo referido por la impugnante, la fijación del territorio "***donde debe laborar el agente es un elemento determinante o fundamental*** *no sólo para permitirle a la agencia 'conquistar, ampliar y reconquistar un mercado en beneficio del principal' (...), sino para imponerle a éste el reconocimiento de la actividad de aquella, tanto que, sin impedirle al empresario participar en el mismo territorio, [éste] contrae de todas maneras la obligación de pagar [al agente] por interferirlo de algún modo* (...)"[9]. Por manera que, al faltar dicho elemento esencial, tampoco podía concluirse que entre las partes existió un contrato de agencia.

5. Finalmente, en punto a que el a quo no resolvió las pretensiones subsidiarias, se debe decir que, el fallador de primer grado al analizar los presupuestos procesales,

[9] C.S.J Sentencia de 9 de noviembre de 2017, expediente No.2011-00081.

Scanned with CamScanner

PRIMERO-. CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de mayo de 2018 por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte actora. La Magistrada sustanciadora fijará, en su momento, las agencias en derecho.

TERCERO-. DEVOLVER el expediente a la oficina de origen, una vez en firme esta sentencia, por Secretaría de la Sala, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE

Las Magistradas,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

HILDA GONZALEZ NEIRA

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Scanned with CamScanner

~~207~~
392

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA 3 DE DECISIÓN CIVIL

9

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA ARTICULO 327 DEL C.G.P.

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora Inicio: 11:24 am **Hora Final: 12.00**
RADICACIÓN No. 11 001 3103 022 2010 00588 01
HUNZACEL LTDA Vs. COMUNICACIONES C ELULAR S.A. –COMCEL S.A.
Sala: 12

Las Magistradas que conforman la Sala Tercera Civil de Decisión, se constituyeron en audiencia pública, dentro del proceso de la referencia, con el fin de adelantar la audiencia prevista en el artículo 327 del C.G.P., obra como secretaria ad hoc la abogada asesora del despacho, Martha Cecilia Saavedra.

Declarada abierta la audiencia se procedió a verificar la presencia de las partes, así:

COMPARECIENTES

Nombres y Apellidos	Calidad
MARIA CLEMENCIA GOMEZ SANDOVAL, C.C. 37.798.611, T.P.29.851	Apoderada del demandante
LUIS FERNANDO SALAZAR LOPEZ, C.C. 19.083.331, T.P. 12.386	Apoderado de la demandada

Escuchada la sustentación de la parte impugnante y lo manifestado por la contraparte; se concede un receso para tomar una decisión; sin embargo, como quiera que se debe hacer un análisis de las pruebas obrantes y atendiendo la complejidad del asunto, se resuelve que la decisión se proferirá por escrito. Sin que se anuncie el sentido del fallo, dado que no hay consenso sobre la determinación a adoptar.

Esta decisión por haber sido proferida en audiencia queda notifica en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declara concluida la misma. En constancia de lo anterior se firma la presente acta por las integrantes de la Sala de Decisión y de la cual constituyen anexos el formato de control de asistencia, así como la grabación electrónica empleada para el registro de la audiencia de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 107 del Código General del Proceso

Las Magistradas,

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

HILDA GONZALEZ NEIRA

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Scanned with CamScanner

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

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

AUTO:

La Magistrada Sustanciadora fija como **AGENCIAS EN DERECHO,** la suma de $1.000.000,oo, a cargo de la parte recurrente por haberle resultado el anterior fallo adverso a sus intereses.

NOTIFIQUESE

La Magistrada,

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

encontró indebida acumulación de las pretensiones, dado que se solicitó que sea declarada la existencia de un contrato de agencia mercantil y coetáneamente "*se elevan peticiones opuestas consistentes en declarar un incumplimiento y abuso contractual, al igual que la invalidez de algunas de las cláusulas del contrato*", por lo que a fin de evitar un fallo inhibitorio limitó su estudio a la prosperidad o no de las suplicas relacionadas con la existencia del contrato de agencia mercantil entre las partes, "*que no existió justa causa para dar por terminada tal relación contractual, que el contrato se había renovado automáticamente y que ante tales circunstancias se declare la indemnización de los perjuicios contemplados en el artículo 1324 del Código de Comercio*".

Frente a esa puntual decisión, la parte actora **no formuló cuestionamiento alguno,** siendo claro que ello relevaba al juzgador de resolver las pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda, las cuales giraban en torno a que se declarara "*el incumplimiento del contrato*" por parte de la demandada, y la "*declaratoria de abuso contractual, nulidad, invalidez o ineficacia de varias estipulaciones contractuales*".

Conclúyase, entonces, que dada la escisión que realizó el fallador al momento de despachar las pretensiones y declarar la indebida acumulación **-decisión frente a la cual, insístase, ningún reparo se hizo-**, no era obligación del a quo tramitar las súplicas subsidiarias.

6. Habida cuenta de lo discurrido en precedencia, se confirmará el fallo opugnado. Se condenará en costas a la recurrente.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

esenciales del contrato de agencia. Ergo, no resulta acertado concluir que con base en dichas pruebas se acreditó el convenio suplicado.

Pero fuere lo que fuere, lo cierto es que las partes en el convenio que suscribieron pactaron que el mismo se trataba de un contrato de distribución. Que el distribuidor (Hunzacel Ltda) se obligaba a comercializar los productos y servicios y realizar las actividades de "*mercadeo y distribución*" en "*su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura* ***y con asunción de todos los costos y riesgos***". (cláusula tercera). En la estipulación cuarta convinieron que "*nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato (...)* ***ni agencia comercial que las partes expresamente excluyen***", por lo que le estaba prohibido a la demandante "*anunciarse*" o "*constituirse*" como "*agente comercial*" de Comcel.

Contrato en donde se previó que "*las partes han excluido expresamente toda relación jurídica* ***de agencia comercial****, por no ser su reciproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato,* ***en cuanto, el DISTRIBUIDOR respecto de los productos adquirirá su dominio o propiedad y los revenderá en el mercado a su propio costo, riesgo y con su propia organización***". (se destaca)

Reventa de productos que igualmente se acreditó con prueba de confesión, constituida por las respuestas que el representante legal de la demandante dio al interrogatorio de parte que absolvió, quien aceptó que comercializaban "*el producto de los celulares en prepago, ahí lo que sucedía era que nos daban los equipos,* ***nos los vendían a un menor precio y digamos que la utilidad que se obtenía era la diferencia de precio***" (Audiencia de 8 de agosto de 2012; fl. 379, C.1).

Probanzas que sólo permiten al Tribunal tener por acreditada la existencia de un contrato de distribución entre la sociedad Hunzacel Ltda y Comcel S.A, en virtud del cual aquella adquiría de ésta sus productos con el fin de revenderlos y obtener una

También se ha dicho por la jurisprudencia que "*no todos los* ***distribuidores*** *deben considerarse agentes*" pues "***esa calidad la ostentan únicamente quienes con sus propias empresas independientes y estables, realizan los encargos de los empresarios de promover o explotar los negocios de estos últimos en un determinado ramo y dentro una zona prefijada en el territorio patrio.*** *Ergo, los intermediarios que actúan por cuenta propia y riesgo, así desarrollen sus actividades en un determinado ramo y dentro de un espacio geográfico establecido, carecen de la connotación de agentes, ciertamente, al fallar el elemento representativo que caracteriza al "encargo".* ***Clasifican en dicha categoría los comerciantes que adquieren bienes o servicios con el fin de revenderlos, asumiendo las contingencias de la operación, entre otras, la pérdida o deterioro de los mismos, la inestabilidad de los precios, la insolvencia de los clientes o el no pago de las mercancías"***[4].(se destaca)

Conclúyase, que el contrato de agencia, aun cuando tiene una identidad propia, tiene elementos que lo asimilan con otros muy afines. En relación con el contrato de distribución, "*se distinguen en que (i) la venta de la mercadería ajena, hecha por el agente, se hace por cuenta del principal, apoyada en el mandato, mientras el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, facturándole al cliente y lucrándose con la diferencia*[5]*; (ii) en punto a sus finalidades, el de agencia busca procurar al proponente un resultado derivado de la actuación del agente, en tanto la distribución halla por objeto que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela*[6]*; (iii) la forma de actuación de los auxiliares independientes difiere por cuanto el agente no adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene, cosa que sí acontece en la distribución*[7][8]

[4] C.S J.Cas. Civil, Sent del 18 de abril de 2018 Exp 2007-00128-01.
[5] MARZORATI, Osvaldo J. *Sistemas de Distribución Comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franchising.* Ed. Astrea. Buenos Aires. 2011. Págs. 81-83. En similar sentido: GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II.* Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.
[6] GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II.* Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.
[7] GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II.* Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.
[8] Ibid.

2. Sobre el concepto de agencia de hecho la doctrina ha dicho que "*se presenta una agencia de hecho cuando un comerciante, sin haber recibido encargo para la conquista de un mercado para unos determinados productos o marcas, emprende de forma autónoma la tarea de promocionarlos y acreditarlos, consiguiendo el fin propuesto. Ese fin conseguido, consistente en haber acreditado un producto o una marca, goza del favor del derecho, quien le otorga los mismos beneficios como si ese sujeto hubiese actuado en razón de un encargo*[1]."

El artículo 1331 del código de comercio dispone que "*a la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente Capítulo*".

Por su parte el artículo 1317 del mismo estatuto señala: "*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*" (Negrilla y Subrayado Fuera de Texto)

Como características principales de la agencia comercial tenemos: "*que como su objeto es "promover o explotar negocios" del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo,* ***actuando el agente por cuenta ajena****, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados b)* ***que los efectos económicos de esa gestión 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 c)* ***Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que***

[1] ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles – Contratos Típicos*. Ed. decimocuarta. 2015, p. 259.

Destacó que "*no aparece acreditado al interior del proceso la determinación del territorio, esto es, la zona geográfica donde se explotaba el mercado, ya que en el contrato nada se dispuso al respecto, como tampoco se indicó en los hechos de la demanda*".

Así mismo, que conforme el convenio suscrito entre las partes la "*demandante no actuaba de manera independiente, dado que Hunzacel Ltda debía abstenerse de hacer publicidad de manera autónoma, toda vez que se obligó a utilizar los materiales de promoción, formatos de contrato, recibos de caja, pagares, papelería y documentación que Comcel S.A le proporcionaba*", por lo que "*su actuar se encontraba condicionado a la autorización por parte de la demandada*"; sumado a que no se evidencia el "*ánimo de favorecer de manera inmediata y principal al agenciado, ya que del interrogatorio*" rendido por el representante de la actora "*se extrae que se buscaba un beneficio propio, al poner en venta por riesgo y cuenta propia kits prepago, que le eran vendidos a un menor precio y la utilidad que se obtenía era la diferencia del precio*".

Por último, adujo que "*se echa de menos informes periódicos de segmentación del mercado de los clientes potenciales, exigencia que es ineludible para predicar la existencia de la agencia mercantil*" contemplada en el artículo 1317 del Código de Comercio.

III. APELACION DEL FALLO

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, precisando como reparos:

1. El Despacho no tuvo en cuenta la "*doctrina y la jurisprudencia*" que sobre el tema existe.

g) El contrato que suscribía "*el abonado para usar el servicio de telefonía celular de Comcel, era uno proforma elaborado por Comcel en su propia papelería y suministrado por a Hunzacel*".

h) Hunzacel recibía por cuenta de Comcel todos los dineros provenientes de los clientes o abonados por concepto de activaciones y pagos de equipos, sumas que, de acuerdo con el contrato, estaba obligada a consignar en las cuentas que Comcel le había indicado.

i) Hunzacel "*nunca le compró a Comcel, para revenderlas por su cuenta y riesgo, líneas de telefonía móvil celular o tiempo al aire*".

j) Comcel, tal como lo dispone el contrato, fue quien determinó las condiciones de selección de los clientes y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos.

k) Comcel aplicó las penalizaciones establecidas en el contrato, sin demostrar previamente la ocurrencia de los hechos que daban origen a su aplicación.

l) Comcel no canceló oportunamente las comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato.

m) A lo largo de la ejecución contractual Comcel introdujo variaciones económicas unilaterales en detrimento de los derechos e intereses de Hunzacel.

El acontecer procesal se puede resumir diciendo que, el auto admisorio de la demanda proferido el 10 de noviembre de 2010 (fl.112), fue notificado a la demandada. Y en providencia de 18 de julio de 2011, se tuvo por no contestada aquella.

También pidió se declare que Comcel S.A *"aun cuando estaba facultada para modificar las comisiones, no podía introducir modificaciones a las mismas que llevaran a hacer inviable la operación mercantil de Hunzacel y a desequilibrar el aspecto económico del contrato"* suscrito entre las partes *"en grave perjuicio de Hunzacel"*; que no estaba facultada para *"modificar unilateral y discrecionalmente el régimen de penalizaciones"* establecidas en el contrato suscrito entre las partes; que *"no podía aplicar las penalizaciones"*; que *"incumplió el contrato"* por *"no haber liquidado y pagado oportuna y completamente la totalidad de las comisiones por activación"*; que no pagó *"oportunamente las comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato"*; que conforme a la *"cláusula 28, inciso 2° del contrato, la mera tolerancia de Hunzacel respecto a los incumplimientos de Comcel, no constituye modificación tacita del contrato, ni equivale a la renuncia de Hunzacel a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones incumplidas"*. En consecuencia se le condene al pago de la suma de $10.000.000,oo por *"penalizaciones y sanciones económicas impuestas" a Hunzacel*, y $7.773.026 por *"comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato"* junto con intereses de mora.

Así mismo, que se declare que *"Hunzacel tuvo una justa causa imputable a Comcel para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial"*, y se le condene a pagar la suma de $43.500.000,oo a título de indemnización de que trata el artículo 1324 del C.Co, junto con los intereses de mora y la corrección monetaria e indemnizar los perjuicios materiales irrogados en la forma descrita en la demanda.

Y de manera subsidiaria suplicó *"se acceda a todas las pretensiones referidas al incumplimiento del contrato; todas las pretensiones referidas a la declaratoria de abuso contractual, nulidad, invalidez o ineficacia de varias estipulaciones contractuales; todas las pretensiones referidas al pago de los perjuicios derivados de la terminación del contrato, imputables a la demandada"*.

2. Las anteriores pretensiones se formulan con fundamento en los siguientes hechos:

aplicación practica que le dieron las partes, se verifica que en los mismos no se estableció cuantía, lo que descarta la posibilidad de considerar"enorme" la clausula penal pactada, eso en primer lugar, porque de allí deriva que no pueda el juez moderarla; argumentos que se extienden para desestimar la excepción que llamó Isesco VIOLACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CLAUSULA PECUNIARIA.

En lo que atañe a la que se llamó LA CLAUSULA 27.3.2. DE LOS CONTRATOS PREDISPUESTA POR COMCEL ES UNA CLAUSULA ABUSIVA Y POR TANTO DEBERA SER DECLARADA NULA, ya acotamos que el abuso denunciado por Isesco a lo largo de sus intervenciones no está demostrado, lo que adicionado al hecho de que la nulidad pedida no se amolda a las exigencias de los artículos 1740, 1741 del código Civil, en cuanto que no hay prueba de que esos actos estén maculados por objeto o causa ilícitos, o que reporten falencias en cuanto a los requisitos formales, así como tampoco que se reúnan los presupuestos que indican los artículos 899 a 902 del estatuto mercantil, dirigen a negarle prosperidad a esta defensa.

En torno a que ISESCO NO DEBE SER CONDENADA AL PAGO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO (PRETENSION 7), es una exigencia llamada al fracaso porque ello deriva de aplicar una norma procesal que como tal es de orden publico y obligatorio cumplimiento, según lo establecen las reglas de los artículos 6 y 392 No. 1 del C. de P.C, vigentes cuando se inició este caso y actualmente recogidas en los artículos 13 y 365 del CGP, y que imperan la imposición de las costas contra la parte que pierda un proceso y en todos lo eventos que esas reglas enlistan, además de que es aspecto sobre el que debe el juez proveer en la sentencia, por mandato expreso del artículo 280 del código general del proceso.

La OBJECION A LA ESTIMACION JURADA DE QUE TRATA EL ART. 206 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO, aun cuando resulta tempestiva, de cara a lo que prevé el artículo citado en el enunciado que nomina la exceptiva, véase que lo pedido por Comcel se le reconozca, es el valor acordado en los contratos, lo que de suyo, traduce en que no luce notoriamente injusta ni ilegal, así como tampoco hay lugar a sospechar la presencia de fraude, colusión o cualquier otra situación torticera que impida tener el monto que fue objeto del juramento, como prueba del mismo, sin que por tanto, se aviste inexactitud sobre el punto y todo ello, impide que salga avante este argumento exceptivo.

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

1. Declarar prósperas las excepciones "INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD EN CABEZA DE COMCEL, AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE ABUSIVIDAD O INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE, CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR

noviembre 13 de 2009, las partes celebraron un acuerdo, en virtud del que Isesco se obligó a pagar $877.549.335 a Comcel, carga que esta no honró a plenitud porque de ese monto, mantiene aún un saldo pendiente, con lo que queda plenamente comprobado su incumplimiento a lo estipulado a cláusula 7.33 del contrato de distribución de voz, conforme al que Isesco 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 Isesco 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 Isesco 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 Isesco incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel por no cumplir lo pactado en los pagos y a su vez incumplir el Acuerdo de Pago celebrado por las partes el 13 de noviembre de 2009, y que incumplió los de distribución de Voz y de Datos, así como el de BlackBerry, celebrados con Comcel por no haber realizado el mínimo de activaciones netas requeridas contractualmente, respecto de cada uno de estos.

Y a consecuencia de la prosperidad de tales pretensiones, se debe condenar a Isesco 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, 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 desde el día decimoprimero.

Lo anterior, porque si bien Isesco formuló como excepciones de mérito contra la reconvención, las que llamó CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE ISESCO, véase que las pruebas aportadas al dossier son prolijas en decir lo contrario, conclusión que se fortalece si se toma en consideración que, al plantear los hechos de la demanda, esta confesó que "en noviembre y diciembre de 2010 y enero de 2011, la facturación de Isesco no alcanzó a cubrir el total de la cuota, quedando pendiente de pagar los $9'850.000 de noviembre -lo facturado en este mes fueron $27´092.050; de diciembre quedaron pendientes $17'000.000 -la facturación de este mes alcanzó $19/079.508- y, finalmente, de enero de 2011, quedaron pendientes $10'000.000, pues la facturación sólo alcanzó $26´848.387..."; e igualmente cuando dijo que "Dados el desfase en el valor de la cuota y la facturación de los tres últimos meses, a enero de 2011, Isesco habría incumplido el acuerdo por un total aproximado de $37'000.000"..., de donde se sigue que no puede tener visos de prosperidad este medio exceptivo.

Justamente por lo anterior, se esfuman las opciones de éxito de la defensa de merito que Isesco nominó CONTRATO NO CUMPLIDO (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS ART. 1609 C.C.), pues véase, además, que el supuesto normativo insito en el artículo 1609 invocado por la excepcionante, 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 Isesco.

los métodos alternativos de solución de conflictos, diseñados para que las personas acudan a ellos libremente; y si bien la ley 640 de 2001, al regular la conciliación judicial y extrajudicial indica cómo debe pedirse y surtirse ya ante los centros de conciliación, ora ante los jueces, véase que esa regulación no contiene norma alguna que le merme fuerza a la que se celebre por fuera de ese molde, lo que se explica en la medida en que sustancialmente es producto del ejercicio de la autonomía negocial de las personas.

Ahora, si bien tiene razón Isesco cuando anota que la compensación no es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, si es un modo de extinguir las obligaciones (artículo 1625 No. 5 CC) y nada se opone a que en una transccion o concilicion, las personas capaces y libres de disponer de lo suyo, decidan compensar las deudas que recíprocamente existan entre ellas, bajo las condiciones señaladas en los artículos 1714 a 1723 del código Civil.

Por ende, como tales actas de transacción, conciliación y compensación fueron el resultado de las manifestaciones de voluntad de las partes que las suscribieron, deben respetarse sin que sea de buen recibo que ahora una de las partes pretenda restarles eficacia después de suscribirlas, solo por el hecho de que se encuentre en dificultades para honrar las cargas que adquirió al rubricarlas, mucho menos el pretender que un tercero, como lo es el juez que no medió en su perfeccionamiento, cambie su objeto, sentido y efectos a solicitud de una de las partes, y por todo ello, frustráneas se tornan las pretensiones de que se se declare, en subsidio que "tales transacciones se circunscribieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activación, también llamadas comisiones por ventas" y que por consiguiente, "todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron objeto de transacción"; así como las relativas a que se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia, "de todos las transacciones incorporadas en estas actas en lo que tiene que ver con la disposición, por parte de la convocante, de: (i) Derechos que aún no existían y/o no se habían hecho exigibles al momento de las suscripciones de los respectivos documentos, (ii) Derechos respecto de los cuales no existía una disputa en concreto al momento de la suscripción de los respectivos documentos, (iii) Derechos cuya existencia y/o cuantía no podían ser establecidos por parte de la actora por la imposibilidad que tuvo de acceder a los actos, libros y documentos de Comcel (iv) renuncias a derechos respecto de los que Isesco nunca renunció y (v) pagos inexistentes", porque, a más de lo dicho, notese que la parte actora no precisó a cuales derechos se referían tales exigencias ni cuales fueron los temas efectivamente analizados, discutidos y concretados por las partes previamente a la firma de cada una de las actas, como para declarar que el paz y salvo mencionado en la parte dispositiva de esas actas, no tiene efectos generales.

Se negarán también las pretensiones sobre la ineficacia de otras disposiciones contractuales, porque ya vimos que los supuestos previstos en el artículo 897 del estatuto mercante patrio no están presentes en lo que atañe a los contratos que integraron la relación jurídico negocial objeto de esta controversia en general, y por contera, en lo que toca puntualmente con las cláusulas 5.3, 16 (inc 1) y 16.4, así como el anexo "A" numeral 2o en la parte que dice "Dicha comisión sólo se causará y será pagada siempre que el contrato de distribución esté vigente", y numeral 4 (inc 1) del anexo "A" del contrato sub judice; y en cuanto a la comisión por residual que se causen con base en los consumos hechos por los clientes de Comcel cuya vinculación promocionó y gestionó la demandante durante la vigencia del contrato sub judice, no hay opción de que se acceda porque se parte de la base, para pedirlas, que se trata de un contrato distinto del de distribución que ligó a las partes, misma razón que irradia la negativa a declarar la nulidad absoluta de las cláusulas: (i) 4 del contrato sub judice, en lo que refiere a la exclusión de la Agencia Comercial como la naturaleza del contrato, (ii) 12 del

quien abuse de sus derechos, de indemnizar los perjuicios que cause, y del deber que todo contratante tiene de celebrarlo y ejecutarlo de buena fe, el que el análisis de la realidad que circundó la ejecución de los actos negociales subjudice, lleve a concluir que ello se amoldó a la naturaleza del contrato de distribución, corta la opción creer validmente que Comcel desconoció tal principio.

Los motivos expuestos dan lugar a negarle éxito a la pretensión de que Comcel abusó de su posición dominante contractual "al extender e invocar la aplicación de cláusulas abusivas que tuvieron por causa, por objeto y/o como efecto, una afectación grave de los intereses patrimoniales de la actora y la creación de un desequilibro económico y normativo contractual", dado que la vulneración de los supuestos facticos ínsitos en los artículos 83 y 95-1 constitucionales y 1603 CC y 871 del C. de Co., citados por la actora inicial en este aparte, no se subsumen en los que caracterizaron la realidad negocial de marras.

Frente a la pretensión relativa a la aplicación de "penalizaciones y reversiones sobre comisiones establecidas en el contrato de marras, sin demostrar previamente un incumplimiento que le fuera imputable a la actora de tal contrato a título de culpa o dolo, y compensar motu propio, créditos a favor de la demandante con dineros que Comcel descontó de manera unilateral a título de sanciones y/o penalizaciones por bajo consumo de los usuarios en el producto prepago, fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por ajustes/ reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos etc., por fuera de las estipulaciones contractuales", el hecho de que la esté condicionando Isesco a que se debiera demostrar por Comcel un incumplimiento, notese que este está comprobado, y, como el dolo o culpa, no son elementos que debieran mediar para esos efectos, impiden su prosperidad.

Tampoco se podrá declarar que Comcel "asumió el riesgo creado porque estableció las condiciones para el acceso de sus potenciales usuarios a adquirir el producto denominado KIT PREPAGO en interés y beneficio suyo, para aumentar las ventas y favorecer la economía de su patrimonio, con la expansión en el país de sus productos y servicios a través de esta fórmula, y en tal virtud su conducta de trasladar el riesgo a Isesco Ltda., fue abusiva", y que "al poner en el mercado el producto y servicio KIT prepago, quedó fuera del control de Isesco y, en consecuencia, quien de dicho producto dispuso es quien debe soportar las consecuencias de su propia conducta", porque la situación de riesgo que enuncia Isesco en estricto rigor consiste en los bajos resultados de su gestión, lo que a su vez, derivó de su deficiente administración de su propio negocio, dentro del que se incluían los de distribuir los productos y servicios objeto de los contratos de marras, siendo Isesco en consecuencia, la que tenía la carga estatutaria, contractual y legal de controlar esos resultados y asumir sus efectos, ergo, tampoco tiene visos de prosperidad el procurar que se declare "que no hubo un hecho sobreviniente, imprevisible y extraordinario que impusiera a Comcel SA la necesidad de desmejorar paulatinamente las condiciones económicas de los contratos firmados con Isesco", máxime si en cuenta se tiene que lo aquí planteado es una apreciación subjetiva de Isesco.

Por otro lado, la inexistencia de pruebas sobre el tópico, impiden a esta agencia judicial declarar "la ocurrencia de un hecho sobreviniente, imprevisible y extraordinario ocurrido durante la ejecución de los contratos de que trata este proceso", y de que "en todo caso los mayores costos debían ser asumidos por las dos partes del contrato en observancia del principio de equidad y dentro del espíritu de solidaridad y cooperación que debe presidir la ejecución de buena fe de los negocios jurídicos", dado que los efectos derivados de la ejecución del contrato surgen de sus textos y/o de la ley.

deba resolverse a favor de la interpretación que hizo la demandante, porque esa es una interpretación no solo unilateral, sino descontextualizada y por eso, no se puede decir válidamente que Comcel nunca efectuó pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1 del Art. 1324 Co. Co., ni a título de indemnizaciones futuras a favor de la demandante, porque, se itera, los efectos del artículo invocado por Isesco no aplican acá.

Esa razón ligada a las que ya se anotaron y que dan pie para declarar exitosa la excepción no existencia del contrato de agencia comercial, desvanecen la posibilidad de acceder a la pretensión SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGESIMA PRINCIPAL atinente que se diga por la jurisdicción que los descuentos del 20% del valor de los pagos hechos por Comcel a Isesco a título de "pagos anticipados", sólo recayeron sobre la facturación que a título de "comisiones" debía expedir Isesco a Comcel S.A. y no pueden afectar otros pagos hechos a la actora y que hacen parte de los rubros que deben tenerse en cuenta para liquidar la cesantía comercial, porque ello solo se abriría paso si la relación hubiera realmente sido de agencia mercantil.

Tampoco tiene asidero entonces el pretender que se condene a Comcel a pagar a Isesco, el 20% que la actora habría dejado de recibir a título de comisión a partir de abril de 2007, respecto de la facturaracion de las comisiones divididas en el 80% para pago de éstas y el 20% para "pagos anticipados", en la suma que se establezca en el proceso, conforme a dictamen pericial, dado que eso no se probó que fuera una imposición de Comcel y porque el dictamen pericial aportado a la actuación no se tiene en cuenta debido a que al analizarlo, se constata que las conslusiones en éste plasmadas parten de la base de la existencia de un contrato de agencia mercantil, lo que se itera, no está presente acá.

Como ya se escudriñó y concluyó que el nexo contractual de distribución que ligó a Comcel e Isesco, se extinguió por el incumplimiento de esta, las pretensiones tanto principales como subsidiarias RELATIVAS A LA TERMINACION SIN JUSTA CAUSA IMPUTABLE A ISESCO, deben negarse en su totalidad, máxime cuando el pago total de los $877'549.335 que señala Isesco en esta parte de sus aspiraciones, no está acreditado en los términos del artículo 1757, en consonancia con las previsiones de los artículos 1626 y ss, del código Civil; y en cuanto a la mora confesada además, por Isesco, frente al acuerdo de pago suscrito en noviembre 13 de 2009 (cuota mensual de $36'943.365), durante noviembre de 2010 ($9'850.950), diciembre de 2010 ($18'000.000) y enero de 2011 ($10'000.000), si tuvo la entidad suficiente para acarrear la terminación del contrato porque el simple incumplimiento de un contrato bilateral, por regla general, da lugar a su terminacion por parte del extremo que lo cumplió o se allanó a cumplirlo, independientemente del porcentaje o proporción en que tal incumplimiento afecte la economía de la parte cumplida.

Como tampoco demostró Isesco los supuestos fácticos que den lugar a declarar que fue Comcel quien le puso en imposibilidad de cumplir el acuerdo suscrito el 13 de noviembre de 2009, dado el supuesto no pago del subsidio de arrendamiento (10% sobre las ventas), y que le cobrase equipos a full precio sin que ello estuviera previsto en el contrato, ni que las penalizaciones y sanciones que se le cobraron a Isesco estaban por fuera de las estipulaciones del contrato y sobre ventas ya conciliadas y que le impuso cargas administrativas que no estaban contempladas en el contrato, y que eso fuera lo que exclusivamente disminuyera de manera significativa el flujo de caja de Isesco, impidiendo el cumplimiento del acuerdo, se negará esta pretensión, sobre todo porque ya se analizó que todos esos efectos económicos sobre el flujo de caja de Isesco, fue producto de los malos manejos administrativos internos de esa empresa, lo que deriva también en que no hay lugar a declarar que Comcel dio por terminado el contrato que la

razón de que la forma como se ejecutó esa relación contractual, no permite concluir que se conjugaron los elementos esenciales de un contrato típico de Agencia Comercial puesto que estuvieron ausentes dos que ha dicho nuestra jurisprudencia patria, son fundamentales en la agencia, en la medida en que Isesco no promocionó de manera exclusiva la marca Comcel, sino la de ella y además, la actividad que desarrolló Isesco en el lapso que ejecutó esos contratos, se enmarcó dentrol ámbito de su propio objeto social, además de que no se demostró el requisto legal de que esos contratos estuvieren registrados.

Por ende, como el resultado del estudio de esa forma de ejecutar tal relación entre las partes trenzadas en esta disputa, descarta la opción de tenerla como algo distinto a un contrato atípico de distribución, el aplicar el principio del contrato Realidad, impide declarar la antinomia a que se refiere la pretensión de la actora en ese sentido, así como que "entre Comcel como agenciado, y la actora como agente, se celebró y se ejecutó la relación jurídico negocial típica nominada de agencia comercial, regulada en los artículos 1317 y siguientes del código de Comercio" lo que de contera, lleva al ristre todas las demás pretensiones relativas "A LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICO NEGOCIAL SUB IUDICE" .

Por descontado debe darse que también debe negársele prosperidad a todas las RELATIVAS A LA PRESTACION MERCANTIL INCISO 1° ART. 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO, pues si, tal como lo enuncia Isesco al plantearlas, el que Comcel nunca hubiere reconocido que el contrato ejecutado fuera de Agencia Comercial y negó tal naturaleza en varias de las estipulaciones contractuales por esta predispuestas, obedeció, justamente al principio del contrato realidad que entre las partes se convino, ello traduce en que innecesaria era la renuncia a la prestación mercantil de que trata ese artículo, ya que esta no se causó por imposibilidad real-legal, ergo, al terminar los contratos sub judice, no se hizo exigible ninguna obligación a cargo de Comcel de pagarle a la actora la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo en cita, ni por ninguno de los conceptos que Isesco enlista como comisiones, regalías y utilidades, especificándolos como de activación en postpago voz, bonificaciones en postpago voz, en datos, prepago por legalización de documentos, Wellcome back, por permanencia en pospago y en Pre-pago; comisiones de activación en datos, Pre-prepago (descuento), por residual en pospago y en Datos;Recarga en línea, Subsidios de arrendamiento no contabilizados como Plan-Coop, Bonos Sodexo Pass; Notas crédito a favor de Isesco Ltda., y por Comisiones causadas y no pagadas en el último tramo de ejecución del contrato; así como tampoco puede declararse que los márgenes de utilidad referidos por Isesco en este acápite como descuento y bonificación por legalización de documentos, que Comcel recibió por la comercialización de los kits prepago, deban promediarse para efectos del cálculo de la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 de código de Comercio, porque estos no fueron consecuencia directa de las actividades de promoción y explotación que la demandante ejecutó como agente comercial de Comcel, dado que ese no fue el contrato que ligó a las partes de esta disputa.

Por esa razón, esa negativa se extiende a las peticiones relacionadas con el pago de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 Co. Co., y de los intereses moratorios sobre esta deprecados; y en lo que atañe a la petición de declarar que entre julio de 2006 y marzo de 2007, la facturación que Isesco emitía a Comcel por concepto de la remuneración a su labor, única y exclusivamente contemplaba el pago de "comisiones", destaca irrelevante, circunstancia que también irradia la petición de que se declare "que aunque a partir de abril de 2007, Comcel ordenó a Isesco facturar dividiendo el valor del 100% la comisión que se le venía pagando en un 80% para su pago y un 20% para supuestos "pagos

celebraron y al otearlos, se verifica que reúnen todas las formalidades para considerarlos validos plenamente, y corolario de ello es que también tiene visos de prosperidad la excepción de Transaccion y cosa juzgada, amén de que como Isesco no demostró lo contrario, debe entenderse que Comcel cumplió a cabalidad esos contratos y le pagó cada una de las prestaciones acordadas en los contratos de distribución, así como en sus diversos y subsiguientes otrosíes, ya a título comisiones o de cualquier otra denominacion, tanto por activación como por residual, e inclusive, anticipadamente le pagó una eventual indemnización o cualquier suma de dinero que por cualquier circunstancia se llegase a deber a la finalización del contrato, mediante el 20% que se incluía en el reconocimiento de los valores que le eran cancelados a la demandante; y por todo ello, debe concluirse que cada emolumento derivado de esos contratos de distribución los pagó Comcel a Isesco, como se aprecia de los textos de las actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas, en las que la hoy demandante manifestó libremente que "...dentro de los valores recibidos durante la ejecución de este contrato... 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....".

Pero además véase que acorde con el numeral 5o anexo C del contrato de distribución, las partes dispusieron que "...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 al Distribuidor a la terminación del contrato de distribución.", lo que robustece la antedicha conclusión.

Adicionalmente, como el caudal probatorio que abunda en el informativo no da pie para que se declaren ineficaces ninguno de los apartes de tales contratos, dado que el supuesto abuso de posición dominante que por parte de Comcel denuncia Isesco no está comprobado, en cuanto que, aun admitiendo que los textos de esos actos los redactó Comcel, tal circunstancia por sí sola no es determinante para tener por demostrado el llamado abuso, porque a más de que Isesco tuvo la opción de proponerles los ajustes que considerase, o de no suscribirlos, o bien de no persistir en su ejecución durante los lapsos de sus renovaciones o prorrogas, véase que los inconvenientes económicos que reportó Isesco durante su ejecución, fueron el resultado de su inadecuada gestión administrativa de su propia empresa; si a lo anterior le sumamos el hecho de que el contrato de distribución ingresa dentro de la categoría de los que el artículo 1498 del código civil nomina aleatorios, en la medida en que la ganancia o perdida que resulte de su ejecución no está predeterminada, sobre todo porque ello se medía por los resultados, el eventual desequilibrio contractual no derivaría del clausulado de los contratos, mucho menos con el objeto de estos, así como tampoco se demostró que Comcel hubiere vulnerado la buena fe negocial ni sus deberes de lealtad y probidad contractuales al celebrarlos ni durante su ejecución.

Sobre el punto, observese que más allá de la queja que solo ahora, al plantear esta demanda, manifiesta Isesco, ésta no probó que le hubiere hecho alguna contrapropuesta concreta a Comcel al respecto, siendo una empresa que según sus estatutos, estaba habilitada para, entre otras, hacer contratos y se supone que contaba con un equipo de personal idóneo para proponer estipulaciones contractuales distintas de las que se recogieron en tales negocios; ergo, exitosa deviene la exceptiva que sobre el punto se adujo.

En lo que atañe a la prescripción alegada por Comcel, el hecho de que no prosperen las pretensiones sobre el pago de comisiones, hace inane incursionar en el estudio de tal fenómeno extintivo, sobre todo si se toma en consideración

requisitos que se les exigían; y dice que aun cuando tanto él como la señora Sandra Padilla tuvieron el ejemplar del contrato que les propuso Comcel, cinco días antes de la reunion para suscribirlo, y le encontraron aspectos de inconformidad, al discutir sobre estos, y aunque ellos lograron que se cambiaran algunas clausulas, hubo otras sobre las que Comcel les dijo que no porque en esas condiciones era que ellos contrataban a los distribuidores y que por tanto podían firmarlos o no, de donde se desprende que fue de su libre autonomía hacerlo y que además, desde los albores, estaba claro que se trataba de un contrato de distribución, pues así lo manfiesta el declarante, destacando que el hecho de que se diga que lo hicieron porque para ese momento habían adquirido compromisos, no se erige en motivo para considerar que hubo presión, fuerza o uso de posicion dominante por parte de Comcel, dado que esa condiciones ya las conocían de antemano los miembros de Isesco antes de firmarlo y además en palabras del declarante, ellos después de mirarse, decidieron asumir el riesgo; por otro lado, son condiciones uniformes para todos los que se vinculan como distribuidores de Comcel, porque se trata de contratos marco, según declaración de Mauricio Acevedo; pero lo ventral en torno al estudio de esta declaración es que de allí no se desprende que se tratara de una relación de agencia comercial, pues ese era solo el deseo del señor Uscategui y de su compañera Sandra Padilla, más no el propósito negocial de Comcel ni lo que se acordó previamente a suscribir los contratos, ni al rubricarlos, así como tampoco al ejecutarlos.

Por otro lado, llama la atención que este socio de Isesco, aunque admite que en las reuniones y capacitaciones que sostuvieron con Isesco se les ilustró sobre los motivos que daban lugar a imponer penalidades por incumplimientos y fallas operativas en ventas por entregas tardías de documentos, se muestra renuente a aceptar la responsabilidad sobre los efectos de penalizaciones frente a los llamados fraudes, que en estricto rigor consistieron en inconsistencias por parte de Isesco al diligenciar y tramitar solicitudes de los usuarios; luego dice que ellos continuaron con las operaciones y vendiendo, abriendo puntos en Barrancabermeja y San Gil, porq ue tenían deseos de crecer, pero tambien admite que no cumplieron con los pagos acordados en las actas de conciliación, en las que les reconocían incentivos; que ellos pensaron que las penalidades eran simbólicas, hasta que vieron que se hacían efectivas, lo que traduce en que al parecer los socios de Isesco no se tomaron en serio las responsabilidades contractuales que debieron asumir al suscribir tales contratos, pudiendo esta actitud, una de las causas del fracaso en sus proyectos negociales con Comcel.

En tal orden de ideas, debe declararse próspera la excepción que llamó la demandada inicial INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, 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 el que más le imprime sello de agencia, que es el de la promoción del negocio del empresario, en este especifico caso no se configuró porque, Isesco imponía como funciones a su personal era el de posicionar a 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,*

Para ahondar en razones, véase que a pesar de que las actividades de Isesco Comunicaciones se llevaron a cabo de manera reiterada, continua y permanente, ayudada de la publicidad y clientela que sembraba, las pruebas documentales analizadas nos dijeron que no era posicionando exclusivamente la marca Comcel S.A. en las zonas donde distribuyó el servicio de telefonía móvil por transmisión de voz, servicio Blackberry y servicio de Transmisión de Datos en kits de pos-pago, pues esas documentales nos informan que, por ejemplo, Isesco le asignaba como funciones a su director comercial, el generar estrategias para el posicionamiento en el mercado de Isesco comunicaciones, más no el de Comcel.

Por otra parte, sin desconocer que al absolver el interrogatorio, la representante legal de Comcel S.A., en agosto 25 de 2016, eludió las respuestas a las preguntas de la parte contraria, y tal circunstancia lleva a tener por cierto que Comcel S.A. elaboró y redactó los contratos base de la presente acción, lo que no puede afirmarse es que forzó a Isesco a suscribirlos, pues esta dio su aquiescencia a tales textos, por cuanto el resto de las pruebas permiten verificar que ésta tuvo la oportunidad de abstenerse de firmarlos, pues no demostró de que hubiera mediado fuerza como vicio de su voluntad para tal fin, misma situación que debe pregonarse en torno a las actas de transacción, compensación y cuentas puesto que los documentos analizados nos informan acerca de que Comcel se los ponía a disposición, inclusive, dándole un lapso para que le hiciera ajustes a las cuentas.

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, y en este evento las pruebas dicen que Isesco Comunicaciones Ltda., aun antes de su constitución en cámara de Comercio, compró y tomó en arrendamiento varios locales, tenía su propio personal y desarrolló su actividad con autonomía, en cuanto a honorarios, gastos de personal, impuestos, seguros, gastos legales, mantenimientos y reparaciones, adecuaciones e instalaciones, gastos de viajes y actuaciones, 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 Isesco promocionó y concluyó negocios en serie y sucesivos en el campo de la telefonía móvil, relación comercial que perduró desde junio 26 de 2008 hasta febrero 28 de 2011, 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 Isesco no fue solo para posicionar la marca Comcel S.A. en venta de servicios y productos relacionados con telefonía móvil en las zonas dispuestas en los contratos, entre ellas en los Santanderes -enfatizando que aquellas actividades se evidenciaron de la publicidad exigida por la demandada con su nombre en logos y etiquetas en los mencionados establecimientos y puntos de distribución de Isesco, así como la concreción de la venta de los servicios y productos- sino que como ya se analizó, Isesco le asignaba como funciones a su personal, en especial al director comercial, el generar estrategias para el posicionamiento en el mercado

prueba alguna que permita siquiera inferir que Comcel le planteó esas condiciones con miras a que entre ellos se celebrara un contrato de agencia comercial.

Ahora, en lo que atañe a los testimonios vertidos al dossier, no obsta acotar que en lo atinente a las tachas que por sospechosos planteó Isesco frente a todos los traídos por Comcel, basadas en los nexos laborales que los deponentes admitieron tener con esta empresa, ninguna incidencia efectiva tienen para el análisis de sus versiones, en la medida en que lo que cada uno de ellos expuso, se refería a lo que en sus respectivas áreas tuvo que ver con la relación de Isesco y Comcel, debido al conocimiento que por esas actividades funcionales que desempeñaban, tuvieron, declaraciones que se procupó este funcionario fueran contestes, asertivas, alejadas de subjetividades de forma tal que se desvaneciera la posibilidad de que esa dependencia matizara sus versiones y no afectaran su credibilidad; pero más que ello, lo que se puede extraer de sus dichos y para lo que es ventral en este disputa, es que la relación existente entre las partes trenzadas en este litigio, fue de distribución, sin que de sus análisis en conjunto, se pueda concluir que la misma mutó a otra, mucho menos a ser una agencia comercial.

En efecto, según se extracta de lo manifestado por Alexander Guarnizo Palma, el procedimiento que se siguió para la vinculación de Isesco, es el mismo que se adelanta para ser distribuidor de Comcel, puesto que este describió que para ello era menester que el interesado elevara solicitud, y si se reunían las condiciones, esta era aprobada, siendo una de esas condiciones que el postulante tuviera un inmueble hipotecado a favor de Comcel para garantizar los valores de los bienes qué se le entregarían en consignación; también fue enfático en afirmar que Comcel no trabaja con agentes.

Por su lado, la versión de Luz Marina Cuartas Echavarría sirve para ilustrar que desde que ingresó Isesco a Comcel, ella los recibió como coordinadora de desarrollo en el área de representación de distribuidores, que desde esa posición, su relación con Sandra siempre fue buena y que se acompañaron siempre con miras al cumplimiento de las metas comerciales y al mejoramiento en las ventas, de manera seria y responsable le apoyó en lo que tenía que ver con las asignaciones de cuotas, manejo de imagen corporativa, en el desarrollo de estrategias comerciales, proyecciones y tareas necesarias para llegar al 100% de cumplimiento, le explicaba el contenido comercial de los planes, promociones, así como la necesidad de evitar inconsistencias documentales, ofreciendo capacitaciones al personal de Isesco, sobre estos aspectos, si se lo pedían; también narró cómo coordinaba con Sandra tratando de halar esos propósitos y hacer las compras que se necesitaban para lograr las metas.

De esta declaración emerge también que se trató de una relación de distribuidor y no otra, también que Isesco compraba los productos a Comcel y los revendía a precios diferentes, y aunque Comcel podía sugerir un precio, por el que finalmente vendía Isesco o cualquier distribuidor, era de su arbitrio, lo que permite confirmar lo que ya se concluyó sobre este tópico, como elemento que descarta la posibilidad de considerar como agencia la relación de marras.

Tambien permite verificar que fue Isesco la que incumplió el contrato, al incurrir en situaciones de inconsistencias documentales y además, en mora, misma conclusión que se saca al ver las demás declaraciones, púes coinciden sobre ese punto del incumplimiento de Isesco.

De la declaración de María de Pilar Suárez García, se extrae también que brindó al personal de Isesco como distribuidor, las capacitaciones básicas e inducciones sobre como diligenciar correctamente los formatos de ventas y sobre todos los procesos y procedimientos para realizar correctamente una venta; y en cuanto a la

anticipados, comisiones pos pago amnistía, por residual, bonificación por legalización documentos prepago, y acorde con estos listados, las bonificaciones se pagaron a Isesco como DISTRIBUIDOR (fl.226); incentivo plan choque de abril a junio de 2008; a folios 208, 215, 219, vemos que en diciembre 11/08, marzo/09, junio/09 al enviar esas facturas con cortes a noviembre 30/08, marzo 07/09, mayo 30/09 se referían las partes a la cláusula de conciliación, compensación, deducción y descuentos del contrato de distribucion, sin reclamaciones por parte de Isesco sobre esa NOMINACION, radicaciones de facturas que reportan hasta febrero 23 de 2011.

A folios 245 a 266, tenemos listados de bonificaciones pospago, prepago y liquidación de bonos pagadas desde mayo 31/08 a enero 19/11, en los que también se registra que se le hicieron a Isesco como DISTRIBUIDOR (fls. 245/247).

A folios 267 a 295, encontramos los contratos de labores del personal de Isesco, en el que se lee, que por ejemplo, cuando en enero 6 de 2011, empezó sus funciones como director comercial el señor Lenin Ernesto Pabón Rodríguez, una de las actividades que se le asignaron, fue la de generar estrategias para el posicionamiento en el mercado de Isesco comunicaciones, respondía por los equipos entregados en consignación a la red y de su manejo adecuado; y a clausula 7, se estipuló que las invenciones o descubrimientos realizados por el trabajador contratado para investigar, pertenecían al empleador, según lo prevén los artículos 539 del código de comercio y 20 de la ley 23 de 1982, misma estipulación que se insertó en cada uno de los actos de vinculación laboral, respecto de Luz Alejandra Rincón, Jaqueline Castro Castilla, Mayelly Mora Staper, Luis Eduardo Acevedo Barajas y Nasly Marcela Pacheco Castro, lo que pone en evidencia que aún en esta parte de las vinculaciones del personal que Isesco contrató, no se desprende que estuviera haciéndolo para posicionar en el mercado a Comcel, así como tampoco que las eventuales invenciones o descubrimientos que ese personal realizara en desarrollo de tales vinculaciones, en nada beneficiarían a Comcel, lo que descarta de plano la posibilidad de considerar presente, en esa forma de ejecutar los contratos entre Isesco y Comcel, el elemento "por cuenta de"

TOMO V.

Los documentos que integran esta carpeta de anexos, refieren a la "promoción amor y amistad 2010" (Fl.1), dirigido a los directores y/o gerentes comerciales del DISTRIBUIDOR que a nivel nacional más sobre cumpliera el presupuesto pospago y se pagaría el bono ganador al DISTRIBUIDOR que más sobre cumpla esa meta y en general, son comunicaciones promocionales y circulares informativas publicitadas a través de un folletín llamado Punto de Contacto, mediante las que Comcel trata de incentivar con premios, pagos bonos, la productividad entre DISTRIBUIDORES, así los llamó desde enero 12 de 2006, hasta setiembre de 2010, todas dirigidas por María del Pilar Suárez, Gerente de servicio y entrenamiento al Distribuidor de Comcel, sin que respecto a esa calificación, aparezca prueba de voz de protesta por parte de Isesco, la que si debió participar en tales promociones y sus eventuales beneficios, lo debió hacer en calidad de distribuidor, pues esa era la condición prevista para participar; ello en primer lugar, porque esas documentales también permiten constatar que aun en la estructura organizacional interna del Comcel, existía un área específicamente encargada de los distribuidores, sin que la parte actora hubiera demostrado de que existiera una encargada de agentes comerciales y que fuera con esta dependencia que canalizara sus comunicaciones.

Luego aparecen unos listados de pagos efectuados por Comcel entre enero de 2008 y febrero de 2011, de acuerdo con los que, consolidados, durante esos periodos, se facturaron un total de $4.985'991.107, de los que Comcel retuvo $794'651.684, pero tales guarismos resultan irrelevantes para el tema a decidir,

la calificación de la realidad contractual que se está escudriñando; a folios 247/254, vemos un listado de penalizaciones, sobre lo que no es dable pronunciamiento, porque no hay elementos juicio para saber lo que internamente los motivó, más allá del incumplimiento a los deberes contractualmente previstos; pero llama la atención, que manuscrito, a folio 253, aparece otro calificativo de DISTRIBUIDOR, lo que significa la aceptación de Isesco de que ese era su rol contractual frente Comcel, refiriéndose a un acto de diciembre 16 de 2010 en torno a GREENPHONE COLOMBIA SAS de Villavicencio, pero también véase que allí se llama a Isesco como tal, distribuidor.

A folios 255 a 298, se trajo un listado penalizaciones solucionadas y no solucionadas respecto de lo que no es dable pronunciamiento, porque no hay elementos juicio para saber lo que internamente los motivó.

TOMO III

A folios 1 a 46, hay un listado KITS BAJO CONSUMO Bucaramanga, Barranca y Cúcuta de noviembre de 2007 a mayo de 2010, y lo que reflejan, es ese aspecto de la actividad de cada vendedor de Isesco, los montos que por ese motivo, se debían descontar y la forma como se ejecutaba el contrato por parte del distribuidor durante esos lapsos y por tales acápites.

A folios 47/325, tenemos un listado que refleja la forma contable de las operaciones CLAWBACK, ya por paquetes de datos, reposiciones, comisiones pospago; así como respecto de los pagos anticipados de prestaciones, entre octubre 27 de 2007 y enero 08 al 31 de 2011, lo que nada aporta para determinar que la real naturaleza del contrato fuera distinta a la de distribución.

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

TOMO IV

Acá tenemos los registros de extractos contables de 2006 y 2007, que permiten verificar la manera como Isesco reportaba en sus libros los ingresos correspondientes a las comisiones que por Wellcome back, Kits, pospago y otros conceptos, derivaba de la relación contractual entre las partes, así como incentivos por arriendos y anticipos y deducciones por esos lapsos, y facturaciones entre enero de 2008 y 2011 (folios 1 a 55), los que tampoco conducen siquiera a indicar que la relación contractual en virtud de la que pagaron esos rubros y conceptos, fuera de agencia.

El folio 56 da cuenta de un listado de pagos pendientes de Isesco por $72'674.762, que resulta irrelevante para el thema decidendum por cuanto no revela la relación entre lo discutido y esos montos y conceptos.

Folios 57 a 63, hay listados de descuentos por comisiones anticipadas referentes a equipos de diversas marcas y referencias periodos 2007 a 2010 los que tampoco conducen siquiera a indicar que la relación contractual en virtud de la que efectuaron esas deducciones, fuera distinta de la de distribución.

Entre folios 64 y 67, encontramos un listado de integrantes de nóminas de Bucaramanga y Barrancabermeja, años 2007 a 2011, los que reflejan cómo se fue

fines de lograr el pago de lo que le adeudaba y aun cuando es un correo de Gustavo Uscategui del 11-12/09, debe valorarse porque a más de ser una prueba que aportó Isesco, éste es un integrante de esa empresa.

A folio 110 está el correo de diciembre 10/09, en el que se aclaran las condiciones del acuerdo de pago, que el distribuidor se comprometió a no presentar cartera vencida adicional; en síntesis, la mayoría de esa documental visible a folios 100 y ss, es sobre propuestas para cubrir la deuda del acuerdo de pago, desde diciembre 09/09 (fl.119); pero obsérvese que allí expresamente se dijo que "de tener visto bueno de Isesco de ese valor", se elaboraría el acuerdo de pago, de lo contrario, la cartera debía tomar su curso normal para llegar al monto propuesto por Isesco, lo que tomaría más tiempo (fl.120); y a folio 121 vemos que los $886'745.882 según la misma representante legal de la actora, fueron resultado del acuerdo logrado en la reunión de diciembre 04/09, pero la propuesta de Comcel era de $877'549.335 (fl.124), lo que significa no solo que Isesco participó activamente en la etapa previa a acordar el monto de la deuda, sino que además, incurre en contradicción cuando ahora en la demanda pretende aparecer como víctima de la forma como se ejecutó la relación contractual y procurar que se entienda invalido, ineficaz, nulo o sin efectos, ese acuerdo, que fue producto de la manifestación de su autonomía negocial.

A reforzar tal aserto acude el análisis de los folios 132/4, donde está la carta que en noviembre 13 de 2009 pone de presente que aun cuando desde junio 16 de ese mismo año, Comcel le había advertido a Isesco que había activado líneas donde hubo fraude documental, que realizó ventas en sitios no autorizados, que no entregó al cliente el celular con el que se vendió y activó la línea al momento de la venta o entregó uno distinto o de gama inferior al registrado en la solicitud servicio diligenciada por los suscriptores -lo que constituía incumplimiento al contrato de distribución- Isesco seguía cometiendo irregularidades en el proceso de ventas pospago, por lo que le invocan la cláusula 7.28, de acuerdo con la que, tratándose de canales de sus subdistribuidores, tales centros o puntos de venta constituían una unidad homogénea con el DISTRIBUIDOR, con quien tendrán una relación jurídica única y exclusiva, lo que abarca la responsabilidad derivada de tales relaciones, siendo a partir de esa carga de mantener indemne a Comcel, que surgió parte de la deuda que se acordó y aceptó pagar Isesco a Comcel, destacando una vez más, que al final de esa comunicación, se le llamó DISTRIBUIDOR, al tratar el tema de vendedores y sobre lo que Comcel le entregaría para agosto y setiembre de 2009 ($14'400.000), sin que el DISTRIBUIDOR estuviese sujeto a cumplimiento de cuota de post y kit y que para octubre y noviembre, le entregaría al DISTRIBUIDOR la misma suma, si se cumplía con la cuota establecida en comunicación de octubre 15/09; todo lo cual pone de relieve que ese tratamiento de distribuidor que se le dio a isesco a lo largo de la relación, no solo no fue objeto de reclamaciones de su parte, si no que esa fue la que asumió, amén de que todo lo que reflejan esas pruebas sobre el punto, es que derivaban de la aplicación respetuosa del clausulado convenido.

Por manera que lo que el estudio conglomerado de las pruebas revelan es que si la situación de Isesco cambió, no fue por la nominación de distribuidor ni por la forma como se ejecutó el contrato, sino a raíz del imprevisto fraude acaecido en el seno de Isesco, y de la deuda que para mantener indemne a Comcel, adquirió la actora, porque, véase que a pesar de esas vicisitudes, Comcel entonces le brindó apoyo, manifestado en la ayuda para actividades de mercadeo y publicidad (fl.138/9), para pagar costos de contratación de 9 vendedores corporativos y masivos entre agosto, setiembre, octubre y noviembre de 2009 por $14'400.000, para un total de $90'800.000 en ayudas, y a cambio, el DISTRIBUIDOR adquirió compromisos, lo que Isesco aceptó, como se aprecia a folio 141.

A sellar esa impronta que surge del análisis de la conducta que como distribuidor asumió Isesco a lo largo de esa vinculación, ayuda el escrutinio de la carta que en

también se le llama el distribuidor, y así sigue apareciendo a folios 166/68 del Anexo "G" condiciones generales sistema poliedro contrato distribución blackberry, a folios 170/73 en el convenio para utilizar como arrendatario una parte local 101 de la calle 56 #17ª-77, barrio Ricaurte de Bucaramanga, y a folios 176/79, del convenio y acta de entrega para utilizar como arrendatario una parte del local 107 de la calle 11 y 12 # 11-48 centro comercial gran bulevar de Cúcuta.

También aparece esa nominación a folios 182/88, cuando se elaboró el otrosí al contrato de distribución para que la red de distribuidores de Isesco actuara como centros de pagos y servicios; igual que a folios 189/92, en el acuerdo de pago de noviembre 13/09 y a folios 159/62 del anexo "D" (Apertura centros de venta y localización autorizada del distribuidor), de acuerdo con el que, además, era el distribuidor el que adquiría obligaciones para con estos, Comcel no, lo que pone de manifiesto que el elemento "por cuenta de", no existía.

Súmese a lo hasta ahora dicho, que en materia de garantías, a folio 163 del Anexo "E" del contrato distribución blackberry, fue el distribuidor el que se obligó a constituirlas y así debieron hacerse, como distribuidor y de cara a las cargas que en esa calidad aparecen en los contratos de seguros.

A folios 193/357 aparece la información sobre planes de comisiones, bonificaciones y emolumentos que según los contratos, debía pagar Comcel al distribuidor lo que no muta la condiciones ni la calificación de tales contratos porque tales planes se ajustan a lo pactado y acordado por las partes.

En lo que toca con los contratos de arrendamiento visibles a folios 358 y ss, el de Barrancabermeja de agosto 15 de 2006, Bucaramanga, de agosto de 2007 (Cra. 29 #55ª-104), eran, indefinido el uno y el otro respecto del local de la calle 56 #17ª-77, era por tres años, permiten aseverar que Isesco procuró expandir sus actividades como la empresa que era, pero los mismos no dan pie para atestar que el contrato que la unía a Comcel fuera distinto al de distribución, lo que se confirma si vemos que en el folio 364 se indicó que el objeto del acto era para destinar el negocio a la compraventa, diseño y **fabricación** de celulares, (local de la calle 50 #16-31 de Barrancabermeja suscrito con Martha Hernández en julio 14 de 2007 por 60 meses); y a folio 367, en el contrato arrendamiento que en setiembre 01 de 2007 firmó Isesco sobre el inmueble de la calle 9 #0-83 barrio Latino de Cúcuta, también se lee que el objeto era destinarlo a la comercialización, mantenimiento, ensamble, arrendamiento, compra y venta y la **fabricación** de equipos de comunicación, lo que muestra que no los arrendó única y exclusivamente para desarrollar el objeto de los contratos de distribución que tenía con Comcel.

Del análisis de los documentos incluidos en el Tomo II de tales carpetas anexas, tenemos a folios 1/21, las actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas de diciembre 31/07, mayo 31/08, diciembre 31/08, mayo 31/09, en las que Isesco planteó discrepancias sobre los montos de las prestaciones y se declaran a paz y salvo respecto de las comisiones por activaciones y por residual conforme a la ley al contrato, lo que pone de relieve que, contrario a lo que plantea en la demanda, Isesco sí tuvo oportunidad y contaba con instrumentos para manifestar sus desacuerdos con la forma de ejecutar los contratos, pero además de ello, también permite afirmar que pudo plantear sus inconformidades respecto de la nominación del contrato, sobre lo que no hay pruebas en el cartular.

A folios 22 a 40 de esa carpeta, vemos los listados de líneas y códigos respecto de los que se aplicó o no el clawback, lo pagado y los motivos por los que no operó el pago, mayormente porque no se cumplieron condiciones, pero esas documentales tampoco resultan trascendentes para llevar a concluir que el contrato era de agencia comercial, como lo pretende la parte demandante inicial y reconvenida.

precisan cuáles son esas estipulaciones y en cuanto a la reunión, lo cierto es que el acta de julio 23/06, da cuenta de que la hubo y que en esta Comcel fue muy claro al plantear que no se podían negociar las estipulaciones del contrato porque eran las políticas de Comcel y por tanto, si Isesco quería contratar con ellos, tendrían que aceptarlo y firmarlo tal como se les propuso, pero ello no da pie para atestar la presencia de posición dominante porque enseguida dicen que lo firmaron después de evaluar las inversiones y compromisos que para entonces ya había realizado Isesco para satisfacer los requisitos impuestos por Comcel previo a la firma del contrato, pero con la esperanza de que Comcel manejara la relación con equidad y justicia.

También registran que en agosto 25/06, decidieron ampliar la inversión ya realizada, en $10'000.000, así como formar un grupo de ventas con un director comercial que se encargara de la red de SUB DISTRIBUIDORES y de vendedores free lance, incluyendo pueblos cercanos a Bucaramanga.

En abril 07/07, se discutió y aprobó el despido de personal que había vinculado Isesco, por temas de abuso de confianza que afectaban sus finanzas; así como la posibilidad de sub arrendar parte del local, considerando dárselo a una empresa interesada en mercadear productos y servicios de Telmex.

Que en junio 15/07, se acordó abrir sede de Isesco en Barrancabermeja y en octubre 15/07, la de Cúcuta, en la calle 9 No. 0-87, barrio Latino.

Según su certificado de existencia y representación legal, Isesco se creó en julio 22 de 2005 mediante la escritura pública 1636 otorgada ante la notaría 4 de Bucaramanga (Fls.4/5 tomo I carpeta Anexos); lo que desvirtúa el aserto de la parte actora cuando en la demanda trata de hacer ver que se creó para y con el fin de contratar exclusivamente con Comcel, pues véase que los contratos son de mediados y finales de 2006.

Todo ese análisis conglomerado de las pruebas vertidas al instructivo, bajo el tamiz de la sana crítica, permite concluir que Isesco no dio muestras de que hubiere ejecutado unos contratos distintos a los que se suscribieron, no hay prueba de ello, pues sólo hasta después de que le notificaron sobre la terminación de estos y de estársele cobrando lo que quedó adeudando, al responder la carta de enero 26 de 2011, en la que Comcel le da a conocer sobre su decisión de terminar los contratos de Distribución No. 7407, el de Blackberry y el de Datos, ambos de diciembre 21 de 2006, por el incumplimiento que le enrostró Comcel (Fls.257 a 263), al responder, en febrero 23/11, la carta de enero 26/11 (fl. 30 Tomo I carpetas anexos), fue cuando lo empezó a calificar de agencia.

Por otro lado, nótese que aun cuando Isesco afirma que la situación que actualmente padece obedece a culpa de Comcel, porque se ha negado a despacharle productos pre y pospago para cumplir con el objeto contractual, este aspecto constituye otro indicador de que la misma Isesco confiesa que no está vinculada con Comcel por medio de una agencia comercial, pues si lo fuese y así lo hubiere entendido y ejecutado, ello hubiera sido una justa causa para que Isesco lo diera por terminado, al tenor de lo dispuesto a literales "a" y "b", numeral 2 del artículo 1325 del código mercantil patrio; adicional a ello, véase que Isesco ofreció pagar de contado los kits prepago, lo que confirma que si le compraba los elementos a Comcel, era dueña de éstos, y de contera, que lo que hacía con el consumidor final era revenderlos para obtener su beneficio económico de esa distribución, y por consiguiente, no se trataba de una agencia comercial.

Otro aspecto indiciario que robustece la conclusión anterior, surge del análisis de las documentales contables aportadas por Isesco, pues estas dicen que esta tenía cartera vencida con ocasión del contrato, lo que en primer lugar, traduce que ello obedecía a que compraba y a crédito (Ver fl.26 Tomo I carpetas anexos).

Siguiendo con el análisis probatorio, tenemos a folio 73, que a clausula 2.5 plan coop, estipularon las partes que Isesco debía pagar los impuestos que gravasen

7.3 contratos de julio 28/06 y de Blackberry, diciembre 21/06: de 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 (folios 6 y 97);

7.9 contrato de julio 28/06 y 7.10 contrato de Blackberry (folios 8 y 102): de mantener en todo momento en su negocio, en los centros o puntos de venta y canales de distribución, la cantidad necesaria de personas adecuadamente seleccionadas y capacitadas para atender eficientemente los requerimientos de su empresa y en general, para asegurar y conservar la eficiencia e idoneidad del servicio, el óptimo mercadeo y comercialización de los productos y servicios y para atender y resolver todas las solicitudes, inquietudes, inconvenientes y problemas que se presenten con los abonados y con Comcel; así como la de ser el único y exclusivo responsable de cumplir sus obligaciones legales, prestacionales y asistenciales con el personal que vinculara a fin de cumplir con los objetivos del contrato y en el mismo sentido, aparece la cláusula 23 del contrato de diciembre de 2006 y la 21 del contrato de Blackberry, sobre la situacion laboral (Fls.73 y 113).

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

Pero también a clausula 7.28, vemos que Isesco adquirió la carga de constituir una unidad homogénea y mantener una relación jurídica única y exclusiva, sin vinculación de Comcel, con los canales de distribución, centros o puntos de venta (contrato de julio 28/06); amen de ello, podía celebrar los contratos con los propietarios de estos canales de distribución, con la potestad de proyectar el contenido obligacional respectivo (norma general Anexos D, Fls.41 y 130), así como mantener, controlar, financiar y responder por el equipo integrante de la infraestructura administrativa y de personal mínimamente señalada en el anexo D de cada contrato (Fls.42, 131/2); al igual que podía convenir con los sub distribuidores, las correspondientes comisiones, bajo el entendido de que estos hacían parte de su estructura organizacional, integrando una entidad homogénea (Fls.45 y 133);

A clausulas 7.10 y 7.29 de los contratos de diciembre 21/06 (Fls.60 y 107), se fija la potestad de Isesco para crear canales de distribución como centros o puntos de venta, en relación con los servicios de que trata ese contrato, en los mismos términos del anteriormente analizado.

A cláusula 21 del contrato de julio 28/06 vemos que Isesco 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 diciembre de 2006, de acuerdo con el que debía instalar y suministrar servicio técnico a los productos (clausula 34 contrato diciembre 21/06 (Fl. 82).

A clausulas 20 y 18 de los contratos de diciembre 21 de 2006, tambien asoma la limitacion de responsabilidad, de acuerdo con la que, Isesco asumió de manera

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"16.

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 distribuidor, califica como agencia mercantil; para serlo, es indispensable que concurran 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 exclusividad17, en sí mismo considerado, tampoco es indicativo, por sí solo, de la existencia de un contrato de agencia, por más que se hubiere pactado en beneficio del proveedor y en una zona territorial específica, habida cuenta que, en cualquier caso, sí la médula del negocio jurídico celebrado entre el proveedor y el distribuidor es la compraventa de productos que éste último revenderá en un determinado mercado, allí no habrá, en rigor, el encargo de gestionar un negocio ajeno, pero sobre todo, porque el pacto de exclusividad tanto para el agente, como para el agenciado, no resultan ser elementos de la esencia de la agencia, ni aún de su naturaleza, sino accidentales, en la medida en que, según lo prevén los artículos 1318 y 1319 del código de Comercio, ello es del arbitrio de los contratantes.

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

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

En el presente asunto, la acción ejercitada se concentra a obtener la declaratoria de que entre las partes en litigio existió un contrato de agencia comercial, y por tanto, se condene a Comcel S.A a pagar a Isesco Comunicaciones Ltda., en su condición de agente comercial , una doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años por cada año de vigencia del contrato, así como la indemnización establecida en el artículo 1324 del código

---

16 Exp. 11001310303520000091600.

17 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.

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

En el mismo sentido se pronunció la corte Suprema de Justicia, 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,

después por culpa de Comcel, ésta le hubiere tenido que cancelar a Isesco 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 de los contratos que se le ponen 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 degeneraria 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 agente3. 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 productor5, 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 memora13: *"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*

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

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

que nutre este expediente conduce a concluir que lo que ambas partes ejecutaron fueron los contratos que suscribieron, y no otro distinto.

De la interpretación de los contratos

Para desatar el debate que nos concierne se memora que los principios y reglas de interpretación de los contratos adquieren relevancia cuando las disposiciones en ellos contenidas no son lo suficientemente claras y precisas para fijar su alcance y contenido, y para ello la hermenéutica contractual fija pautas para determinar el contenido y revisar el sentido de las declaraciones y comportamientos asumidos por las partes del negocio jurídico a través de los artículos 1618 a 1624 del código Civil, a los que nos remitiremos por 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 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 162412 de esa misma codificación. Por eso, independiente de la denominación que las partes le hayan otorgado al acuerdo de voluntades, prevalece la intención de los extremos contractuales.

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

12 *"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."*

transgresión a lo consagrado en el artículo 1618 del código Civil11, que ordena indagar la intención de los contratantes más allá de lo literal de las palabras empleadas en el acuerdo.

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

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

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

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

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

Si a lo anterior le agregamos que esa causa no está legalmente prohibida ni contraría las buenas costumbres ni al orden público de la nación, fuerza concluir

---

11 *Art. 1618 del código civil: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."*

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 distribución10: 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.

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

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

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 que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*

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

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

La Corte Constitucional, mediante 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...".

Contrato de mandato mercantil

---

10 *Jaime Alberto Arrubla Pucar; Contratos Mercantiles Tomo IV contratos contemporáneos; segunda edición, Medellín - Colombia Biblioteca Jurídica Dike; 2009; paginas 492-493*

estipulaciones antinómicas, porque corresponden a un contrato típico de agencia comercial; si Comcel S.A. incumplió reiteradamente sus obligaciones; si Isesco Comunicaciones renunció o no a la prestación mercantil consagrada en el artículo 1324 del código de comercio; si hay lugar a declarar la nulidad absoluta, la inexistencia y/o invalidez de las disposiciones contenidas y relacionadas en el numeral 20 del acápite de pretensiones; 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 deben declararse ineficaces las estipulaciones relacionadas en el numeral 48 del respectivo acápite; si la demandada es civilmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante.

Y para abordar esos puntos problemáticos, no hemos de perder de vista los derroteros normativos y jurisprudenciales ya reseñados y advertir que es punto pacífico en este litigio que la discusión se centra en si la real naturaleza y por tanto, la denominación de los contratos allegados con la demanda son de agencia comercial, pues aunque así lo manifestó la actora en el hecho 15 del escrito genitor lo niega la demandada al pronunciarse sobre el mismo (fl.140) a pesar de reconocer la existencia de comisiones para planes pospago; por tal razón la labor primera de esta agencia judicial se centrará en verificar si los referidos contratos cumplen con las exigencias decantadas en párrafos precedentes para ser considerados de ese linaje comercial.

Para decidir de fondo la presente controversia, debe acotarse que durante la última década en nuestro país, el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones está conformado por empresas dedicadas a la comercialización, producción y desarrollo de actividades relacionadas con los subsectores de servicios telefónico, 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 resuma en algunas pocas. De esta manera, en el país se encuentran estos grupos empresariales: América Móvil, que presta servicios móviles, Comcel y servicios fijos Telmex, el grupo Telefónica, dueño de las filiales locales de servicios móviles Movistar y fijos Colombia Telecomunicaciones; también hay otras empresas de menor tamaño, como Avantel, Tigo, Une, ETB, Emcali, Internexa y Global Crossing.

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

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

aduciendo como causales el incumplimiento reiterado y grave por parte de Isesco al acuerdo de pago, incumplimiento que a la fecha persiste en suma cercana a $675.335.559, la ausencia de ventas, cumplimiento en las cuotas, etc.

1.7. Conforme a *las cláusulas penales estipuladas libremente por las partes en cada uno de los contratos objeto de la presente litis: "Cuando a juicio de COMCEL el incumplimiento sea grave, y lo será, entre otros casos, en todas las hipótesis de que trata el numeral 7 de este contrato, COMCEL podrá imponer una penal pecuniaria de cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legalmente vigentes..".*

PRETENSIONES DE LA RECONVENCION: *DECLARAR que Isesco:*

1. Incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel por no cumplir lo pactado en los pagos y a su vez incumplir el Acuerdo de Pago celebrado por las partes el 13 de noviembre de 2009.

2. Incumplió el contrato de distribución de Voz celebrado con Comcel al no realizar las activaciones mínimas netas contractualmente requeridas.

3. Incumplió el contrato distribución de datos celebrado con Comcel al no realizar las activaciones mínimas netas contractualmente requeridas.

4. Incumplió el contrato de distribución de BlackBerry con Comcel al no realizar las activaciones mínimas netas contractualmente requeridas.

5. A consecuencia de la prosperidad de tales pretensiones, CONDENAR a Isesco a pagar a Comcel:

a) A título de perjuicios, la suma equivalente a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, como cláusula penal pactada en el contrato de distribución de voz.

b) Las indexaciones e intereses moratorios sobre las anteriores sumas, liquidados a la máxima tasa legal desde el momento en que se hicieren exigibles.

7. Al pago de las costas y de las agencias en derecho a que hubiere lugar.

Isesco contestó la reconvención y formuló como excepciones de mérito5 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE ISESCO, CONTRATO NO CUMPLIDO (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS ART. 1609 C.C.), IMPOSIBILIDAD DE ISESCO DE CUMPLIR CON LAS CUOTAS MINIMAS POR CULPA DE COMCEL, INEXISTENCIA DE PERJUICIOS QUE PERMITAN A COMCEL RECLAMAR LA PRETENSION 2.5. DE CONDENA a título de perjuicios causados, ABUSO DEL DERECHO EN LA RELACION CONTRACTUAL POR PARTE DE COMCEL, CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ENORME, VIOLACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CLAUSULA PECUNIARIA, LA CLAUSULA 27.3.2. DE LOS CONTRATOS PREDISPUESTA POR COMCEL ES UNA CLAUSULA ABUSIVA Y POR TANTO DEBERA SER DECLARADA NULA, ISESCO NO DEBE SER CONDENADA AL PAGO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO (PRETENSION 7), OBJECION A LA ESTIMACION JURADA DE QUE TRATA EL ART. 206 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO y la GENERICA.

Por auto de mayo 29 de 2013 se abrió a pruebas el proceso6, decisión recurrida por los apoderados de las partes y declarada sin valor ni efectos por el juzgado 1°

5 Ver folios 31 a 49 cuaderno 3 de reconvencion
6 Ver folios 186 a 190

Concluye que de allí se desprende que la actora renunció a la cesantía comercial que consagra el artículo 1324 del código de Comercio, no solo por ser esta una prestación de origen legal, sino por estarse intentando a través de una acción a la que renunció Isesco; estipulación libremente pactada por las partes y a la que por consiguiente, deben reconocérsele todos sus efectos, porque además, a cláusula 4a de los contratos de distribución, dispusieron que "...Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, de representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen... " de donde debe colegirse, sin temor a equívocos, que si la demandante afirmó en ese momento no estarse constituyendo en agente comercial de Comcel, renunció igualmente a los derechos que la ley consagra a favor de éste, estando incluida, por supuesto, la cesantía comercial reclamada, derecho disponible y renunciable, como lo sostiene la jurisprudencia. Así, la renuncia a la comisión equivalía a la renuncia de los derechos que la misma confiere, pues no puede interpretarse de otra forma una estipulación que no está encaminada a definir la calificación que corresponde legalmente a un contrato.

Insiste que la renuncia a la cesantía comercial no exige, como lo hicieron las partes, que se haga mediante un contrato de transacción ni otro tipo negocial; ni mucho menos que se reconozca por las partes la existencia misma del derecho como lo afirma infundadamente la actora, pués este no se deriva de su voluntad, sino de la ley misma. Admitir esto, sería aseverar que son improcedentes las cláusulas de limitación de responsabilidad -cuya existencia es avalada por doctrina y jurisprudencia- en la medida en que ésta no existe sino hasta cuando concurren sus elementos constitutivos.

7. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET*

Aduce que la buena fe como principio general, impone a las partes la obligación esencial de desplegar un comportamiento probo y leal entre ellas con el fin de garantizar la satisfacción de los intereses que cada uno ha puesto en juego a raíz de la celebración de un contrato, lo que significa, entre otras cosas, que los contratantes deben revestirse de actitudes que generen confianza en su contraparte o en su defecto, que no atenten contra la que ya se ha generado.

Es por ello, agrega, que doctrina y jurisprudencia han sentado la prohibición de irse en contra de los actos o comportamientos que con anterioridad ha ejercido una de las partes de un contrato en tanto que de hacerlo, rompería con la coherencia que debe mantenerse a lo largo de la relación contractual. A la sazón de lo dicho por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo:
"(...) [A] nadie, en línea de principio rector, le está permitido volver - o ir - contra sus propios actos - o sea contrariarlos o contradecirlos-(venire contra factum proprium, o venire contra factum propriu, milla conceditur), cuando ellos generaron, objetivamente, una confianza, creencia o certidumbre determinadas; un entendimiento racional diverso que, ex post, se vio trocado, y también truncado sorpresivamente, siendo entonces menester proceder a tutelar los intereses materia de amenaza o vulneración, a manera de plausible correctivo, en clara sintonía con el acrisolado postulado de la buena fe que, ab initio, rechaza este tipo de comportamientos incoherentes y contradictorios que originan inseguridad e incertidumbre jurídicas, y también con la preservación de la confianza generada o inculcada, clave de bóveda de esta institución. "

De acuerdo con la tesis de este autor, para aplicar esta institución - que tiene carácter restringido- deben observarse todos estos requisitos: "a) una conducta o comportamiento relevante que, por sus connotaciones, previamente, infunda o suscite una confianza legítima en el otro cocontratante; b) que irrumpa en el

Dice que con base en el artículo 1317 del código de Comercio, la doctrina ha establecido como elementos esenciales del contrato de agencia comercial: el encargo para promocionar y explotar negocios del agenciado, la estabilidad del encargo, la independencia del agente y el elemento "por cuenta y en beneficio" del agenciado, los que en este caso no se reúnen, porque, en *primer lugar, la demandante carecía absolutamente de la independencia y autonomía que debe predicarse de un agente comercial; con el fin de llegar a una claridad sobre esta noción, recurre a los contenidos propios del derecho laboral, diciendo que por independencia debe entenderse lo opuesto a subordinación, es decir, la facultad del empleador -en este caso el empresario- de determinar el tiempo, modo y lugar en el que debe cumplirse con la prestación debida.*

En el contrato de trabajo la subordinación es un elemento esencial y por definición, se opone al de agencia comercial, en el que la independencia es un elemento esencial. Aclara que subordinación no implica ausencia de cierto grado de autonomía, por cuanto, de exigirse que quien pretende ser catalogado como trabajador no cuente con ningún grado de autonomía, estando sujeto a una subordinación absoluta, se estaría exigiendo la infracción de los límites propios de la esclavitud. Por tanto, la subordinación del trabajador no se opone a la independencia relativa del mismo. De ahí que cuando el artículo 1317 del C. de Co. estableció que el agente comercial es independiente, lo hizo refiriéndose a una independencia de carácter absoluto (desprovista de subordinación), pues la independencia relativa (que cuenta con subordinación) es la predicable en los contratos de trabajo, figura que, como ya se dijo, se opone al contrato alegado por el demandante y, como lo afirma la actora a lo largo de la demanda, Comcel le impartió órdenes sobre el modo, tiempo y lugar en los cuales debía desempeñar su labor, contando además con formas de coaccionar a la primera para el cumplimiento de las mismas. Esto, sin entrar por ahora en detalles sobre el Manual de Procedimientos, en el que se recoge de forma precisa y detallada la manera en la cual deben funcionar los distribuidores (incluyendo a Isesco), quienes están en la obligación de acatarlo completamente.

Arguye que sobre el tema, en sentencia de 21 de febrero de 1984, la sala de casación Laboral de la corte Suprema de Justicia ha dicho que la subordinación debe analizarse en los distintos grados en que puede presentarse de acuerdo a la naturaleza de la labor encomendada, y al sujeto sobre el cual se ejerce dicha subordinación, en estos términos:

"El grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor que desempeñe el trabajador, así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible, y lo mismo puede decirse de los trabajadores calificados. En cambio en los que no lo son la subordinación es más acentuada, más ostensible y directa; más aún existen algunos trabajadores como los que prestan su servicio en su propio domicilio, en donde la subordinación casi desaparece, v sin embargo, nuestro estatuto laboral lo considera vinculado por contrato de trabajo, según lo preceptuado en el artículo 89 del C.S.T. El mismo fenómeno opera con los llamados altos empleados, o sea aquellos que representan al patrono v lo obligan frente a sus trabajadores, como los que ejercen funciones de dirección y administración, quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono" (énfasis por fuera del texto original).

Ultima anotando que la imposición de las condiciones de tiempo, modo y lugar, no se encuentra comprendida dentro de las instrucciones que consagra el artículo 1321 del C. de Co. por cuanto la labor del agente cobra sentido y relevancia -y de ahí la justificación de la cesantía comercial- en la medida en que sea él quien

CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL, PAGO DE TODAS LAS OBLIGACIONES A CARGO DE COMCEL, RENUNCIA A LA CESANTIA COMERCIAL, VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET, COMPENSACION, INEXISTENCIA DE INTERES MORATORIO DESDE LA TERMINACION DE LOS CONTRATOS, fincadas en los hechos que así se compendian2:

III. EXCEPCIONES

TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE ISESCO Y COMCEL.

Amparada en los textos de los artículos 2469 y 2483 de nuestro código Civil, según los que:

"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

"No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.", figura que en cuanto a sus efectos:

"La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia (...)"

A partir de allí, aduce que el contrato de transacción sirve, ora de pretensión, como cuando se demanda el cumplimiento o la resolución del contrato, ya de excepción, para evitar que prosiga otro proceso.

Dice que mediante los acuerdos con corte a 31 de mayo de 2007, 31 de diciembre de 2007, 31 de mayo de 2008, 31 de diciembre de 2008 y mayo 31/09, las partes transaron sus diferencias y consecuentemente, dotaron dicho acuerdo con fuerza de cosa juzgada, en la medida en que renunciaron expresamente al ejercicio del cualquier acción encaminada a desconocer los efectos del pacto de transacción, efectos entre los que se encuentran los que ahora inusitada y temerariamente reclama la sociedad demandante, y por tanto la falta de algún respaldo, legal o contractual, es incuestionable.

Agrega que con tales contratos de transacción, éstas no solamente arreglaron amigablemente las diferencias que surgían en determinados momentos, sino que descartaron un eventual litigio, al evitar que surgiera una controversia sobre los puntos en él tratados, como fue su deseo expresamente manifestado, circunstancia que constituye otra razón, igualmente valedera, para que las pretensiones declarativas y de condena elevadas por Isesco, se despachen adversamente, puesto que debe entenderse liquidada cualquier controversia de tipo patrimonial derivada de los contratos de distribución celebrados el 28 de julio de 2006 y el 21 de diciembre de 2006. Adicionalmente no hay elementos fácticos o jurídicos para no reconocerle efectos a tales actas, por cuanto en su formación concurrieron las condiciones necesarias para su existencia y validez, como el consentimiento de las partes, la existencia actual de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas y reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes.

Dice que por lo anterior, y al tenor del artículo 2483 del código Civil, la transacción tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales, antes que haya juicio o durante el juicio, pues, como lo ha pregonado la jurisprudencia "celebrada de acuerdo con las prescripciones

2 Ver folios 141 a 183

43. Desde abril de 2009 Comcel venía dejando en ceros a Isesco casi todos los meses y ante el reclamo de la demandante por la gravedad de la situación, la respuesta emitida por el señor ALEX GUARNIZO, gerente de distribución de Comcel, fue que debían firmar el acuerdo planteado por Comcel o éste los seguiría dejando en ceros, situación que conllevó la firma del acuerdo referido en el hecho 14 de la demanda.

44. Como quiera que Comcel venía dejando en ceros a Isesco y no le despachaba siquiera producto prepago, este se vio obligada a firmar un acuerdo de pago respecto de dichos fraudes en noviembre 13 de 2009, en el que Isesco se comprometió a cancelar a Comcel en un plazo de 32 meses (dos meses de gracia), $877'.548.335, de los cuales cerca de $800'000.000 corresponden a penalizaciones impuestas por Comcel, sin demostrar la ocurrencia de las hipótesis previstas en los contratos.

45. La amortización de la deuda se haría mediante el pago de cuotas mensuales de $36'943.635, de las que se cubrieron las primeras 12, pese a los conductas de Comcel enderezadas a torpedear la operación de Isesco, pero, entre noviembre de 2009 y diciembre de 2010, Isesco facturó a Comcel $1.028'133.642, de los que sólo recibió $198'755.000 y con esa facturación entre noviembre de 2009 y diciembre de 2010, previo descuento de lo que le pagó efectivamente Comcel en este lapso, quedaba cancelada en su totalidad la "deuda" que refleja el "Acuerdo".

46. No obstante, según las cuentas de Comcel, de los $1.028'133.642, sólo se aplicaron pagos mensuales por las cuotas comprendidas entre diciembre de 2009 y octubre de 2010, pues la causal de terminación del contrato, alega la mora de las cuotas de noviembre y diciembre de 2010 y enero de 2011.

47. En noviembre y diciembre de 2010 y enero de 2011, la facturación de Isesco no alcanzó a cubrir el total de la cuota, quedando pendiente de pagar los $9'850.000 de noviembre -lo facturado en este mes fueron $27´092.050; de diciembre quedaron pendientes $17'000.000 -la facturación de este mes alcanzó $19/079.508- y, finalmente, de enero de 2011, quedaron pendientes $10'000.000, pues la facturación sólo alcanzó $26´848.387.

48. Dados el desfase en el valor de la cuota y la facturación de los tres últimos meses, a enero de 2011, Isesco habría incumplido el acuerdo por un total aproximado de $37'000.000, el equivalente a menos del valor de una cuota mensual.

49.Como se observa de los hechos precedentes, quedando en ceros los ingresos de Isesco en los tres últimos meses de facturación, pues todos los dineros a su favor le eran descontados automáticamente por Comcel, la operación de Isesco se hizo imposible.

50. Ante ese panorama, Isesco insistió en varias oportunidades ante Comcel para que se pusiera en marcha un plan de amortización de la "deuda" desde antes de la firma del "Acuerdo" y con posterioridad a ésta, encontrando oídos sordos a su suplica.

51. El contrato sub judice terminó en febrero 27 de 2011, conforme a comunicación que en enero 26 del mismo año, remitió Comcel a Isesco, aduciendo una justa causa imputable a esta última.

52. En carta de febrero 23 de 2011, Isesco rechazó la determinación de Comcel de dar por terminado el contrato y negó la existencia de una justa causa.

administrativa, siguiendo plenamente los lineamientos establecidos en el contrato así como determinó siempre la forma de organización de la empresa que consideraba necesaria para el desarrollo de su actividad.

25. Isesco siempre determinó la magnitud, oportunidad e intensidad del esfuerzo empresarial que desarrolló para cumplir con la ejecución del contrato que la vinculaba con Comcel.

26. La organización de Isesco como empresa y como estructura física, se hizo con sujeción a las políticas y estándares establecidos por Comcel en las estipulaciones contractuales y en desarrollo de esa relación contractual, Isesco cumplió a cabalidad con las instrucciones que Comcel le impartió y, además, con las políticas y estándares de mercadeo y ventas que la demandada le señaló.

27. Isesco identificó todos sus puntos con los avisos externos e internos de Comcel, cuyo costo era asumido por ésta, con las dimensiones y especificaciones indicadas en el MANUAL DE IMAGEN CORPORATIVA de la demandada.

28. Isesco estaba obligado a aplicar las tarifas que le indicaba Comcel "... para el cargo fijo 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", pues así se estableció en las cláusulas 7.3 del contrato de datos 7.4 de los contratos de voz y Blackberry.

29. Isesco no concedió ni otorgó a los usuarios de la red de telefonía móvil del Comcel, vinculados a ésta por su gestión, condiciones distintas a las establecidas por la demandada y nunca asumió responsabilidad alguna por las fallas e interrupciones del servido de telefonía móvil celular, ni asumió los riesgos que correspondían a Comcel en su carácter de operador del servicio de telefonía móvil celular, pues quien presta el servicio es Comcel conforme al contrato de Concesión suscrito con el estado Colombiano.

30. Los usuarios que se vincularon a la red de telefonía móvil celular de Comcel por la gestión de Isesco no se retiraron de dicha red por el hecho de la terminación del contrato de que trata este proceso.

31. Además de venta de líneas telefónicas, como actividad específica, Isesco promocionó y comercializó los siguientes productos y servicios de Comcel:

a. Tarjeta Prepago: En virtud del cual, el cliente o usuario adquiría una tarjeta que le permitía acceder a tiempo al aire para utilizar en la línea telefónica de Comcel, bajo las condiciones impuestas por el operador.

b. Recarga de tiempo al aire en línea: En virtud de este servicio, autorizado por Comcel a partir del 19 de diciembre de 2005 en los CPS, el cliente o usuario, sin necesidad de adquirir una tarjeta, recargaba o adquiría tiempo al aire para utilizar en su línea telefónica de Comcel, bajo las condiciones impuestas por el operador.

Para remunerar el servicio al cliente mediante el sistema "Recarga en Línea", Comcel pagaba al agente un porcentaje sobre el valor facial de cada venta, del 7.5% para pago a crédito y 8.0% para pago en efectivo.

c. Sim Cards: Isesco promocionaba y comercializaba este dispositivo especial para reactivar equipos ya vinculados a la red o para activar en la red de Comcel equipos que estaban en otras redes.

COMCELULARES F.M. LTDA Vs COMCEL. Diciembre 14 de 2006	"SEGUNDA. Declarar que entre COMCEL, como agenciado y COMCELULARES F.M. LTDA, como agente, existió una relación contractual de Agenda Comercial, en los términos y con el preciso alcance indicado en la parte motiva de este laudo. Por consiguiente, no prosperan los medios de defensa denominados excepciones perentorias "Los contratos celebrados y ejecutados por las partes no son contratos de agencia mercantil" y "Naturaleza atípica de los contratos de distribución celebrados y ejecutados por las partes" "
CONEXCEL S.A. Vs COMCEL. Mayo 9 de 2011.	"1. Declarar que entre, Comunicación Celular S.A. - COMCEL como agenciado, y Conexcel S.A., como agente, se celebró y ejecutó una relación jurídica de agencia comercial, para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comunicación Celular S.A. - COMCEL, y para la comercialización de otros productos y servicios de la Demandada."
GLOBALTRONICS S.A. Vs COMCEL. Junio 9 de 2011	Primero: Declarar que entre COMUNICACION CELULAR S.A. - COMCEL S.A, como agenciado, y GLOBALTRONICS DE COLOMBIA S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de Agenda Comercial, para promover y ejecutar la venta de servicios de telefonía móvil celular de la red de COMCEL S.A, y para la comercialización de otros productos y servidos de la sociedad demandada.
CTM VS. COMCEL S.A.	"QUINTO declarar que los contratos de fechas 9 de julio de 1998, 13 de octubre de 1998 y 18 de abril de 2001 suscrito entre COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. - COMCEL S.A. y CENTRO DE TELEFONIA MOVIL S.A. CTM S.A. fueron contratos de Agencia Comercial..." (subrayado fuera del texto)
MOVTTELL AMERICAS LTDA Vs COMCEL. Septiembre 30 de 2008	"CUARTO: Declarar que entre COMUNICACION CELULAR COMCEL, como agenciado, y MOVITELL AMERICAS LTDA, como agente, se configuró una relación contractual de agencia comercial para promover la venta de servicios y productos de la sociedad demandada."
AUTOS DEL CAMINO LTDA Vs COMCEL Diciembre 16 de 2008.	"Artículo Primero. Declarar que entre AUTOS DEL CAMINO LIMITADA, como Agente y COMUNICACIÓN CELULAR S. A., COMCEL S. A., se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial para promover y ejecutar la venta de servicios y productos de la primera. Se aclara que, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva, los servicios se ejecutan y los productos se venden."
CMV CELULAR S.A. Vs COMCEL. Diciembre 16 de 2008	"PRIMERO. Declarar que entre COMUNICACION CELULAR S.A. — COMCEL, como agenciado, y CMV CELULAR S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial para promover y ejecutar la venta de servicios y productos de la sociedad demandada."
CONCELULAR S.A. Vs COMCEL. Diciembre 1° de 2006.	"TERCERO: Declarar que entre COMCEL, como agenciado, y CONCELULAR S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial para promover la venta de servicios y bienes de la sociedad demandada."
CELLULAR TRADING LTDA Vs COMCEL. Marzo 18 de 2002	"Segundo. Declarar, en consecuencia, que el contrato celebrado y ejecutado entre las sociedades CELL POINT S.A. y COMCEL es un contrato de agenda comercial. De esta forma se acoge la pretensión principal 1.1.1. de la demanda."

5. Las partes son comerciantes inscritas en las respectivas cámaras de comercio de sus domicilios y entre ellos no existe una relación matriz- subordinada.

6. La relación jurídico negocial sub iúdice se ejecutó permanentemente y sin solución de continuidad desde julio 28 de 2006 hasta febrero 27 de 2011, según los términos de la carta de enero 26 de 2011, por medio de la que Comcel comunicó a Isesco su decisión unilateral de darla por terminada.

7. Para captar clientes de telefonía móvil celular en el mercado nacional, Comcel se vale de una fuerza de ventas integrada por una red de agentes comerciales, entre los que estuvo la demandante.

8. Con fundamento en el citado contrato, la actora promocionó y explotó los servicios de telefonía móvil celular (STMC) que Comcel presta a sus usuarios en el territorio nacional por virtud del contrato de concesión suscrito con el estado Colombiano y en tal virtud, Comcel está autorizada para prestar servidos de telefonía móvil celular (STMC) en el territorio Colombiano.

9. Como la demandante no está autorizada por el estado Colombiano para prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en el territorio Colombiano, no puede asumir una posición propia en el mercado de la telefonía móvil celular en el territorio Colombiano.

10. Los contratos de servicios de telefonía móvil celular que la actora promocionó y comercializó durante la vigencia y con ocasión del contrato de marras, se celebraron y se ejecutaron por cuenta de Comcel pues vincularon únicamente a esta con los respectivos usuarios o suscriptores.

11. En la relación comercial que vinculó a las partes, se estableció como contraprestación principal por las actividades de promoción y mercadeo de los productos y servicios de Comcel, el pago en efectivo a favor de Isesco de comisiones, bonificaciones e incentivos en la cuantía y con las modalidades señaladas en cada contrato, conceptos de la remuneración que se denominaron así:

a. Comisiones por concepto de activación en pospago: Se causaba cada vez que una persona adquiría un plan pospago de Comcel.

b. Comisión por residual: Se causaba a razón de un porcentaje, aplicado sobre los consumos hechos (facturación) por parte de los suscriptores que en planes pospago había gestionado la actora.

c. Comisiones por activación/legalización en prepago: Se causaba cada vez que una persona adquiría un Kit Prepago de Comcel.

d. Comisiones/bonificaciones por permanencia en prepago: Se causaba cada vez que un suscriptor en un plan prepago permanecía activo en la red de Comcel, durante un tiempo determinado por ésta.

e. Comisiones/bonificaciones por permanencia en pospago: Se causaba cada vez que un suscriptor en un plan prepago permanecía activo en la red de Comcel, durante un tiempo determinado por ésta.

f. Bonificaciones y demás incentivos por cumplimiento de metas y otros: En entre ellas estaban los bonos Sodexho Pass que Comcel ofrecía en determinadas

reparación in natura, la INEFICACIA de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refieren las pretensiones 47 y 48 principales que anteceden.

OTRAS PRETENSIONES DE CONDENA A TITULO DE PERJUCIOS INDEMNIZATORIOS MATERIALES POR LA TERMINACION DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA IMPUTABLE A ISESCO Y POR EL ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE CONTRACTUAL DE COMCEL

50. A título de lucro cesante:

a) La suma que resulte probada en el proceso, compensatoria de las comisiones, regalías y utilidades a que tenía derecho la actora con base en el contrato sub judice, si este no hubiera sido terminado por Comcel sin JUSTA CAUSA imputable a la actora y que estima en $300'000.000 como promedio aproximado de la utilidad neta percibida por Isesco durante los dos últimos años de ejecución del contrato, o lo que finalmente resulte probado en el proceso; teniendo en cuenta que la prórroga anual iría, por lo menos para los últimos dos contratos suscritos, hasta el 21 de diciembre de 2011.

b) La suma que resulte probada en el proceso, compensatoria de la pérdida que en el valor de su empresa sufrió la actora a consecuencia directa y previsible de la terminación del contrato sub judice, la que estima en $300'000.000, o la que se determine por dictamen pericial, según se decida en este trámite.

51. A título de daño emergente:

a) La suma que resulte probada en el proceso compensatoria de las penalizaciones, fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos, que Comcel compensó injustificadamente con los créditos líquidos causados a favor de la actora, que estima en $800'000.000, a partir de la firma de la última Acta de "Conciliación", con corte a 31 de Diciembre de 2009, o la suma que por este concepto resulte probada finalmente en el proceso.

b) Condenar a Comcel a reintegrar a Isesco: $86'985.661, o la suma que se establezca pericialmente en el proceso, se descontó a la actora por bajo consumo de los usuarios en los planes prepago, sin que tal sanción estuviere prevista en el contrato, junto con sus intereses comerciales moratorios; $11'900.000, o lo que finalmente resulte probado en el proceso, por concepto de indemnizaciones por la terminación de contratos laborales, que tuvieron que ser finalizados como consecuencia directa de la terminación del contrato sin justa causa imputable a Isesco; $13'000.000, o lo que finalmente resulte probado en el proceso, por concepto de cánones, indemnizaciones, y cláusulas penales canceladas por Isesco a sus arrendadores de los locales comerciales en donde funcionaba la actora, causados a consecuencia directa de la terminación del contrato sin justa causa imputable a Isesco y $24'500.000, por concepto de gastos en que esta incurrió para instalar un Centro de Pago y Servicios (CPS) aprobado por Comcel pocos días antes de la terminación del contrato y que por esta razón nunca pudo entrar a funcionar.

PRETENSIONES FINALES

52. Declarar que conforme a la cláusula 27 del contrato sub judice, la mera tolerancia de la actora frente a los incumplimientos contractuales imputables a Comcel, no constituye una modificación tácita del negocio jurídico, ni equivale a

38. Condenar a Comcel a pagar a Isesco el valor de los descuentos por sanciones no previstas en el contrato, por las contractuales aplicadas excesivamente o violando las condiciones del contrato, a menos que la convocada demuestre que en cada caso se configuró una de las hipótesis previstas en el contrato, todo a partir de la fecha de corte a que se refiere la última acta de conciliación o transacción.

39. Condenar a Comcel al reembolso de la totalidad de los dineros que cobró o descontó a Isesco por concepto de las consultas hechas a Datacrédito.

40. Condenar a Comcel a reembolsar la diferencia del valor de aquellos equipos pospago reclamados en los Centros de Atención a los Distribuidores (CAD), que Comcel cobró a Isesco a full precio, por el hecho de no haberlos vendido dentro del plazo de 15 días y que Isesco tuvo que vender después a precios inferiores según las condiciones del mercado en su momento.

PRETENSIONES RELATIVAS A LAS DENOMINADAS ACTAS DE TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN Y COMPENSACIÓN.

41. Se declare que el contenido de las actas de transacción, conciliación y compensación, fue predispuesto por Comcel, abusando de su posición dominante contractual.

42. Declarar que esas actas no incorporaron acuerdos conciliatorios por cuanto no se suscribieron en presencia de un conciliador ni como resultado de una audiencia de conciliación extrajudicial.

43. Se solicitan las siguientes DECLARACIONES:

a) Que la compensación no es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

b) Que las actas de conciliación, compensación y transacción suscritas por Comcel y la actora durante la ejecución del contrato sub judice, no incorporaron mecanismos de compensación.

44. Que tales actas no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción.

44.1. PRIMERA SUBSIDIARIA A LA 44 PRINCIPAL: Si se considera que esas actas de transacción, conciliación y compensación fueron verdaderos negocios de transacción, se declare, en subsidio:

a) Que tales transacciones se circunscribieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activación, también llamadas comisiones por ventas.

b) Que en consecuencia, todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron objeto de transacción.

44.2 SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA 44 PRINCIPAL: Si se rechazan las pretensiones principal y primera subsidiaria que anteceden, en subsidio se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia, según lo decida el juzgado, por ser abusivas, de todos las transacciones incorporadas en estas actas en lo que tiene que ver con la disposición, por parte de la convocante, de: (i) Derechos que aún no existían y/o no se habían hecho exigibles al momento de las suscripciones de los respectivos documentos, (ii) Derechos respecto de los cuales no existía una disputa en

reconocimiento de comisiones y/ o bonificaciones a favor del "Distribuidor" por permanencia del usuario reflejada en consumos posteriores a los seis meses de activación de la línea, entre otras y, en tal virtud, debe ser interpretada a favor del "Distribuidor"7, en el sentido de que el contrato se prorrogó (que no renovó) automáticamente año por año.

27. A consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior, declarar que el contrato sub judice se prorrogó año por año hasta el 28 de julio de 2011, teniendo en cuenta que la relación contractual que vinculó a las partes es una sola, no obstante haberse instrumentado en varios documentos que ampliaron el objeto de la agencia inicialmente pactado (voz, después datos y Blackberry).

27.1 SUBSIDIARIA DE LA VIGESIMA SEPTIMA PRINCIPAL: Si se concluyera la existencia de varias relaciones contractuales, declarar que los contratos se habrían prorrogado así:

- El de julio 28 de 2006, suscrito para promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil celular en servicio de VOZ, hasta el 28 de julio de 2011.

-El firmado en diciembre 21 de 2006 para promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil celular en servicio de DATOS, hasta el 21 de diciembre de 2011.

-El de diciembre 21 de 2006 para promoción y comercialización del servicio de telefonía móvil celular en servicio de BLACKBERRY, hasta el 21 de diciembre de 2011.

<u>PRETENSIONES RELATIVAS AL ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE CONTRACTUAL Y AL DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE IMPUTABLES A COMCEL</u>

28. Previa declaración de la posición dominante contractual de Comcel frente a Isesco como agente y en aplicación de los artículos 95 y 333 de la Constitución Política; 15, 16, 1603 y 2536 del código Civil; 830 y 871 del código de Comercio, se DECLARE que Comcel incurrió en abuso contractual, tanto en la celebración del contrato de Agencia Comercial, como en la ejecución del mismo.

29. Declarar que Comcel abusó de su posición dominante contractual y desconoció el principio de la buena fe por no haber liquidado y pagado oportuna e íntegramente a la actora, según las reglas contractuales, las comisiones, regalías y/o utilidades a que esta última tenía derecho.

30. Declarar, con fundamento en los artículos 83 y 95-1 constitucionales y 1603 CC y 871 del C. de Co., que Comcel abusó de su posición dominante contractual al extender e invocar la aplicación de cláusulas abusivas que tuvieron por causa, por objeto y/o como efecto, una afectación grave de los intereses patrimoniales de la actora y la creación de un desequilibro económico y normativo contractual.

31. Declarar que Comcel abusó de su posición dominante contractual y desconoció el principio de la buena fe, al aplicar penalizaciones y reversiones sobre comisiones establecidas en el contrato de marras, sin demostrar previamente un incumplimiento que le fuera imputable a la actora de tal contrato a título de culpa o dolo, y compensar motu propio, créditos a favor de la demandante con dineros que Comcel descontó de manera unilateral a título de sanciones y/o penalizaciones por bajo consumo de los usuarios en el producto prepago, fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por ajustes/ reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers

b) Que en la subcuenta 233520 solo se registran hechos económicos relativos al pago de comisiones a Isesco.

c) Que en la subcuenta 233520 no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 C.Co.

d) Que el registro de una cuenta por pagar a título de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 del Co.Co., solo opera cuando ésta se hace exigible, esto es, a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial.

e) Que en consecuencia, durante la ejecución del contrato sub judice, Comcel nunca le pagó a la actora suma alguna por "pago anticipado" de la prestación mercantil del inciso 1 del Art. 1324 del Co. Co.

20. Declarar la nulidad absoluta, la inexistencia y/o invalidez, según sea el caso, de las disposiciones contractuales contenidas en el párrafo 3o de la cláusula 30 de los contratos y en el numeral 5o del Anexo "A" y numeral 5o del Anexo "C" y del numeral 2o de las denominadas Actas de Transacción, Conciliación y/o Compensación que en cualquier tiempo se hayan firmado por las partes, por ser abusivas y predispuestas por Comcel en ejercicio de su poder dominante contractual.

20.1 PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGESIMA PRINCIPAL: Si el juzgado rechazare la pretensión principal que antecede, en subsidio se declare:

a) Que el párrafo 3o de la cláusula 30 de los contratos, el numeral 5o del Anexo "A" del contrato sub iúdice, el numeral 5o del anexo "C", así como el numeral 2o de las Actas de Transacción, Conciliación y/o Compensación, tenían por efecto consecuencias antinómicas frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordaron las comisiones y bonificaciones que Comcel le debía pagar a la demandante.

b) Que durante la ejecución del contrato sub judice, la actora siempre registró a título de ingresos operacionales por concepto de comisiones, bonificaciones y subsidios, todos los dineros que Comcel le pagó.

c) Que la antinomia a que se refiere el literal a) anterior se resuelve a favor de la interpretación que hizo la demandante.

d) Que en consecuencia, Comcel nunca efectuó pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1 del Art. 1324 Co. Co., ni a título de indemnizaciones futuras a favor de la demandante.

20.2 SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGESIMA PRINCIPAL: En caso de no prosperar ninguna de las pretensiones 20 principal y siguientes, DECLARAR que los descuentos del 20% del valor de los pagos hechos por Comcel a Isesco a título de "pagos anticipados" sólo recayeron sobre la facturación que a título de "comisiones" debía expedir Isesco a Comcel S.A. y no pueden afectar otros pagos hechos a la actora y que hacen parte de los rubros que deben tenerse en cuenta para liquidar la cesantía comercial.

21. En caso de no prosperar ninguna de las pretensiones principales y subsidiarias precedentes, se CONDENE a Comcel a pagar a Isesco, el 20% que la actora habría dejado de recibir a título de comisión a partir de abril de 2007, cuando Comcel le impuso facturar las comisiones dividiéndolas en el 80% para pago de éstas y el 20% para "pagos anticipados", en la suma que se establezca en el proceso, conforme a dictamen pericial.

5. En consecuencia, declarar que entre Comcel como agenciado, y la actora como agente, se celebró y se ejecutó la relación jurídico negocial típica nominada de agencia comercial, regulada en los artículos 1317 y siguientes del código de Comercio.

6. Declarar que la agencia comercial fue permanente y sin solución de continuidad desde julio 28 de 2006, hasta febrero 27 de 2011, fecha a partir de la cual Comcel la dio por terminada unilateralmente, alegando una justa causa imputable a Isesco.

Respecto a las RELATIVAS A LA PRESTACION MERCANTIL INCISO 1° ART. 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO, pide DECLARAR:

7. Que Isesco no renunció a la prestación mercantil de que trata ese artículo, pues Comcel nunca reconoció que el contrato ejecutado fuera de Agencia Comercial y, antes bien negó tal naturaleza en varias de las estipulaciones contractuales predispuestas por la demandada aún en el proyecto de Acta de Liquidación final, rechazada por Isesco S.A.

8. Que a partir de la terminación del contrato sub judice, se hizo exigible la obligación que tiene Comcel de pagarle a la actora la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo en cita.

9. Que Comcel le debe pagar a la actora, por concepto de la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Co. Co., una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades que la demandante recibió durante los últimos tres años de ejecución del contrato sub judice, lo que se debe multiplicar por los 4 años y 7 meses que estuvo vigente, utilidades y regalías que traducen en comisiones, bonificaciones, bonos Sodexho, subsidios, etc., con las cuales se remuneró a Isesco su gestión que, específicamente, son:

- Comisiones de activación en postpago voz
- Bonificaciones en postpago voz
- Comisiones de activación en datos
- Bonificaciones en datos
- Comisiones activación Pre-prepago (también llamada descuento); Bonificaciones Pre-pago por legalización de documentos; bonificaciones Wellcome back
- Comisiones por residual en pospago
- Comisiones por residual en Datos
- Recarga en línea
- Subsidios de arrendamiento no contabilizados como Plan-Coop.
- Bonos Sodexo Pass
- Bonificaciones por permanencia en pospago
- Bonificaciones por permanencia en Pre-pago
- Notas crédito a favor de Isesco Ltda.

-Comisiones causadas y no pagadas en el último tramo de ejecución del contrato: a) Prepago; b) Postpago; subsidios de arrendamiento no contabilizados como Plan-Coop; comisiones por permanencia tanto en prepago como en post-pago.
-Todas las sumas descontadas por penalizaciones impuestas por fuera de los lineamientos del contrato.

10. Que los márgenes de utilidad (descuento y bonificación por legalización de documentos) que la actora recibió con la comercialización de los denominados Kits Prepago, al recibirse como consecuencia directa de las actividades de promoción y explotación que la demandante ejecutó como agente comercial de

95

JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D.C., Abril Veintidós (22) de dos mil catorce (2.014)

Ref: ORDINARIO No. 2011-0377

En atención a lo ordenado por el superior, señálanse como agencias en derecho la suma de $ 80.000.000. Elabórese la liquidación de costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CESAR EDUARDO DÍAZ VALDIRI
Juez

JUZGADO 39 CIVIL DEL CTO SANTAFE DE BOGOTA D.C.
Hoy 24 ABR 2014 se notificó el auto
anterior por anotación en el Estado No. 032
El Secretario

956

JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D.C., Marzo tres (03) de dos mil catorce (2.014)

REF: ORDINARIO No. 2011-0377

Obedézcase y cúmplase lo dispuesto por la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE:

CESAR EDUARDO DIAZ VALDIRI
JUEZ

DADZ

JUZGADO 39 CIVIL DEL CTO SANTAFE DE BOGOTA D.C
El - 5 MAR. 2014 se notificó el auto
anterior por anotación en el Estado No. 020
El Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER ÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO BOGOTÁD.C.
CARRERA 10ª Nº 14-33 OFICINA 407

DILIGENCIA DE AUTENTICACION

LA SECRETARIA DEL JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D. C., HACE CONSTAR QUE LAS PRESENTES FOTOCOPIAS CONSTANTES DE OCHENTA (80) FOLIOS ÚTILES, CORRESPONDIENTES A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DEL JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTION DE BOGOTA DE FECHA 22 DE FEBRERO DE 2013 Y SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2013, LIQUIDACION Y APROBACION DE COSTAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA SON FIEL Y AUTÉNTICAS TOMADAS DE SU RESPECTIVO ORIGINAL, LAS CUALES REPOSAN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO RADICADO CON EL NUMERO 11001 31 03 039 2011-00377 PROMOVIDO por NEOCEL S.A. EN LIQUIDACION CONTRA COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. LAS QUE SE EXPIDEN DE ACUERDO A LO ORDENADO EN EL AUTO DE FECHA 21 DE AGOSTO DE 2014.-

SE DEJA CONSTANCIA QUE LAS PROVIDENCIAS AUTENTICADAS SE ENCUENTRAN DEBIDAMENTE EJECUTORIADAS Y EN FIRME, SON PRIMERA COPIA Y PRESTAN MERITO EJECUTIVO.

BOGOTA, D. C., DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014).

MARIA DELIA ROJAS RAMIREZ
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTION DE BOGOTA D.C.,

H A C E S A B E R:

Que dentro del proceso ORDINARIO **No. 2011-0377 DE NEOCEL S.A EN LIQUIDACION CONTRA COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** , se profirió sentencia de fecha **VEINTIDOS (22) DE FEBRERO DE DOS MIL TRECE (2013).**

Para los fines de que trata el Art. 323 del Código de Procedimiento Civil, se fija el presente edicto en un lugar público de la secretaría de este Juzgado, por el término de tres (3) días, **VEINTIOCHO DE FEBRERO DE DOS MIL TRECE (2013).**

JAIRO FERNANDO ACOSTA MORENO
Secretario

El presente EDICTO se desfija hoy **CUATRO (4) DE MARZO DE DOS MIL TRECE (2013).** Siendo las cinco 5:00 P.M.

JAIRO FERNANDO ACOSTA MORENO
Secretario

Eaa

valor equivalente al 20% sobre el total de valores facturados y los que debió facturar a lo largo de la relación contractual, en consecuencia se ordenara el pago del .quivalente al 20% sobre el total de las comisiones que por activación por residual y por promoción y comercialización de la tarjeta PREPAGADA AMIGO se le canceló y se le dejo cancelar a Necocel a lo largo de la vigencia de la relación contractual.

Para resolver las pretensiones subsidiarias debemos remitirnos a los presupuestos de la acción contractual, para verificar que en efecto se incumplió por parte de Comcel con la prestación que ahora reclama la parte demandante de manera subsidiaria, y es que, para lograr la prosperidad deben llenarse los siguientes requisitos, que se anuncian así:

a. Existencia de un contrato.
b. La inejecución o incumplimiento imputable al demandado.
c. La existencia de un daño.
d. Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

4.2. Respecto de los primeros presupuestos no hay duda de la existencia de los contratos de suministro entre las partes, como quiera que obra en el plenario copia de los convenios suscritos el 28 de enero de 2004 y el 8 de junio de 2006, junto con sus respectivos anexos (fol. 192 a 286 c.1), dentro de los cuales se pactaron las clausulas sobre las cuales se reclama:

Contrato de 28 de enero de 2004:

Cláusula 30 (fol. 219 c.1): *"Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de éste 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; y* numeral 6 del anexo A (fol. 224 c.1): *"Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de éste 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".*

Contrato de 8 de junio de 2006:

Numeral 32.7 *"Dentro de los valores por concepto de comisiones y por cualquier otro concepto 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".*

940
917

asunto, restringida a la existencia de un contrato de agencia mercantil sin que desborde al punto de suscitar pronunciamiento sobre la intención volitiva de la aludida situación de control.



Sin perjuicio de cuanto se ha dejado expuesto en líneas precedente, véase al respecto, el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema:

*"Pero también ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de "promover o explotar negocios" del empresario "en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional" (art. 131 C.Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante – agente la obligación actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (vgr. Contratos, ampliación de actividades, etc.), la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario. 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 propia de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que tambien 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, 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 se le suministra el producto a fin de que aquel lo adquiera y porsteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; **no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agenda comercial entre ellos.** Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de una empresario al comerciante que éste previa las diligencias necesarias, posteriormente revendé 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 (agenciado) en forma paralela puedan concurrir otros contratos, como los de ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia. (Sent. del 14 de diciembre de 1992. G. J. CCXIX. P. 703 y ss.), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son*

De ahí, que para este Despacho no es determinante, en orden a establecer la existencia de un contrato de agencia mercantil, detenerse en la prueba sobre el título al que ostentó la demandante sobre las mercancías entregadas por las demandadas, ni desentrañar si las adquirió para sí y con el propósito de revenderlas para diferenciar, a partir de ello, el referido contrato de uno de suministro o de distribución, pues lo que es contundente en el contrato de agencia mercantil, como lo señala la jurisprudencia[11], a más de la conjugación de sus elementos jurídicos esenciales, es que debe su presencia en la realidad mercantil, a la finalidad económica que lo mueve y que no es otra que la de hacer apertura de un mercado, como que es allí donde se justifica el encargo que se confiere para promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, aspectos estos últimos –producto y punto geográfico- que no son más que el binomio conceptual necesario para estructurar un mercado relevante en el que el agenciado busca afianzarse mediante la labor del agente mercantil.

Y es que es la necesidad de penetrar en un mercado la que lleva a un comerciante a adoptar la postura de agenciado y constituir un agente que, como profesional, cuenta con las destrezas suficientes o la experiencia para conquistar una clientela, cautivar las preferencias de un público hacia los productos de aquél y desempeñar todas las tareas idóneas para conseguir el ingreso de dicho comerciante al pretendido mercado y lograr un porcentaje de participación del mismo, la acreditación de la marca, su recordación, la consecución de la clientela, la preservación de la clientela conquistada y la cautiva; en general, el posicionamiento y la consolidación del comerciante[12].

Por consiguiente, el comerciante que carece de dicha necesidad por contar ya con un grado de participación importante en el mercado, carece igualmente de interés en el perfeccionamiento de un contrato de agencia mercantil si se tiene en cuenta que el objeto contractual asignado por el art. 1317 del C. de Co. de promoción o explotación de negocios decae cuando la finalidad económica no va más allá de la sola distribución de sus productos en un mercado del que ya se goza.

En consecuencia, el éxito de la pretensión encaminada a la declaratoria de existencia de un contrato de agencia comercial, descansa en la prueba idónea de la finalidad económica que el demandado como presunto agente, se proponía satisfacer con el contrato diseñado con la demandante y con ello, debe aparecer explícita la prueba de la exigua presencia de dicho comerciante en el respectivo mercado antes de la contratación, junto con la evidencia del crecimiento ostensible de su clientela con posterioridad a la misma, la ponderación de sus marcas, su aceptación por los consumidores o los demás efectos en que pueda concretarse la labor de agenciamiento.

[11] En este sentido, véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, de 28 de febrero de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente 7504.
[12] En este sentido, véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, de 28 de febrero de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente 7504.

comisiones por cuentas irrecuperables o de dudoso recaudo hasta por un máximo del 100% de las comisiones pagadas al centro de ventas por concepto de la activación de todos los clientes obtenidos de la manera irregular aquí indicada, sin que se excluyan otros efectos previstos en el contrato de distribución para los mismos hechos, COMCEL, se reserva el derecho de hacer descuentos o de acreditar las cuentas de sus abonados, cuando en su opinión, a ello hubiere lugar.", pues ella obedece a un pacto de las partes para evitar las activaciones de telefonía celular de manera ilícita o sin el consentimiento de los presuntos titulares, que se acompasan con las leyes que regulan la materia y que por supuesto se ajustan a la presunta distribuidora para que evite dicha practicas so pena de ver que las comisiones ganadas por tales prácticas no serían canceladas o deducidas, que de ninguna manera encuentra irregular o abusiva por este Despacho.

De otra parte, está acreditado que no existió coacción por parte de Comcel para suscribir el contrato tal como lo reconoció el Representante legal de NEOCEL obrante a folios 418 C.1 al decir: "*PREGUNTADO: Por favor infórmele al Despacho si NEOCEL, fue coaccionado por COMCEL o por alguna circunstancia en particular para celebrar los contratos objeto del presente litigio CONTESTO: No*"

Finalmente, en relación a la cláusula 17.4 del contrato de 28 de enero de 2004, que reza: "*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 o 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*" ,debe decirse que la misma si es invalida, porque en ella se está pactando el dolo futuro y por ende existe un objeto ilícito en ello en contravía de lo estipulado por la ley y las buenas costumbres (artículo 1465 de C.C.), pues no podía Comcel por medio de una cláusula eximirse de cualquier responsabilidad o daño causado por sus actuaciones, tal circunstancia llevaría a que la entidad incumpliera de manera dolosa sus obligaciones para que el contrato terminara sin tener sanción alguna, en virtud de tal estipulación, situación que no puede ser de recibo para ninguna autoridad judicial.

De ahí, que de conformidad con el artículo 899 del Código de Comercio, dicha cláusula se entenderá nula absolutamente, por tanto carecerá de validez y así será declarado en esta sentencia de conformidad con lo solicitado.

No obstante, el hecho de que dicha cláusula sea declarada invalida, no conlleva a que los contratos suscritos y anteriormente mencionados, muten su naturaleza a una agencia comercial, por lo que de suyo ninguna otra trascendencia tiene, más que la de permitir que en este caso se reclame a Comcel si existió una daño por la terminación del contrato.

3.6. Ahora bien, si la demandante lo que busca es ir más allá de las pruebas documentales de los contratos que suscribió, para demostrar contra ellos, que a

contrato, cualesquiera sea su naturaleza". numeral 6 del anexo A: *"Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de éste 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 haya de pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza"*.

En primer lugar, sobre la cláusula 5 del contrato de 28 de enero de 2004, no se encuentra que se abuse de una posición dominante contractual o se vicie de alguna manera el consentimiento, para generar la invalidez o ineficacia, pues estipular un término de duración del contrato o su forma de prorrogarlo o renovarlo, obedece nada más que a un querer de las partes de definir un tiempo para realizar el mismo y la forma de continuarlo si ambas estaban de acuerdo, lo que de suyo ni es una concesión o restricción de Comcel como presuntamente la contratante dominante, como mal lo señala la parte demandante, quien tampoco allegó prueba alguna que demostrara que en efecto fue de esa manera. De ahí, que tampoco sea prospera la pretensión respecto a la ineficacia o invalidez de la cláusula 5 del contrato de 28 de enero de 2004 (pretensión cuarta sección II).

En cuanto a la petición de invalidez de la cláusula No. 32.5, debe decirse que tampoco se aprecia que exista un abuso de la posición dominante contractual por parte de Comcel que llegue a generar invalidez de la misma o de la convención, pues se encuentra que tal estipulación no es otra cosa que el pacto de la pérdida de comisiones recibidas por activaciones fraudulentas, las que de ninguna manera reflejan abuso sino por el contrario irradian un respeto a los ciudadanos, para que el distribuidor que desee conseguir mayor remuneración no maneje prácticas indebidas afectado a personas distintas e incluso a la demandada, sino que lo haga respetando las normas del contrato y las leyes.

Justamente, pese a tales estipulaciones que propendían por una práctica adecuada de la acá demandante al conseguir abonados, éste incurrió en ellas, al respecto cabe mencionar lo que en declaración la señora Martha Sánchez Laserna, Gerente de Desarrollos a Distribuidores, señaló (fol. 420 c.1): *"COMCEL, decidió no prorrogar el contrato de distribución, entre otras muchas razones (...) También por los fraudes que se detectaron por suplantación e personas a quienes de acuerdo a las denuncias instauradas por los afectados, neocel les pago una suma de dinero determinada para que prestaran su nombre para firmar contrato de prestación de servicios con el argumento que eran para una rifa entre algunas razones, esas personas se acercaron a comcel e informaron de la situación y contaron los hechos"*. Testimonio que a pesar de estar incurso en motivos de sospecha por tener vínculo laboral con la demandada, presta total credibilidad para el Despacho, porque sus respuestas están respaldadas por otros medios de prueba y su forma de deponerlas denota su conocimiento y veracidad de los hechos.

Igual suerte corre la solicitud de invalidez o ineficacia del inciso final de la cláusula 30, del numeral 6 del anexo A y del numeral 32.7, pues todas ellas únicamente

existencia de un contrato distinto del confeccionado por escrito y dar paso al reconocimiento de la indemnización reclamada.

Y es que, de las pruebas recaudadas en el proceso, no se pudo verificar que la demandante haya estado en una posición en la que no pudiera discutir las condiciones del contrato o que la demandada tuviera una posición privilegiada para disponer del clausulado a su acomodo y que además la utilizó de manera abusiva, pues opuestamente de los testimonios e interrogatorios de partes se dio a entender que pese a que el contrato fuera elaborado por Comcel, la demanda nunca estuvo en desacuerdo con ninguna de las clausula.

Recuérdese, que según la resolución 9870 de 2008 de la Superintendencia de Industria de Comercio se entiende por posición dominante contractual: "*La segunda se refiere a la posición privilegiada que adquiere una de las partes como consecuencia de la negociación de las condiciones que regirán el contrato*". Ciertamente, en el interrogatorio de parte el apoderado de Neocel S.A., señaló (fol. 418 preg. 8): "*En ningún momento he señalado que tuviera reparo a las cláusulas*".

En este orden de ideas, no hay duda de la existencia de unos contratos de distribución suscritos por la accionante, teniéndose conocimiento al momento de contratar, que declinaba toda posibilidad de aspirar a un contrato de agencia mercantil, pacto que debe honrarse en los términos que se probaron haberse convenido y que no se vislumbra procedente desconocer por esta vía, so pretexto de hacer prevalecer una realidad que además, como se verá en las líneas que se avecinan, tampoco alcanza la entidad suficiente para instalarse en la figura contractual pretendida.

Al respecto, es pertinente avocar pronunciamiento como el que tuvo oportunidad de emitir la H. Corte Suprema de Justicia en asunto de similares pretensiones: "*Habiendo plasmado en dichos términos las partes contratantes su voluntad, resulta por demás arbitrario hacer decir al contrato que durante la práctica del mismo se ejecutó una agencia comercial, convención que fue precisamente con total nitidez excluyeron cuando se encontraba regulada en la legislación colombiana, y aún más cuando durante la vigencia de la misma no hubo ninguna manifestación tendiente a modificarla, ni menos que revierta por el asentimiento de la sociedad extranjera que no podía estar al tanto de cada una de las aplicaciones que finalmente hiciera la demandante*"[6].

En estas condiciones, es claro que las pretensiones encaminadas a declarar la invalidez o la ineficacia de las clausulas 4 de los contratos de 28 de enero de 2004 y 8 de junio de 2006 (pretensión 5 y 6), porque como se indicó en líneas anteriores tales estipulaciones son legales y obedecen a la autonomía de voluntad con la que contaron las partes contratantes, sin que sea viable ahora desconocerlas.

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de 18 de julio de 2005, MP, Silvio Fernando Trejos Bueno, Expediente 2075.

930

determina la entidad y esencia del contrato, sino la confluencia de los elementos estructurantes del mismo y su presencia real la que le confiere configuración propia, al punto que supera el plano gramatical al que pueda quedar relegada la única correlativa manifestación de voluntad.

De ahí, que es la conducta prestacional de las partes la que otorga la naturaleza del pacto y es la aquiescencia tácita, conjunta y duradera, la que genera determinada especie de convención, de acuerdo con la verdadera intención que se propusieran los contratantes al unirse, por lo que, según lo ha señalado la jurisprudencia, para dilucidar la misma, debe determinarse *'la finalidad económica que con tal contrato buscaban satisfacer los interesados, que no de otro modo permita hacer prevalecer en la realidad un contrato distinto de aquel inicialmente diseñado y plasmado*[3].

Y es que, extraño es para el Despacho el argumento de la demandante, en cuanto señala que existía una posición dominante contractual de la demandada Comcel, que le hizo firmar un contrato de distribución cuando en verdad la intención era pactar una agencia comercial, es decir, se encubrió un contrato realidad por la imposición de la demanda, lo afecta en verdad una de las características esenciales de la agencia comercial esto es, la independencia.

Sumado a que si lo que se pretendía precisamente era desvirtuar los contratos suscritos entre las partes, otras eran la clase de acciones más cercanas a resolver la pretensiones del libelo introductorio, pues indirectamente se aprecia en los fundamentos fácticos, la asistencia a razones propias de una rescisión por error en el consentimiento que habría compelido a la demandante a contratar en los términos impuestos, o un eventual abuso de la posición dominante, e incluso un juicio de simulación por ocultamiento o sustitución del verdadero contrato convenido, todo sobre la base de que la demandante ostenta u ostentó según el caso, como en efecto lo acredita con la demanda, contrato de distribución y/o de suministro con la demandada.

En efecto, a folio 195 se dijo: "*Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joinventureni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por COMCEL en 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 ananados 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, amandatario ni representante ni podrá comprometer a COMCEL en ningún respecto ni presentarse ante*

[3] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, M.P. Ruth Elena Galvis, sentencia de 24 de mayo de 2010, Exp 2004-00491-02

correcta conformación del litigio, si se admite que se cuenta con una demanda correctamente formulada, con la capacidad de las partes para obligarse y para comparecer al proceso, tal como así lo demuestran los certificados de existencia y representación de las sociedades demandada y demandante, obrantes a folio 2 a 14 c.1; y con la competencia del juzgador para definir el asunto dejado a su consideración, según los Acuerdos PSAA11-8051 Y 8053 de 29 de marzo de 2011 8913 de 2011, 9328, 9372, 9536 Y 9761 de 2012, del Consejo Superior de la Judicatura.

3.2. Sentado lo anterior, antes de revisar los presupuestos de la acción de responsabilidad civil contractual, es necesario analizar si el requisito de la legitimación en la causa, está presente en las partes procesales, ya que de ahí depende si son las llamadas o no a comparecer al conflicto suscitado, para luego emprender el estudio de fondo con el asunto planteado[1].

Referente a la legitimación tanto por activa como por pasiva, de los hechos expuestos en el escrito de demanda como en el de las excepciones y de las pruebas obrantes en el expediente, concretamente de las copias simples de los convenios allegadas por ambas partes obrantes a folios 192 a 286 c. 1 y 1 a 89 del c.2, las cuales tienen valor probatorio de conformidad con el reconocimiento implícito del artículo 276 del Código de Procedimiento Civil[2], se puede inferir que entre los extremos de la presente litis existieron dos contratos que regularon una relación comercial causada entre las partes, del cual se puede establecer claramente un lazo contractual, con la suficiente fuerza vinculante para legitimar a quienes intervienen en el presente proceso, como demandante y como demandada.

Efectivamente, no desconoce ninguna de las partes que existió vínculo contractual entre ellas, por el contrario ambas reconocen la existencia de dos convenciones, de las cuales cada una allego copias simples, sumado a que ambas reconocieron ese vinculo en la contestación de la demanda y en el escrito de excepciones, es así, que la demandante en su libelo introductorio señaló (Fol. 288 c.1): "*La sociedad COMCEL y NEOCEL suscribieron el día 28 de enero de 2004 un contrato pro-forma, que ha utilizado COMCEL, con todos sus agentes. Dicho contrato, tuvo por objeto la promoción por NEOCEL pero por cuenta de COMCEL, de todos los servicios y productos de COMCEL en modalidad prepago y postpago. Las mismas partes el día 08 de Junio de 2006 suscribieron otro contrato –proforma, es decir se celebró otro contrato por adhesión pero que el objeto era la comercialización del servicio de transmisión de datos prestado por COMCEL S.A.*", por su parte la demandada al contestar la acción indicó (fol.

[1] Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, M.P. EDUARDO GARCÍA SARMIENTO, sentencia de 4 de diciembre de 1991, G. J. t. CLXVI, pag. 636.

[2] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, M.P. RUT HELENA GALVIS VERGARA, sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil diez (2010), Ordinario, Radicación: 11001310300920010005001: "*en el sub lite se presenta particular situación, como quiera que tanto demandante como demandado, con sus respectivos libelos agregaron tan sólo copia, ambas "simples", del contrato que ajustaron entre ellas, sin que ninguna de las partes manifestara inconformidad, ni lo cuestionara, como tampoco lo desconocieron; sino que respecto de él, el demandante pide la resolución, y la demandada alega la nulidad; estas circunstancias resultan hacen diferente el supuesto fáctico analizado por el precedente citado, máxime si en cuenta se tiene que tal conducta procesal resulta ser un reconocimiento implícito del documento, a voces del art. 276 del C. de P.C*"

partes, pues disminuyó el valor de la comisión por la activación de cada abonado y del porcentaje pactado para el pago de comisiones por residuales, así como descontó comisiones por desactivación de usuarios y valores por presuntos frauues, inexactitudes o inconsistencias documentales, como por reclamos de clientes no pactados en los convenios, sumado a que no se cancelaron las comisiones por los residuales derivados de los planes prepagos y se fijaron diferenciales por bajo consumo de los mismos, finalmente se trasladaron funciones administrativas que correspondían a Comcel sin ninguna contraprestación para Neocel.

12. El primero de los contratos, esto es, el suscrito el 28 de enero de 2004, luego de vencido su término inicial de un año hasta el 27 de enero de 2005, se renovó en los periodos de 28 de enero de 2005 a 27 de enero de 2006 y 28 de enero de 2006 a 27 de enero de 2007 y automáticamente a partir del 28 de enero de 2007 y hasta el 27 de mayo de ese año, cuando unilateralmente y sin justa causa Comcel dio por terminado el referido contrato, sin que en el tiempo de su duración se haya interrumpido.

13. El segundo de los contratos, es decir, el de 8 de junio de 2006, que se pactó por un término de un año hasta el 7 de junio de 2007, fue terminado unilateralmente por Comcel, el 27 de mayo de 2007, sin que venciera el periodo para estipulado.

14. Dichas terminaciones abruptas e injustificadas afectaron de manera grave las finanzas de Neocel, que a la postre la condujeron a su liquidación, sumado a que la agenciada no canceló siquiera las comisiones ya causadas y pendientes de pago.

15. Finalmente, se expone que en la numeral 3.1 del anexo *"conformación del fondo del Plan Co-op"*, se estipuló por comisión, a favor de Neocel la suma de ($15.000) por cada activación neta, generada por el mismo y que irían a conformar el fondo del plan Coop sin tener en cuenta las ventas realizadas del producto amigo, con el objeto de conformar dicho plan era que Neocel contribuyera con el pago del 50% de los costos en que se incurriera por concepto de publicidad de los productos ofrecidos por la empresa de telefonía móvil, durante la vigencia del contrato, a lo cual la accionante dio estrictamente cumplimiento aportando ese 50% al referido fondo.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. En auto de 21 de julio 2011, el Juzgado de origen Treinta y nueve (39) civil del circuito admitió la demanda y ordenó la notificación de la demandada personalmente. (fol.310 C1).Tal como consta a folios 320 a 342 c1, la demandada COMCEL S.A., quedo notificada por aviso del auto admisorio de la demanda,

"TERCERA: Se declare que según lo mandado por el Art. 1326 del Co de Co., NEOCEL S.A., ejerc." válidamente el derecho de retención y privilegio sobre los bienes y valores de COMCEL que se encontraban a su disposición.

"CUARTA: Se declare la invalidez de la cláusula 17- efectos de la terminación numerales 17.4 del contrato de fecha Enero 28 de 2004, por haberse impuesto o ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de COMCEL, y por lo tanto de todas aquellas cláusulas, otro sí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultasen conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes (...).

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA:

Los hechos que dan sustento a la incoación de esta acción pueden recogerse, así:

1. Las sociedades Comcel S.A. Y Neocel S.A., suscribieron el día 28 de enero de 2004 un contrato cuyo objeto fue la promoción por parte de Neocel de todos los servicios y productos de Comcel en modalidad de prepago y postpago, por cuenta de esta última compañía.

2. De la misma manera las dos empresas, el día 8 de junio de 2006 suscribieron otro contrato, para que Neocel comercializara el servicio de transmisión de datos prestados por Comcel S.A., utilizando la tecnología GPRS y la red GSM de dicha sociedad, convenio que fue adicionado mediante otrosí que modificó la cláusula 7.7 para efectos de que Neocel S.A., actuara como centro de pagos y servicios de Comcel.

3. Comcel redactó en su integridad los contratos sin que pudieran ser discutidos o modificados por Neocel, señalándolos como convenios de distribución, pero cuyas ejecuciones jamás se encuadraron dentro de ese concepto, pues por el contrario tenían todos los elementos característicos de la agencia comercial, en donde, Neocel era la agente y Comcel la agenciada.

4. En efecto, Neocel remitía toda la documentación e información sobre las activaciones en planes postpago y prepago, para que Comcel procediera a la facturación del cargo básico inicial que se continuaría cobrando al nuevo abonado por parte de ésta, al igual que siempre la agente recibía en calidad de consignación los equipos de telefonía celular para efectos de la venta pero eran propiedad de la agenciada.

5. Así pues, Neocel en su condición de agente comercial preparaba el negocio independientemente de su conclusión o perfeccionamiento, realizando los actos necesarios para contratar al usuario o abonado para Comcel, de manera que

"CUARTA: Se declare que la relación comercial fue permanente desde 08 de Junio de 2006 hasta el 27 de Mayo de 2007, cuando terminó el referido contrato de manera unilateral sin justa causa atribuible a NEOCEL y sin solución de continuidad.

"QUINTA: Se declare la invalidez o la ineficacia de la cláusula: "4 NATURALEZA Y RELACIÓN ENTRE LAS PARTES, del contrato de fecha 28 de enero de 2004 por haberse impuesto o ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractualmente por parte de COMCEL y por lo tanto de toda aquellas cláusulas, adendos, otro si, etc, que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultaren conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes (...).

"SEXTA: Se declare la invalidez o la ineficacia de la cláusula "4. RELACIÓN ENTRE LAS PARTE, del contrato de fecha 08 de junio de 2006, por haberse impuesto o ser producto del ejercicio del derecho y un abuso de la posición dominante contractualmente por parte de COMCEL y por lo tanto de toda aquellas cláusulas, adendos, otro si, etc. que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultaren conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes (...),

"SEPTIMA: Se declare la invalidez o ineficacia del inciso final de las cláusulas 30 y el numeral SEXTO del Anexo A plan de comisiones del distribuidor en el contrato de fecha Enero 28 de 2004 por tratar el mismo tema, pues de su lectura se deduce por haberse impuesto o ser producto del ejercicio del derecho y un abuso de la posición dominante contractualmente por parte de COMCEL y por lo tanto de toda aquellas cláusulas, adendos, otro si, etc, que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultaren conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes(...).

"OCTAVA: Se declare la invalidez o ineficacia de la cláusula 30, inciso final del numeral 32.5 y la totalidad del 32.7 del contrato de fecha 08 de junio de 2006, por haberse impuesto o ser producto del ejercicio del derecho y un abuso de la posición dominante contractualmente por parte de COMCEL y por lo tanto de toda aquellas cláusulas, adendos, otro si, etc, que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultaren conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las parte s(...).

"NOVENA: Se condene a COMCEL S.A., a pagar a favor de NEOCEL S.A., la suma de dinero, cuya cuantía se pruebe dentro del proceso por concepto de la cesantía comercial establecida en el inciso 1 Art. 1324 del Co de Co., actualizado el valor de la totalidad de las comisiones tanto las recibidas, como las que debió recibir con el interés bancario corriente desde 28 de Enero de 2004 hasta el 27 de Enero de 2008, tiempo que debió durar la relación de Agencia Comercial, por renovación del contrato, o en subsidio hasta el 27 de Mayo de 2007 fecha en que se dio por terminado el contrato de manera unilateral e injusta por parte de COMCEL.

"DECIMA: Se condene a COMCEL S.A., a pagar a favor de NEOCEL S.A., la suma de dinero, cuya cuantía se pruebe dentro del proceso por concepto de la cesantía comercial establecida en el inciso 1 del Art. 1324 del Co de Co. Actualizando el valor de la totalidad de las comisiones tanto las recibidas, como las que debió recibir con el interés bancario corriente desde el 8 de junio de 2006 hasta el 8 de Junio de 2007 tiempo que debería durar la relación de Agencia Comercial, por renovación del contrato o en subsidio hasta el 27 de Mayo de 2007, fecha en que se dio por terminado el contrato de manera unilateral e injusta por parte de COMCEL.

"DECIMA PRIMERA: En subsidio las pretensiones 7 y 8 anteriores y en caso de que se acepte que las anteriores cláusulas son válidas, se declare que COMCEL S.A. no pago a NEOCEL S.A., el valor equivalente al 20% sobre el total de los valores facturados y los que debió facturar a lo largo de la relación contractual, por concepto de pago anticipado conforme se estableció en dichas clausulas.

República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014).

Radicación 11001310303920110037701

Por cuanto no se objetó la liquidación de costas, se le imparte aprobación.

NOTIFÍQUESE

ANA LUCÍA PULGARÍN DELGADO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
SECRETARIA

La providencia fue notificada a las partes por
Estado No. de hoy: 21 ENE 2014

Nelson Laurea[illegible] Cujia Velejo
Secretario

República de Colombia
Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil - Secretaria

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

PROCESO No. 11001310303920110037701

MAGISTRADO(A) Dr(a). ANA LUCIA PULGARIN DELGADO

19 de Diciembre de 2013.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	$ 2.000.000,oo =
OTROS:	$ 00,oo
	=========
TOTAL:	$2.000.000,oo =

SON: DOS MILLONES DE PESOS M/TE.-

P/ El Secretario.

MARLON LAURENCE CUJIA VALLEJO

13 DE ENERO DE 2014. En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el 16 DE ENERO DE 2014, conforme lo prevé el artículo 393 numeral 1° del Código de Procedimiento Civil y artículo 108 ibídem.

P/ El Secretario

MARLON LAURENCE CUJIA VALLEJO

Los Magistrados,

ANA LUCÍA PULGARÍN DELGADO
11001310303920110037701

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
11001310303920110037701

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
11001310303920110037701

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

05 DIC 2013

a las 8:00 a.m. se fija el presente [illegible] en lugar público visible de la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, con el fin de notificar las partes el contenido de la SENTENCIA.

Marlon Laurence Cujia Rojo
Secretario

algo de lo que, a la postre, y no obstante terminó por guardarse, circunstancia que en esta providencia se corregirá.

Recapitulando, la sentencia de primer grado deberá ser confirmada, en tanto, conforme se expuso, entre las partes no se celebró un contrato de agencia mercantil, y tampoco quedó en evidencia el supuesto abuso de la posición dominante y del derecho al que apelaba la demandante, lo que descarta el yerro de apreciación probatoria que le enrostraba el recurso al fallo impugnado; sin embargo, al volver sobre algunas de las cláusulas que se denunciaban como abusivas, lo que se advierte es que sí existió un pacto que intentó favorecer injustificada y caprichosamente a Comcel, vale decir, la estipulación contenida en la cláusula 17.4 del contrato de 28 de enero de 2004, cláusula ésta que al *a quo* había ya considerado de esa forma en la sentencia de marras, pero que, no obstante, se guardó de así declararlo.

Bajo ese análisis fracasan entonces las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera, décima segunda, décimo tercera y décima cuarta, todas relativas "a la naturaleza de los contratos realmente celebrados y ejecutados por las partes".

De igual forma las pretensiones primera, segunda, tercera, y cuarta del segundo grupo de pretensiones, atinentes a "la renovación del contrato de agencia comercial" y la primera, segunda y tercera del último grupo de pretensiones referidas a "la terminación unilateral de los contratos por justa causa imputables a Comcel S.A.".

Las costas del recurso se impondrán a cargo de la demandante, apelante, en un 80% dada la prosperidad parcial de las pretensiones.

DECISIÓN

112

toda suerte de hipótesis, estarían allí incluidos el dolo y la culpa grave, que es algo que, por supuesto, la ley prohíbe.

En efecto, la ley sustantiva proscribe la condonación del dolo futuro, conforme al artículo 1522 del Código Civil, luego si la culpa grave en materia civil equivale al dolo, a fuerza ha de colegirse que la cláusula de exoneración, en cuanto libere del dolo o de la culpa grave, es absolutamente nula por objeto ilícito, independientemente de su carácter abusivo.

Además, porque así lo ha entendido la doctrina jurisprudencial para decir que: "[l]a eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad en los contratos ha sido cuidadosamente estudiada por los autores, sea desde el punto de vista de la culpa, sea desde el de la carga de los riesgos, y ellas han dado lugar a la tesis llamada de la inversión de la carga de la prueba. No obstante la cuestión de la validez y efecto de las cláusulas de no responsabilidad, es todavía objeto de vivas discusiones [...] el art. 1604 del C. C. al precisar la responsabilidad general que corresponde al deudor según la naturaleza de los contratos que celebre y al dar la norma para la carga de la prueba de las obligaciones contractuales, permite a las partes estipular expresamente una responsabilidad especial y modificar consecuencialmente la regla sobre la prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Relacionando tal precepto con los arts. 63 y 1522, siempre se ha entendido que el deudor no puede estipular la exención de su responsabilidad en caso de que [sic] la inejecución de su obligación debido a dolo o a su culpa grave..." [Cas. Civ. sentencia de 9 de diciembre de 1936].

Posición que vino a reiterar esa misma Corporación en sentencia de 6 de marzo de 1972, concretamente, al sostener "*que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad cuya presencia no es rara hoy en ciertos tipos de contratos, son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo según las voces del artículo 63 del Código Civil, desde luego que el*

*una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes[3], sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. **Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo**' Sent. Cas. Civ. de 1º de agosto de 2002, Exp. No. 6907, subraya la Sala"* (Sent. Cas. Civ. de 29 de octubre de 2007, Exp. No. 05038-01) (Enfásis del Tribunal)

Tampoco en el contenido de la cláusula quinta de ambos contratos, relativa a la vigencia del contrato, que en la parte atacada prevé que: "[..] la vigencia inicial de este contrato comenzará en la fecha escrita en el comienzo de este contrato y continuará con plena vigencia durante un (1) año sujeto a terminación anticipada según se estipula en la cláusula 16 de este contrato de distribución, de ahí 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 de terminación, por lo menos con 15 días comunes de anticipación a la fecha del vencimiento del correspondiente periodo mensual. Numeral 5.2 "Al vencimiento de este contrato el mismo podrá ser renovado según los términos y las condiciones que las partes acuerden mutuamente".

[3] Dice Messineo que "*no se trata de que no deban tomarse en cuenta las palabras, sino de que ellas hayan de corregirse, en su caso, a la luz de la efectiva voluntad común*". Doctrina General del Contrato, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, T II, p 103.

que si era en dichos contratos donde se vendría a zanjar cualquier disputa relativa a los dineros que Comcel le adeudaba a Neocel, resulta cuando menos insólito que allí tampoco nada se haya dicho.

Y es que, en verdad, algún efecto debe tener que, incluso, pasados tres años de finalizada la relación contractual entre las partes, haya permanecido Neocel en silencio, pues nótese que es hasta mayo de 2011 que se acude a la jurisdicción para que declare que por parte de Comcel existió abuso del derecho y de la posición dominante, desde luego que ello es algo que, aunado al mutismo que acompañó a la demandante antes y durante la ejecución del negocio, desdice bastante de que la voluntad de ésta hubiese estado de alguna manera viciada.

Pero inclusive con abstracción de los anteriores razonamientos, que ya de suyo descartan la prosperidad de las pretensiones principales, "atinentes a la naturaleza de los contratos realmente celebrados y ejecutados por las partes", y también las "que se refieren a la renovación del contrato de agencia comercial", claro, porque nótese que todas ellas parten del presupuesto de que entre las partes existió un negocio de ese cariz, lo cierto es que, bien miradas las cosas, tampoco ve el Tribunal que exista esa posición dominante contractual encarnada en cláusulas abusivas o leoninas.

Pues, por lo menos en cuanto a la relativa a la cláusula 4ª de los contratos de 28 de enero de 2004 y 8 de junio de 2006, transcritas al inicio de las consideraciones, pues, decir verdad, cómo podría predicarse un desequilibrio obligacional manifiesto cuando lo que allí se estipuló fue la forma en que dicho contrato debía interpretarse, por supuesto que, anticiparse, por exclusión, a las formas negociales con las que pudiera asimilarse el contrato, no es algo que en sí mismo pudiera considerase como una ventaja que acarree lesividad para el otro contratante.

Además, porque no puede perderse de vista que a la hora de indagar por los alcances del contrato mal haría en dejarse de lado lo que las partes optaron por decir, tal y como lo ha sostenido la

a través del anexo C, no era otra cosa distinta a un fondo común destinado a actividades de mercadeo y publicidad, que se dijo "está conformado por dineros de Comcel" dentro del cual se pactó que cualquier estrategia publicitaria estaría sujeta, desde su planeación, a la aprobación de Comcel, entonces, como podría hablarse de una promoción por parte de Neocel de los negocios de Comcel, entendida esta como su aporte en el negocio, si es que la misma se hacía con recursos de Comcel y bajo específicas directrices suyas, al punto de requerir su aprobación. [fls.226 a 230 .

En otras palabras, para el Tribunal no podría hablarse de que Neocel, en tanto agente mercantil de Comcel, se dedicara a promocionar sus negocios, cuando se le dice cómo debe hacerlo y se financia esa actividad, porque lo que se entiende es que justamente a eso se acude ante el agente, que en tanto experto en la publicitación y mercadeo, sabe más cómo hacerlo, pues que a ello se dedica. Todo sin hablar del requisito que atañe a la independencia del agente, que quiere decir que éste, a pesar de que éste actúa en interés y por cuenta del agenciado, lo hace a través de una empresa propia, con plena autonomía en la dirección y administración de su negocio, que sería algo que conforme al análisis precedente pondríase también en entredicho.

La opinión del Tribunal se acompasa, además, con lo que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto de la promoción por parte del agente, cuando dice 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, según el caso*"[2].

[2] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero de 2005.

La cláusula 7.10 del contrato celebrado el 8 de junio de 2006 hace patente también la asunción del riesgo por parte de Neocel, en un aspecto aún más diciente de que la relación que vinculó a las partes no fue una agencia mercantil, así dijose en dicha cláusula que: "[e]l distribuidor se obliga a realizar ventas mínimas mensuales en la cantidad de ciento cincuenta (150) activaciones. Comcel se reserva el derecho de modificar periódicamente éste número mínimo de ventas mensuales, de acuerdo al comportamiento del mercado, mediante simple aviso escrito al distribuidor con treinta (30) días calendario de anticipación", desde luego que si las leyes de la oferta y la demanda tienen incidencia en el reconocimiento de las comisiones a las que tendría derecho Neocel, como podría entonces hablarse de un encargo por cuenta y riesgo ajeno, si es que el impacto patrimonial derivado de las fluctuaciones del mercado no es ajeno al agente.

La cláusula 21 del contrato citando anteriormente, por su parte, consignó lo siguiente: "*[s]erá el Distribuidor quien responderá directamente ante el suscriptor o abonado por cualquier reclamación que presente frente a la calidad de los dispositivos o terminales que emplee para conectarlo a la red de Comcel, sin perjuicio de haber sido previamente aprobados y autorizados por Comcel*", pactó que extiende *la responsabilidad, directamente a los usuarios de la telefonía móvil*", todo lo más cuando a reglón seguido se dice que: "[e]*l distribuidor acepta asumir con la firma del presente contrato, cualquier consecuencia que pueda acarrear las fallas de prestación de sus servicios, frente a los abonados o usuarios de Comcel*".

Lo que pone de presente no solo la prueba documental, sino también la testimonial, no es otra cosa que el riesgo por perdida o extravío, inclusive el derivado de la calidad de los productos post pago, radicaba en una gran proporción en cabeza del demandante. Y si ello es así, lo que se descarta, conforme a lo expuesto, es que en verdad existiese entre las partes un contrato de agencia mercantil.

representante, se trasladan, o se deben trasladar, a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que es éste quien está llamado a asumir los riesgos (pérdida de la mercancía o cartera morosa, por ejemplo) y las ventajas (aumento de precios de venta al público, por ejemplo) de las operaciones efectuadas por aquél" .

El análisis es similar, aunque no idéntico, en lo atinente a dicho requisito y los productos post pago, esto es, en sí, la comercialización del servicio de telefonía móvil y de datos, pues en punto a lo que debe entenderse por cuenta y riesgo del agenciado la doctrina jurisprudencial ha dicho que: "[s]i el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, significa que actúa por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, **hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones.** (...) Trátase, en verdad, de una característica relevante, habida cuenta que permite diferenciarlo de otros acuerdos negociales, como el suministro y la concesión, en los que el suministrado y el concesionario actúan en nombre y por cuenta propia, **razón por la cual la clientela obtenida al cabo de su esfuerzo les pertenece, y son ellos quienes asumen los riesgos del negocio, de manera que no devengan remuneración alguna, entre otras cosas, porque las utilidades derivadas de la reventa les pertenece**" (sentencia de 15 de diciembre de 2006, exp. 1992-09211-01) [resala el Tribunal].

Pues bien, el anexo A del contrato, dícese por las partes, celebrado el 28 de enero de 2004, en punto al plan de comisiones del Distribuidor por la comercialización del servicio de telefonía móvil celular previó expresamente que: [C]omcel reconocerá al Distribuidor las comisiones calculadas y determinadas a continuación, respecto de los abonados activados en la red de Comcel (el "servicio") [...] **que se ha obligado a realizar por su propia cuenta, en su propio nombre, con su propia organización, personal e infraestructura y a su propio riesgo y costo, con la autorización y sujeto a la aceptación de Comcel**", apartado contractual que,

El dicho de los testigos viene en todo caso a ser ratificado con los documentos aportados con la demanda, los vistos a folios 159 a 163 del cuaderno principal, comunicación dirigida por Lucio Enrique Muñoz Muñoz, representante legal suplente de Comcel S.A. con destino al, a su vez, representante legal de Neocel, cuando allí se dice que: "[p]or la venta de Kits de Contado por parte del Distribuidor Comcel otorgará al Distribuidor un descuento sobre el precio de la venta al público, conforme a la siguiente tabla", nótese que allí, además, se hace referencia a descuentos sobre el precio al público y no a un pago de comisiones, tal y como lo pone de presente la prueba testifical.

El representante legal de la demandante confirma lo que se viene diciendo, pues cuando se le pregunta sobre "[...] las circunstancias de hecho que rodearon la celebración de los contratos entre Neocel y Comcel, haciendo explícitas referencias a las razones por las cuales decidió celebrar los mismos", sostuvo que "[...] el motivo principal el cual me motivó [sic] a celebrar este contrato era para buscar un mercado a Comcel, como bien lo dice la afirmación de puntos anteriores, rigiéndome bajo la marca de Comcel, los lineamientos de la marca, y una de las principales motivaciones era que se me entregaba inventario de teléfonos celulares en consignación y el operador daba los lineamientos dentro de los cuales incluían algunos descuentos al usuario final". [fl.418 Cdo.1].

Lo que las pruebas revelan, entonces, es que en la reventa de las tarjetas y kits prepago Amigo, vale decir, de los productos denominadas prepago, Neocel no actuaba por cuenta de Comcel, o, lo que es lo mismo, que los dineros percibidos por la enajenación de dichos productos a terceros salieran de la órbita patrimonial de ésta con destino a la demandada. Ahora bien, tampoco está demostrado que Comcel asumiera, por dar solo un ejemplo, el riesgo por la pérdida de las mercancías, estando ya en manos de Neocel.

Así, si lo que no está probado, por lo menos en torno a los productos prepago, es que Neocel actuara por cuenta de Comcel lo

de productos: pospago y prepago, dentro de estos últimos estaban incluidos la venta de teléfonos, sim card y tarjetas amigo.

Lo que revelan en ese punto las pruebas, es que respecto de los productos prepago existía una suerte de reventa de los mismos por parte de Neocel al consumidor final, en efecto, ello fue lo que sostuvo Juan Pablo Bonilla Sabogal, representante legal de Comcel [fls. 398 a 401 Cdo.1] cuando dice que: "[h]ay que hacer una distinción. Los productos en prepago así como los productos de nueva generación entiéndase paquete de datos, recargas, tarjetas prepagadas y otros medios eran comprados por Neocel, eran de su entera propiedad", que las tarjetas prepagados [sic] se han comercializado bajo un esquema de venta al distribuidor, en el cual Comcel estableció un valor de descuento frente al valor facial [sic] del producto y allí radicaba el lucro del distribuidor".

Una explicación más detallada dio Martha Sánchez Laserna, quien dijo desempeñarse como Gerente de Desarrollo a Distribuidores de Comcel, cuando al ser preguntada sobre "en cuanto a los productos prepago, cómo era el mecanismo acordado entre Comcel para la distribución de los mismos, sostuvo que: "[l]os prepagos, es un producto que el distribuidor compra y que posteriormente vende al cliente final, estos equipos y este producto lo compra con unos cupos de crédito que Comcel le otorga", de igual manera, en punto a la pregunta relativa a "[...] si en los prepagos había compraventa y en los post pagos había distribución contestó: "[y]o diría que en ambos casos se le autoriza la venta de productos y servicios de Comcel, lo que cambia es la modalidad de pago, en el caso de prepago, es un producto que compra el distribuidor de contado", añadiendo que: "[e]n cuanto a todo lo que tenga que ver con prepago, Comcel establece un precio sugerido pero el distribuidor si desea lo puede regalar, vender más caro o venderlo más barato" [fls. 420 a 423 Cdo. 1].

En ese mismo sentido lo dicho por Nohora Ligia González Rodríguez, quien aseguró haberse desempeñado como Coordinadora de Distribución señaló que: "[l]os equipos en prepago se

Pues bien, en dicha indagación, lo que de antemano llama la atención de Tribunal es que desde el comienzo de la relación negocial se optó por adelantarse a la interpretación que eventualmente pudiese hacerse sobre los alcances del mismo, excluyendo expresamente que éste pudiera ser considerado como de agencia mercantil. Así, se pactó en la cláusula 4 del documento visto a folio 195 del cuaderno principal 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", aclarando, además, que el distribuidor no podrá: [...] anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante, ni podrá comprometer a Comcel en ningún respecto [sic] 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".

Pero al margen de dicha estipulación, sobre la cual volverá el Tribunal más adelante, al volver sobre el contenido mismo del contrato, no ve la Sala que el mismo encarne una agencia mercantil, tal y como lo consideró la actora.

Si de lo que se trata, entonces, es de indagar por el objeto de los contratos celebrados entre las partes, es del caso citar textualmente el contenido de lo pactado el 28 de enero de 2004 y 8 de junio de 2006.

Así las cosas, si ninguna presión indebida por parte de Comcel hubo al momento de la celebración del contrato, como se establece de lo admitido por el mismo representante legal del Neocel, también que ningún reparo formuló respecto de su clausulado, para la Sala, no cabe duda, ese mutismo no puede encontrar justificación en el hecho de que, presuntamente, el contrato, al haber sido redactado de antemano por la sociedad demandada no pudo ser objeto de discusión, pues bien pudo haber pasado, y es que – nótese - lo contrario no está probado, que hubiese sido el mismo silencio de la actora el que llevó a que el contrato permaneciera sin modificaciones a lo largo de su ejecución en la forma que, supuestamente, fue propuesto por la pasiva, desde luego que sí, reiterase, la actora no fue conminada por la fuerza o un método de intimidación similar a suscribir el contrato de marras, cómo sostener que ésta no tuvo nunca la oportunidad de discutir o negociar las condiciones del contrato, si es que tampoco jamás lo intentó.

Ahora, es que sostener que la demandante se vio inexorablemente compelida a celebrar el contrato tal como se lo había planteado Comcel, si es que lo que perseguía, por supuesto, era obtener un lucro económico del mismo, entonces, por qué razón se consintió, no solo en celebrar el contrato, sino que, adicionalmente ejecutó actos tendientes a cumplir con las prestaciones que a su cargo tenía, ello, por supuesto, debe ser apreciado como la voluntad de ratificar dicho acuerdo negocial.

Con todo, se ha dicho que el abuso de la posición dominante, y el ejercicio abusivo del abuso del derecho, puede darse cuando la parte que ostenta la superioridad en el contrato, al disponer anticipadamente de los alcances del mismo, incurre en una suerte de extralimitación.

Porque si bien la autonomía privada de la libertad es esa facultad que tienen los individuos de regular sus relaciones jurídicas y que se materializan en el diseño de las estipulaciones contractuales, esa potestad, como es, sabido, encuentra su límite en las normas de

que si no está discutido que la firma impuesta en los documentos donde se instrumentó el acuerdo negocial no corresponda al representante legal del demandante, muy puesto a la razón es pensar también que dicha rúbrica se estampó allí en señal de que se aceptaban plenamente las condiciones del contrato, o lo que es lo mismo, que Neocel si bien no participó directamente en la redacción del contrato, si consintió en obligarse conforme al tenor literal del mismo.

Si se conviene en lo anterior, a la conclusión a la que debe llegarse es que el abuso de la posición dominante no está en el hecho de que, dado que el contrato estaba instrumentado en un documento previamente elaborado, no se hubiese tenido la oportunidad de discutir su clausulado.

En este punto, bueno es hacer una distinción entre lo que debe entenderse por una posición dominante en el mercado y la posición dominante en material contractual, además porque de alguna manera así lo reclama la apelación cuando discute la argumentación del *a quo*, enderezada a justificar su falta de competencia para conocer sobre el abuso de la posición dominante.

Ha dicho pues la doctrina que: "[s]e ha señalado que el abuso de posición dominante tiene una naturaleza bifronte en la medida en que se puede expresar en relaciones jurídicas provenientes o derivadas de un negocio jurídico o se puede expresar en el mercado. En líneas generales, se puede decir que el abuso de posición dominante contractual se presenta por lo regular entre no competidores, en tanto que el de mercado tiene o puede tener incidencia entre competidores (...). Así mismo, el primero puede ser calificado y censurado por cualquier juez permanente o transitorio, tratándose de árbitros; en cambio respecto del abuso de posición dominante en el mercado hay si se quiere un control no difuso sino especializado en la medida en que sólo puede ser declarado por entes u órganos especializados del sector público o por los jueces mediante el ejercicio de una acción especial de estirpe constitucional" (3) (Renglfo García, Ernesto. Del Abuso del

materia y ha objetivizado en cierto sentido los vínculos contractuales, en todo caso, no será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (CP arts. 2 y 13)" [T-240/93].

Bueno es traer a capítulo lo anterior, pues el recurso lo que de entrada le está reprochando a la sentencia es que ningún análisis hizo en torno a la posición dominante en la cual vienen sustentadas varias de las pretensiones de la demanda, posición dominante de la cual, dícese, abusó Comcel desde la formación misma del contrato, pues en el propósito de proteger sus intereses económicos terminó por imponer un clausulado tendiente a generar relaciones negociales de desequilibrio, redactado, por demás de antemano.

Sin embargo, lo que el Tribunal no ve es que exista, en lo que al contrato y las circunstancias que rodearon su creación se refiere, esa relación de debilidad manifiesta de Neocel en el contexto, iteráse del negocio jurídico sobre el cual se polemiza, pues lo cierto es que, con independencia del lugar que pueda ocupar Comcel en el mercado de la telefonía celular, la asimetría en casos como el de acá, solo podría explicarse en términos de la presión que pudo haber ejercido aquél sobre la demandante para llevarlo a obligarse en unas condiciones que le resultaban desventajosas y lesivas.

Claro, porque a lo que se atiene principalmente el demandante, para acreditar ese supuesto abuso de la posición dominante, es a que el contrato fue redactado de antemano.

Sin embargo, en ese punto, la opinión del Tribunal es bien distinta, pues, a decir verdad, el hecho de que el contrato hubiere estado pre hecho, por sí sólo, nada dice del supuesto abuso de la posición dominante.

Además, explica que Comcel S.A. llevó a cabo actuaciones arbitrarias al modificar, de manera unilateral, las condiciones previamente pactadas entre las partes, sin verificar si el nuevo plan de remuneración le permitía a Neocel S.A. seguir operando.

Controvierte, también, la falta de un estudio adecuado por parte del *a quo* de cada uno de los elementos del contrato de distribución, es decir, la forma en la que se llevó a cabo su ejecución en realidad, pues hace referencia a que la actividad de distribución es una forma de intermediación que puede adoptar la modalidad de comisión, corretaje, concesión o agencia como es del caso, en el cual, se identifican los elementos esenciales de esta última figura como lo son: la calidad de las partes (comerciantes), la independencia o autonomía del agente, la estabilidad y permanencia del vínculo, la promoción de los negocios del empresario y la actuación del agente por cuenta del empresario.

En este orden de ideas, dice, la demandante cumplió con una verdadera labor de intermediación, con el objetivo de promocionar y contratar los servicios ofrecidos por Comcel S.A., por medio de la destinación de recursos tanto materiales como humanos, para llevar a cabo su actividad de comercialización.

Sostiene, adicionalmente, que el fallo impugnado incurre en una indebida valoración de las pruebas, pues las analizó de manera fraccionada, en contravía de lo consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, dando prevalencia a testimonios que resultan sospechosos dado el vínculo laboral que estas personas tenían con la sociedad demandada, y cuyas manifestaciones a pesar de carecer de prueba, son tenidas en cuenta por el juzgado para desestimar las pretensiones de la demanda, sin valorar en su integridad las pruebas existentes.

Manifiesta que se dieron por ciertos hechos que carecen de evidencia probatoria, tales como el supuesto fraude que se

En punto a las pretensiones subsidiarias, enderezadas al pago del 20% sobre el total de las comisiones que por activación residual y por promoción y comercialización de la tarjeta prepagada amigo se le canceló, y le dejó de cancelar a Neocel a lo largo de la vigencia de la relación contractual, sostuvo que no se acreditó que la demandada no pagara la suma pactada en el contrato, pues si pago todo lo correspondiente a comisiones por los contratos, entonces, con ello se "entendía efectuado el pago anticipado por cuantía de prestación", y, en todo caso, si en gracia de discusión se dijera que se incumplió dicha obligación, lo cierto es que la parte demandante no acreditó que daño o perjuicio le causó tal falta, pues la cancelación anticipada se dirigía "a pagar cualquier prestación, bonificación o indemnización" que por cualquier causa deba pagarse en virtud de la ejecución y terminación del contrato". Así, resalta que el pago anticipado no era parte de un pago por sus servicios o que se causara realmente, sino que advenía al pago de posibles prestaciones, perjuicios o bonificaciones que tendrían que demostrarse y que además dicha cancelación previa no las cubrió ya sea total o parcialmente, para coaccionar a la acá demandada a su pago.

Inconforme con dicha decisión apela la sociedad demandante, recurso que, debidamente aparejado, se apresta el Tribunal a resolver.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Lo despliega la demandante haciendo ver que en la decisión atacada se omitió, como correspondía, estudiar la existencia de la posición dominante de Comcel S.A., argumentando la falta de competencia del juez civil, sin tener en cuenta que en materia de competencia desleal la ley 256 de 1996 diferencia la actividad administrativa de la judicial, para decir que corresponde a la Superintendencia velar por el funcionamiento del mercado, y al juez civil estudiar la validez de los contratos y sus consecuencias, entre éstas, la violación de las normas que proscriben los abusos derivados de la

reiterar los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación con énfasis en lo que, a su juicio, revelan las pruebas de litigio.

La instancia fue clausurada con sentencia desestimatoria de las pretensiones el 22 de febrero de 2012.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

A vuelta de encontrar cumplidos los denominados presupuestos procesales, ahondando en el estudio de la legitimación, tanto por activa como por pasiva, que encontró acreditada con las copias simples de los convenios adosadas al plenario, también la conducta procesal asumida por las partes que, en cualquier caso, no discutieron el vínculo negocial, sostuvo que lo que se encuentra probado es que cuando Neocel y Comcel suscribieron los contratos, "ajustaron" sus voluntades con el propósito de evitar que se configurara un contrato de agencia comercial o cualquier otro contrato de representación, incluido el mandato, de tal suerte que si eso fue lo convenido, y si no está probado error, dolo o fuerza alguna, entonces, mal podría invalidarse dicho pacto.

En otras palabras, dice, no puede irse en contravía del texto literal del contrato, pues ello implica desconocer el consentimiento prestado "para la extinción de toda posibilidad de reclamar por el insistido contrato de agencia", ello porque las partes previeron de antemano que pudiera entenderse, justamente, algo como eso y decidieron vincularse en torno a un contrato de suministro y no a otro distinto.

Aduce que ningún esfuerzo demostrativo desplegó el demandante con el fin de acreditar la posición dominante de Comcel y tampoco se está ante un "conflicto de indefensión o subordinación de unos de los contratantes frente al otro", que ubicara a la actora en la imposibilidad de discutir las condiciones del contrato, o que, contrario

de las condiciones de existencia, validez, consentimiento, reciprocidad de concesiones y sacrificios, entre otras.

La segunda de las excepciones la desarrolló aduciendo que no se cumplen las condiciones para sostener que el clausulado sea ineficaz, pues aunque Comcel S.A. haya sido quien se encargó de la redacción de los contratos, nada impedía que Neocel S.A. se pronunciara sobre el contenido de los mismos, de tal suerte que se generara algo como un desequilibrio contractual, además, ésta última no estaba siendo objeto de ninguna presión física, moral o económica, de tal suerte que se viera comprometido su consentimiento o aquiescencia respecto de lo pactado libremente por las partes.

Con el tercero de dichos medios exceptivos hizo ver que cualquier obligación enderezada a buscar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de Comcel, verbigracia, el pago de comisiones, está prescrita, ello partiendo del presupuesto que el término para que aquella "pudiese presentarse" empezó a correr desde el momento mismo en que era exigible, de ahí que no era necesario esperar a la terminación del contrato para que Neocel pretendiera discutir el cumplimiento de la demandada, todo ello si es que se llega a considerar que, en verdad, existió un contrato de agencia comercial.

La cuarta de la excepciones la desenvuelve afirmando que, a *contrario sensu* de cómo lo entiende la demanda, entre las partes no se celebró un contrato de agencia comercial, pues es claro que la demandante carecía de la independencia y autonomía propias de un agente comercial, además que es la misma actora la que aduce que Comcel S.A. era la encargada de establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar en los cuales se debía desempeñar la labor, de ahí que cuando el grado de control es tal se desnaturaliza por completo la agencia pretendida.

La quinta excepción la sustentó diciendo que la sociedad demandada cumplió a cabalidad lo pactado entre las partes en

"habiendo determinado Comcel de manera unilateral los criterios de liquidación".

Por otro lado, "se descontaron comisiones a Neocel por desactivación de abonados en contravía de los términos pactados", "no se tuvo en cuenta por parte de Comcel, para efectos de determinar las comisiones, el volumen de activaciones y el pago de activaciones crecientes de los abonados en los planes prepago".

De igual manera "[n]o se cancelaron a Neocel, las comisiones por los residuales derivados de los planes prepagos", también se realizaron los descuentos por parte de Comcel de manera unilateral e inconsulta por presuntos fraudes, inexactitudes o inconsistencias documentales, los cuales no estaban pactados en el contrato.

Terminado unilateralmente el contrato por parte de la sociedad demandada, esta se guardó de pagar a Neocel las comisiones causadas a las que tenía derecho, adicionalmente, le impuso al agente la obligación de renunciar a cualquier derecho que por este concepto le pudiere corresponder y con tal propósito estipuló en los contratos que en el evento que efectivamente se tratara de un agente comercial, el 20% de la totalidad de lo pagado por concepto de comisiones se tuviera como pago anticipado de cualquier condena o indemnización a que hubiera lugar, incluida la cesantía comercial.

Señala que Comcel S.A., además, realizó distintos descuentos a las comisiones pactadas en favor de Neocel S.A., presuntamente por inconsistencias en los documentos revisados y aprobados por la demandada, por la existencia de cheques impagados, deducciones por concepto de "caldist" y por no acreditar el ingreso de nuevos abonados.

Aduce también que a pesar de que en los anexos del contrato se determinaron los mecanismos de liquidación de las

cláusula que en su parte pertinente dice: "17.4 COMCEL no será responsable para con sus clientes, por concepto de costos, reclamos, daños y/o perjuicios o gastos de ninguna clase, incluyendo entre otras, la perdida de utilidades (lucro cesante), como resultado de la terminación o expiración de este contrato".

Como fundamento fáctico de sus pretensiones adujo, en lo medular, que, el día 28 de enero de 2004, las sociedades NEOCEL S.A y COMCEL S.A, celebraron un contrato "pro-forma", el mismo que utilizaba éste último con todos sus agentes, cuyo objeto consistía en la promoción por parte de la primera de todos los productos y servicios de Comcel S.A. de la modalidad prepago y postpago; explicó, que el 8 de junio de 2006, las mismas partes suscribieron otro contrato para la comercialización del servicio de transmisión de datos prestado por Comcel S.A., documento adicionado mediante otrosí del 28 de julio de 2006, por el cual se modifica la cláusula 7.7 del contrato anterior para que Neocel S.A. actuara como centro de pagos y servicios de Comcel S.A.

Señala que la forma en la que se denominó el contrato, esto es de "distribución", no corresponde a la realidad toda vez que los contratos celebrados tenían las características propias de una agencia comercial, pues Neocel S.A siguiendo las instrucciones de Comcel S.A., por nombre y por cuenta de ésta promovió y explotó sus negocios, obrando como empresario independiente, con su propia infraestructura y organización administrativa; sin embargo, era Comcel S.A., quien respondía directamente por las fallas e interrupciones en el servicio, mientras que la sociedad demandante tenía a su cargo las garantías, servicio al cliente, recepción de pagos y gestiones comerciales.

En este orden de ideas, explicó que durante la ejecución de los contratos la sociedad Neocel realizó distintas actividades por cuenta y riesgo de Comcel S.A., entre las cuales se encontraba la venta de planes celulares, servicio de transmisión de datos, recibo de dineros proveniente de los abonados, entre otras.

reintegro de la totalidad de los dineros que por concepto de PLAN CO.R. desembolsó NEOCEL S.A. a lo largo de la relación contractual".

Que "[s]e ordene que el monto de las prestaciones a que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, sean traídas cada una de ellas a valor presente, es decir a la fecha en que se realice el correspondiente cálculo".

En cuanto a las pretensiones relacionadas con la renovación del contrato de agencia comercial solicitó:

Que: "[...] se declare que el contrato de agencia comercial que ejecutaron COMCEL S.A. y NEOCEL S.A., por el término inicial de un (1) año contado a partir del 28 de enero de 2004 se renovó automáticamente a su vencimiento en las mismas condiciones y por el término del contrato inicial".

Que: "[e]n consecuencia "se declare que la última vigencia del contrato referido se extendía hasta el día 27 de enero de 2008".

Que "se declare que el contrato de agencia comercial que ejecutaron COMCEL S.A. y NEOCEL, por el término inicial de un (1) año, contado a partir del 8 de junio de 2006 tuvo vigencia hasta el 7 de junio de 2007".

Como consecuencia de lo anterior: "[...] se declare la validez o ineficacia de la cláusula quinta del contrato iniciado el 28 de enero de 2004 y por haberse impuesto o ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de COMCEL y por lo tanto de todas aquellas cláusulas, adendas, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultasen conexas o derivadas de ellas. O en las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes de la siguiente manera: 'CLÁUSULA QUINTA.- vigencia del contrato numeral 5.1 la vigencia inicial de este contrato comenzará en la fecha

comisiones del distribuidor en el contrato de fecha enero 28 de 2004 por tratar el mismo tema, pues de su lectura se deduce por haberse impuesto o ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de COMCEL y por lo tanto de todas aquellas cláusulas, adendas, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de las cláusulas mencionadas o resultasen conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes, dicha cláusula fue estipulada así: "..dentro de los valores que reciba el distribuidor durante la vigencia de este contrato el 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, cuales quiera sea su naturaleza.."

Que: "[s]e declare la invalidez o ineficacia de la cláusula 30, inciso final del numeral 32.5 y la totalidad del contrato de fecha 08 de junio de 2006, por haberse impuesto o ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de COMCEL y por lo tanto de todas aquellas cláusulas, adendos, otro sí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultasen conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes, dicha cláusula fue estipulada así: 'Dentro de los valores que reciba el distribuidor durante la vigencia de este contrato el 20% de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto sean exigibles o deban pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cuales quiera sea su naturaleza..'".

Que "[s]e condene a COMCEL S.A., a pagar a favor de NEOCEL S.A., la suma de dinero, cuya cuantía se pruebe dentro del proceso por concepto de la cesantía comercial establecida en el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, actualizando el valor de la totalidad de las comisiones tanto las recibidas, como las que debió recibir con el interés bancario corriente desde el 28 de enero de 2004 hasta el 27 de enero de 2008, tiempo que debió durar la relación de

Comercio, para planes de servicios de datos", que: "[...] la relación comercial fue permanente desde el 8 de junio de 2006 hasta el 27 de mayo de 2007, cuando terminó el referido contrato de manera unilateral sin justa causa atribuible a NEOCEL y sin solución de continuidad".

Que se declare "[...] la invalidez y la ineficacia de la cláusula: "4 NATURALEZA Y RELACIÓN ENTRE LAS PARTES, del contrato de fecha 28 de enero de 2004 por haberse interpuesto o ser producto del ejercicio abusivo del derecho y un abuso de la posición dominante contractual por parte de COMCEL y por tanto de todas aquella cláusulas, adendas, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de la cláusula mencionada o resultasen conexas o derivadas de ellas, o de las que desconozcan la real naturaleza del contrato que ejecutaron las partes; dicha cláusula fue estipulada así: '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 desarrollo de las actividades a las que 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 interferencia, declaraciones , afirmaciones verbales o escritas, expresas o implícitas, con relación al servicio, salvo las expresamente autorizadas por COMCEL, según los términos y las prestaciones que regulan la prestación del servicio, no 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 o instalaciones son de propiedad de COMCEL, que es asociado o tiene una relación con esta distinta o adicional a la 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'".

PRECEDENTE JUDICIAL # 4

República de Colombia
Rama Judicial

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).
Proyecto discutido en sesiones Nos. 48 de 22 de agosto de 2018 y 56 de cinco de septiembre de dos mil diecinueve.

I. OBJETO POR DECIDIR

En cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en providencia del 6 de agosto de 2019, procede esta Sala de Decisión a emitir la sentencia que en derecho corresponda, en aras de resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo contra la proferida el 16 de abril de 2018, por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES:

1. Colcell Caribe Ltda, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra la sociedad Comunicación

Scanned with CamScanner

Pidió también que se declare que Comcel abusó de su posición dominante en el mercado durante la ejecución y terminación unilateral del contrato existente entre las partes, e igualmente que se declare la nulidad, invalidez o ineficacia de las cláusulas abusivas descritas en el numeral 5 del acápite de pretensiones declarativas del título denominado "*En cuanto al abuso contractual y a la declaratoria de nulidad de varias estipulaciones del contrato*".

Finalmente peticionó que se condene a Comcel al pago de la indemnización correspondiente a lucro cesante, así como también al de las costas del proceso.

2. Como sustento de sus pretensiones sostuvo que mediante escritura pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004, otorgada en la Notaría Veinticinco del Círculo de Bogotá, Comcel S.A. se fusionó con la Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. CELCARIBE S.A., debiendo entonces, desde aquel momento, aquella asumir las obligacione s contraídas por ésta.

2.1. Entre las partes de este litigio se suscribió contrato sin fecha ni número, mediante un documento proforma suministrado por la empresa convocada, en el que se acordó la exclusividad de la aquí demandante en la "*promoción y venta de telefonía celular y demás productos y servicios (...)*", disposición que redujo el desarrollo del objeto social de Colcell, y lo limitó a "*promocionar para COMCEL el servicio de telefonía móvil celular vinculando abonados o usuarios mediante la comercialización de líneas de telefonía*

Scanned with CamScanner

04 210
396

2.6. Además de las cláusulas aduce que la demandada ejecutó conductas de la misma naturaleza, tales como: disfrazar la verdadera naturaleza del contrato; cargar a los agentes el valor de la facturación dejada de pagar por los usuarios, trasladarle el costo de sus promociones al agente, realizar doble cobro por incumplimiento, imponer a los agentes la obligación de digitar la totalidad de las activaciones en lapsos imposibles de cumplir, redactar a su arbitrio el acta de liquidación del contrato y negar el pago de lo ya causado, entre otras tantas relacionadas en el libelo genitor.

2.7. Finalmente aseguró, que la demandada dio por terminado el contrato sin justa causa, mediante comunicación del 11 de julio de 2007, fundada en la no renovación contemplada en la cláusula 5 que había incumplido reiteradas veces, lo que ocasionó una serie de perjuicios que por ésta vía pretende le sean reconocidos[1].

3. La Juez Treinta y Seis Civil del Circuito, mediante proveído de 15 de marzo de 2010 admitió a trámite la demanda y ordenó su notificación a la pasiva[2], quien se opuso a las pretensiones de la sociedad activante, y planteó los medios exceptivos que denominó: "*INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL*"; "*LEGITIMACIÓN DE COMCEL S.A. (SOCIEDAD ABSORBENTE DE CELCARIBE S.A.) PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO*"; "*CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE CELCARIBE S.A. Y POSTERIORMENTE POR SU ABSORBENTE COMCEL S.A.*"; "*IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS*

[1] Folios 213 a 241, C. 1.

[2] Folio 245, C. 1.

Scanned with CamScanner

5. Inconforme con la decisión que se acaba de referir, la sociedad demandante la recurrió en apelación, efecto para el cual arguyó, **i)** que contrario a lo sostenido por el juez de primer grado, si se acreditó el cumplimiento de la totalidad de los presupuestos de la agencia comercial, concretamente los correspondientes a un territorio prefijado y existencia de remuneración, pues, de un lado, y según su dicho, "*si no se dice nada quiere decir que puede trabajar el agente en todo el territorio nacional; como así se podía hacer, él tenía una parte en la Costa y otra aquí para el interior*" y, del otro aseguró, que la remuneración se hizo evidente con el pago de comisiones; además, se duele de la falta de estudio de las pretensiones relativas al abuso de la posición dominante, en tanto que, si el juez no se pronunció en la etapa procesal pertinente sobre la indebida acumulación de pretensiones, debe entenderse superado el error[5].

CONSIDERACIONES:

Establecido por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en decisión del 6 de agosto del año que avanza, que la parte recurrente "*sí sustentó (...) ante el a quo*" las inconformidades generadas frente a la sentencia emitida el 16 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito, advertida, como está, la concurrencia de los presupuestos procesales y sin causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala de Decisión, con los límites establecidos por el art. 328 del CGP, a pronunciarse sobre aquellas, en orden a lo cual se precisa que:

---

[5] Minutos

Scanned with CamScanner

Afirmase así porque detallado el cumulo de pretensiones principales planteadas por sociedad demandante, las cuales fueron clasificadas en cuatro grupos a saber: **i)** las relacionadas con la naturaleza del contrato; **ii)** las que atañen al incumplimiento del mismo; **iii)** las concernientes al abuso contractual y la declaratoria de nulidad del clausulado; y, por último, **iv)** las que tienen que ver con la vigencia, renovación y terminación abusiva y sin justa causa de la relación contractual; se tiene que el juez civil del circuito es competente para conocer de todas ellas, sin que una excluya a la otra, y también, que el mismo procedimiento le es aplicable a cada uno de dichos pedimentos, lo que revela, que no había razón para que el *a quo,* en su sentencia, se hubiere abstenido de estudiar la viabilidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de existir indebida acumulación de las mismas.

Y es que, si en gracia de discusión se aceptase tal hipótesis, lo cierto es que el defecto configurado con la admisión de la demanda fue subsanado, porque la pasiva no propuso "*oportunamente la respectiva excepción previa*"[6].

1.2. Pero si se siguiera insistiendo con la presencia de una indebida acumulación de pretensiones, la abstención del juez de la que se duele el extremo inconforme, debe tomarse como una sentencia inhibitoria frente a los puntos restantes de la demanda que no fueron objeto de pronunciamiento, sentencia que, en todo caso, es susceptible de ser revocada.

Así lo admite el artículo 333 del C.P.C. cuando sostiene

[6] inciso final, artículo 82, C.P.C. aplicable para la época en que se admitió la demanda.

Scanned with CamScanner

2. Con esa finalidad, se observa, en primer lugar, que la demandante alega como fundamento de sus pretensiones que lo celebrado con Celcaribe S.A. en su momento, fue un contrato de agencia comercial y, por su parte, Comcel S.A. sociedad que absorbiera la última mencionada, insiste en afirmar que lo llevado a cabo fue un contrato de distribución, por lo que, la Sala comenzará por dilucidar tal aspecto, siendo importante precisar, que atendiendo la gran variedad de modalidades de contratos de intermediación y colaboración que utilizan los productores para predominar en el mercado, son susceptibles de confusión o indebida interpretación los distintos acuerdos que con la misma finalidad celebren las empresas.

2.1. Precisamente en aras de evitar esas imprecisiones, Colcell y Celcaribe, al suscribir el contrato que ahora sirve como respaldo de las pretensiones de la demanda, dejaron plena constancia de que lo celebrado no podía ser entendido de forma distinta a la pactada, es decir, como un contrato de distribución y, por tanto, no habría lugar a ser tenido como alguna de las modalidades de la misma especie, tales como la franquicia, el depósito, la concesión o la agencia comercial.

2.2. Así se observa del legajo obrante a folios 10 a 63 del cuaderno principal, suscrito por los representantes legales de Celcaribe S.A. y Colcell Caribe Ltda, calificado, según su contenido, como un contrato de distribución, en el que se expresó, que "***Nada**, en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de*

Scanned with CamScanner

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, según el caso» (CSJ SC, 20 Oct 2000, Rad. 5497; CSJ SC, 28 Feb 2005, Rad. 7504; CSJ SC, 4 Abr 2008, Rad. 1998-00171-01)." (se destacó), mientras que "*El de distribución, es un convenio que otorga al comercializador el derecho de vender los productos del empresario en una zona geográfica determinada bajo las condiciones impuestas por este, obteniendo como ganancia la diferencia entre el precio de compra al productor y el de venta al cliente final, denominada margen de reventa*", el distribuidor actúa por su cuenta y en nombre propio, de modo tal, que el incumplimiento del cliente solo lo perjudica a él.

3.2. La misma sentencia que se viene citando es clara en sostener, que "*Aunque un distribuidor también puede ser considerado agente comercial, para que obre como tal es necesario que haya asumido, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios del empresario en un ramo específico y dentro de un área territorial prefijada, ejerciendo tal actividad por cuenta y para beneficio de aquel*".

4. De cara a los anteriores derroteros, resulta evidente que se trata de un contrato de distribución aquel celebrado entre la demandante y Celcaribe, pues, de entrada, no se logró advertir el encargo que ésta le hiciere a aquella para la comercialización de sus productos, todo lo contrario, del inciso segundo de la cláusula tercera antes señalada se extrae, que se convino que el distribuidor, "*ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos (...)*" las cargas asumidas mediante la relación contractual, es decir, "*la distribución de los productos y a la*

Scanned with CamScanner

en las actividades del intermediario y el control, coordinación e imposición de directrices en cuanto a la promoción y comercialización de sus productos, es común a todos los contratos de intermediación, de ahí que no se le puede considerar como distintiva de la agencia, ni de ninguna otra de las diversas modalidades desarrolladas dentro de esa categoría".

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

5. Al margen de lo anterior, tampoco existe razón alguna para cuestionar la validez del contrato, en tanto que, cumple con las exigencias propias del mismo, es decir, las atinentes a capacidad de los contratantes, forma y contenido, a más que ninguna de ellas fue objeto de reproche por los extremos procesales, todo lo cual reviste de legitimidad la negociación y, por ende, las pretensiones derivadas de ella deben ser estudiadas conforme a su naturaleza.

5.1. En ese sentido procede esta Corporación a examinar lo concerniente al abuso de la posición dominante en cabeza de la demandada y, por consiguiente, la existencia de cláusulas abusivas aducida por la apelante.

5.2. El abuso de la posición dominante ha sido definido por la doctrina como aquella situación en "*que la parte fuerte impone a*

Scanned with CamScanner

acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. *(...) abuso que debidamente comprobado y de acuerdo con el principio general enunciado líneas atrás, le suministra base suficiente a las pretensiones resarcitorias que invocando esta modalidad de ilicitud civil, sean entabladas para obtener la reparación de los perjuicios causados"* (se resalta) (CSJ. Sent. 19 de Octubre de 1994, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, reiterada en sentencia del 13 de noviembre de 2012, Exp. 23001-31-03-001-2003-00119-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

5.4. Pero no basta que la demandada se encuentre en una de esas posiciones para lograr la reparación de los perjuicios reclamados, pues la misma no está prohibida por el legislador, sino que deberá demostrarse su abuso como generador del menoscabo patrimonial del otro contratante, lo que no ocurrió en el presente caso, dado que, si bien fundó la demandante la presunta dominación desplegada por Comcel en los hechos 69 a 96 del escrito de demanda, entre los que, a manera de ejemplo se citan: las variaciones económicas unilaterales con detrimento a los intereses patrimoniales de Colcell; imposición de cargas no pactadas dentro del contrato; modificación unilateral del régimen de penalizaciones acordado; imposición de penalizaciones económicas adicionales a las convenidas; aplicación de descuentos en contra de Colcell por presuntas inconsistencias documentales no demostradas; imposición de la cláusula de exclusividad, disminución del valor de las comisiones, entre otras, lo cierto es que no logró desvirtuar la presunción dispuesta en los artículos 769 y 1603 del C.C., según la cual, los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan

Scanned with CamScanner

habiéndose cumplido el término inicial de un año (1), estaban habilitadas las partes para renovarlo mes a mes como en efecto se fue haciendo; incluso, estaban facultados demandante y demandado para terminarlo anticipadamente, previo aviso a la otra parte (15 días), lo que quiere decir, que no se denota la intención de la aquí demandada de causar un perjuicio frente al patrimonio de la sociedad distribuidora, así como tampoco una desviación caprichosa del contenido del contrato suscrito en aras de agraviar el interés del dicho contratante.

5.8. Frente a la cláusula de exclusividad acordada, debe decirse, que aquella ni siquiera fue impuesta por Comcel, en tanto que para el momento que se suscribió el contrato la contratante era Celcaribe, cosa distinta es que con el tiempo fuera absorbida por la demandada, sin que sea cierto lo sostenido en el hecho noveno del libelo, es decir, que se le impuso prestar sus servicios únicamente a Comcel, pues no es lo que se advierte de la lectura del clausulado, en el que lo que se convino fue la abstención por parte de la aquí demandante, de comercializar servicios competitivos o no autorizados por Celcaribe, sin que hasta ese momento se hubiere limitado o estipulado la prestación del servicio a Comcel y, en todo caso, de haber sido así, para el momento en que se convino no era Comcel parte contratante y, por tanto, no puede endilgársele la intención de contribuir en el detrimento patrimonial de Colcell enmarcándola frente a un solo productor.

5.9. En cuanto respecta al cobro de penalizaciones no pactadas y el no pago o pago incompleto de comisiones alegado

Scanned with CamScanner

las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación *y en las oportunidades previstas por el legislador (...)".* (CSJ SC, 14. Feb. 1995, Rad. 4373, reiterada en CSJ SC, 14. Oct. 2010, Rad. 2002-00024-01; se resalta).

8. Tampoco será necesario entrar a examinar el reparo atinente a la agencia comercial, dado que descartada su existencia ante la legitimidad del contrato de distribución, resulta innecesario cualquier pronunciamiento que sobre ella se haga. Así las cosas, deviene lógica la confirmación de la sentencia de primer grado, pero por las razones aquí expuestas.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de abril de 2018, por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO.- SIN CONDENA EN COSTAS de esta instancia ante la prosperidad parcial de los reparos.

NOTIFÍQUESE

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada
(36201000087 01)

Scanned with CamScanner

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá D.C., cinco de septiembre de dos mil diecinueve.

Por Secretaría ofíciese a la Corte Suprema de Justicia, comunicando la decisión de segunda instancia proferida en esta calenda, en cumplimiento de la orden contenida en la Sentencia de tutela STL10731-2019 con radicación No. 85473 proferida por la Sala de Casación Laboral. **Ofíciese.**

CÚMPLASE,

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada
(36201000087 01)

Scanned with CamScanner

406

PRECEDENTE JUDICIAL # 5

248

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICUATRO (24) CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020)

Proceso **Verbal – Otros**
Rad. Nro. **110013103024201900350 00**

Téngase por notificado personalmente a la sociedad Comcel S.A. del auto admisorio de la demanda (fl. 238 cd. 1), quien mediante apoderado judicial interpuso recurso de reposición en contra de la precitada providencia.

Se reconoce al Dr. Luis Fernando Salazar López, como apoderado de Comcel S.A., conforme al poder allegado (fl. 237 cd. 1).

NOTIFÍQUESE,

HEIDI MARIANA LANCHEROS MURCIA
JUEZ
(2)

JIDC

JUZGADO 24 CIVIL DEL CIRCUITO SECRETARIA
Notificación por Estado
La providencia anterior se notifica por anotación en el

ESTADO Nro. 16
Fijado hoy 07 FEB 2020
a la hora de las 8:00 A.M.

KETHY ALEYDA SARMIENTO VELANDIA
Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICUATRO (24) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020)

Proceso **Verbal – Otros**
Rad. Nro. **11001310302420190035000**

Procede este despacho a decidir lo que en derecho corresponda sobre el recurso de REPOSICIÓN en subsidio de APELACION, que se interpusiera por el apoderado de la parte demandada, en contra del auto adiado dieciseises (16) de julio de dos mil diecinueve (2019) (fl. 236 cd. 1).

Sustenta la parte reponente su descontento bajo el argumento que la demanda debió ser inadmitida al momento de su calificación por cuanto se presenta una indebida acumulación de pretensiones, las cuales resultan excluyentes unas de otras (fl. 239 – 241 cd. 9).

Dentro del término de traslado la demandante controvierte los argumentos elevados por la inconforme indicando que la totalidad de sus pretensiones se ajustan al artículo 88 del C. G. P., pues se advierte la solicitud de pretensiones declarativas principales como subsidiarias tal como refiere la precitada normativa.

Conforme lo antes expuesto, es de precisar que los argumentos expuestos por la pasiva constituyen una excepción previa consagrada en el numeral 5° del artículo 100 del Código General del Proceso y en tal virtud esta se encuentra sujeta al trámite procesal dispuesto en los artículo 368 y ss *Ibídem.* No obstante, se resolverá el recurso conforme en derecho corresponde.

Dicho esto, se debe referir en primer lugar que tal como dispone el artículo 88 del estatuto procesal general que la acumulación de pretensiones aunque no sean conexas es posible siempre y cuando *i) el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía; ii) las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; y iii) todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

En tal sentido es claro que se cumple con la totalidad de dichos ítems para realizar el conglomerado de pretensiones formuladas por la parte demandante. Véase como todas y cada una de ellas son declarativas a ser debatidas mediante el proceso verbal reglado en los artículos 368 a 373 del C. G. P. y demás normas concordantes.

De igual manera, se advierte que le asiste razón al profesional del derecho al referir que se elevaron pretensiones excluyentes. No obstante, dicha situación es permitida por la precitada normativa, siempre y cuando se propongan como principales y subsidiarias, directriz que fue acatada por la parte activa como se puede apreciar del contenido del escrito demandatorio. Véase como no solo adecuó su solicitud al requerimiento procesal, sino que además formuló las mismas por acápites tales como existencia del contrato, naturaleza del contrato, inoperancia de ciertas cláusulas del contrato entre otras, con la finalidad de validar

405 280 407

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., Dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Ref: Ordinario de CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACIÓN contra COMCEL S.A.

Expediente No. 110013103 008 2012 00077 00

El Despacho procede a dictar sentencia en el proceso ordinario declarativo de la referencia, el cual fue remitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. La sociedad del CELOCCIDENTE Y CIA S.A., acudió por intermedio de apoderada judicial a esta jurisdicción a fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRETENSIONES RELATIVAS A LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA NEGOCIAL SUB IUDICE

1. Declarar que las cláusulas que integran EL CONTRATO SUB IUDICE, fueron extendidas y dictadas por COMCEL, de tal manera que dicho negocio jurídico, respecto de la demandante fue de adhesión.

2. Declarar que la cláusula cuarta de los contratos, la cláusula décimo quinta (contrato de voz y Blackberry, del 24 de junio de 2006 y del 2 de febrero de 2008); la cláusula décima sexta (contrato de datos del 18 de septiembre de 2006); el numeral 4° del Anexo F y las demás disposiciones contractuales en las que se

Scanned by CamScanner

Blackberry), fechas a partir de las cuales LA DEMANDANTE dio por terminada la relación negocial, mediante carta del 7 de febrero de 2011, aduciendo el VENCIMIENTO del término.

5. Declarar que a partir de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE se hizo exigible la obligación que tiene COMCEL de pagarle a LA DEMANDANTE la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 Co.Co.

6. Declarar que COMCEL, por concepto de la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 CCO, le debe pagar a LA DEMANDANTE una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades que LA DEMANDANTE recibió durante los últimos tres años de ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, cociente que se debe multiplicar por el número de años durante los cuales estuvo vigente este contrato (cuatro (4) años ocho (8) meses):

Tales utilidades y regalías en este caso se traducen en comisiones, bonificaciones, bonos Sodexho, subsidios, etc, con los cuales se remuneró a CELOCCIDENTE su labor son:

- *Comisiones de Activación en pos pago Voz*
- *Bonificaciones en pos pago Voz*
- *Comisiones de activación en Datos*
- *Bonificaciones en Datos*
- *Comisiones de Activación en Pre-pago: a. Bonificaciones en Pre-pago; b) Bonificaciones en Wellcome back; c) Descuentos en Kits Pre-pago.*
- *Comisiones por Residual en pos pago}*
- *Comisiones por Residual en Datos*
- *Recarga en línea*
- *Recaudos por facturación en C.P.S.*
- *Subsidios de arrendamiento no contabilizados como Plan Coop.*
- *Bonos Sodexho Pass.*
- *Bonificaciones por permanencia en pos pago.*
- *Bonificaciones por permanencia en Pre-pago.*
- *Notas crédito a favor de CELOCCIDENTE*
- *Comisiones causadas y no pagadas en el último tramo de ejecución del contrato; a) Prepago; b) Postpago; recaudo C.P.S.; subsidios de*

Scanned by CamScanner

[redacted]

222
409

13. Declarar que en las subcuentas auxiliares que COMCEL creó bajo los números 2605101210 y 5295050017 y que ésta denominó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones.

a) No registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del art. 1324 del Co. De Co. a CELOCCIDENTE.
b) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de indemnizaciones a CELOCCIDENTE.
c) No se registran pagos anticipados ni anticipos para el pago.
d) Que únicamente se registran hechos económicos a título de COMISIONES.

14. Declarar que la denominación que COMCEL le dio a las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017 induce a error en cuanto a la realidad de los hechos económicos que en ellas se registraron, circunstancia que tipifica mala fe imputable a COMCEL.

15. Que se DECLARE:

a) Que COMCEL, una vez LA DEMANDANTE le facturaba, reducía de la subcuenta auxiliar 2605101210 los montos facturados y, en contrapartida, aumentaba su pasivo la subcuenta 233520 que corresponde a Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES.
b) Que la subcuenta 233520 únicamente se registran hechos económicos relativos al pago de COMISIONES a CELOCCIDENTE.
c) Que en la subcuenta 233520 no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 Co de Co.
d) Que el registro de una cuenta por pagar a título de prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 del Co. de Co. sólo opera cuando ésta se hace exigible; esto es, a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial.
e) Que, en consecuencia, COMCEL, durante la ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, nunca le pagó a LA DEMANDANTE suma

Scanned by CamScanner

indemnización reclamadas en el presente proceso arbitral, el equivalente al 20% sobre el valor total de las comisiones por activaciones y por residual y/o sobre el valor de otros pagos que le fueron efectuados.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL: En caso de no prosperar ninguna de las pretensiones principales y sus subsidiarias precedentes, que se CONDENE a COMCEL a pagar a CELOCCIDENTE, el 20% que la DEMANDANTE habría dejado de recibir a título de comisión a partir del mes de abril de 2007, fecha desde la cual COMCEL le impuso la facturación de las comisiones dividiéndolas en el 80% para pago de éstas y el 20% para "pagos anticipados".

CUARTA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL: En caso de no prosperar ninguna de las pretensiones principales DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL y siguientes, DECLARAR que, en todo caso los descuentos del 20% del valor de los pagos hechos por COMCEL a CELOCCIDENTE a título de "pagos anticipados" sólo recayeron sobre la facturación que a título de "pagos anticipados" sólo recayeron sobre la facturación que a título de "comisiones debía expedir CELOCCIDENTE a COMCEL S.A. y no pueden afectar otros pagos hechos a LA DEMANDADA y que hacen parte de la cesantía comercial.

PRETENSIONES RELATIVAS A LA VIGENCIA Y PRÓRROGA DEL CONTRATO SUB IÚDICE Y A LA TERMINACIÓN SIN JUSTA CAUSA

17. Declararla nulidad, la invalidez y/o ineficacia de la cláusula 5°, numeral 5.1., DEL CONTRATO SUB IÚDICE, por desconocer normas de orden público protector del contrato de agencia comercial y/o ser una cláusula abusiva, en cuanto establece la "renovación" del contrato por periodos mensuales y en tal virtud atenta contra la estabilidad del contrato de agencia comercial. (art. 317 del Co. de Co.)

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA ANTERIOR: En subsidio de la pretensión anterior, Declarar que la cláusula 5°, numeral 5.1, DEL CONTRATO

Scanned by CamScanner

a partir del 17 de marzo de 2011, sin parar mientes en que su "renovación" mensual iría hasta el 24 de marzo siguiente.

19. Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones "DÉCIMA OCTAVA PRINCIPAL" o su SUBSIDIARIA, según sea el caso, declarar que LA DEMANDADA dio por terminado EL CONTRATO SUB IÚDICE sin que existiera una justa causa para el efecto.

PRETENSIONES RELATIVAS A LA INDEMNIZACIÓN ESPECIAL DEL INCISO 2° DEL ART. 1324 Co. de Co.

20. Declarar que por el hecho de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE SIN JUSTA CAUSA, imputable a CELOCCIDENTE, COMCEL está obligada a pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización de perjuicios a que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 Co.Co.

21. CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de la indemnización equitativa a que se refiere el inciso 2° del artículo 1324 Co. Co., la suma que resulte probada en el proceso, y que es **compensatoria** de los esfuerzos que LA DEMANDANTE hizo para acreditar la línea de productos y los servicios objeto de EL CONTRATO SUB IÚDICE, en particular los productos en planes pos pago, los denominados kits Prepago y los servicios prestados en los Centros de Pagos y Servicios (CPS), la cual estimo en TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS ($300.000.000,oo), o que la que finalmente se determine en el proceso.

PRETENSIONES RELATIVAS AL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL DE COMCEL

22. Declarar que COMCEL no liquidó ni pagó oportuna e integramente a LA DEMANDANTE, según las reglas contractuales, las comisiones, regalías y/o utilidades a que esta última tenía derecho.

Scanned by CamScanner

documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos, que COMCEL compensó injustificadamente con los créditos líquidos causados a favor de LA DEMANDANTE, que estimo en cuantía de $500.000.000,oo, a partir de la firma de la última Acta de "Concilación", con corte a 31 de diciembre de 2009, o la suma que por este concepto resulte probada finalmente en el proceso.

c. A Título de lucro cesante: La suma que resulte probada en el proceso y que es compensatoria de las comisiones, regalías y utilidades a que tenía derecho LA DEMANDANTE con base en el CONTRATO SUB IÚDICE, si este no hubiera sido terminado por COMCEL sin JUSTA CAUSA y que estimo en $300.000.000.,oo como promedio de la utilidad neta percibida por CELOCCIDENTE durante los dos últimos años de ejecución del contrato ; o lo que finalmente resulte probado en el proceso,; teniendo en cuenta que la prórroga anual iría, para el último de los contratos suscritos, hasta el 2 de febrero de 2012.

d. A titulo de lucro cesante: La suma que resulte probada en el presente proceso, que es compensatoria de la perdida que en valor de su emprea sufrió LA DEMANDANTE como consecuencia directa y previsible de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, la cual estimo en $300.000.000,oo , o la que se determine por otro medio, según se decida en este trámite.

PRETENSIONES RELATIVAS A LAS DENOMINADAS "ACTAS DE TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN Y COMPENSACIÓN"

26. Declarar que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron acuerdos conciliatorios por cuanto las mismas no se suscribieron en presencia de un conciliador ni como resultado de una audiencia de conciliación extrajudicial.

27. Se solicitan las siguientes declaraciones:

a) DECLARAR que la compensación no es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Scanned by CamScanner

226
413

PRETENSIONES RELATIVAS A LA INEFICACIA DE OTRAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES

29. DECLARAR que las cláusulas 5.3 16 (inciso primero) y 16.4, así como el Anexo "A" numeral 2° en la parte que dice "Dicha comisión solo se causará y será pagada siempre que el contrato de distribución esté vigente" y numeral 4 (inciso primero) del Anexo "A" de EL CONTRATO SUBIÚDICE, introducen un desequilibrio ostensible en favor de COMCEL y en contra de LA DEMANDANTE, con lo cual se quebranta el postulado de la buena fe a que está obligada COMCEL, como predisponente de los contenidos contractuales.

30. DECLARAR que, en consecuencia, LA DEMANDANTE tiene derecho a percibir la comisión por residual que en adelante se cause con base en los consumos hechos por los clientes de COMCEL cuya vinculación promocionó y gestionó LA DEMANDANTE durante la vigencia de EL CONTRATO SUB IÚDICE.

31. CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma que se determine mediante dictamen pericial y con la cual se compasen los ingresos a que se refiere la pretensión 30 anterior.

32. Declarar la nulidad absoluta o la invalidez, según sea el caso, de las siguientes cláusulas y disposiciones contractuales: (i) Cláusula 4 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, en lo que refiere a la exclusión de una Agencia Comercial como la naturaleza del contrato. (ii) Cláusula 12 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, en los apartes que rezan: "normal desarrollo" e "indirecta". (iii) cláusula 14 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, inciso 3°, en el aparte que reza: "... sin que el distribuidor ni sus sub-distribuidores 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 a varo de OOCEL por designarlo distribuidor". (iv) Cláusula 17 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, numerales 2° y siguientes. (vii) Los documentos que en desarrollo de EL CONTRATO SUB IÚDICE hayan sido firmados entre las partes, y que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas y estipulaciones contractuales a que se refieren los numerales anteriores.

Scanned by CamScanner

Públicos de Cali, la cual se constituyó mediante escritura pública No. 1613 del 28 de julio de 2009 de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá.

36. Que se le ordene a COMCEL la destrucción de todo título valor suscrito por LA DEMANDANTE y/o pos sus socios o administradores con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente a EL CONTRATO SUB IÚDICE: Si al momento de surtir el correspondiente proceso COMCEL ya inició alguna acción ejecutiva con fundamento en tales títulos valores, se solicita se le ordene a COMCEL terminar la respectiva acción judicial mediante el mecanismo procesal conducente.

37. Que se CONDENE a COMCEL a pagar a LA DEMANDANTE los intereses de mora sobre las condenas dinerarias que se impongan, desde la fecha de exigibilidad de la obligación y hasta cuando el pago se verifique, al 1.5% del interés bancario corriente (art. 884 del Co. de Co.). El cálculo y la determinación de los valores correspondiente al lucro cesante se deberá efectuar atendiendo los principios de reparación integral y equidad y con observancia de los criterios técnicos actuariales, conforme lo consagra el art. 16 de la ley 446 de 1998.

38. CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE las costas procesales" (fls. 1 a 11 del cuaderno principal).

2. Sirven de sustento a las pretensiones, los argumentos fácticos que a continuación se sintetizan, (fls. 12 a 25, C. 1):

2.1. Que entre COMCEL Y CELUOCCIDENTE y CIA S.A. EN LIQUIDACIÓN, se suscribieron tres contratos como refieren los hechos 3, 4 y 5 de la demanda. Que los mismos fueron recogidos en documentos dictados por COMCEL S.A. por lo que se trata de contratos de adhesión respecto a la demandante.

Scanned by CamScanner

228
65 415

2.8 Que comercializó a través de LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A, tarjetas prepago, recarga de tiempo en línea, sim cards y tenía un Centro de pago y servicio (CPS) que se encargaba de recibir de los clientes el valor facturado y prestar servicios.

2.9 Que el 7 de abril de 2011, COMCEL S.A. remitió a la demandante CELOCCIDENTE un documento denominado "ACTA DE LIQUIDACION DE CUENTAS Y DE CONCILIACIÓN EXTRAPROCESAL DE CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN", el cual fue rechazado por la demandante y desde el 7 de febrero anterior se había producido la comunicación de terminación unilateral del contrato.

2.10. En cuanto a los hechos relativos a la terminación unilateral del contrato sin justa causa, y su liquidación mediante las actas convenidas, afirma la empresa demandante que fue contrario a la buena fe y a la lealtad sustancial por cuanto se hizo conforme al numeral 5.1 de la cláusula 5 del contrato la cual preveía como término del mismo el periodo de un (1) año, que estaría sujeto a terminación anticipada, según la cláusula 16 y que de allí en adelante se renovaría automáticamente por periodos de un (1) mes o hasta que una de las partes entregara a la otra, aviso de terminación por lo menos con quince (15) días de anticipación.

2.11 Que sin embargo, las partes siempre entendieron que las prórrogas del contrato eran por lo menos anuales y que al haberse terminado el contrato sin justa causa imputable a CELOCCIDENTE, ésta tiene derecho a percibir la indemnización de que trata el inciso 2° del artículo 1324 del Co. de Co.

2.12. Que en virtud de la convención entre las partes la demandante tuvo que instalar establecimientos de comercio a través de los cuales operó como Centro de Pagos y Servicios (CPS), cuya función se remuneró a través del pago denominado como "recaudos por facturación en los CPS".

Scanned by CamScanner

3.2 ***"AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA CONVOCANTE.";*** pues el presunto carácter abusivo de las clausulas demandadas debe comprobarse y sus requisitos son: imposición de una de las partes, que genere un desequilibrio contractual y que la situación constituya una violación de la buena fe negocial asi como el deber de lealtad y probidad que deben desplegar las partes.

Nada de esto se encuentra presente en el caso traido a esta jurisdicción menos aun cuando los distribuidores son comerciantes con experiencia que no pueden excusarse en nociones propias y predicables de los consumidores.

3.3. ***"PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL"***. Precisa la demandada que cualquier acción orientada a buscar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de COMCEL, debe tenerse por prescrita si la exigibilidad del contrato data desde la causación de las comisiones y no de su terminación. Además si se llegase a calificar de agencia comercial también lo estaría conforme al artículo 1329 del Código de Comercio.

3.3. ***"INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL"***, Apoyado doctrinaria y legalmente, COMCEL S.A., señala como elementos esenciales del contrato de agencia, y que lo definen, los siguientes: "el encargo para promocionar y explotar negocios del agenciado, la estabilidad del encargo, la independencia del agente y el elemento "por cuenta y beneficio " del agenciado.

Que ninguno de ellos estuvo presente en la relación comercial de distribución que se pactó con la demandante, la demandante carecía absolutamente de independencia y autonomía que sí tiene un agente comercial; COMCEL le impartia órdenes sobre la forma en la cual debía desempeñar su labor, se tenía un manual de procedimientos con la obligación de acatarlo completamente y le imponía condiciones de tiempo, modo y lugar de la actividad lo que desnaturaliza por completo la pretensión de ser una agencia comercial.

Scanned by CamScanner

230
417

en consecuencia los productos deben adaptarse permanentemente a las condiciones del mercado, anticiparse a los cambios y a la competencia. De allí que los documentos contractuales aportados fueron pactados y acordados en cuanto a las condiciones de venta, de tiempo en tiempo, en pospago y prepago y las respectivas condiciones de remuneración.

3.9 ***"VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET"***. La demandada se vale de este aforismo para señalar que no es dable irse en contra de los propios actos o comportamientos que generaron una confianza tal en su contraparte que ésta no deba esperar, a su vez, nada distinto a lo acordado. Celoccidente ejerció de forma inequívoca actos que generaron la confianza suficiente a COMCEL para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse, eventualmente, a la sumas que ahora pretende cobrar por esta demanda. En cambio, va contra sus propias actuaciones poniendo en peligro la buena fe y probidad que debe observar todo comerciante.

3.10 ***"COMPENSACIÓN", "TERMINACION LEGÍTIMA DEL VÍNCULO CONTRACTUAL POR PARTE DE COMCEL", "INEXISTENCIA DE INTERESES DE MORA A CARGO DE COMCEL S.A."*** y la ***EXCEPCIÓN GENÉRICA*** que llegare a resultar probada en este proceso. Las primeras en reiteración de sus argumentos por cuanto considera la pasiva que es CELOCCIDENTE quien adeuda actualmente a COMCEL las sumas de dinero de cartera, penalizaciones y sanciones de acuerdo a los términos contractuales así como de los dineros del Plan CO-OP que quedaron sin utilizar a la finalización de los contratos. Que dio por terminado el contrato conforme a su clausulado y que no podría existir intereses de mora a su cargo si el proceso es de naturaleza declarativa sin que a la fecha de la contestación existieran sumas líquidas exigibles a cargo de COMCEL S.A.

6. Presentadas igualmente excepciones previas estas fueron resueltas de manera desfavorable a la demandada. Evacuada la audiencia que regula el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fl. 247, C.1), mediante auto de 9 de

Scanned by CamScanner

nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

Conforme al artículo 1318 siguiente, "Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos". Adicionalmente el contrato exige especificar las facultades del agente, el ramo sobre el cual versan sus actividades, el tiempo de duración de las mismas, el territorio en que se desarrollen y debe, por último, ser inscrito en el registro mercantil.

La Corte Suprema de Justicia, en no pocas oportunidades se ha referido a esta especial clase de contrato. En fallo de 24 de julio de 2012, exp. 1998-21624-01, ratificado en la sentencia de 10 de septiembre de 2013, con ponencia del H. Magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, dijo:

a.-) *Que como su objeto es 'promover o explotar negocios' del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquél. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.*

b.-) *Que los efectos económicos de esa gestión reporcuten 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.*

c.-) *Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem.*

Scanned by CamScanner

distribución" (PEÑA NOSSA, Lisandro. Contratos Empresariales nacionales e Internacionales. Bogotá: ECOE Editores, 2017. p. 494.)

La Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto de esta forma contractual, lo siguiente:

"En cuanto a la actividad de distribución que, como se asentó, no cuenta con respaldo normativo y, por ende, corresponde aplicar la analogía legis, a partir de la descripción que del mismo han realizado la jurisprudencia y la doctrina patria y foránea, se debe entender como: 'la gestión de un empresario que con ánimo de continuidad comercializa bienes y servicios de un productor'. El distribuidor es la persona que actuando en nombre propio y por su cuenta, adquiere los productos o la mercancía del fabricante o de otro distribuidor para entregarlos al consumidor, quien acudiendo a sucesivas ventas, pone al servicio de tal actividad la infraestructura con la que cuenta o que, a raíz del negocio concertado, decide implementar. Bajo esa consideración, el fabricante, con la menor inversión, se vale de la que su distribuidor ha dispuesto para la consecución del fin perseguido, que no es otro que llevar sus productos al destinatario natural (el consumidor), logrando maximizar los resultados de su ejercicio empresarial, con la consecuente reducción de costos"[1].

"Esa primera función de colaboración se traduce en una disposición por parte del distribuidor para con su proveedor de ayudarlo a cumplir su objeto social; es una concurrencia de objetivos, de participación en fines similares; ambos buscan un beneficio económico y procuran lograrlo con el apoyo mutuo. El distribuidor o proveedor, a través de esa contribución, se libera de asumir y organizar la colocación de la mercancía producida, con la consiguiente reducción de costos, pues no necesitará de personal, ni transporte, ni infraestructura adicional para llevar sus productos al consumidor, entre otros, pues todo ello lo asume el distribuidor; por su parte, este último, adquiere un bien respecto del cual no tuvo que realizar ninguna inversión para su producción, ni asume las labores, deberes y obligaciones que competen al fabricante; además, asegura la provisión regular de la mercancía.

[1] *Cfr. C.S.J. Sal. Cas. Civ. Sent 13-05-2014. M. P. Margarita Cabello Blanco. Ref.: Exp. 11001 31 03 039 2007 00299 01.*

Scanned by CamScanner

también obtiene ciertas ventajas a través de sus productos y servicios a los consumidores o usuarios finales[3].

Con todo, de acuerdo con lo explicado en apartes precedentes de este Estudio, la 'compra para revender' no es siempre el elemento distintivo entre los dos negocios que nos ocupan, de suerte que no puede verse como su diferencia específica. El verdadero rasgo característico de la agencia comercial es la 'promoción por cuenta y en beneficio' del fabricante..."[4].

3. Debe decirse que aunque no existe unanimidad sobre el punto, la jurisprudencia tanto de tribunales como de nuestra Corte Suprema y los tribunales de arbitramento, estos últimos sin ser vinculantes para la actual decisión, pero que se han ocupado de la agencia comercial, han marcado pautas generales frente a los litigios presentados de similares características al que ahora se estudia, como los siguientes:

- Prevalencia del contrato escrito. Como el contrato es ley para las partes (C.C., art. 1602), se presume que su texto es fiel reflejo de la voluntad de los contrayentes[5], salvo que exista evidencia de una voluntad contraria a la que las partes plasmaron por escrito. No basta, entonces, con afirmar que las partes convinieron una cosa, pero deseaban otra (en especial, si ninguna de ellas lo alegó durante la vigencia del contrato), ni que existió una suerte de acuerdo "implícito" que coexistió con el contrato que las partes suscribieron.

- La contabilidad de las partes (llevada en debida forma) da fe del contrato que ejecutaron. Según el artículo 1622 del Código Civil, un contrato debe interpretarse por la "aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes", ejecución de la cual queda rastro en los documentos contables. Por tanto, si hubiera ambigüedad en el texto contractual, habría que indagar si la contabilidad de las partes refleja el pago de comisiones, entendidas como valores pagados por la intermediación en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, las cuales deben ser reconocidas como ingresos o gastos según sea la naturaleza.

---

[3] *Estos planteamientos han sido acogidos en varios Laudos Arbitrales, entre ellos el dictado el 31 de marzo de 1998 en el proceso de Supercar vs. Sofasa.*
[4] *SUESCÚN MELO, Jorge. "Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo". Tomo II. Segunda Edición. Editorial Legis. 2005. págs. 496 y 497.*
[5] *CSJ. S. Civil. Exp. 2075. jul. 18/05. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno*

Scanned by CamScanner

necesariamente la existencia de agencia comercial"[8]. No basta con demostrar un elemento de otro contrato, sino que el actor tiene que acreditar todos los elementos de la agencia.

Algunos de estos elementos comunes a otros contratos son: (i) la independencia del contratista, que no es exclusiva del contrato de agencia, sino que se presenta también en el contrato de suministro, por ejemplo (C. Co., art. 968); (ii) la fijación de metas, precios o zonas exclusivas de distribución, que no pugna con contratos de suministro, distribución o ventas al por mayor, y (iii) la promoción y explotación de una marca. En ninguno de estos casos existe una "mutación" del contrato celebrado a uno de agencia comercial, al menos no a la luz de los precedentes vigentes.

Si bien el pacto para explotar y promover negocios ajenos es un indicio de la existencia de la agencia, la Corte Suprema ha reconocido que *"la publicidad del producto y el prestigio de la marca de fábrica, son valores inmateriales que permanecen en la esfera del productor y constituyen su fuerza contractual real..."*[9], sin que ello pueda entonces confundirse con la consecución de clientela para el productor o fabricante.

Según la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, el hecho de que en la compra para la reventa de un producto el distribuidor tenga que efectuar determinadas actividades *"como la publicitaria y la consecución de clientes (...) no desvirtúa el carácter propio de aquélla actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por el empresario"*[10].. "

4. Descendiendo al caso en concreto, y desde el anterior marco teórico referenciado habrá de examinarse no solo el contrato allegado como base de este litigio, sino la actividad desplegada a lo largo de su ejecución por cada uno de los contratantes, las Actas de conciliación parciales y la forma de terminación del mismo a fin de verificar si las características generales de la agencia descritas

[8] CSJ, S. Civil. Exp. 4701, oct. 31/95, M. P. Pedro Lafont Pianetta.
[9] CSJ, S. Civil, Exp. 09211-01, dic. 15/06, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
[10] CSJ, S. Civil, Exp. 4701, oct. 31/95, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Scanned by CamScanner

En cuanto a la contabilidad llevada en debida forma y que da fe del contrato de distribución que se ejecutó, da luz el dictamen pericial allegado, primeramente, el cual constató la ausencia de un pago por concepto de cesantía comercial, dentro de los balances de las dos empresas y su configuración posterior, procesalmente pero ya en esta instancia, solo a partir de lo solicitado por la parte actora en el desarrollo de la prueba.

Este despacho, concluye de lo revisado contablemente que en efecto se pactaron y pagaron comisiones, que en determinado momento de la ejecución del contrato éstas fueron divididas en un 20% como anticipos y un 80% denominada comisión de acuerdo a la voluntad de las partes. Ningún reproche mereció esta diferenciación por parte de la actora en el curso del contrato y así quedó debidamente registrada. Con apoyo en lo dicho por la perito, todos los contratos fueron ejecutados y pagados íntegramente restando incluso un saldo pero en favor de COMCEL, el cual quedó pendiente al momento de la terminación del contrato.

Acoge este despacho tanto el dictamen inicialmente rendido como su aclaración y complementación pero únicamente en cuanto a la constatación de la contabilidad cumplida, no en lo que atañe a la cesantía comercial calculada la cual se hizo sobre presunciones hipotéticas de lo que constituía la "comisión" reconocida, sin precisar finalmente si se calculó sobre ingresos netos, utilidades, teniendo o no en cuenta los anticipos y si se tuvieron como gastos por ejemplo, pues no había forma de determinarlo.

Se acoge igualmente la manifestación hecha por el segundo perito, según la cual se abstenía de pronunciarse sobre la cesantía comercial por ser un punto no aprobado por el despacho, al momento de presentar su informe, pues en efecto, tal aserto se debía producir en la hipótesis de tener por dado un contrato de agencia comercial, circunstancia sobre la que no podía pronunciarse el auxiliar. Lo anterior para indicar que de los informes periciales rendidos solo es factible acogerlos parcialmente y en cuanto que aportaron al litigio la prueba de haber causado y pagado una remuneración que se tenía por convenida por los contratantes desde el contrato mismo, en la forma y términos por ellos estipulada. Pero no para derivar de aquellos la procedencia de la cesantía comercial pedida con la demanda.

Scanned by CamScanner

ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."*

El artículo 1618 del Código Civil señala que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará **al sentido literal de sus cláusulas.** Por su parte, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Sobre el alcance y la interpretación de la voluntad de las partes en los contratos ha dicho la H.Corte Suprema de justicia:

"Las similitudes entre las múltiples formas de colaboración que se pueden concertar para la expansión de los mercados, ya sea que busquen fortalecer actividades de distribución, comercialización o promoción, e incluso todas ellas en conjunto, quedan atemperadas por los aspectos puntuales que las diferencian y que se constituyen en la mejor manera de comprobar la verdadera voluntad de los contratantes, cuando se les otorga una denominación que no corresponde o son el producto de actos originados en acuerdos verbales entre las partes.

"Desde esa óptica, si entre un empresario y un intermediario, cualquiera que sea la denominación que se le dé, se documentan los términos en que se acometerá la penetración del mercado, la labor de los jueces se focaliza en verificar si lo escrito se encuentra acorde con el marco normativo que rige la clase de contrato señalado, si en la ejecución se llevan a cabo aspectos ajenos a lo que se consignó y si existe una distorsión tal que lo desvirtúe en su esencia, debiendo prevalecer siempre el querer de los contratantes, sin que ni siquiera se requiera invocar su simulación o invalidación.

"Pero si los reclamos de la contienda se originan en hechos hilvanados, que se anuncian constitutivos de una determinada clase de pacto, es respecto de éste que se debe adelantar el escudriñamiento para acceder o no a lo pretendido.

En este sentido, memórese que "*...sea cual fuere la modalidad de intermediación por la que opten las partes, lo cierto es que cuando el fabricante*

Scanned by CamScanner

partes. De allí que los laudos también allegados al expediente carezcan de fuerza vinculante, de cara al caso planteado, el cual debe ser analizado de manera particular y concreta.

Los contratos allegados, tres (3) en total, sobre los que se pretende la controversia, se aseguraron de excluir en su propio clausulado la denominación de agencia comercial. Reiterada y claramente precisan:

"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 de 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, ..." (fl 39 del cuaderno de la copias allegadas como pruebas del demandado)

De allí entonces que una consideración dirigida a cuestionar un tipo de contratación convenida claramente debe suponer una incertidumbre por lo menos entre lo que se quiso decir y lo que efectivamente quedó plasmado en el contrato. No obstante, no es el caso. Literalmente y producto de la negociación se advierte de entrada la consignación de un texto prístino que no da lugar a otra consideración, el querer de las partes desde el inicio fue establecer una relación comercial de distribución, que seguramente pudo tener elementos de la agencia pero que no por ello se convierte o ha de entenderse como tal.

Lo anterior, claro está debe pasar por el examen de una presunta relación de desigualdad en la que colocó a COMCEL S.A. como empresa dominante y que al decir de la parte actora, obligó a su representada a suscribir un contrato leonino e injusto que no pudo en ningún momento discutir o negociar.

Adujo que los contratos, los que solicitó fueran declarados como de adhesión, fueron firmados todos en virtud de la posición dominante de una empresa que como COMCEL tiene, sin lugar a dudas en el mercado de la

Scanned by CamScanner

La SIC, en la resolución 8328 de 2003, ha entendido que "...(e)l mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado". De esta manera, la misma Superintendencia ha manifestado que el mercado relevante debe orientarse hacia dos factores: (i) mercado relevante producto; y (ii) mercado relevante geográfico.

Así pues, la Autoridad de Competencia ha dicho que el mercado relevante producto "...comprende el bien específico que se analiza, como aquellos que sean intercambiables o sustituibles por el consumidor, por las características de sus productos, precios y su supuesto uso. (...) Definir el mercado producto implica establecer a qué otros productos trasladarían sus necesidades de demanda los consumidores ante un aumento significativo y sostenible en el precio del producto inicial. Si la traslación se presenta, tales bienes se consideran sustitutos cercanos, y formarán parte del mercado relevante (...)".

A su vez, la misma SIC ha denotado que "...el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ellas prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas".

Como puede verse, para determinar si una empresa tiene posición dominante en un mercado determinado, debe atenderse tanto a las características del producto como la zona de su comercialización. (Artículo "Posición dominante en el

Scanned by CamScanner

En efecto, se solicitó con la demanda, la nulidad de aquellas cláusulas que expresamente excluyeron el contrato de agencia por cuanto, en concepto de la demandante, *"violan preceptos de orden público económico"*, la aplicación del principio de contrato realidad, la declaratoria del carácter antinómico de las definiciones convencionales, la inexistencia y hasta la invalidez e ineficacia de aquellas.

Sin embargo, era carga de tal demandante precisar la razón de la nulidad afirmada, de la ineficacia, invalidez y de la antinomia de lo pactado. En ese sentido bien pobre fue la actuación encaminada a tales aspectos pues la discusión se centró en la petición de la declaratoria de una agencia comercial, por efectos de la posición dominante que ostentó COMCEL S.A. frente a lo convenido por la partes. Prevalencia dominante que como se dijo no se encontró presente, y prevalencia de lo consagrado por las partes en cada uno de los contratos aportados.

Para llegar a la anterior conclusión, en conjunto se valoraron, entre otros, los siguientes medios de convicción:

a). El contrato aducido con el libelo introductorio, el que aparece nominado como "distribución", el cual de manera desglosada fue atacado por la parte actora en cuanto a las cláusulas que específicamente excluyeron la agencia comercial, pero que en su integridad no fue desconocido por la pasiva, como quiera que en los hechos 3, 4 y 5 de la demanda se describió su celebración (fl. 12 del c.1).

"OBJETO DEL CONTRATO: En virtud de este contrato, COMCEL concedió a CELOCCIDENTE Y CIA S.A. como DISTRIBUIDOR CV-COMCEL, la distribución de los productos y la comercialización de 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, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos..."*

b). Declaración rendida por la señora Adriana María Duque Parra, de la Vicepresidencia jurídica de COMCEL S.A., quien frente a la pregunta de la

Scanned by CamScanner

240
427

se produjeron y cancelaron, como se estipuló en el contrato, las sumas que por eventuales indemnizaciones o inconformidades entre las partes, solicitó la demandante a través del libelo, junto con los presuntos intereses pedidos y en consecuencia, no hay lugar a disponer pago distinto al que por esta sentencia se dispondrá a continuación.

Se ha de precisar que siendo un contrato de distribución y con ocasión de su terminación, la demandante no convino en la última conciliación, por esa vía y pese a existir un saldo en favor de la demandada a su cargo, según lo concluido en los dictámenes periciales, habrá lugar a tal compensación a fin de darle terminación a la controversia y a la relación contractual que quedó en ciernes desde el año de 2011. Solicitó la actora a título de daño emergente la suma de $465.577.149, por concepto de comisiones, regalías y utilidades las cuales como se dijo ya fueron canceladas por la pasiva.

A título de compensación por penalizaciones y fraudes, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, etc, se pidió con la demanda una suma compensatoria de $500.000.000,oo. Como tampoco se probó que la terminación del contrato hubiera acaecido por causa injusta, pero de todas maneras causó un perjuicio a la demandada que sorpresivamente dejó de percibir ingresos por dicha terminación, el despacho accederá a este concepto, en consecuencia, a la parte actora deberá descontársele lo que adeuda a COMCEL en cuantía de $277.529.952,oo mcte, según lo dicho en la demanda y las conclusiones del primer dictamen para que le sea cancelado el saldo de $222.470.048,oo en su favor, por la demandada, teniendo como cierto que la activa incurrió en una pérdida evidenciada por tales conceptos y por cuanto dejó de percibir la utilidad que venía recibiendo del contrato.

Colofón de lo anterior, la totalidad de las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, como quiera que no se acreditaron los presupuestos necesarios para que se configure el contrato de agencia comercial aludido desvirtuando el pacto de Distribución suscrito, situación que genera que las subsidiarias tampoco sean declaradas, como quiera que "*junto al contrato de DISTRIBUCIÓN suscrito entre CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACION , y COMCEL S.A.*", no *nació una relación contractual de Agencia Comercial exclusiva, ejecutada mediante los tres contratos allegados con la demanda*, ya que no se demostró fundamentalmente la característica esencial del mismo como lo es, que la demandante actuará siempre como representante o agente de la entidad

Scanned by CamScanner

virtud de la terminación del contrato y a manera de compensación en la forma señalada en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR infundadas las objeciones por error grave contra los dictámenes periciales rendidos en el proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandante CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACION en porcentaje el 90%. Se fijan como agencias en derecho la suma de $ 3'000.000.oo .

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La Jueza,

AURA ESCOBAR CASTELLANOS

República De Colombia
Rama Judicial Del Poder Público
Juzgado Civil del Circuito
de Bogotá, D. C.
POR ESTADO
El anterior auto se notificó por estado
N°. 109 Fecha: 19 SET. 2019
Secretaria (o):

Scanned by CamScanner

PRECEDENTE JUDICIAL # 6

~~342~~
~~255~~
430

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., Veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Ref: Ordinario de APONTE VILLAMIL ZULUAGA Y CIA S. EN C. y CONEXCEL S.A. contra COMCEL S.A.

Expediente No. 110014003 020 2014 00607 00

El Despacho procede a dictar sentencia en el proceso ordinario declarativo y de condena de la referencia, el cual fue remitido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. La sociedad CONEXCEL S.A., acudió por intermedio de apoderado judicial a esta jurisdicción a fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"IV. PRETENSIONES

4.1 DECLARATIVAS

4.1.1 *Relativas a la naturaleza y condiciones de ejecución contractual*

Primero: Que la sentencia que ponga fin a este proceso, se referirá a la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato celebrado entre COMCEL Y CONEXCEL, en lo no resuelto o no reconocido por el Tribunal de

Scanned with CamScanner

(iii) Contrato suscrito el 5 de octubre de 1999 entre OCCEL S.A –hoy COMCEL y CONEXCEL BULEVAR LTDA , -Hoy CONEXCEL-.

(iv) Contrato del 27 de julio de 1999 entre CONEXCEL y COMCEL, -antes CELCARIBE-.

(v) Contrato del 11 de mayo de 2000 entre CONEXCEL y COMCEL –antes CELCARIBE-.

(vi) Contrato del 13 de abril de 2002 entre CONEXCEL y COMCEL - BULEVAR LTDA, -Hoy CONEXCEL-.

(vii) Contrato firmado el 3 de abril de 2003 entre CONEXCEL y CELCARIBE, -Hoy COMCEL-.

Sexto. Que se declare que la vigencia de la relación contractual de agencia comercial entre las partes estuvo vigente de forma permanente y sin solución de continuidad entre el 16 de enero de 1997 hasta el 13 de enero de 2010, o hasta la fecha que finalmente indique el señor juez.

Séptimo. Que se declare que CONEXCEL dio por terminada la relación contractual unilateralmente, por justa causa imputable a COMCEL.

Octavo. Que se declare que COMCEL no pagó un veinte por ciento (20%) adicional sobre la remuneración (incluyendo comisiones, residual o cualquier otra retribución)

Noveno. Que se declare que Comcel no le pagó a CONEXCEL ningún anticipo para cubrir cualquier pago, indemnización o bonificación que por cualquier causa aquella tuviera que pagarle a ésta a la terminación del contrato de agencia comercial.

Décimo. Que se declare que cualquier contabilización interna de COMCEL del pago o provisión de anticipos o indemnizaciones no implicó un mayor valor a pagar, y que cualquier subcuenta auxiliar creada por COMCEL (incluyendo sin limitar a ello las subcuentas auxiliares de 2605101210 y 5295050017) hacen parte

Scanned with CamScanner

244
289
432

a. Disfrazar intencionalmente la naturaleza jurídica del contrato.
b. Presionar para modificar unilateralmente las condiciones contractuales.
c. Trasladar funciones administrativas propias de COMCEL al agente.
d. Haber reducido unilateralmente los niveles de retribución (comisiones, bonificaciones e incentivos) fijados a favor del agente, sin tener facultad para ello y pese al rechazo expreso de CONEXCEL.
e. No haber pagado las comisiones de activación sobre todas las activaciones realizadas por CONEXCEL durante la vigencia de la relación contractual.
f. No haber liquidado y pagado oportuna y totalmente la denominada comisión residual a que se refiere el contrato, y por no haberle suministrado al agente la información sobre la cual efectuó la liquidación de esta comisión, pese a estar obligada a proceder en este sentido.
g. Por estipular y cobrado de manera unilateral, penalizaciones y sanciones no previstas en el contrato y por aplicar sanciones contractuales de manera excesiva o con violación de las condiciones previstas en el contrato.
h. Por aplicar penalizaciones y sanciones estipuladas en el contrato (cláusulas 7.26.3.1. a 7.26.3.4, 7.30 a 7.32, 2.26.1 a 7.26.8 e inciso 2° del numeral primero 1°del anexo A) , pero sin demostrar previamente a CONEXCEL la configuración de las hipótesis en cada caso.
i. Sancionar el agente con descuentos por fraudes imputables a terceros, contrariando la estipulación contractual y la ley.
j. Imponer paz y salvos incondicionales a su favor.
k. Cargar al agente el valor de la facturación dejada de pagar por los usuarios.
l. Cargar al agente el valor del teléfono del usuario.
m. Ocultar la información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual.
n. Imponer a los agentes la obligación de digitar la totalidad de las activaciones en lapsos de imposible cumplimiento cuando había promociones especiales, para de esta manera, no pagar las comisiones de venta sobre las activaciones que se digitarán por fuera de plazo, a pesar de que la línea así activada si generaba provecho a COMCEL.
o. Elaborar y diseñar el contenido de las actas de conciliación, compensación y transacción, haciendo aparecer como transados o conciliados temas no discutidos entre las partes.
p. Redactar a su arbitrio el acta de liquidación del contrato y negar el pago de lo ya causado.
q. No pagar los subsidios de arrendamiento que se había obligado a pagar a CONEXCEL.

Scanned with CamScanner

245
261
433

Séptimo. Que se declare que COMCEL no tiene pagarés suscritos por CONEXCEL ni APONTE VILLAMIL para garantizar obligaciones suyas.

Octavo. Que se declare que CONEXCEL no tiene obligación alguna pendiente con COMCEL.

4.1.4 Relativas al abuso de la posición contractual dominante, al abuso de los derechos y prerrogativas pactados a favor de sí mismo por parte de COMCEL y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato.

Primero. Que se declare que en virtud de la exclusividad pactada contractualmente, CONEXCEL no podía prestar a persona distinta de COMCEL los servicios relacionados con las actividades de promoción y comercialización de los servicios de telefonía móvil celular y complementarios o de valor agregado, distribución de aparatos y accesorios y atención en posventa.

Segundo. Que se declare que COMCEL como agenciado, tuvo una posición de dominio contractual frente a CONEXCEL como ante durante la relación negocial que los vinculó.

Tercero. Que se declare, según sea el caso, la ineficacia, nulidad absoluta o invalidez, de las cláusulas que se indican a continuación y que forman parte del vínculo contractual entre COMCEL y CONEXCEL, integrado por todos los contratos señalados en las pretensiones anteriores, y de todas aquellas cláusulas que con el mismo texto se repitieron en los contrato siguientes, anexos, adendas, otrosíes, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de las mencionadas cláusulas o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época en el mismo sentido.

a. Las que sostengan que el contrato no es de agencia, sino de distribución, franquicia o cualquier otra modalidad de distribución diferente.

b. Las que obliguen a CONEXCEL a mantener indemne a COMCEL.

c. Las que impliquen renuncias a derechos por parte de CONEXCEL.

d. Las que impliquen compensaciones ilegales por prestaciones e indemnizaciones a favor de COMCEL.

Scanned with CamScanner

Quinto. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL los intereses de mora correspondientes desde la fecha de causación hasta la de pago.

Sexto. Que se cancelen las hipotecas entrgadas a CONEXECEL a favor de COMCEL.

Séptimo. Que cualquier suma requerida para la antedicha cancelación será sufragada por COMCEL.

Octavo. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL y APONTE VILLAMIL el valor de los perjuicios causados como consecuencia de la renuencia a levantar las antedichas hipotecas.

Noveno. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL y a APONTE VILLAMIL los inereses moratorios de las sumas causadas.

Decimo. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL las costas del proceso."

2. Sirven de sustento a las pretensiones, los argumentos fácticos que a continuación se sintetizan, (fls. 12 a 25, C. 1):

2.1. Que entre COMCEL Y CONEXCEL, se mantuvo una relación comercial continua e ininterrumpida con base en la cual la segunda promovió los servicios de Telefonía Móvil y Móvil Celular (TMC) y de valor agregado (SVA) desde el 16 de enero de 1997 hasta el 13 de enero de 2010.

2.2 Que la relación negocial se sostuvo bajo las modalidades de contratos descritos he el hecho 3.2 del libelo y a pesar de las denominaciones de los documentos el contrato fue uno solo y de agencia comercial por las siguientes razones principales: la promoción de los productos y servicios de COMCEL por parte de CONEXCEL fue una sola, ésta recibía comisiones, residuales, anticipos, bonos, bonificaciones y subsidios, entre otros, como remuneración por dicha promoción. CONEXCEL tenía su propia infraestructura administrativa y financiera

Scanned with CamScanner

devolución de los pagarés. Frente a esta última, COMCEL respondió afirmativamente en comunicación del 1° de agosto de 2011, pero no así, respecto del levantamiento de gravámenes frene al cual adujo estar valorando su procedencia.

2.7 Que el 15 de diciembre de 2011, COMCEL, adujo, respecto al punto, que consideraba pertinente que las partes otorgaran un paz y salvo recíproco por todo concepto de manera concurrente y concomitante con ello, se levantarían las hipotecas constituidas, teniendo en cuenta que los gastos notariales y de registro correrían íntegramente a cargo de CONEXCEL S.A.

2.8 Que a la fecha de presentación de la demanda, CONEXCEL (sic) no ha pagado ni las sumas de que tratan el artículo 1° y 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, ni los perjuicios causados con su incumplimiento grave y reiterado.

3. Enterada en debida forma la empresa demandada, COMCEL S.A., contestó el libelo, sin embargo extemporáneamente por lo que no le fue tenida en cuenta. Adelantado incidente de nulidad, la decisión se mantuvo habida cuenta de haber actuado la parte demandada con posterioridad a su presunta ocurrencia en audiencia de conciliación y haber pedido la suspensión del proceso.

Evacuada la audiencia que regula el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, mediante auto de 9 de mayo de 2013, se abrió a pruebas el trámite y haciendo tránsito de legislación se dispuso lo pertinente en torno a la realización de la audiencia de que trata el artículo 373 de nuestra actual codificación general. Es del caso entrar a decidir de mérito, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Verificada como se encuentra la existencia de los presupuestos procesales, que son las condiciones de posibilidad de una sentencia válida, se

Scanned with CamScanner

Sabido es que el laudo produce efectos de cosa juzgada, y su inmodificabilidad es consecuencia de esta garantía procesal.

Doctrinariamente debemos rememorar a Guasp para quien la sentencia en firme es aquella que no puede ser impugnada o atacada en el mismo proceso en que se dictó; concepto que es aplicable, en principio, al laudo Arbitral, que puede llegar a ser firme por el transcurso del plazo legal sin haber sido impugnado por ninguna de las partes y por el fracaso de su anulación. Produce efectos idénticos a la cosa juzgada, alcanzando así las partes con el arbitraje los mismos objetivos que con la jurisdicción civil como equivalente jurisdiccional; lo que quiere decir que los efectos del laudo funcionan con el mismo alcance y eficacia que los de la cosa juzgada de una sentencia.

En el evento, lo que se pretende es que a través de este proceso, es acoger la decisión por este concluida pero además dar alcance o pronunciamiento sobre aspecto fundamental que en concepto de la parte demandante, no lo hizo o no fue abordado por el tribunal de arbitramento y el fallo que data el 12 de junio de 2015.

El laudo fue aportado al expediente en la forma y términos obrantes a folios 693 a 703 del cuaderno 1 de esta actuación, junto con la resolución de la aclaración y complementación razón por la cual, premisa fundamental de la que ha de partir este despacho es de la revisión del mismo, primordialmente, de los dos grandes aspectos pedidos en la demanda el reconocimiento de la cesantía comercial de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio y en segundo lugar, el levantamiento de los gravámenes hipotecarios reclamados.

El numeral 1° del laudo reza:

1. "Declarar que entre, Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. como agenciado, y Conexcel S.A., como agente, se celebró y ejecutó una relación jurídica de agencia comercial, para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. y para la comercialización de otros productos y servicios de la demandada.

Scanned with CamScanner

269 249
437

De nada sirve volver sobre comisiones reconocidas o pagos anticipados efectuados o no, aportando dictámenes y medios de prueba que en no resultan nuevos, si como se vio ya el tribunal hizo el análisis y ejercicio contable claro por el que arribó a las sumas de condena establecidas, razón suficiente para que este despacho deniegue la totalidad de las pretensiones solicitadas con base en la copia auténtica del laudo arbitral aportado al expediente por la propia parte actora.

3. Pero lo anterior, no cobija a los demás contratos contenidos en esta demanda y que no fueron objeto de resolución por parte de aquella decisión arbitral. Se referirá ahora este juzgado a la viabilidad de las pretensiones planteadas respecto de los siguientes contratos:

(iv) Contrato del 27 de julio de 1999 entre CONEXCEL y COMCEL, -antes CELCARIBE-.

(v) Contrato del 11 de mayo de 2000 entre CONEXCEL y COMCEL –antes CELCARIBE-.

(vi) Contrato del 13 de abril de 2002 entre CONEXCEL y COMCEL - BULEVAR LTDA, -Hoy CONEXCEL-.

(vii) Contrato firmado el 3 de abril de 2003 entre CONEXCEL y CELCARIBE, -Hoy COMCEL

A estos se dirigirá, el análisis siguiente:

El contrato de agencia comercial.

Importa puntualizar en relación al contrato de agencia comercial lo siguiente:

El Código de Comercio de 1971 consagró en el artículo 1317 el referido negocio como un contrato autónomo, por medio del cual 'un comerciante asume en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar

Scanned with CamScanner

23-1250
436

d.-) *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.*

e.-) *Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional".*

Al tenor del artículo 1324 se fijan sus efectos luego de la terminación del contrato, consagrándose por la ley una cesantía comercial conforme a lo allí previsto.

3. Debe decirse que aunque no existe unanimidad sobre el punto, la jurisprudencia tanto de tribunales como de nuestra Corte Suprema y los tribunales de arbitramento, estos últimos sin ser vinculantes para la actual decisión, pero que se han ocupado de la agencia comercial, han marcado pautas generales frente a los litigios presentados de similares características al que ahora se estudia, como los siguientes:

- Prevalencia del contrato escrito. Como el contrato es ley para las partes (C.C., art. 1602), se presume que su texto es fiel reflejo de la voluntad de los contrayentes[1], salvo que exista evidencia de una voluntad contraria a la que las partes plasmaron por escrito. No basta, entonces, con afirmar que las partes convinieron una cosa, pero deseaban otra (en especial, si ninguna de ellas lo alegó durante la vigencia del contrato), ni que existió una suerte de acuerdo "implícito" que coexistió con el contrato que las partes suscribieron.

[1] *CSJ, S. Civil, Exp. 2075, jul. 18/05, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno*

Scanned with CamScanner

estar presentes en los contratos de agencia, lo están también en otros, por lo cual no sirven como elemento de distinción.

Como la agencia comercial es un contrato autónomo, "no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados [refiriéndose a los contratos de construcción, distribución, suministro, compra al por mayor y depósito], porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial"[4]. No basta con demostrar un elemento de otro contrato, sino que el actor tiene que acreditar todos los elementos de la agencia.

Algunos de estos elementos comunes a otros contratos son: (i) la independencia del contratista, que no es exclusiva del contrato de agencia, sino que se presenta también en el contrato de suministro, por ejemplo (C. Co., art. 968); (ii) la fijación de metas, precios o zonas exclusivas de distribución, que no pugna con contratos de suministro, distribución o ventas al por mayor, y (iii) la promoción y explotación de una marca. En ninguno de estos casos existe una "mutación" del contrato celebrado a uno de agencia comercial, al menos no a la luz de los precedentes vigentes.

Si bien el pacto para explotar y promover negocios ajenos es un indicio de la existencia de la agencia, la Corte Suprema ha reconocido que *"la publicidad del producto y el prestigio de la marca de fábrica, son valores inmateriales que permanecen en la esfera del productor y constituyen su fuerza contractual real..."*[5], sin que ello pueda entonces confundirse con la consecución de clientela para el productor o fabricante.

Descendiendo al caso en concreto, y desde el anterior marco teórico referenciado habrá de examinarse si los contratos adicionados a los primeros sobre los que ya se pronunció el laudo favorablemente cumplen o no con los derroteros esbozados partiendo de la no obligatoriedad del laudo respecto de

[4] *CSJ, S. Civil, Exp. 4701, oct. 31/95, M. P. Pedro Lafont Pianetta.*
[5] *CSJ, S. Civil, Exp. 09211-01, dic. 15/06, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.*

Scanned with CamScanner

252
275
440

Agencia comercial contenidas en los artículos 264 y 265 ni los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio de Colombia."

El contrato no fue inscrito como lo exige la agencia, y en cuanto a la contabilidad llevada y de la que da cuenta, en particular, en debida forma de las comisiones recibidas por la demandante en desarrollo de su gestión, no se hace expresa diferencia entre lo reseñado y una simple remuneración dentro de un contrato de distribución, es decir, las comisiones, bonificaciones, residuales y demás ingresos salvo prueba que no se allegó al expediente no hacen parte de las comisiones de que trata un contrato de agencia pues ese no fue el querer de las partes pactado en el contrato

Este despacho, concluye de lo revisado contablemente que en efecto se pactaron y pagaron comisiones, que en determinado momento de la ejecución del contrato pero incluso estas englobaban las actividades cumplidas en zonas distintas incluso de la costa caribe conforme se lee del informe visto a folios 1 a 58 del cuaderno 1.c del expediente. Correspondía probar a la parte actora con claridad lo cumplido en la costa caribe y respecto de los contratos aca dubitados. No habiéndolo hecho, se constata que fueron ventas remuneradas en un contrato de distribución. Con apoyo en lo dicho, todos los contratos fueron ejecutados y pagados íntegramente

Lo anterior para indicar que el informe allegado se valora y se acoge en cuanto aportó al litigio la prueba de haber causado y pagado una remuneración que se tenía por convenida por los contratantes desde el contrato mismo, en la forma y términos por ellos estipulada. Pero no para derivar de aquellos la procedencia de la cesantía comercial pedida con la demanda.

Por último, la prelación del contrato escrito. Este despacho, considera que el texto es fiel reflejo del querer de las partes, es precisamente donde existen cláusulas oscuras o ambigüedad, donde el juez puede intervenir en una labor de interpretación, pero donde no existe tal oscuridad es la voluntad contractual la que prevalece. La ley solo entra a suplir la voluntad de los contrayentes en el evento de una carencia o vacío que requiere de su manifestación pero por el hecho de existir comisiones, actuar en obedecimiento de directrices de la empresa COMCEL S.A. puede deducirse la existencia sin mas de un contrato de agencia comercial que reemplace lo pactado claramente, menos

Scanned with CamScanner

que sea la denominación que se le dé, se documentan los términos en que se acometerá la penetración del mercado, la labor de los jueces se focaliza en verificar si lo escrito se encuentra acorde con el marco normativo que rige la clase de contrato señalado, si en la ejecución se llevan a cabo aspectos ajenos a lo que se consignó y si existe una distorsión tal que lo desvirtúe en su esencia, debiendo prevalecer siempre el querer de los contratantes, sin que ni siquiera se requiera invocar su simulación o invalidación.

"Pero si los reclamos de la contienda se originan en hechos hilvanados, que se anuncian constitutivos de una determinada clase de pacto, es respecto de éste que se debe adelantar el escudriñamiento para acceder o no a lo pretendido.

En este sentido, memórese que "*...sea cual fuere la modalidad de intermediación por la que opten las partes, lo cierto es que cuando el fabricante decida acudir a terceros autónomos e independientes, con quienes establezca pactos estables y permanentes de comercialización de sus productos, tales negocios suelen tener en común diversos rasgos propios de su género, entre ellos, la gradual intervención del productor en la actividad del distribuidor, concretamente, a través de aquellos actos que le permiten asumir cierto control de algunos aspectos de la operación de promoción, publicidad y mercadeo. Puestas en ese orden las cosas, deviene palmario que a quien tenga interés en distinguir entre las diferentes modalidades de negocios distribución de la anotada naturaleza, flaco servicio le presta acudir a dichas trazas comunes como criterio diferenciador*"[6].

Bajo los anteriores derroteros, la tesis que acá se defiende es que si bien el elemento diferenciador entre un contrato de agencia comercial y otro cualquiera de comercialización no está en todo caso, claramente delimitado ni desde la ley ni jurisprudencialmente, lo cierto es que en el evento puesto bajo consideración, las partes se sujetaron a un clausulado convenido conjuntamente como contrato de distribución, excluyendo expresamente cualquier forma de agencia comercial, lo que impide a esta juzgadora en cumplimiento de lo previsto por los artículos 1602 y 1603 del Código Civil señalados, adentrarse en interpretaciones diversas a lo que literalmente se consignó en los contratos.

[6] *Cfr. C.S.J: Sal. Cas. Civ. Sent. 15-12-2006. MP. Pedro Octavio Munar Cadena Ref. No.76001 3103 009 1992 09211 01.*

Scanned with CamScanner

demandante, sin que en su ejecución surgieran otras tonalidades contractuales con la virtualidad de modificar las obligaciones inicialmente pactadas por los extremos procesales, si bien se pactaron comisiones que luego comprendieron anticipos, bonificaciones, etc ello no dio lugar al cambio de denominación del contrato. Y a una segunda conclusión, se arriba con base en los informes periciales presentes en el expediente y es que por medio de tales comisiones y anticipos ya se produjeron y cancelaron, como se estipuló en el contrato, las sumas que por eventuales indemnizaciones o inconformidades entre las partes, solicitó la demandante a través del libelo, junto con los presuntos intereses pedidos y en consecuencia, no hay lugar a disponer pago distinto al que por esta sentencia se dispondrá a continuación.

Colofón de lo anterior, las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, como quiera que no se acreditaron los presupuestos necesarios para que se configure el contrato de agencia comercial aludido desvirtuando el pacto de Distribución suscrito, situación que genera que las subsidiarias tampoco sean declaradas, como quiera que "*junto al contrato de DISTRIBUCIÓN suscrito entre CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACION , y COMCEL S.A.*", no *nació una relación contractual de Agencia Comercial exclusiva, ejecutada mediante los tres contratos allegados con la demanda*, ya que no se demostró fundamentalmente la característica esencial del mismo como lo es, que la demandante actuará siempre como representante o agente de la entidad demandada, en función de conquistar un mercado para el productor y por cuenta de éste. Lo anterior sin que tampoco pueda pronunciarse el despacho sobre el levantamiento de gravámenes hipotecarios por medio de este proceso.

Se condenará en costas a la parte demandante.

Colofón de lo anterior, lo que atañe a las declarativas de agencia comercial, su vigencia, su incumplimiento por parte de COMCEL S.A., la forma de terminación del contrato, las garantías constituidas y las condenas en concreto, se encuentran claramente definidas en el laudo arbitral y por lo tanto resulta inane cualquier pronunciamiento posterior respecto de los contratos iniciales. Pero en los aquí cuestionados se negará las declaraciones pedidas.

Finalmente se condenará en costas a la parte demandante.

Scanned with CamScanner

PRECEDENTE JUDICIAL # 7

255
404

Fl.24

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No.	11001310300320140060703
Clase:	ORDINARIO – AGENCIA COMERCIAL
Demandantes:	CONEXCEL S.A. EN REORGANIZACIÓN y APONTE VILLAMIL ZULUAGA y CÍA. S.A.S.
Demandada:	COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.

Como se anunció en la audiencia del pasado 11 de febrero, se decide la apelación que formuló la parte demandante contra la sentencia de 20 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual les negó sus pretensiones.

ANTECEDENTES

1. En el subsanado libelo[1], Conexcel S.A. en Reorganización[2] (en adelante Conexcel[3]) y Aponte Villamil Zuluaga y Cía. S.A.S. (en adelante Aponte Villamil), para dirimir las "diferencias relativas a la **comercialización de aparatos y servicios** en la **Costa Atlántica** [Celcaribe] y de **datos en todo el país**"[4], demandaron a Claro S.A. (en adelante Claro), cuyas pretensiones dividieron en dos secciones: la primera, **declarativas**, contenidas en cuatro capítulos, y la segunda, de **condena** con un capítulo, así:

---

[1] Ver folios 824-856, cdno. 1A.
[2] A partir del 23 de septiembre de 2014, según se deduce del auto de la Superintendencia de Insolvencia de la Supersociedades, obrante a folios 73-75, cdno. 1C.
[3] Antes Conexcel Boulevar Ltda. (fl. 699, cdno. 1).
[4] Ver folio 824, cdno. 1A.

cualquier contabilización interna de Comcel del pago o provisión de anticipos o indemnizaciones, no implicó un mayor valor a pagar, y que cualquier subcuenta auxiliar creada por Comcel (sin limitarse a las subcuentas auxiliares de 2605101210 y 5295050017) hacen parte de las subcuentas del PUC de comisiones (sin limitarse a las subcuentas 260510 y 529505); j) que conforme al Manual de Procedimiento y las cláusulas 7.4 y 7.5 de los contratos aludidos, Comcel fue quien determinó los criterios de selección y evaluación financiera de los abonados y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos; k) que los acuerdos comercializados por el agente se celebraron entre el agenciado y los usuarios, según se acordó en las estipulaciones 7.5., 1.11, 1.13 y 1.16; y l) que por el vínculo directo entre Comcel y el suscriptor de los servicios ofrecidos (cláusulas 1.11, 1.13 y 1.16 del contrato), el demandado era el único obligado a asumir las consecuencias derivadas de estos tratos con los suscriptores.

1.2.2. En el segundo capítulo sobre el "***incumplimiento contractual***", pidió declarar que Comcel incumplió los contratos y normas propias por incurrir en las siguientes acciones u omisiones:

a) disfrazar intencionalmente la naturaleza jurídica del contrato; b) presionar para modificar de manera unilateral las condiciones convenidas; c) trasladarle funciones administrativas propias de Comcel; d) reducir unilateralmente los niveles de retribución (comisiones, bonificaciones e incentivos) fijados a favor del agente, sin tener facultad para ello, pese al rechazo de la demandante; e) no pagar todas las comisiones de activación realizadas durante el contrato; f) dejar de liquidar y cancelar la comisión por residual y no informarle al agente sobre cuál hizo la liquidación, no obstante su obligación; g) estipular, cobrar y aplicar penalizaciones referidas en las cláusulas 7.26.3.1 a 7.26.3.4, 7.30 a 7.32, 2.26.1 a 7.26.8, e inciso 2°, numeral 1° del Anexo A, sin demostrar previamente las hipótesis que las justifican; h) sancionar al agente con descuentos por fraudes imputables a terceros; i) imponer la firma de paz y salvos incondicionales; j) obligarlo a pagar tanto el teléfono como la facturación dejada de pagar por los usuarios; l) ocultar información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual; m) imponer la obligación de digitar las activaciones en tiempos irrazonables durante los periodos de promoción para no

contratos atrás señalados y que se repitieron en los demás convenios, anexos, adendas y otrosíes, que sean consecuencia directa o indirecta de las mismas, o resulten conexas, o aparezcan en algún documento suscrito en cualquier época en el mismo sentido. Las estipulaciones son aquellas que:

a) Sostengan que el contrato no es de "agencia, sino de "distribución, franquicia o cualquier otra modalidad de distribución diferente"; b) que obliguen a Conexcel a mantener indemne a Comcel; c) que impliquen: renuncias a derechos por parte de Conexcel; compensaciones ilegales por prestaciones e indemnizaciones a favor de Comcel; ausencia de responsabilidad para Comcel por algún perjuicio derivado de la terminación del contrato; caducidades contractuales; exoneraciones de responsabilidad de Comcel; que no habrá pago de comisiones causadas; imputación de dineros pagados dentro del plan CO-OP; renuncias a presentar reclamaciones por parte de Conexcel; aceptación anticipada de terceros con relación a la cesión de establecimientos; sustituciones integrales de relaciones previas, y d) las relacionadas con "documentos de terminación". (fls. 839 y 840, cdno. 1B).

1.2.4.2. Que se declare que las "actas de conciliación, compensación y transacción" no tienen efectos generales y que además fueron incumplidas por Comcel, puesto que hubo descuentos o penalizaciones sobre comisiones al parecer transadas (fl. 840, *ib.*).

1.3. Pretensiones de condena.

La parte demandante solicitó ordenarle a Comcel: a) pagarle a Conexcel: la prestación prevista en el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co.; las sumas pendientes por comisiones y activaciones en mora, residual, el reembolso de dineros que le fueron descontados de manera injustificada a la mencionada sociedad; la indemnización de que trata el inciso 2°, *ídem;* la indemnización de los perjuicios causados por daño emergente y lucro cesante; los intereses de mora correspondientes desde la fecha de causación hasta el pago; b) "solo en caso" de que el tribunal arbitral que conoce de similar pretensión por vía de reconvención (fl. 825, cdno. 1B), cancelar las hipotecas

el agente comercial más representativo de Comcel, con 190 puntos en el país.

Adujeron que Comcel, como se invocó en las pretensiones, entre muchas cosas, disfrazó la naturaleza del contrato e indujo a error a Conexcel; incurrió en mora en el pago de las "comisiones"; redujo injustificadamente sus comisiones; le impuso de manera exagerada cargas administrativas relacionadas con descuentos, penalidades y fraudes o inconsistencias documentales inexplicables; fraccionó de manera irreal las "comisiones"; ocultó la base sobre la cual calculaba el residual; le impuso paz y salvos irreales y activaciones en plazos imposibles de cumplir; abusó del derecho mediante facultades abusivas; trasladó funciones administrativas al agente; no le pagó los subsidios de arrendamiento entre noviembre de 2019 y enero de 2010 y le impuso "actas de conciliación y transacción" (fls. 828 y 829, cdno. 1B).

Que ante el incumplimiento de la demandada, Conexcel le pidió revisar y compensar los perjuicios causados, con resultados negativos, por lo que le terminó el contrato de agencia comercial a Comcel el 8 de enero de 2010, con ocasión de lo cual se instaló un Tribunal de Arbitramento, quien el 9 de mayo de 2011 declaró la "existencia de un contrato de agencia mercantil en lo de su competencia, el incumplimiento de las obligaciones de Comcel y las indemnizaciones de orden legal" (fl. 824, *ib.*), además de declarar la nulidad del acta de liquidación, pues "no puede ser tenida como firme y definitiva, ni constituye liquidación final de cuentas, ni soporte para diligenciar pagaré alguno", pero no accedió a cancelar "las garantías" por no encontrar probada su existencia (fl. 830).

En cuanto a los contratos "Celcaribe" y de "Datos" de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, agosto de 2002, 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006, el panel arbitral se abstuvo de pronunciarse por ausencia de cláusula compromisoria (fl. 830), con fundamento en lo cual la demandada devolvió tan solo unos pagarés, sin cancelar las hipotecas constituidas como garantía del contrato de agencia; además, Comcel no le ha pagado las sumas de que tratan los incisos 1° y 2° del artículo 1324 del C. de Co. (fl. 831).

"hechos y pruebas ya analizados", sin que pueda dársele un "alcance distinto a la decisión" de los árbitros (fl. 268, cdno. 1C).

Por lo anterior, consideró que no era viable volver sobre comisiones o pagos no reconocidos por la demandada con dictámenes para nada novedosos, máxime cuando medió un análisis y ejercicio contable que le permitió al tribunal de arbitramento arribar a las sumas de condena allí establecidas.

En lo concerniente a los contratos de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (desprovistos de cláusula compromisoria), se adentró a su estudio del negocio de la "agencia comercial" al amparo de las pautas normativas y jurisprudenciales (fl. 270, cdno. 1C), para considerar que analizado el querer de las partes de cara a las cláusulas 1ª y 3ª de esas convenciones, Conexcel "no actuaba por cuenta de Comcel", pues "la demandante adquiría los productos y los distribuía en una zona determinada, o adjudicada para el efecto desde el inicio, o cual impide la configuración del contrato de agencia comercial" (fl. 274, *ib.*).

Lo anterior, porque (i) "el contrato no fue inscrito como lo exige la agencia"; (ii) la contabilidad llevada [por la parte actora], no se diferencia de "una simple remuneración dentro de un contrato de distribución, es decir, las comisiones, bonificaciones, residuales y demás ingresos"; aunado a que si bien se pactaron y pagaron comisiones, "estas englobaban actividades cumplidas en zonas distintas del Caribe", sin que el extremo demandante hubiere allegado prueba de las "actuaciones comerciales" que dijo realizó (de manera permanente frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ampliarlo) en la Costa Caribe respecto de los contratos acá alegados, por lo que había que colegirse que las ventas remuneradas se basaron en un "contrato de distribución" y que la cesantía comercial no se causó (fls. 275 y 278), y (iii) debía darse prelación al contrato escrito como fiel reflejo del querer de las partes, del que sin advertir oscuridad o ambigüedad, no le era dable al juez interpretar, máxime cuando se "excluyó conjuntamente la figura de [la] agencia y Conexcel no demostró actuar por cuenta de su contraparte" (fl. 276, cdno. 1C).

de Co.) para el área de la **Costa Atlántica**[11] (a) se celebró entre comerciantes; b) hubo independencia del agente comercial; c) existió estabilidad o permanencia del vínculo negocial, d) Celcaribe, hoy Comcel -quien se sabe asume una posición propia en el mercado de telefonía móvil celular y, por ende, asume los riesgos- le encargó a Conexcel promover y explotar el negocio del primero; e) la zona prefijada; f) la remuneración que Comcel le pagó a Conexcel, y g) la actuación del agente por cuenta del agenciado), con renovación automática hasta 13 de enero de 2010, y así debió declararse con fundamento en el principio del "contrato realidad" y, además, por la "antinomia" (contradicción en el entramado de cláusulas, pues mientras unas hablaban de "distribución", otras de la configuración de los elementos de la "agencia comercial") y falta de contestación de la demanda y de una alegación en contrario, según lo prevé el artículo 95 del CPC, hoy 97 del CGP.

Agregó que si 24 laudos arbitrales y dos providencias de este Tribunal (de 24 de agosto y 24 de octubre de 2018[12]), con soporte en idénticos contratos, concluyeron que existió un "contrato de agencia comercial", en este escenario debió arribarse a la misma conclusión, so pena de desconocer la igualdad y la confianza legítima (fl. 310, cdno. 1C).

(ii) Debió condenarse a Comcel a la prestación mercantil que regula el artículo 1324 del C.C., a partir de la terminación del aludido convenio, 13 de enero de 2010, cuya cuantía ($5.425'335.428,oo) demostró con la falta de objeción al **juramento estimatorio**, sin perjuicio del **decreto oficioso de pruebas** para acreditarla (fl. 312, cdno. 1C).

(iii) También debieron reconocerse los intereses moratorios sobre la indemnización en comento a partir de la aludida calenda, conforme lo ordena el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en concordancia con el numeral 1° del artículo 1608 del C.C., lo que para el 8 de septiembre de 2019 ascendía a $7.949'455.642,oo (fl. 313, cdno. 1C).

---

[11] Dice la parte actora que el contrato para esa zona costera compartía las mismas cláusulas diseñadas por las partes para las zonas de **Oriente** y **Occidente** respecto de las cuales la justicia arbitral concluyó la existencia de contrato de agencia comercial (fl. 308, cdno. 1C).

[12] Con ponencia de los Magistrados Óscar Humberto Ramírez Cardona y Julia María Botero Larrate, respectivamente.

(iv) La terminación del referido contrato fue por una **justa causa** provocada por Comcel (empresario), conforme lo permite el artículo 1325 del C. de Co., de suerte que debió condenársele (a Comcel) al pago de la **indemnización** especial que prevé el inciso 2° del artículo 1324, *ib.*, al igual que el lucro cesante y daño emergente sufridos por la demandante, lo que quedó demostrado con el **juramento estimatorio** que no objetó su opositora; entre las obligaciones de la demandada, se encuentra el no pago de las comisiones causadas en favor de Conexcel por $971'794.531,oo (fl. 284, cdno. 1C), las cláusulas penales por $4.843'421.108,oo y la acreditación de la marca por $656'793.392,oo (fl. 315); y los incumplimientos imputables a Comcel, están amparados por la cosa juzgada que tiene el laudo arbitral [de 9 mayo de 2011], por lo que sus pretensiones debieron tener acogida (fl. 314).

(v) En cuanto a la **hipoteca** abierta sin cuantía determinada que Aponte Villamil constituyó a favor de Comcel para respaldar el cumplimiento del contrato de agencia comercial, sin mediar obligación qué respaldar, debió disponerse su cancelación, máxime ante la falta de contestación del libelo y la ausencia tanto de una excepción de compensación, como de una demanda de reconvención.

(vi) De acuerdo con los artículos 11 del CGP y 29 de la Constitución Política, debe declararse la **nulidad** de lo actuado por la grave violación al debido proceso que afecta por igual a su contraparte, pues a la fecha no ha sido resuelto el recurso de reposición que Comcel formuló en forma oportuna (1° de septiembre de 2015) contra el auto admisorio de la demanda, herramienta procesal que suspendió la ejecutoria de dicho proveído, hacía que la contestación de su contraparte fuera a tiempo y, por ende, ello impedía citar a la audiencia prevista en el otrora artículo 101 del CPC, nulidad que no fue saneada al punto que fue invocada por la demandada en sus alegaciones finales.

Añadió que ante la "nulidad generada, la prueba reina (juramento estimatorio) que Conexcel invoca para demostrar la cuantía de sus pretensiones de condena, deviene ineficaz, cuestionó que afecta la relación que debe existir entre el '*petitum*' y la '*causa petendi*' propuestas por Conexcel" (fl. 285, cdno. 1C).

solo se exige para efectos de la oponibilidad frente a terceros (fl. 460, *ib.*).

(iii) En cuanto a la **hipoteca** abierta sin cuantía determinada que Aponte Villamil constituyó a favor de Comcel para respaldar el cumplimiento del contrato de agencia comercial, sin mediar obligación qué respaldar, debió disponerse su cancelación, máxime ante la falta de contestación del libelo y la ausencia tanto de una excepción de compensación, como de una demanda de reconvención.

(iv) La prestación mercantil se demostró con la ausencia de objeción del juramento estimatorio, la cual asciende a $5.425'335.428,oo.

(v) Deben reconocerse los intereses moratorios sobre la prestación mercantil, pues el representante legal de Comcel confesó que el contrato terminó en el año 2010.

(vi) El representante legal de Comcel, al momento de rendir su interrogatorio, faltó a la verdad, pues negó ser cierto que la relación comercial que los unió fue de adhesión, como pretende probarlo con los idénticos contratos que Comcel empleó en el año 1998 con sus agentes/distribuidores (fl. 464, cdno. 1C).

(vii) Conexcel, en cumplimiento del contrato *sub júdice*, ejecutó actividades de promoción, aún cuando el representante legal de Comcel no negó, pues el anexo C "Plan COP-OP Publicidad) del contrato suscrito daba cuenta de lo contrario en el acápite de "objetivos" (fl. 467), con lo cual desvió la atención la verdadera naturaleza del convenio y actuó con temeridad y mala fe, lo que amerita la expedición de copias penales.

CONSIDERACIONES

1. La Sala encuentra que la actuación se desarrolló normalmente, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se hallan presentes los presupuestos procesales y este tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del C.G.P y la

subsidio- de algunas cláusulas de los contratos, por todo lo cual debía declararse que no podía –ni pueden- diligenciarse los pagarés en blanco, ni hacerse efectiva la restante garantía hipotecaria contenida en la Escritura Pública n.° 1023 de 22 de abril de 2003 otorgada en la Notaría 25 de Bogotá, con la aclaratoria de la anterior contenida en la Escritura Pública n.° 1938 otorgada el 17 de julio de 2003 en la Notaría 25 de Bogotá, constituida para respaldar los saldos pendientes a cargo de la parte demandante, ni que el acta de liquidación que Comcel elaboró, no puede considerarse definitiva, ni presta mérito ejecutivo.

3.1. De la nulidad constitucional.

A pesar de que el recurso de alzada no es el escenario propicio para interponer nulidades, en el caso en estudio no se ha presentado el vicio exhibido por el censor.

En efecto, aduce Conexcel que en la primera instancia se configuró una nulidad por violación al "debido proceso", en la medida en que el recurso de reposición formulado por su contraparte contra el auto admisorio de la demanda de 15 de enero de 2015, no ha sido resuelto.

Sin embargo, pasa por alto que las "irregularidades" a que aludió la apelante en su solicitud de nulidad, no se enmarcan en ninguna de las causales de invalidación que, **taxativamente**, previó el ordenamiento jurídico (artículo 133 del CGP), aserto que, contrario a lo que sostuvo la recurrente, no sufre mengua ni siquiera en virtud de las previsiones del artículo 29 de la Constitución Política, pues el supuesto de nulidad "supralegal" allí contenido, que constituye la **única** excepción a la regla de taxatividad a que ya se hizo mención (artículo 135, ídem), sólo tiene lugar en aquellos casos en que una decisión judicial se hubiera soportado, fundamentalmente, en una prueba obtenida en forma ilegal[14], hipótesis que es por entero ajena a la solicitud de anulación que formuló Conexcel, quien, vuelve y se insiste, no denunció que el fallo de primera instancia se hubiera apoyado en un elemento de juicio de esa naturaleza.

---

[14] Corte Constitucional, sentencia C - 491 de 1995

documentos visibles a folios 223-277, cdno. 1, 740-813, cdno. 1B, los cuales cobraron autenticidad por obra del reconocimiento tácito que se produjo al no haber sido tachado de falso por el demandado (numeral 3°, artículo 252 y 276 del CPC). E igualmente se debe aceptar, que como Comcel no contestó oportunamente la demanda (fl. 957, cdno 1B), dio lugar a que en su contra se estructurara un indicio grave, por mandato del artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, tal como lo consideró el *a quo*, la parte demandante no allegó al proceso todos los contratos fundamento de las pretensiones, entre ellos, los que se dicen suscritos los días 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000 y 13 de abril de 2002, lo que por obvias razones releva al Tribunal de hacer pronunciamiento alguno, ante la ausencia necesaria de prueba de la existencia de un negocio jurídico vigente, a la par con la de cumplimiento de las obligaciones que le eran propias a una y otra parte.

Los que sí obran en el expediente son los convenios de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de **3 de abril de 2003** y los dos convenios de "**datos** para todo el país" y "de servicio y distribución de equipos BlackBerry" de **20 de junio de 2006**, a los que acomete su estudio la Sala.

Para ello es importante señalar que la relación negocial entre Celcaribe S.A. (hoy Claro S.A.) y Conexcel referente a la **comercialización de aparatos y servicios** para la zona de la **Costa Atlántica** estuvo gobernada por el contrato de **3 de abril de 2003**, pues en su cláusula 28 las partes consignaron que ese "nuevo acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo reemplaza todos los acuerdo anteriores, si los hubiere".

A su turno, los otros dos contratos de **datos** para todo el país y de servicio y distribución de equipos BlackBerry de **20 de junio de 2006** que se aportaron al momento de la subsanación de la demanda, tuvieron como consecuencia dejar sin efecto los convenios anteriores.

> **no... objetar el juramento estimatorio de ese libelo..., no puede obviarse que el acervo que así surge no necesariamente conduce a un fallo favorable, muy a pesar de la ventaja probativa que se tiene frente al opositor inactivo, por cuanto ese material debe valorarse en consonancia con las reglas de la sana crítica, sopesándolo con las demás probanzas para sentar en el proceso la realidad de los elementos axiológicos de la pretensión.**
>
> La anterior orientación, desde luego, es avalada por la Corte Constitucional al señalar, en el estudio de exequibilidad de las normas que regulan esta clase de prueba indiciaria, que 'En otras palabras, **la mera circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica *ipso facto*, que la presunción o el indicio que esta conducta implica, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera'**[15]". (Sentencia de 6 de febrero de 2018, exp. n.° 201501196 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora).

3.3.1. Destácase que las estipulaciones de los aludidos contratos (de 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006) no siempre fueron las mismas, al punto que en unos, por ejemplo, tuvieron objetos distintos; en otros eventos se pactó cláusula arbitral y en otros no; otros convenios fueron de "datos" y otros de "servicio y distribución de equipos BlackBerry"; y en otra oportunidad, se acordó para una zona del país (Caribe) y en otras a nivel nacional, de ahí que no por ello todos obedecieron al mismo tipo negocial, o tuvieron el mismo objeto, fines, contenido, etc., de suerte que sin haberse aceptado tal afirmación por el representante legal de la demandada en su interrogatorio, no puede menos que considerarse que, como lo sostuvo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al "participar en el tráfico de bienes y servicios" los acá contendientes, autorregularon

[15] Sentencia C-102 de 8 de febrero de 2005.

Memórese que los libros y papeles de un comerciante pueden servir como medio de convicción en un asunto como el que nos ocupa, para lo cual es necesaria una exhibición ordenada por el juez, a petición de parte legítima, como se deduce de los artículos 61, 63, 64 a 66 del Código de Comercio y 288 del CPC, hoy 268 del CGP. Su valoración, en buena medida, depende de que se ajusten a las prescripciones legales (artículos 48 a 60 del Estatuto Mercantil), al punto que el juez, como primer acto, debe hacer constar cuál es su estado general, "con el fin de apreciar si se llevan conforme a la ley, y en consecuencia, reconocerles el valor probatorio correspondiente" (artículo 66, *ib.*), vicisitud que aquí no hizo presencia.

Ahora, en cuanto a los testimonios de Hilda María Prado Hashe, Juan Lúcas González, Jaime Garcés Santamaría, Mario Suárez Melo y Jairo Jaramillo, los ahora recurrentes, en la audiencia del artículo 101 del CPC celebrada el 15 de enero de 2018, desistieron de los mismos (fl. 1251, cdno. 1B), cuya ausencia de relatos deja desprovistos de prueba los demás hechos que soportaron buena parte de las restantes pretensiones.

Además, pese a lo fundamental que consideró la parte actora la declaración del abogado Juan Zea, según lo advertido en la audiencia prevista en el artículo 373 del CGP, tampoco fue posible evacuar su testimonio con miras a acreditar los hechos que fundamentaron las pretensiones, sin que ante este Tribunal echaran mano de lo previsto en el artículo 327, *ídem*, si es que en realidad consideraba de valía su exposición sobre las circunstancias que rodearon la celebración –y desatención- de los convenios.

En estas condiciones, tal como en lo sostuvo esta Sala en un asunto de similares contornos, "para asumir el estudio del incumplimiento en los términos propuestos en la demanda, era necesario que en el proceso se determinara el total de activaciones que hubo en el tiempo de vigencia de los contratos y los afiliados que generaron la comisión residual[17], y multiplicar esos resultados con los porcentajes de comisión que se establecieron en los contratos y las modificaciones que anualmente Comcel S.A.

[17] Retribución a favor del distribuidor que corresponde a un porcentaje sobre los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido efectivamente recaudados por Comcel por el uso del servicio por parte del suscriptor o abonado correspondiente, el cual se denominara RESIDUAL.

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

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

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

[19] TSB. Sala Civil, fallo de 20 de junio de 2019, exp. 44 2015 00415 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

parte demandante ante la improsperidad de la sustentación (num. 5°, art. 365 del CGP).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Negar la solicitud de nulidad sustentada por Conexcel S.A. en Reorganización, conforme a lo dicho.

Segundo. Confirmar la sentencia de 20 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, conforme a lo dicho.

Tercero. Se condena en costas de la instancia a las demandantes, las que serán liquidadas por el juez *a quo*. El magistrado sustanciador fija la suma de $2'000.000 de pesos como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
(Rad. n.° 11001310300320140060703)

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
(Rad. n.° 11001310300320140060703)

(con impedimento aceptado por la Sala)
ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
(Rad. n.° 11001310300320140060703)

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

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA A LAS PARTES POR ESTADO QUE SE FIJA HOY 20 FEB. 2020

El Secretario

PRECEDENTE JUDICIAL # 8

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

~~269~~ 459

JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020)

Ref: Ordinario de CELCOSTA LTDA contra COMUNICACIONES CELULAR S.A. -COMCEL S.A-. Expediente No. 110013103 011 2013 00036 00

El Despacho procede a dictar sentencia en el proceso ordinario declarativo de la referencia, el cual fue remitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. La sociedad CELCOSTA LTDA, acudió por intermedio de apoderada judicial a esta jurisdicción a fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRETENSIONES PRINCIPALES.

1. En cuanto a la naturaleza del contrato celebrado y ejecutado.

1.1 DECLARATVAS

1. *Que se declare que entre COMCEL, como agenciada, y CELCOSTA como agente, se celebró y ejecutó una relación contractual de agencia comercial, para la promoción y venta de los servicios y productos COMCEL.*
2. *Que se declare que la agencia comercial fue permanente y sin solución de continuidad durante el periodo del 7 de mayo de 2003 hasta el 6 de agosto de 2010, fecha en que CELCOSTA dio por terminada la relación contractual unilateralmente.*

Scanned with CamScanner

~~270~~ 460

las cláusulas 7.26.3 a 7.26.8 e inciso 2° y siguientes del punto 1 anexo A.

1. *Que se declare que COMCEL no podía aplicar las penalizaciones establecidas en el contrato, sin demostrar previamente la ocurrencia de los hechos que daban origen a su aplicación, conforme a los precisos términos de contrato.*
2. *Que se declare que COMCEL no podía penalizar e imponer sanciones económicas al agente, estipuladas unilateralmente a través de circulares, cartas y otros medios, por "fraudes", "inconsistencias documentales2, "caldist", "vouchers", "claw back" y otras sanciones económicas por conductas atribuibles a CELCOSTA.*
3. *Que como consecuencia de las pretensiones anteriores, se declare que COMCEL incumplió el contrato con CELCOSTA, por no haber liquidado y pagado oportuna y completamente la totalidad de las comisiones por activación.*
4. *Que se declare que COMCEL no pagó oportunamente las comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato.*
5. *Que se declare que COMCEL no reembolsó a COMCEL en forma completa, los valores por concepto de IVA, correspondientes a las comisiones que fueron descontadas.*
6. *Que se declare que, conforme a la cláusula 28, inciso 2° del contrato celebrado, la mera tolerancia de CELCOSTA respecto a los incumplimientos de COMCEL, no constituye modificación tácita del contrato, ni equivale a la renuncia de CELCOSTA a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones incumplidas.*

II.II. DE CONDENA

1. *Que se condene a COMCEL a pagar a CELCOSTA, como consecuencia de los incumplimientos, los siguientes valores:*

   a) *La suma que resulte probada dentro del proceso por concepto de RESIDUAL.*
   b) *Penalizaciones y sanciones económicas impuestas por COMCEL a CELCOSTA, estipuladas unilateralmente a través de circulares, cartas y otros medios , por "fraudes", "inconsistencias documentales", "caldist", "vouchers", "claw back", y por condutos no atribuibles a*

Scanned with CamScanner

271
461

4. *Que se declare, en aplicación de los artículos 95 y 333 de la Constitución Política; 15, 16, 1603 y 2536 del Código Civil; 830 y 871 del C. de Co., que COMCEL incurrió en abuso contractual, tanto en la celebración del contrato de Agencia Comercial, como en la ejecución, terminación y liquidación del mismo.*
5. *Que se declaren abusivas y, por tanto, se declare la nulidad absoluta o, subsidiariamente la invalidez o ineficacia de las causales que se indican a continuación y que forman parte del contrato que vinculó a COMCEL y a CELCOSTA.*

a) *CLÁUSULA 4. Sobre la naturaleza del contrato.*
b) *CLÁUSULA 12. Referida a la obligación de mantener indemne a COMCEL*
c) *CLÁUSULA 15, primer párrafo, en cuanto contienen renuncias o derecho que la ley consagra a favor de CELCOSTA.*
d) *CLÁUSULA 15, segundo párrafo, en cuanto niega la verdadera naturaleza del contrato celebrado y ejecutado y consagran una "cláusula espejo" en contra del agente.*
e) *CLÁUSULA 18, sobre LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.*
f) *CLÁUSULA 30. En especial segundo y tercer párrafos.*
g) *ANEXO "A" , numeral 6 sobre pago anticipado de prestaciones, indemnizaciones o bonificaciones.*
h) *ANEXO F, ACTA DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN , proforma para el evento de terminación del contrato, en especial los ordinales 4° y 5° bajo el acápite ACUERDAN.*

6. *Que se declaren abusivos, y en consecuencia, se declare la nulidad absoluta o, subsidiariamente la invalidez o la ineficacia de todos los documentos que en desarrollo del contrato hayan sido firmados entre las partes, que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas que sean declaradas abusivas y por tanto nulas, o subsidiariamente, inválidas o ineficaces.*

4. *En cuanto a la terminación unilateral del contrato por JUSTA CAUSA imputable a COMCEL.*

Scanned with CamScanner

272
462

Por concepto del valor de la empresa, valorada ésta por el método de flujo de caja libre, teniendo en cuenta que CELCOSTA era agente exclusivo de COMCEL y que la empresa estaba en pleno funcionamiento y por el hecho de la terminación del contrato por JUSTA CAUSA imputable a COMCEL, se le terminó su objeto social, la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($374.451.863) o la suma que por este concepto resulte probada dentro del proceso.

B. LUCRO CESANTE

Por concepto de las sumas de dinero que por concepto de comisiones se dejó de ganar CELCOSTA, teniendo en cuenta y que el contrato se encontraba renovado hasta el 7 de mayo de 2011, la suma de MIL CIENTO VEINTICINCO MILLONES DE PESOS ($1.125.000) (sic) o la suma que por este concepto resulte probada dentro del proceso.

4. *Que sobre las sumas anteriores, se condene a COMCELA a pagar a favor de mi representada CELCOSTA, los intereses de mora a la tasa máxima mensual establecida por la ley comercial o a la tasa máxima causada conforme el despacho considere, desde cuando la obligación se hizo exigible hasta cuando se verifique el pago efectivo o desde la fecha que el despacho considere procedente.*
5. *Para el evento en que el Tribunal no considere procedente la condena en intereses de mora, subsidiariamente solicito que se condene a COMCEL a pagar a favor de mi representada CELCOSTA, las sumas correspondientes, debidamente indexadas o traídas a valor presente.*

5. CONDENA EN COSTAS

Que se condene en costas del proceso a la demandada COMCEL, incluidas las agencias en derecho.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Scanned with CamScanner

2.5 Que el objeto de tal contrato era promocionar y comercializar el servicio de telefonía celular vinculando abonados o usuarios a la red de COMCEL.

2.6 Que COMCEL predispuso cláusulas de exclusividad a su favor, siendo la única empresa operadora que podía demandar los servicios de CELCOSTA para la promoción y venta de sus productos y servicios conforme a las cláusulas 7.14 y 7.15 del contrato.

2.7 Que el término de duración del contrato fue de 7 años, desde el 7 de mayo de 2003 hasta el 6 de agosto de 2010, fecha en la que CELCOSTA dio por terminada la relación contractual unilateralmente.

2.8 Que CELCOSTA realizó su actividad mercantil, como empresario independiente con su propia infraestructura y organización administrativa.

2.9 Que, en relación con el incumplimiento contractual que CELCOSTA achaca a COMCEL está la afirmación según la cual, COMCEL aplicó penalizaciones no previstas en el contrato que denominó "fraudes inconsistencias documentales", "caldist", "vouchers", "claw back" y otros conceptos no atribuible a CELCOSTA.

2.10. Que incumplió el pago denominado "por residual" pues no tuvo en cuenta a cada abonado para configurar las bases de liquidación, no enviaba a CELCOSTA la información sobre las bases de liquidación de comisiones por residual , e impuso criterios para esa liquidación inexistentes en el contrato como ARPU (promedio de facturación mensual por usuario) y CHURN (porcentaje de desactivación mensual)

2.11 Finalmente apuntó la demandante en cuanto al incumplimiento del contrato que COMCEL no pagó oportunamente las comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato.

2.12 En cuanto a los hechos referidos al abuso contractual adujo la demandante que COMCEL introdujo variaciones económicas unilaterales en detrimento de los derechos y los intereses de CELCOSTA, rompiendo el equilibrio contractual, y en contradicción del principio de la buena fe.

2.13 Que disfrazó la verdadera naturaleza del contrato, que cargó a los agentes el valor de la facturación dejada de pagar por los usuarios, que impuso a

Scanned with CamScanner

cumplimiento, la prescripción sucedió para todas aquellas obligaciones que se hubiesen causado con anterioridad a los cinco años de la interposición de la demanda, si es que se llega a calificar el contrato como agencia.

Que el reproche de CELCOSTA sobre algunas las cláusulas del contrato que pretenden ser calificadas como ineficaces o nulas, serían vicios del consentimiento y aquellas acciones prescriben también al cabo de dos años cumplidos luego de la celebración del contrato, que como precisó la propia demandante ocurrió el 7 de mayo de 2003.

3.2. "El contrato de Mayo 7 de 2003, fue terminado anticipada y unilateralmente por voluntad propia de CELCOSTA LTDA desde el día 6 de agosto de 2010."

Explicó la demandada COMCEL S.A. que en la cláusula 5 del contrato, los contratantes previeron que el término de duración se contaría a partir de la fecha prevista en su comienzo con renovaciones automáticas salvo que alguna de las partes remitiera aviso escrito de terminación por lo menos con quince días comunes de anticipación a la fecha de vencimiento del correspondiente periodo mensual.

La demandante le avisó a COMCEL S.A. el 6 de marzo de 2010 que daba por terminado el contrato en los términos establecidos en la cláusula 5, esto es por su voluntad y sin invocar justa causa alguna que fuera imputable a COMCEL S.A.

3.3 "INEXISTENCIA DE UNA JUSTA CAUSA IMPUTABLE A COMCEL S.A. QUE JUSTIFIQUE LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DEL CONTRATO DE MAYO 7 DE 2003 QUE HIZO CELCOSTA LTDA DESDE EL 6 DE AGOSTO DE 2010."

Fundada en la razón ya anotada

3.4 "TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE CELCOSTA LTDA Y COMCEL S.A."

Scanned with CamScanner

275
465

Y que si bien es cierto existieron acuerdos que de antemano redactó COMCEL S.A., en razón de las condiciones propias del negocio de la telefonía celular , ello no impedía que CELCOSTA LTDA se pronunciara sobre el contenido de los mismos, por lo que no es posible predicar la imposibilidad de negociación de tales convenciones.

3.6 "INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL."

Que doctrinalmente se ha establecido que los elementos esenciales del contrato de agencia son: el encargo para promocionar y explotar negocios del agenciado, la estabilidad del encargo, la independencia del agente y el elemento "por cuenta y en beneficio" del agenciado.

Que en el caso la demandante carecía absolutamente de la independencia y autonomía que debe predicarse de un agente comercial; que conforme al derecho laboral al que se acude para definir la noción de autonomía como lo opuesto a la noción de subordinación, y si bien debe tenerse en cuenta la relatividad de tales conceptos en materia mercantil debe decirse que COMCEL S.A. impartió órdenes sobre la forma en la cual debía desempeñar su labor, tenía formas de coaccionar a CELCOSTA para el cumplimiento de las mismas y existía un manual de procedimientos contentivo de la forma en que debían funcionar los distribuidores, quienes estaban en la obligación de acatarlo, íntegramente.

3.7 "RENUNCIA DE CELCOSTA LTDA A LAS PRESTACIONES PROPIAS DE LA AGENCIA COMERCIAL"

Soportó esta excepción la demandada COMCEL S.A. en que tanto en los contratos de distribución como en los documentos denominados actas de transacción y conciliación, aportados con la contestación de la demanda, CELCOSTA LTDA, renunció a reclamar a COMCEL S.A. las prestaciones propias de la agencia comercial, prestaciones que conforme a la jurisprudencia, se estipulan en interés particular y son renunciables antes de la terminación del contrato. Esa renuncia no ha sido puesta en discusión con la demanda y la propia parte demandante la confiesa cuestionando únicamente su validez, lo que debe dirimirse.

3.8 "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL",

Scanned with CamScanner

Que la empresa COMCEL S.A. cumplió con loa acordado en los distintos contratos de distribución, así como en sus diversos y subsiguientes otrosíes.

3.9 "PAGO DE TODAS LAS OBLIGACIONES A CARGO DE COMCEL"

Que COMCEL S.A. pagó todas las comisiones tanto por activación como por residual e incluso en forma anticipada una eventual indemnización o cualquier suma de dinero que por cualquier circunstancia llegare a deber en cuantía de 20% del reconocimiento de los valores que le eran cancelados a la demandante y que de allí que si se encontrasen razones por el despacho para acceder a cualquier indemnización, la misma debe tenerse por satisfecha. Lo mismo ocurrió con los pagos COOP, giros convenidos entre las partes, sobre los que no existe duda por la demandante.

3.9 "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET"

La Buena fe como principio general, ocupa un lugar preponderante en nuestra juridicidad. Ella impone a las partes la obligación de desplegar un comportamiento probo y leal entre ellas con el fin de garantizar la satisfacción de los intereses que cada uno de ellos en la celebración de un contrato. CELCOSTA LTDA ejerció actos que generaron confianza en su contraparte para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse a las sumas que ahora pretende cobrar por demanda, así como también había señalado su renuncia a la supuesta cesantía comercial. En cambio con la demanda, busca irse contra sus propios actos lo que no puede ser admisible por el juzgado, so pena de poner en peligro la buena fe y la probidad de todo comerciante.

3.10 "COMPENSACIÓN"

La cual funda COMCEL S.A. en el evento de que se le llegase a condenar para que se tengan en cuenta no solo las sumas que CELCOSTA adeuda a COMCEL S.A., las sumas que ha retenido indebidamente, sino aquellas que se derivaron de penalizaciones y sanciones originadas conforme a los términos

El contrato se terminó además conforme al artículo 2469 y 2483 del Código Civil, esto es con once (11) actas de transacción y conciliación celebradas con corte, la primera el veintiocho (28) de octubre de dos mil cinco (2005), y la número once el dos (2) de diciembre de dos mil nueve (2009) , donde las partes transaron sus diferencias, y consecuentemente, dotaron dicho acuerdo con la fuerza de cosa juzgada, en la medida en que renunciaron expresamente al ejercicio de cualquier acción encaminada a desconocer los efectos del pacto de transacción. La actual demanda es temeraria por ausencia de respaldo legal o contractual.

Con tales actas se agotó el contenido de las cláusulas compromisorias por cuanto no solo se arreglaron amigablemente las diferencias que surgían en determinados momentos, sino que además descartaron un eventual litigio, al evitar que surgiera controversia sobre los puntos tratados como fue el deseo de ambas partes, circunstancia que constituye otra razón para que las pretensiones declarativas y de condena que ahora se impetran por esta demanda sean despachadas adversamente.

Al amparo de los contratos de transacción deben entenderse liquidada cualquier controversia de tipo patrimonial derivada del contrato de distribución celebrado, desde el 7 de mayo de 2003 al 6 de agosto de 2010.

3.5 "AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE."

Frente a la ineficacia invocada debe aquella cumplir los requisitos para su configuración, esto es la imposición de una de las partes, que hubiera generado un desequilibrio contractual, y que esta situación consituya una violación de la buena fe negocial, así como el deber de lealtad y probidad que deben desplegar las partes.

Que ninguno de los tres requisitos se encuentra presente en el caso pues las condiciones de abusividad de una estipulación se deben ver bajo la óptica de las relaciones comerciales analizadas, esto es partiendo de que los distribuidores son comerciantes con experiencia que no pueden excusarse bajo nociones que le son propias y predicables a los consumidores y a los profanos en estos asuntos.

los agentes la obligación de digitar la totalidad de activaciones en lapsos de tiempo imposibles de cumplir cuando había promociones especiales, y de esta forma no pagaba las comisiones por venta fuera del plazo, sin perjuicio de que la línea así activada si aprovechaba a COMCEL.

2.14 Que redactó a su arbitrio el acta de liquidación del contrato y negó pagos ya causados.

2.15 En cuanto a los hechos que soportan la nulidad de varias estipulaciones abusivas del contrato refirió la cláusula 4, la cláusula 12, 15,18 30, anexo A, y el DOCUMENTO DE TERMINACIÓN en especial los ordinales 4° y 5° bajo el acápite ACUERDAN.

2.16 Que en cuanto a la terminación del contrato a pesar de que fue CELCOSTA quien lo dio por terminado COMCEL lo determinó y redactó, no atendió las glosas y observaciones del acta de liquidación que le hizo CELCOSTA, y reconoció qsue debía por concepto de comisiones la suma de $15.564.327,oo mcte, los cuales no canceló.

Sustituida la anterior demanda para precisar y dar alcance a la prueba pericial, el juzgado Once (11°) Civil del Circuito da curso a la sustitución mediante proveído del 7 de mayo de 2013.

2. Enterada en debida forma la empresa demandada, COMCEL S.A., a través de apoderado según acta de notificación personal vista al folio 256 del c. 1, recurrió tanto el admisorio inicial como el de la sustitución por ausencia del juramento estimatorio. Subsanado este aspecto por la parte accionante, el juzgado 11 Civil del Circuito vuelve a admitir la demanda por medio de auto del 4 de diciembre de 2013.

3. La demandada COMCEL contestó el libelo, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones de mérito, (fls. 1 a 63, C. 1 A):

3.1. "PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS SUPUESTOS CONTRATOS DE AGENCIA COMERCIAL". En concepto de la demandada, cualquier acción orientada a buscar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de COMCEL S.A. , tales como el pago de comisiones, debe tenerse por prescrita teniendo en cuenta que el término para que aquella pudiese presentarse era su exigibilidad, según el artículo 2535 del Código Civil. Y en ese orden no era necesario esperar la terminación del contrato para discutir su

ÚNICA: En el eventual caso que el Despacho no acceda a declarar que entre COMCEL y CELCOSTA, se celebró un CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, solicito, en subsidio, que se declare que, cualquiera que haya sido la naturaleza del contrato que vinculó a las partes, se acceda favorablemente a las pretensiones que a continuación señalo:

a) Todas las pretensiones referidas al incumplimiento del contrato.
b) Todas las pretensiones referidas a la declaratoria del abuso contractual, a la consiguiente indemnización y a la declaratoria de nulidad, invalidez o ineficacia de varias estipulaciones contractuales.
c) Todas la pretensiones referidas al pago de los perjuicios derivados de la terminación del contrato, imputables a la demandada
d) La pretensión única de condena en costas

Por lo anterior, y para todos los efectos legales, reitero todas y cada una de dichas pretensiones". (fls 214 a 219, c.1)

2. Sirven de sustento a las pretensiones, los argumentos fácticos que a continuación se sintetizan, pues la parte demandante los clasificó en aquellos relativos a las partes, la naturaleza jurídica y la ejecución de la relación contractual, a los referidos al incumplimiento contractual por parte de COMCEL, a los referidos al abuso contractual, a la nulidad de varias estipulaciones abusivas del contrato y a los referidos a la terminación unilateral del contrato con justa causa imputable a COMCEL (fls. 208 a 214, C. 1). Para resumir los fundamentales tenemos los siguientes:

2.1. Que COMCEL es una sociedad mercantil cuyo objeto es la prestación y comercialización de servicios de telefonía móvil celular.

2.2 Que se fusionó con CELCARIBE S.A en año 2004 por lo que todas las obligaciones adquirida con ésta son exigibles a COMCEL

2.3 Que CELCOSTA es una sociedad mercantil cuyo objeto es la comercialización del servicio de telefonía celular.

2.4 Que entre CELCOSTA Y CELCARIBE se trabó la relación contractual proforma, que es objeto de esta demanda, el 7 de mayo de 2003.

IV.I DECLARATIVAS

1. *Que, como consecuencia de la declaración de incumplimiento contractual por parte de COMCEL, se declare que CELCOSTA tuvo una justa causa imputable a COMCEL, para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial que ejecutaron las partes.*

IV.II DE CONDENA

1. *Que, como consecuencia de la terminación del contrato por JUSTA CAUSA imputable a COMCEL, se condene a la convocada a pagar a favor de CELCOSTA, la suma de DOSCIENTOS CIENCUENTA MILLONES DE PESOS ($250.000.000) o la suma de dinero cuya cuantía se demuestre dentro del proceso, por los precisos conceptos a que se refiere la indemnización equitativa establecida en el inciso 2° del art. 1324 del Código de comercio, teniendo en cuenta que las citas que han de servir de base para determinar el monto de esta indemnización, deben ser traídos a valor presente a la fecha en que se realice el correspondiente cálculo y atendiendo a los principios de REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD, y con observancia de los criterios técnicos actuariales, todo ello consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.*

2. *Que sobre la suma correspondiente a la indemnización anterior se condene a COMCEL a pagar a favor de mi representada CELCOSTA, los intereses de mora a la tasa máxima mensual establecida por la ley comercial o a la tasa máxima causada conforme el despacho considere, desde cuando la obligación se hizo exigible y hasta cuando se verifique el pago efectivo o desde la fecha que el tribunal de arbitramento considere procedente.*

3. *Que se condene a COMCEL a pagar a favor de la demandante CELCOSTA los perjuicios MATERIALES que se le causaron a ésta por el hecho de la terminación anticipada del contrato de Agencia Comercial por JUSTA CAUSA imputable a COMCEL, perjuicios que se concretan así:*

A. DAÑO EMERGENTE:

CELCOSTA que disminuyeron sus comisiones por ACTIVACIÓN, descontadas desde el 1° de enero de 2007 y hasta la terminación del contrato, la suma de QUINIENTOS VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS ($523.302.055) o la suma que por este concepto resulte probada dentro del proceso.

c) *Comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato, la suma de QUINCE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS ($15.564.327), o la suma que por este concepto resulte probada dentro del proceso.*

d) *Que se condene a COMCEL a pagar a CELCOSTA la suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($13.599.372) por las devoluciones de IVA ene l caso de las comisiones descontadas y no pagadas.*

2. *Que se condene a COMCEL a pagar a CELCOSTA sobre las sumas anteriores los intereses de mora a la tasa máxima mensual establecida por la ley comercial o a la tasa máxima causada conforme el Despacho considere, desde cuando la obligación se hizo exigible y hasta cuando se verifique el pago efectivo.*
3. *Que se condene a COMCEL a pagar a CELCOSTA, subsidiariamente, las sumas correspondientes debidamente indexadas o traídas a valor presente, si el Despacho no considera procedente la condena por los intereses de mora.*

III. En cuanto al abuso contractual a la declaratoria de nulidad de varias estipulaciones del contrato.

III.I DECLARATIVAS

1. *Que se declare que, el contrato suscrito por las partes, era un CONTRATO DE ADHESIÓN , predispuesto por COMCEL.*
2. *Que declare que, en virtud a la cláusula de exclusividad, COMCEL era la única empresa operadora de telefonía móvil celular a la cual CELCOSTA podía prestarle sus servicios.*
3. *Que se declare que COMCEL tenía una posición de dominio contractual frente a CELCOSTA.*

3. *Que se declare que COMCEL en los pagos que hizo a CELCOSTA, no pagó un veinte por ciento (20%) "con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL, incluyendo las prestaciones de que trata el artículo 1324 del código de Comercio.*

I.II DE CONDENA

1.Que se condene a COMCEL a pagar a CELCOSTA, teniendo en cuenta la totalidad de las comisiones, bonificaciones, regalías, descuentos o utilidades en general, recibidas y que ha debido recibir de COMCEL durante toda la ejecución del contrato, la suma de MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (1.228.874.750) o la suma de dinero cuya cuantía se establezca dentro del proceso, por concepto de la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de comercio.

2. Que se condene a COMCEL a pagar a CELCOSTA, subsidiariamente, para el evento en que el Despacho no considere procedente la condena en intereses de mora, la suma correspondiente a la cesantía comercial, debidamente indexada o traída a valor presente.

3. Que se condene a COMCEL a pagar a CELCOSTA, subsidiariamente, para el evento en que el Despacho no considere procedente la condena en intereses de mora, la suma correspondiente a la cesantía comercial, debidamente indexada o traída a valor presente.

II. En cuanto al incumplimiento contractual por parte de COMCEL

II.I DECLARATIVAS

1. *Que se declare que COMCEL incumplió el contrato por no suministrar las bases de datos sobre las cuales pagaba las comisiones por RESIDUAL, conforme estaba obligada contractualmente.*
2. *Que se declare que COMCEL incumplió el contrato por no pagarle a CELCOSTA completas las comisiones por RESIDUAL.*
3. *Que se declare que COMCEL incumplió el contrato al modificar unilateral y discrecionalmente el régimen de penalizaciones previsto en*

3.4. En cuanto a que la demandada abusó de su posición contractual, o hubo ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas de los contratos.

Ya se vio que la parte actora no demostró que al "participar en el tráfico de bienes y servicios" con Comcel, ésta última le impuso su voluntad para la suscripción de los acuerdos, cuando lo que hizo fue autorregular "sus intereses, en desarrollo de la **autonomía privada**", y que más bien esos acuerdos lo que muestran es el genuino propósito de los contratantes, ni que la incorporación de esas cláusulas estuvo motivada por condicionamientos subjetivos que de alguna manera comprometieron esa autonomía de la voluntad y la libertad de disposición de la sociedad demandante, tales como error, fuerza, dolo, etc., lo que impide acoger igualmente esa pretensión.

Por último, destaca la Sala que los apelantes abandonaron la sustentación de los reparos concretos fundados en que: (i) si otros escenarios judiciales concluyeron estar en presencia de un "contrato de agencia comercial", aquí debían correr la misma suerte, sin perjuicio del **decreto oficioso de pruebas** para acreditarlo; (ii) no fue afortunado el argumento del fallo de primer grado en cuanto reprochó la falta de registro del contrato en el registro mercantil conforme al artículo 1320 de. C. de Co., y (iii) que el representante legal de Comcel, al momento de rendir su interrogatorio, faltó a la verdad, pues negó ser cierto que la relación comercial que los unió fue de adhesión, cuyos ataques, en todo caso, no fueron suficientes para derruir los fundamentos de la sentencia recurrida, por todo lo dicho en líneas precedentes.

En conclusión, como los demandantes no probaron en los términos del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, los hechos que soportaron sus pretensiones declarativas concernientes a la "naturaleza y condiciones de ejecución contractual", el "incumplimiento contractual", la "terminación unilateral del contrato" y el "abuso de la posición contractual dominante, de derechos y prerrogativas pactadas a favor de sí mismo por parte de Comcel y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato" y, por obvias razones, tampoco las pretensiones de condena por depender de las primeras, se impone confirmar la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la

realizaba, para después constatar si en su momento se pagaron todas las comisiones o quedaron algunas pendientes, pero esa certeza no se encuentra en el expediente, carga demostrativa que recaía sobre la parte demandante y que –ser reitera- impide la prosperidad de esa pretensión"[18].

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

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

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

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

---

[18] TSB. Sala Civil, fallo de 20 de junio de 2019, exp. 44 2015 00415 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

> "sus intereses, en desarrollo de la autonomía privada, mediante la celebración específica de negocios jurídicos que, de ordinario, son el fiel reflejo de la inequívoca intención -o querer- que tienen aquellas de vincularse en una determinada operación jurídico-negocial, disciplinada o no expresamente por la ley" y "deba el hermeneuta atenerse más a la intención de aquellos que al tenor literal de tales estipulaciones (arts. 1602 y 1618 del C.C.) (...) Por eso es que la ley señaló como primer criterio en punto a la hermenéutica contractual -siguiendo el señor Bello el referido plan desarrollado por R.J. Pothier-, que la intención de los contratantes prevalece sobre el texto (art. 1618 C.C.)"[16].

3.3.2. La parte actora tampoco acreditó el incumplimiento de Comcel en el pago de las comisiones por activación y residual, bonificaciones e incentivos, o la provisión de anticipos o indemnizaciones.

Ello, por cuanto la "**experticia financiera**" que aportó la parte actora obrante a folios 3 a 58 del cuaderno 1C (medio de prueba que permite el artículo 165 del CGP), tendiente a dilucidar esos propósitos, con la que según los recurrentes podrían "ilustrar la envergadura de la operación de Conexcel, los perjuicios causados por Comcel y las cuantificaciones y metodología de cálculo", como bien lo sostuvieron sus apoderados en escrito de 29 de enero de 2018 (fl. 120, ib.), "**no pudieron ser aportadas o solicitadas**" en las "oportunidades probatorias", lo que depara en que no pueda ser valorada, en tanto toda "decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y **oportunamente allegadas al proceso**" (artículo 164 del CGP).

Aunque pudieran tenerse en cuenta los montos que recogió esa experticia, no existe soporte probatorio de ellos, al punto que la firma que lo elaboró no mencionó siquiera que acudió a los libros de contabilidad de Conexcel a través de la exhibición de los mismos prevista para ese tipo de documentos, como medio adecuado para recaudar la prueba.

---

[16] C.S.J. sentencia de 14 de agosto de 2000. Exp. 5577.

Así se colige de las cláusulas 28 y 30 de los contratos de 20 de junio de 2006, según las cuales: "Este nuevo acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo reemplaza todos los acuerdo anteriores, si los hubiere", lo que permite establecer que los términos de la misma se rigieron para todo el país, a partir de su firma y de manera exclusiva por los acuerdo de 2006.

Esa quizás la razón por la que desde la demanda la parte actora haya dado cuenta que "la **denominación otorgada a los documentos suscritos, las partes ejecutaron un solo contrato sin solución de continuidad de agencia comercial**" (hecho 3.4. de la demanda; fl. 826, cdno. 1B).

3.3. Los reparos concretos que las demandantes argumentaron frente al fallo de primera instancia, permiten afirmar que el estudio de la Sala está circunscrito a determinar si de esos negocios jurídicos (de 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006) resulta dable señalar que fueron de adhesión y si se probó que la demandada los incumplió, para reconocer las "comisiones, residual", "anticipos", al igual que las prestaciones que regula el artículo 1324 del C.Co.

La respuesta es negativa, porque con prescindencia de que la Sala pueda considerar que en este caso se configuraron los elementos de la agencia comercial que prevé el artículo 1317 del Código de Comercio, esto es: independencia, autonomía, actuación en nombre y por cuenta del empresario, promoción y estabilidad, lo cierto es que la parte actora no probó, como era de su incumbencia conforme lo regula el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, que los reseñados acuerdos fueron de **adhesión.**

No olvida la Sala el reparo concreto que al unísono sustentaron las apelantes al pretender deducir para su opositora los efectos que consagran los artículos 95 y 211 del CGP, por la contestación extemporánea (aunque para soportar la nulidad que atrás se estudió considerara lo contrario) y la ausencia de objeción al juramento estimatorio; sin embargo, ya esta Sala ha considerado que

> "las conductas endoprocesales que pudieran presentarse al tenor de lo previsto en los artículos 97, 241 y 206 del CGP por su omisión **en contestar la "demanda...",**

Además, aunque ante el Tribunal Conexcel evocó tangencialmente los numerales 5° y 6° del artículo 133 del CGP, no puede pasarse por alto que Conexcel carece de legitimación para proponerla porque ella debe alegarla la persona afectada (artículo 143 del CPC, hoy 135 del CGP), en este caso Comcel S.A.

En todo caso, téngase en cuenta que mediante proveído de 14 de enero de 2016, el *a quo* sí hizo mención a la extemporaneidad de la formulación del aludido medio horizontal al haberse presentado hasta el 1° de septiembre de 2015, cuando debía hacerlo a más tardar el 26 de agosto anterior (fls. 964, cdno. 1B), postura que mantuvo incólume en auto de 18 de abril de 2016 al rechazar el incidente que para ese propósito presentó la interesada (Comcel), entre otras razones, porque con ese proceder, la interesada, se itera, Comcel, la saneó en los términos del artículo 144, numeral 4° del CPC, a lo que agregó que en la audiencia de conciliación evacuada el 6 anterior, lo que se pidió el apoderado de la demandada fue una suspensión de mutuo acuerdo y nada más (fl. 9, cdno. inc. nul.).

Es más, en audiencia celebrada el 15 de enero de 2018, la apoderada de la hoy parte recurrente fue quien pidió negar la nulidad invocada por su opositora porque tal pedimento ya había sido "objeto de pronunciamiento por parte del despacho", pues "la reposición [contra el auto admisorio] **fue promovida fuera de tiempo**" (fl. 1246, cdno. 1B), de suerte que un planteamiento contrario a esa manifestación, raya con la **lealtad** a que alude el artículo 78 del CGP, razón por la cual no prospera el último de sus reparos concretos.

3.2. En cuanto a si resulta viable estudiar las pretensiones con soporte en los contratos de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (de la Costa Caribe) y los dos convenios de "datos para todo el país" y "de servicio y distribución de equipos BlackBerry" de 20 de junio de 2006, debe decirse lo siguiente:

Tiene que admitirse que los demandantes probaron la existencia de los aludidos contratos, pues de ellos dan cuenta los

jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[13].

2. En el caso que se analiza, quedaron al margen de la discusión los razonamientos que tuvo la primera instancia para, con fundamento en los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral de 9 de mayo de 2011, relevarse de estudiar las pretensiones tendientes a obtener: **a)** el reconocimiento de la cesantía comercial que regula el artículo 1324 del C. de Co., **b)** el levantamiento de los gravámenes hipotecarios reclamados y **c)** las comisiones o pagos no reconocidos por la demandada, que soportaron en los contratos (provistos de cláusula compromisoria) de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999, en la medida en que, en estrictez, ningún reproche formularon, todo lo cual limita al Tribunal en los términos que establecen el precepto y la jurisprudencia en cita.

3. Hechas estas precisiones, corresponde ahora resolver los reparos concretos formulados por los apelantes.

Para cumplir con ese propósito, el Tribunal abordará **primero**, por orden lógico, las alegaciones que formuló Conexcel, relacionadas con la existencia de una nulidad constitucional; en **segundo** lugar, si resulta viable estudiar las pretensiones con soporte en los contratos de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (de la Costa Caribe) y los dos convenios de "**datos** para todo el país" y "de servicio y distribución de equipos BlackBerry" de 20 de junio de 2006; en **tercer término**, si de los negocios jurídicos a estudiar resulta dable señalar que fueron de adhesión, si se probó que la demandada los incumplió, para reconocer las "comisiones, residual", "anticipos", al igual que las prestaciones que regula el artículo 1324 del C.Co. y, **por último**, si la demandante probó que su opositora abusó de su posición contractual, o si hubo ineficacia y nulidad –en

[13] "el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.)." (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

5.2. Aponte Villamil.

(i) Comcel no contestó la demanda y la primera instancia pretermitió calificar esa conducta en la sentencia como indicio grave, conforme lo prevén los artículos 95 del CPC, 97 y 280 del CGP.

Como el representante legal de Comcel confesó en su interrogatorio que eran tres las zonas comerciales en las que operaba: Costa Atlántica, Oriente y Occidente, al haberse resuelto por el Tribunal Arbitral respecto de estas últimas que hubo un contrato de agencia comercial, debió en este asunto colegirse lo mismo en torno a la primera (fl. 454, cdno. 1C).

Sostuvo que el contrato de la Costa Atlántica, por ser vinculante para las partes y con fuerza de cosa juzgada, debió correr la misma suerte que en el laudo arbitral de 9 de mayo de 2011 que encontraron acreditado el convenio de agencia comercial en las zonas de Oriente y Occidente.

(ii) Interpretación de las cláusulas del contrato *sub júdice* por las de los otros convenios celebrados entre las mismas partes sobre la misma materia (artículo 1622 del C.C.).

Igualmente, trajo a cuento el mismo soporte que su codemandante, esto es, que los elementos del contrato de agencia se configuraron y que debía acudirse al principio de contrato realidad que resolvía la antinomia y la recta calificación de ese negocio (fl. 457).

Destacó la confesión del representante legal de Comcel al señalar que los dineros provenientes de las actividades y del consumo de tiempo al aire de los clientes activados por Conexcel, sí entraron al patrimonio de la demandada, quien además asumió los riesgos y determinó las condiciones de selección de los abonados o clientes que la demandante podía vincular a los servicios de telefonía móvil celular (fls. 459 y 460, cdno. 1C).

Señaló que no fue afortunado el argumento del fallo de primer grado en cuanto reprochó la falta de registro del contrato en el registro mercantil conforme al artículo 1320 de. C. de Co., pues ello

Sobre este último aspecto (interpretación de los contratos), la juzgadora, con soporte en los artículos 1602, 1603 y 1618 del C.C. y la jurisprudencia, insistió en que "las partes se sujetaron a un clausulado convenido conjuntamente como contrato de distribución", lo que impedía interpretar de manera diferente lo que "literalmente [allí] se consignó" (fl. 277), so pena de atentar contra la buena fe contractual y la autonomía de los particulares.

Resaltó que no por el hecho de que la justicia arbitral hubiere colegido estar en presencia de contratos de agencia comercial, aquí tenía que arribarse a la misma conclusión, máxime cuando ni siquiera se allegaron "todos los contratos celebrados" (fl. 278), lo que por contera impedía analizar si se configuraron los elementos de la agencia comercial.

Agregó que no se acreditaron los presupuestos para la configuración del contrato de agencia comercial y, por ende, desvirtuar el de distribución, las pretensiones subsidiarias (se infiere que la declaración de "ineficacia" y "nulidad absoluta" de algunas cláusulas de las tres convenciones allegadas con la demanda); que junto al acuerdo de "distribución suscrito" con Comcel, "no nació una relación de agencia comercial exclusiva", pues lo que involucró fue la "reventa de los productos" de la pasiva y el riesgo económico lo corría la demandante, sin que las comisiones, anticipos y bonificaciones pactadas -que por cierto ya habían sido pagadas-, involucraran un cambio de convenio.

5. Los recursos de apelación.

Con el propósito de que sea revocada la sentencia y se acceda a las pretensiones, las demandantes plantearon los siguientes reparos concretos:

5.1. Conexcel.

(i) Se encuentran acreditados los elementos esenciales de un contrato de agencia comercial (que regula el artículo 1317 y ss. del C.

3. Una vez enterado del proceso, Comcel, en forma extemporánea[9], excepcionó: **a)** *"falta de competencia de la jurisdicción civil ordinaria para pronunciarse sobre laudos arbitrales o asuntos denegados en la justicia arbitral. Existencia de cosa juzgada. i. Existencia de cosa juzgada sobre las controversias referentes a los contratos que Conexcel suscribió con Occel y Comcel para las regiones oriental y occidental; ii. Existencia de cosa juzgada sobre lo referente a las hipotecas y pagarés"*; **b)** *"falta de legitimidad de la sociedad Aponte Villamil Zuluaga y Cía. S. en C. contra Comcel. Inexistencia del contrato de agencia comercial"*; **c)** *"prescripción"*; **d)** *"novación y prescripción sobre los contratos suscritos entre Conexcel y Celcaribe"*, y **e)** *"transacción"* (fls. 1166-1183, cdno. 1B).

4. La sentencia de primera instancia.

La juez negó las pretensiones de la demanda, porque la parte actora no demostró la característica haber actuado siempre como "representante o agente de la demandada, en función de conquistar un mercado para el productor y por cuenta de éste", como tampoco podía pronunciarse en torno al levantamiento de las [17] hipotecas (fl. 279, cdno. 1C).

Para ello, comenzó por recordar los "efectos de cosa juzgada" de todo laudo; luego, con miramiento en el que fuera proferido el 9 de mayo de 2011 [corregido el 1° de junio siguiente] obrante a folios 289 a 325 del cdno. 1 y 371 a 697 del cdno. 1A[10], y para resolver los temas a atinentes al: ***(i)*** reconocimiento de la cesantía comercial que regula el artículo 1324 del C. de Co. y ***(ii)*** levantamiento de los gravámenes hipotecarios reclamados, sostuvo que tales pretensiones, edificadas en los contratos de 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999 [tendientes a promover la "prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comcel" y la "comercialización de otros productos y servicios de la demandada"] suscritos entre los aquí contendientes, no era "dable a esta juzgadora volver sobre el punto", menos cuando lo ambicionado es valorar

---

[9] formuló recurso de reposición contra el auto admisorio fundado, de un lado, en que este litigio era inviable porque sus pretensiones ya habían sido resueltas en dos laudos arbitrales (de 9 de marzo de 2011 y 12 de junio de 2015), es decir, hubo cosa juzgada, y de otro, porque la cláusula compromisoria inmersa en buena parte de los contratos fundamento de esta acción, le impedía a la jurisdicción ordinaria resolver la controversia (fls. 940 - 942, cdno. 1B).

[10] Controversia de la cual conocieron los árbitros Luis Fernando Alvarado, Sergio Rodríguez Azuero y Nicolás Gamboa.

que le fueron entregadas por Conexcel y que cualquier suma para ese propósito sea cancelada por su oponente, y **c)** pagarle a Conexcel y a Aponte Villamil el valor de los perjuicios causados con motivo de la renuencia a levantar los aludidos gravámenes y los intereses moratorios por las sumas causadas, con la consecuente condena en costas.

2. Para soportar su demanda, Conexcel y Aponte Villamil adujeron que el 16 de enero de 1997 la primera celebró con Comcel S.A. (hoy Claro S.A.) un contrato de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) hasta el 13 de enero de 2010, convención respecto de la cual, junto con las suscritas el 26 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999, "**ya se pronunció el Tribunal de Arbitramento Conexcel S.A. vs." Comcel** (fl. 826, cdno. 1B).

Que también fueron suscritos contratos para similar propósito el 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000[8] y 3 de abril de 2003, entre Conexcel y Celcaribe S.A. (hoy Claro S.A.); en agosto de 2002 Comcel y Conexcel suscribieron contrato de **comercialización de control de datos;** y el [2]0 de junio de 2006 signaron otros para: **(i) la prestación de servicios suplementario de transmisión de dato dentro de la banda de comunicación celular,** y **(ii) la distribución de equipos *Blackberry Handheld*** (fl. 826, cdno. 1B); sin embargo, se trató de una sola convención de agencia comercial, que se caracterizó por: promocionar los productos de Comcel, recibo de comisiones, residuales, anticipos, bonos, bonificaciones y subsidios, como remuneración por la promoción; Conexcel tenía su propia infraestructura como empresario independiente; antes de la terminación de su relación negocial (26 de enero de 2010), no hubo penalidad alguna por parte de la demandada.

Que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Conexcel, ésta firmó como garantía múltiples pagarés en blando con carta de instrucciones; ambas demandantes otorgaron hipotecas abiertas sin límite cuantía a su opositora respecto de los 17 inmuebles relacionados a folio 827 y 827 del cdno. 1B; Conexcel fue

[8] Ver folio 196, cdno. 1.

pagar las digitadas por fuera del plazo; **n)** hacer pasar como transigidos temas no discutidos en las actas de transacción; **ñ)** redactar a su arbitrio el acta de liquidación del contrato e incumplir el pago de los subsidios de arrendamiento; **o)** no pagar los subsidios de arrendamiento, y **p)** no allanarse a cancelar en tiempo las hipotecas que gravaron los 17 inmuebles de las demandantes, lo que debió ocurrir una vez se terminó el contrato entre las partes (fls. 834 - 836, cdno. 1B).

1.2.3. En el tercer capítulo sobre la "***terminación unilateral del contrato***", pidió declarar:

a) Que Conexcel terminó el contrato con justa causa; por ende, Comcel debe reconocer y pagar la prestación del inciso 2° del art. 1324 del C.Co.; **b)** que el agente ejerció el derecho de retención y privilegio en los términos del artículo 1326 *ibídem*; **c)** que Comcel perdió la facultad de aplicar penalizaciones y descuentos desde el 13 de enero 2010; **d)** que el acta de liquidación que Comcel elaboró, no puede considerarse definitiva, ni presta mérito ejecutivo, ni puede servir de fundamento para diligenciar los pagarés en blanco, ni hacer efectivas las 17 garantías hipotecarias constituidas para respaldar los saldos pendientes a cargo del agente, por lo que debe cancelarlas y el costo que de ello se derive; y **e)** que Comcel no tiene cartulares suscritos por Conexcel ni Aponte Villamil y de tenerlos, debe devolverlos por no existir obligación alguna de su parte (fls. 837-838, cdno. 1B)

1.2.4. En el cuarto capítulo sobre el "***abuso de la posición contractual dominante, de derechos y prerrogativas pactadas a favor de sí mismo por parte de Comcel y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato***", pidió declarar:

1.2.4.1. Que por la exclusividad pactada, Conexcel no podía prestar sus servicios de comercializar telefonía móvil celular y distribución de aparatos telefónicos y atención de postventa a una persona distinta de Comcel, quien asumió una posición dominante durante toda la vigencia del contrato, de la cual abusó en su celebración y ejecución, razón por la cual pide la "**ineficacia, nulidad absoluta o invalidez**", de varias **cláusulas** de todos los

1.2. Pretensiones declarativas.

1.2.1. En el primer capítulo sobre "***naturaleza y condiciones de ejecución contractual***", pidió declarar:

a) La "celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato celebrado entre Comcel y Conexcel", salvo lo "resuelto" o "reconocido por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre"[5] ellas; **b)** que entre Comcel, como "agenciado", y Conexcel, como "agente", se celebró un convenio de "agencia comercial para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comcel" y la "comercialización de otros productos y servicios de la demandada; **c)** que, en consecuencia, se reconozca a Conexcel la prestación del inciso 1° del artículo 1324 del C.Co.; **d)** que el contrato fue de adhesión y debe interpretarse con base en los artículos 1624 del C.C., 822 del C.Co., 95 y 333 de la Constitución; **e)** que la relación contractual se integró por las convenciones celebradas el 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998, agosto de 2002 y 20 de junio de 2006 entre Conexcel y Comcel; **el 27 de julio de 1999[6], 11 de mayo de 2000[7], 13 de abril de 2002, 3 de abril de 2003 por Conexcel y Comcel** (antes Celcaribe) y el 5 de octubre de 1999 entre Conexcel y Occel S.A. (luego Comcel, hoy Claro); **f)** que el vínculo se extendió de 16 de enero de 1997 a 13 de enero de 2010, o cuando acá la justicia disponga; **g)** que Conexcel terminó de manera unilateral el acuerdo, por causa imputable a su opositora;

h) que Comcel no le pagó, de un lado, el 20% del valor adicional sobre remuneración (con inclusión de comisiones, residual o cualquier otra retribución), sino que sobre el 100% de ellas hizo una imputación irreal; de otro, no se le pagó "ningún anticipo para cubrir cualquier pago, indemnización o bonificación" causados a la culminación del acuerdo y, además, que le cancele el 20% del valor de las comisiones por activaciones, por residual u otras retribuciones, destinadas a cubrir anticipadamente el valor de cualquier prestación, bonificación e indemnización que deba pagar el demandado; **(i)** que

---

[5] Se trata del laudo de 9 de mayo de 2011 y su complementación de 1º de junio siguiente, proferido por los árbitros Sergio Rodríguez Azuero, Luis Fernando Alvarado Ortiz y Nicolás Gamboa Morales; folio 831, cdno. 1A.
[6] Fl. 136, cdno. 1.
[7] Ver folio 196, cdno. 1.

280

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, , administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR ÍINTEGRAMENTE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante APNTE VILLAMIL ZULUAGA Y CIA EN C. y CONEXCEL S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $ 8'000.000.- .

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La Jueza,

AURA ESCOBAR CASTELLANOS

República De Colombia
Rama Judicial Del Poder Público
Juzgado Civil del Circuito
de Bogotá, D. C.
POR ESTADO
El anterior auto se notificó por estado
Nº. 110 Fecha: 20 SET. 2019
Secretaria (o):

Y lo anterior atendiendo al principio de la buena fe contractual y la autonomía de los particulares según los cuales los intervinientes se sujetan a lo acordado en la forma y términos del contrato inicial. Intentar cambiar las condiciones de una contratación con posterioridad a su culminación atenta directamente contra aquellos principios.

Ahora bien, sostener que con base en pronunciamientos arbitrales anteriores, que analizaron contratos similares, de los que si se derivó la existencia de agencia no es siquiera viable en contratos, que por muy similares que parezcan y se hayan pactado entre las mismas partes, no lograron probar en este escenario la existencia indubitable del contrato de agencia. Ausente como se encuentra incluso la prueba de todos los contratos celebrados y la ambigüedad de las argumentaciones tendientes a desvirtuar lo expresamente pactado impiden resultados similares o iguales.

De allí entonces que una consideración dirigida a cuestionar un tipo de contratación convenida claramente debe suponer una incertidumbre por lo menos entre lo que se quiso decir y lo que efectivamente quedó plasmado en el contrato. O la evidencia de que en la ejecución del contrato mismo lo que se pactó como distribución configuraba plenamente los elementos de la agencia, pero nada de ello se pudo probar en el expediente. Si acaso se puede advertir que seguramente pudo tener elementos de la agencia pero que no por ello se convierte o ha de entenderse como tal.

Y a esta conclusión se llega, tras valorar como se advirtió los elementos probatorios oportunamente allegados, toda vez que no hay evidencia que dé cuenta que las actuaciones comerciales que realizó la empresa demandante para promover el objeto social del productor, en la forma que lo exige la agencia comercial: *"una actividad permanente de intermediación frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ampliarlo..."*[7].

Al cariz de lo expuesto, se concluye, como se anticipó, que el contrato de distribución base de las pretensiones principales no puede calificarse como de agencia comercial, puesto que como se vio se trató de un pacto para la reventa de los productos de la pasiva, donde el riesgo económico lo corría la

---

[7] *"Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda., vr. FiberGlass Colombia S.A. Laudo Arbitral del 19 de Febrero de 1997". SUESCÚN MELO, Jorge. "Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo". Tomo II. Segunda Edición. Editorial Legis, 2005, pág. 461.*

aún , cuando se excluyó conjuntamente la figura de agencia y la empresa actora CONEXCCEL no demostró actuar por cuenta de su contraparte.

La interpretación de los contratos.

Parte el despacho, de la regla consagrada en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil en cuanto al carácter vinculante interpartes de lo convenido entre ellas dentro de la relación comercial. Rezan estas normas:

"ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*

ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."*

El artículo 1618 del Código Civil señala que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al **sentido literal de sus cláusulas**. Por su parte, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Sobre el alcance y la interpretación de la voluntad de las partes en los contratos ha dicho la H.Corte Suprema de justicia:

"Las similitudes entre las múltiples formas de colaboración que se pueden concertar para la expansión de los mercados, ya sea que busquen fortalecer actividades de distribución, comercialización o promoción, e incluso todas ellas en conjunto, quedan atemperadas por los aspectos puntuales que las diferencian y que se constituyen en la mejor manera de comprobar la verdadera voluntad de los contratantes, cuando se les otorga una denominación que no corresponde o son el producto de actos originados en acuerdos verbales entre las partes.

"Desde esa óptica, si entre un empresario y un intermediario, cualquiera

estos nuevos convenios.

Elemento primordial como lo precisó la jurisprudencia transcrita, es la actuación por cuenta ajena. Tuvo CONEXCEL S.A. que actuar por cuenta de COMCEL para beneficio de esta última como finalidad última y principal del contrato pactado, sin embargo, observa el despacho en el numeral 3., de los contratos allegados la siguiente convención:

"CLAUSULA PRIMERA: El presente contrato tiene por objeto la distribución y venta, por parte del DISTRIBUIDOR , del servicio de telefonía móvil celular que presta CELCARIBE, mediante aparatos terminales (teléfonos) y accesorios adecuados para el mismo, de propiedad del DISTRIBUIDOR, siempre y cuando dichos aparatos y accesorios se encuentren homologados por el Ministerio de Comunicaciones...

(...)

El DISTRIBUIDOR acepta y declara que el presente contrato no compromete a CELCARIBE por ninguna obligación contraída por el DISTRIBUIDOR con terceros. " (fl. 121, c.1)

En virtud de este contrato, COMCEL antes CELCARIBE concedió CONEXEL, como DISTRIBUIDOR, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneja, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

Luego lo cierto es que no actuaba por cuenta de Comcel. La demandante adquiría los productos y los distribuía en una zona determinada, o zona adjudicada para el efecto desde el inicio, lo cual impide la configuración del contrato de agencia comercial

Otro ejemplo, la cláusula tercera reza:

"Desde ya, el DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente: a) que el presente contrato no lo constituye, de ninguna forma, en Agente de CELCARIBE y que, por tanto no le son aplicables las normas relativas a la Agencia ni a la

- La contabilidad de las partes (llevada en debida forma) da fe del contrato que ejecutaron. Según el artículo 1622 del Código Civil, un contrato debe interpretarse por la "aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes", ejecución de la cual queda rastro en los documentos contables. Por tanto, si hubiera ambigüedad en el texto contractual, habría que indagar si la contabilidad de las partes refleja el pago de comisiones, entendidas como valores pagados por la intermediación en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, las cuales deben ser reconocidas como ingresos o gastos según sea la naturaleza. La falta de registros por concepto de causación y pago de comisiones al supuesto "agente" impide estimar la cesantía comercial, pues cuando el artículo 1324 del Código de Comercio dispone que la cesantía se calcula sobre "la comisión, regalía o utilidad", no se refiere a las utilidades del agenciado, sino a la remuneración del agente[2].

- Debe demostrarse el "actuar por cuenta ajena". El que pretenda demostrar la agencia tendrá que acreditar que actuó con el fin de promover y explotar los negocios de la empresa agenciada, y que el beneficio del negocio redundó preponderantemente en esta última y no del sediciente agente, pues "el agente, no asume esas contingencias porque realiza su actividad profesional para el *dominus negotii*, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario"[3]. Ello con independencia de que, por cuenta del contrato, ambas empresas aumenten sus ingresos, pues para ello han contratado.

Pero si un comerciante adquiere productos para su posterior reventa, quedando a cargo de su colocación en el mercado, del riesgo de cartera, del riesgo comercial (por la subida o caída de precios) y también de las utilidades obtenidas, entonces actúa como propietario de su negocio y no como agente comercial.

Los anteriores parámetros y en esencia actuar por cuenta ajena deben ser probados en la agencia comercial. Pero algunos elementos que suelen

---

[2] *Tribunal Arbitral de Automotora Nacional S.A. (Autonal S.A.) contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. (Sofasa S.A.). laudo del 25 de abril del 2017.*

[3] *CSJ, S. Civil, Rad. 11001-31-03-014-2004-00027-01, sep. 30/15; M. P. Ariel Salazar Ramírez. Las notas al pie son de la sentencia.*

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.

Conforme al artículo 1318 siguiente "Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos". Adicionalmente el contrato exige especificar las facultades del agente, el ramo sobre el cual versan sus actividades, el tiempo de duración de las mismas, el territorio en que se desarrollen y debe ser inscrito en el registro mercantil.

La Corte Suprema de Justicia, en no pocas oportunidades se ha referido a esta especial clase de contrato. En fallo de 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01, ratificado en la sentencia de 10 de septiembre de 2013, con ponencia del H. Magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, dijo:

a.-) *Que como su objeto es 'promover o explotar negocios' del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquél. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.*

b.-) *Que los efectos económicos de esa gestión 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.*

c.-) *Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem.*

(...)

4. Declarar que Comunicación Celular S.A – Comcel S.A. está obligado a reconocer y pagar a CONEXCEL S.A. la prestación derivada del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio."

Y a continuación, en el literal c denominado "Sobre las pretensiones de condena de la demanda", el tribunal desplegó las condenas concretas correspondientes a la consecuencia de haber declarado la agencia comercial, incluyendo los valores claros por concepto de las indemnización de ley e intereses, negando por último las demás pretensiones de la demanda, entre las que se encontraba la concerniente a los gravámenes hipotecarios constituidos conforme a lo pedido en la pretensión No. 23 de lo allá demandado.

Quiere decir lo anterior, que adelantado el trámite arbitral, y contrario a lo que se afirma en los hechos de la demanda, si se precisó en calificación y cuantía determinada cada uno de los montos reconocidos por concepto de lo previsto en el artículo 1324 del Código de Comercio dentro del laudo y que respecto al levantamiento de gravámenes hipotecarios constituidos, éste fue negado por la misma decisión y luego la providencia que corrigió algunos conceptos. En ese orden y para los fines de este proceso, todas y cada una de las pretensiones que ahora por este proceso se pretenden respecto de los contratos numerados (i), (ii) y (iii) del numeral quinto de las pretensiones declarativas ya fueron decididas y no es dable para esta juzgadora volver sobre el punto.

Este solo aspecto da cuenta, de una total ausencia de técnica argumentativa para el momento de presentar la demanda, pues además de pretender nuevamente la valoración de hechos y pruebas ya analizados pretende dar un alcance distinto a la decisión del tribunal lo cual no resulta plausible siquiera a la luz de la constatación efectuada.

ponen de presente, como sigue: la competencia, por los factores que la determinan, se radicó en este Juzgado para decidir; las partes son capaces y comparecieron legalmente; la demanda fue presentada en debida forma; el procedimiento se adelantó sin incurrir en causal alguna de nulidad; no existe impedimento para proferir la decisión de fondo y finalmente, las garantías fundamentales propias del juicio fueron respetadas.

2. Corresponde en esencia, en el presente asunto, y conforme la estructuración de la demanda precisar el marco del problema jurídico a desarrollar en los siguientes términos: Puede este juzgado entrar a analizar aspectos que en concepto de la parte demandante no fueron dirimidos con suficiencia mediante el fallo producido en un laudo arbitral sobre este mismo asunto en oportunidad anterior? Si la respuesta es afirmativa, puede de manera consecuencial establecerse las indemnizaciones y los perjuicios causados en aplicación del artículo 1324 del código de comercio, una vez que el laudo anterior declaró la existencia de una agencia comercial? Y por último, puede hacerse pronunciamiento sobre el levantamiento de gravámenes hipotecarios, últimos pendientes de la relación negocial entre las partes y sobre los cuales no ha habido acuerdo?

Lo anterior respecto de los contratos que ya estudió el mencionado Tribunal de Arbitramento, esto es respecto de los contratos del 16 de enero de 1997, el 28 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999.

Pero además si bajo las mismas condiciones y argumentos del laudo puede decidirse por esta jurisdicción respecto de los contratos del 27 de julio de 1999 entre CONEXCEL y COMCEL, del 11 de mayo de 2000 entre CONEXCEL Y COMCEL, del 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 también suscritos entre la entidad demandante y COMCEL S.A. y que no fueron estudiados en aquella oportunidad, que también constituyeron agencia y por ende generan todas las consecuencias jurídicas de su declaratoria.

Planteado así el asunto, debe iniciarse por analizar los efectos de un laudo arbitral producto de la cláusula compromisoria pactada entre las partes y al cual se sujetaron estas bajo los postulados del principio de la cosa juzgada.

y los contratos con otros distribuidores y subdistribuidores han sido catalogados como agencia comercial.

2.3 Que en virtud de aquella CONEXCEL entregó garantías que se tradujeron en treinta y un (31) pagarés y 17 hipotecas sobre bienes de su propiedad, tal como se relacionaron en la demanda.

2.4 Que pese a que CONEXCEL llegó a ser el distribuidor más representativo de COMCEL en la zona de la Costa Atlántica, COMCEL incurrió en incumplimientos como disfrazar la naturaleza del contrato e inducir en error a CONEXCEL, mora en el pago de las comisiones, reducción injustificada de comisiones, exageradas cargas administrativas, entre otros.

2.5 Que con base en los anteriores comportamientos, CONEXCEL dio por terminado el contrato mediante comunicación del 8 de enero de 2010.

2.6 Que llevado el caso a tribunal de Arbitramento, éste declaró la existencia del contrato de agencia comercial, el incumplimiento de las obligaciones de COMCEL y las indemnizaciones respectivas, en fecha 9 de mayo de 2011, junto con la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y complementación, el 1° de junio de 2011.

2.5 Que en dicha decisión y en relación con los pagarés y las hipotecas constituidas el laudo resolvió parcialmente y la sujetó a lo dicho en la parte motiva que a su turno remitió a la imposibilidad de su levantamiento *"como quiera que no se encuentra probado en el Proceso la existencia de las mismas..." (hecho 3.9 de la demanda, flo 710, c.1).* En todo caso invalidó el acta de liquidación final de los contratos, que soportaba la permanencia de los pagarés y las hipotecas.

2.6 Que CONEXCEL solicitó entonces directamente, y en varias oportunidades a COMCEL que procediera a cancelar las garantías y a la

e. Las que impliquen que COMCEL no es responsable de ningún perjuicio derivado de la terminación del contrato.

f. Las que impliquen caducidades contractuales.

g. Las que impliquen exoneraciones de responsabilidad de COMCEL.

h. Las relacionadas con "Documentos de Terminación".

i. Las que impliquen que no habrá pago de comisiones causadas.

j. Las que impliquen imputación de dineros pagados dentro del plan CO-OP.

k. Las que impliquen renuncias a presentar reclamaciones por parte de CONEXCEL.

l. Las que impliquen aceptación anticipada de terceros con relación a la cesión de establecimientos.

m. Las que impliquen sustituciones integrales de relaciones previas.

Cuarto. Que se declare que las "Actas de Conciliación, Compensación y Transacción" no tiene efectos generales y que además fueron incumplidas por COMCEL puesto que hubo descuentos o penalizaciones sobre las comisiones supuestamente conciliadas.

4.2 DE CONDENA

Primero. Que se condene a COMCEL a pagar a favor de CONEXCEL la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Segundo. Que se condene a COMCEL a pagar a favor de CONEXCEL las sumas que están pendientes por, entre otros, los siguientes conceptos: comisiones en mora, activaciones en mora, residual pendiente, reembolso de dineros descontados injustificadamente a CONEXCEL, lo pagado por transporte de valores, el valor de los subsidios, los descuentos por equipos y consumos, etc.

Tercero. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL la indemnización de que trata el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Cuarto. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL la indemnización de los perjuicios causados por daño emergente y lucro cesante.

r. No allanarse a la cancelación oportuna de las hipotecas con que se gravaron inmuebles de propiedad de CONEXCEL y APONTE VILLAMIL, como se detalla a continuación, lo cual debió ocurrir a la terminación del contrato entre las partes o en la oportunidad que señale el señor juez.

(Ver CUADRO FL 722 de la demanda)

4.1.3 *Relativas a la terminación unilateral del contrato.*

Primero. Que se declare que CONEXCEL tuvo justa causa comprobada para terminar unilateralmente el contrato.

Segundo. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se declare que COMCEL está obligada a reconocer y pagar a CONEXCEL la prestación de que trata el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Tercero. Que se declare que CONEXCEL ejerció válidamente el DERECHO DE RETENCION Y PRIVILEGIO en lo que tiene que ver con las prestaciones objeto de los documentos contractuales puestos en conocimiento del Señor Juez, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1326 del Código de Comercio.

Cuarto. Que se declare que, por la terminación del contrato, COMCEL perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a CONEXCEL a partir del 13 de enero de 2010.

Quinto. Que se declare que el acta de liquidación del contrato elaborada y presentada por COMCEL a la terminación del contrato, no puede ser tenida como firme y definitiva y no constituye ni liquidación final de cuentas ni título ejecutivo para ejercer acciones legales en contra de CONEXCEL ni soporte válido para llenar pagaré alguno o para hacer efectivas las garantías hipotecarias conferidas por CONEXCEL y APONTE VILLAMIL para honrar obligaciones de CONEXCEL que se mencionaron en la pretensión (sic) anterior.

Sexto. Que se declare que COMCEL está obligado a la cancelación de los siguientes gravámenes y que por su renuencia debe asumir cualquier costo que de ello derive.

(Ver CUADRO, FL 724 Y 725, C.1)

de las subcuentas del PUC de comisiones (incluyendo sin limitar a ello las subcuentas 260510 y 529505).

Undécimo. Que se declare que COMCEL no pagó efectivamente a CONEXCEL la cantidad equivalente al 20%, sobre el valor total de las comisiones por activaciones o de las comisiones por residual o de cualquier otra retribución pagada a CONEXCEL por su labor *"para cubrir anticipadamente cualquier pago, indemnización o bonificación que por cualquier causa, deba pagar COMCEL al Centro de Ventas y Servicio a la terminación del contrato".*

Duodécimo. Que se declare que conforme al Manual de Procedimiento y las cláusulas 7.4 y 7.5 de los contratos, COMCEL fue quien determinó las condiciones de selección de los abonados y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos.

Décimotercero. Que se declare que los contratos para la prestación del servicio de telefonía móvil celular y demás servicios comercializados por CONEXCEL, se celebraron entre COMCEL y los usuarios de dichos servicios, sin que CONEXCEL fuera parte en ellos conforme se estipuló en las cláusulas 7.5, 1.11, 1.13 y 1.16 de los contratos.

Décimocuarto. Que se declare que por el vínculo directo entre COMCEL y el suscriptor de los servicios de telefonía móvil celular o complementarios (cláusulas 1.11, 1.13 y 1.16 del contrato), era COMCEL el obligado a asumir la totalidad de las consecuencias derivadas de la celebración del contrato frente al suscriptor.

4.1.2 *Relativas al incumplimiento contractual*

Primero. Que se declare que COMCEL incumplió los contratos así como las normas que le son propias por incurrir en las siguientes acciones u omisiones:

Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre CONEXCEL S.A. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., integrado por los doctores Sergio Rodríguez Azuero –Presidente-, Luis Fernando Alvarado Ortiz y Nicolás Gamboa Morales, mediante el laudo arbitral del nueve (9) de mayo de dos mil once (2011), así como en la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y complementación del laudo formulada por las partes, del primero (1°) de junio de dos mil once (2011)., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 numeral 2° del Decreto 1818 de 1998.

Segundo. Que se declare que entre COMCEL, como agenciado, y CONEXCEL como agente, se celebró y ejecutó un contrato de Agencia Comercial, para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de COMCEL, y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.

Tercero. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que COMCEL está obligado a reconocer y pagar a CONEXCEL S.A. la prestación derivada del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Cuarto. Que se declare que los contratos que dieron lugar a la agencia comercial que vinculó a las partes fueron de adhesión y por lo tanto, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1624 del Código Civil- por remisión directa del C. de C., Art.822- en concordancia con el los artículos 95 numeral 1° y 333 de la Constitución Política.

Quinto. Que se declare que la relación contractual de agencia comercial, entre CONEXCEL y COMCEL fue regulada entre otros, en los siguientes documentos:

(i) Contrato suscrito el 16 de enero de 1997 entre COMCEL y CONEXCEL BULEVAR LTDA –hoy CONEXCEL-.

(ii) Contrato suscrito el 26 de octubre de 1998 entre COMCEL y CONEXCEL BULEVAR LTDA, -Hoy CONEXCEL-.

demandada, en función de conquistar un mercado para el productor y por cuenta de éste. A lo único que hubo lugar, como se dijo es a darle finiquito a la relación comercial consultando una compensación equilibrada de las posibles pérdidas por la no renovación automática del contrato. Lo anterior sin que pueda pronunciarse el despacho sobre el levantamiento de gravámenes hipotecarios por medio de este proceso.

Se condenará en costas a la parte demandante en porcentaje del 90%..

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.,** , administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones solicitadas con la demanda pero únicamente en lo referido a la compensación por la terminación unilateral del contrato de distribución. Negar todas las demás solicitadas.

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones tituladas: ***"AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA CONVOCANTE."***, ***"INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL"***, ***"RENUNCIA DE CELOCCIDENTE A LAS PRESTACIONES PROPIAS DE LA AGENCIA COMERCIAL"***; ***"CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL".***, **"FACULTAD DE COMCEL S.A. PARA MODIFICAR LAS COMISIONES"**, ***"LAS CONDICIONES DE VENTA Y REMUNERACIÓN FUERON PACTADAS ENTRE LAS PARTES DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO"***, ***"VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET"***, **e *"INEXISTENCIA DE INTERESES DE MORA A CARGO DE COMCEL S.A."*** elevadas por la pasiva.

TERCERO: DECLARAR en consecuencia que COMCEL S.A. debe a CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACION la suma de $222.529.952,oo por

apoderada de la parte de la demandante de si había sido COMCEL quien había redactado en su totalidad y sin intervención la demandante el texto de los tres contratos de que trata este proceso, respondió: **"si, aclaro que la redacción del documento provino de COMCEL, el cual podía ser ampliamente discutido por el distribuidor, lo cual no sucedió."**

Y conclusión a la que se llega, tras valorar como se advirtió los elementos probatorios oportunamente allegados, toda vez que no hay evidencia que dé cuenta que las actuaciones comerciales que realizó la empresa demandante para promover el objeto social del productor, en la forma que lo exige la agencia comercial: "*una actividad permanente de intermediación frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ampliarlo...*"[12]".

Al cariz de lo expuesto, se concluye, como se anticipó, que el contrato de distribución base de las pretensiones principales no puede calificarse como de agencia comercial, puesto que como se vio se trató de un pacto para la reventa de los productos de la pasiva, donde el riesgo económico lo corría la demandante, sin que en su ejecución surgieran otras tonalidades contractuales con la virtualidad de modificar las obligaciones inicialmente pactadas por los extremos procesales, si bien se pactaron comisiones que luego comprendieron los denominados anticipos, ello no dio lugar al cambio de denominación del contrato. Se declararán en consecuencia probadas las exceptivas propuestas por COMCEL S.A. y que llamó: ***"AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA CONVOCANTE."***, ***"INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL"***, ***"RENUNCIA DE CELOCCIDENTE A LAS PRESTACIONES PROPIAS DE LA AGENCIA COMERCIAL"***; ***"CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL"***., "FACULTAD DE COMCEL S.A. PARA MODIFICAR LAS COMISIONES", ***"LAS CONDICIONES DE VENTA Y REMUNERACIÓN FUERON PACTADAS ENTRE LAS PARTES DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO"***, ***"VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET"***, e ***"INEXISTENCIA DE INTERESES DE MORA A CARGO DE COMCEL S.A."***

Y a una segunda conclusión, se arriba con base en los informes periciales presentes en el expediente y es que por medio de tales comisiones y anticipos ya

---

[12] *"Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda., vr. FiberGlass Colombia S.A. Laudo Arbitral del 19 de Febrero de 1997". SUESCÚN MELO, Jorge. "Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo". Tomo II, Segunda Edición. Editorial Legis. 2005. pág. 461.*

mercado". Emilio José Archila. Publicación Asuntos: legales. Lunes 7 de noviembre de 2016.)

Para los fines que aquí interesa, se releva el hecho de que no por contratar con una empresa que puede tener una posición trascendente o mayoritaria en un mercado, se está, por sí y sin mayores consideraciones, en situación desigualdad manifiesta. Menos aún, si se trata de un contrato que beneficia a ambos contratantes. Si CELOCCIDENTE distribuiría por medio de los contratos base de esta acción, los productos y servicios de telefonía celular, mensajes de datos y de voz de COMCEL, más que una situación leonina o desventajosa frente a la empresa demandante, sería en principio y en sana lógica, una circunstancia de colaboración y suministro entre ambas para la consecución de un objetivo común, cual era, la colocación de aquellos productos y servicios en un mercado masivo.

Luego para demostrar una posición contractual nociva a la parte actora, o decididamente desventajosa debió desplegarse una actividad probatoria más contundente que la sola afirmación de la demanda, pues tanto para el contrato de distribución como para el de agencia comercial que se busca declarar, implicaba en el proceso derrotar el ánimo de colaboración contractual propio de estas figuras para en su lugar, forzar y demostrar una circunstancia injusta para la demandante.

Es decir, desde la naturaleza misma de ambas figuras no puede hablarse en principio de una situación leonina que solo admitía adhesión a las condiciones del proveedor pues era a ese proveedor a quien primero interesaba una colaboración armónica con sus distribuidores.

Ahora bien, ninguna de las pruebas allegadas con la demanda se enfilaron a demostrar esa presunta posición dominante y no puede hablarse de una situación de indefensión o de inferioridad de CELOCCIDENTE S.A. quien es también una empresa del ramo, con una capacidad profesional y técnica capaz de precisar y controvertir las condiciones de un convenio.

Por esta misma vía, se derrotan las pretensiones referidas a la nulidad, ineficacia e invalidez de cláusulas que excluyeron la agencia comercial de la forma de contratación entre las partes con base en esa misma posición dominante, pues si bien en la demanda se mencionaron, la parte actora no desarrollo ni procesal ni probatoriamente ninguna de estas figuras ni demostró sus presupuestos.

690

comunicación celular. Lo anterior imposibilitaba a CELOCCIDENTE Y CIA S.A., controvertir las cláusulas pactadas, modificarlas o mejorarlas en su favor.

Al respecto debe decirse que el concepto de "posición dominante" es más un concepto de hegemonía o prevalencia de un competidor en un determinado mercado. Con estrictez, se refiere a normas de competencia entre interventores en desigualdad palmaria de condiciones, que al plano de la contratación entre empresas que desarrollan una actividad económica:

> *"En el artículo 45 del decreto 2153 de 1992 se ha definido la posición dominante como "...(l)a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".*
>
> *Frente a esta definición y a la prohibición del abuso de dicha posición, la SIC, en varios conceptos de 2001, ha dicho que existe posición de dominio cuando "...un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor (...)".*
>
> *Para determinar si existe o no una posición dominante en un mercado por parte de una empresa, debe tenerse en cuenta el concepto de mercado relevante o de referencia. Es decir, en primer lugar, hay que recordar que la supervisión de las autoridades debe estar orientada a garantizar la libre competencia en el mercado.*
>
> *¿Cuál mercado? No todas las empresas compiten entre sí, ya que no ofrecen los mismos o similares bienes o servicios, y no se encuentran en la misma zona de influencia geográfica. Es por esto que al momento de determinar si una compañía tiene posición de dominio en un mercado determinado, debe primeramente determinarse cuál ha de ser el mercado relevante en el cual dicha empresa ostentaría aquella posición.*

decida acudir a terceros autónomos e independientes, con quienes establezca pactos estables y permanentes de comercialización de sus productos, tales negocios suelen tener en común diversos rasgos propios de su género, entre ellos, la gradual intervención del productor en la actividad del distribuidor, concretamente, a través de aquellos actos que le permiten asumir cierto control de algunos aspectos de la operación de promoción, publicidad y mercadeo. Puestas en ese orden las cosas, deviene palmario que a quien tenga interés en distinguir entre las diferentes modalidades de negocios distribución de la anotada naturaleza, flaco servicio le presta acudir a dichas trazas comunes como criterio diferenciador"[11].

Bajo los anteriores derroteros, la tesis que acá se desarrollará será la siguiente: si bien el elemento diferenciador entre un contrato de agencia comercial y otro cualquiera de comercialización no está en todo caso, claramente delimitado ni desde la ley ni jurisprudencialmente, lo cierto es que en el evento puesto bajo consideración, las partes se sujetaron a un clausulado convenido conjuntamente como contrato de distribución, excluyendo expresamente cualquier forma de agencia comercial, lo que impide a esta juzgadora en cumplimiento de lo previsto por los artículos 1602 y 1603 del Código Civil señalados, adentrarse en interpretaciones diversas a lo que literalmente se consignó en los contratos.

Y lo anterior atendiendo al principio de la buena fe contractual y la autonomía de los particulares según los cuales los intervinientes se sujetan a lo acordado en la forma y términos del contrato inicial. Intentar cambiar las condiciones de una contratación con posterioridad a su culminación atenta directamente contra aquellos principios.

Ahora bien, sostener que con base en pronunciamientos arbitrales anteriores, que analizaron contratos similares, debe darse curso, sin mayores consideraciones, al reconocimiento de la agencia comercial, tampoco resulta siquiera aceptable. Se ha considerado que no es posible extender la vinculatoriedad de un laudo arbitral previo, a favor o en contra de un tercero que no fue parte en ese laudo, entre otras razones porque el arbitramento es un medio alternativo de resolución de conflictos, a través del cual las partes se sustraen de la justicia estatal a fin de que un tercero, que temporalmente tiene esa función jurisdiccional, tome una decisión definitiva y vinculante pero solo para aquéllas

[11] *Cfr. C.S.J: Sal. Cas. Civ. Sent. 15-12-2006. MP. Pedro Octavio Munar Cadena Ref. No.76001 3103 009 1992 09211 01.*

Por último, la prelación del contrato escrito. Este despacho, considera que el texto es fiel reflejo del querer de las partes, es precisamente donde existen cláusulas oscuras o ambigüedad, donde el juez puede intervenir en una labor de interpretación, pero donde no existe tal oscuridad es la voluntad contractual la que prevalece. La ley solo entra a suplir la voluntad de los contrayentes en el evento de una carencia o vacio que requiere de su manifestación pero por el hecho de existir comisiones, actuar en obedecimiento de directrices de la empresa COMCEL S.A. no puede deducirse la existencia sin mas de un contrato de agencia comercial que reemplace lo pactado claramente, menos aún que la empresa actora CELOCCIDENTE Y CIA S.A.. EN LIQUIDACIÓN, actuaba por cuenta de aquella.

Se observa contundente la intención de las partes en celebrar un contrato de distribución, pero no hay que olvidar que estamos precisamente cuestionando al tenor del *petitum* las cláusulas que excluyeron la agencia comercial para, en su lugar, declararlas si a ello hay lugar, como antinómicas, falaces, nulas, ineficaces o inválidas según las pretensiones y proceder al reconocimiento del contrato de agencia comercial.

No obstante, de los propios hechos de la demanda se observa que CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACION, convino libre y autónomamente el contenido del clausulado como ahora se desarrolla.

La interpretación de los contratos.

Parte el despacho, como ya se ha vislumbrado, de la regla consagrada en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil en cuanto al carácter vinculante interpartes de lo convenido entre ellas dentro de la relación comercial. Rezan estas normas:

"ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*

de manera general se cumplieron dentro de la negociación.

Elemento primordial como lo precisó la jurisprudencia transcrita, es la actuación por cuenta ajena. Tuvo CELOCCIDENTE Y CIA S..A EN LIQUIDACIÓN, que actuar por cuenta de COMCEL para beneficio de esta última como finalidad última y principal del contrato pactado, sin embargo, observa el despacho en el numeral 3., de los contratos allegados la siguiente convención:

"3. Objeto del Contrato:

En virtud de este contrato, COMCEL concede a CELOCCIDENTE Y CIA 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, las cuales ejecutará ***en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos."*** (resalta el despacho), (fl.38, cuaderno documentales de la contestación de la demanda)

Luego tal elemento desde el inicio, también fue definido por los contratantes sin dar lugar a la agencia comercial

Otro ejemplo, el numeral 15 del contrato informa:

"15. Marcas

Las partes han excluido expresamente toda relación jurídica de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, en cuanto, ***el DISTRIBUIDOR respecto de los productos adquirirá su dominio o propiedad y los revenderá en el mercado, a su propio costo, riesgo, y con su propia organización e infraestructura*** y a los precios establecidos por COMCEL..." (subraya y resalta el despacho)

La falta de registros por concepto de causación y pago de comisiones al supuesto "agente" impide estimar la cesantía comercial, pues cuando el artículo 1324 del Código de Comercio dispone que la cesantía se calcula sobre "la comisión, regalía o utilidad", no se refiere a las utilidades del agenciado, sino a la remuneración del agente[6].

- Debe demostrarse el "actuar por cuenta ajena". El que pretenda demostrar la agencia tendrá que acreditar que actuó con el fin de promover y explotar los negocios de la empresa agenciada, y que el beneficio del negocio redundó preponderantemente en esta última y no del sediciente agente, pues "el agente, no asume esas contingencias porque realiza su actividad profesional para el *dominus negotii*, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario"[7]. Ello con independencia de que, por cuenta del contrato, ambas empresas aumenten sus ingresos, pues para ello han contratado.

Pero si un comerciante adquiere productos para su posterior reventa, quedando a cargo de su colocación en el mercado, del riesgo de cartera, del riesgo comercial (por la subida o caída de precios) y también de las utilidades obtenidas, entonces actúa como propietario de su negocio y no como agente comercial.

Los anteriores parámetros y en esencia actuar por cuenta ajena deben ser probados en la agencia comercial. Pero algunos elementos que suelen estar presentes en los contratos de agencia, lo están también en otros, por lo cual no sirven como elemento de distinción.

Como la agencia comercial es un contrato autónomo, "no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados [refiriéndose a los contratos de construcción, distribución, suministro, compra al por mayor y depósito], porque éstos, como se dijo, no conllevan

---

[6] *Tribunal Arbitral de Automotora Nacional S.A. (Autonal S.A.) contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. (Sofasa S.A.), laudo del 25 de abril del 2017.*

[7] *CSJ, S. Civil, Rad. 11001-31-03-014-2004-00027-01, sep. 30/15, M. P. Ariel Salazar Ramirez. Las notas al pie son de la sentencia.*

660

"Dicha relación pone en evidencia manifiesta la función económica que cumple el pacto de suministro para distribución, en favor de ambas partes. El distribuidor ubica su empresa dentro de la red de distribución del fabricante y éste logra trasladar su producto a menores costos hasta los lugares previamente concertados o los que aquél decida explorar.

"(...).

"8.6.1. De estas dos cualidades se deduce que la distribución impone al comprador (distribuidor), la implementación en mayor o menor volumen, según el producto distribuido, de una organización necesaria para tales propósitos y, por supuesto, esa situación le genera la asunción de gastos importantes, cuya recuperación, en la mayoría de las veces, está supeditada a la extensión del convenio, lo que significa que si el mismo no se prolonga con vocación de perdurar, el interés en el negocio tanto para el proveedor como para el distribuidor pierde significado..."[2].

La jurisprudencia nacional también ha precisado las diferencias entre ambos contratos:

"De acuerdo con la sentencia del 2 de diciembre de 1980, hay contrato de distribución, por cuanto se compra para luego revender, de manera que el distribuidor asume los riesgos de los cambios de precios que se presenten, los cuales podrían afectar el valor de sus existencias o inventarios de productos. La promoción adelantada por el distribuidor redunda, principalmente, en su propio beneficio y no en el del fabricante.

"..el principal rasgo característico de la agencia es el encargo otorgado al agente para promocionar los negocios del agenciado, de manera estable y permanente. De esto se desprende que el agente debe actuar por cuenta y en beneficio del agenciado. La Corte reiteró que no existe agenciamiento sino distribución cuando el supuesto agente compra para sí las mercaderías con el propósito de revenderlas, ya que en esta hipótesis, las actividades promocionales desarrolladas por el supuesto agente atienden principalmente sus propios intereses, de manera que redundan en su personal beneficio, si bien el fabricante

[2] *Ibidem.*

d.-) *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.*

e.-) *Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional".*

Al tenor del artículo 1324 de la ley mercantil, el contrato de agencia comercial impone luego de la terminación, el reconocimiento de una cesantía conforme a lo allí previsto.

2.2 El contrato de distribución.

En contrario, el contrato de distribución es una figura contractual atípica, es decir que no está estrictamente reglada en la ley, se produce en un contexto económico e histórico específico pues por el surgimiento de la empresa y el comercio a gran escala, existe la necesidad de acercar al consumidor y al productor de los bienes o servicios que se intercambian en determinado mercado. Como se hace materialmente imposible hacerlo entre los extremos de la cadena de producción, esto es entre el productor y el consumidor último, deben aparecer terceros en esa cadena que faciliten y garanticen la distribución y masividad de los bienes.

Lo anterior implica que frente a ese tercero que es un colocador del bien o servicio tanto el comerciante como el productor deben acordar condiciones contractuales convenientes para cada uno.

De acuerdo con Peña Nossa, "El deseo y la necesidad de expansión rápida, más la voluntad de controlar la distribución de los productos dentro de ciertas directivas más o menos restringidas, han provocado la aparición de nuevos contratos, que se agrupan a partir de un objeto común de comercializar bienes o servicios, por medio de distintas expresiones de la variedad contractual rotulada

656

mayo de 2013, se abrió a pruebas el trámite (fls. 249 a 251, ib.), agotada esta etapa, y cumplida la diligencia anterior en la que se procedió a oir a las partes en alegaciones finales, es del caso entrar a decidir de mérito, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Verificada como se encuentra la existencia de los presupuestos procesales, que son las condiciones de posibilidad de una sentencia válida, se ponen de presente como sigue: la competencia, por los factores que la determinan, se radicó en este Juzgado para decidir; las partes son capaces y comparecieron legalmente; la demanda fue presentada en debida forma; el procedimiento se adelantó sin incurrir en causal alguna de nulidad; no existe impedimento para proferir la decisión de fondo y finalmente, las garantías fundamentales propias del juicio fueron respetadas.

2. Corresponde en esencia, en el presente asunto, establecer si como lo aduce la sociedad demandante, entre los extremos de la *Litis*, se celebró un contrato de agencia comercial, de modo que la relación reseñada como "*Contrato de Distribución*", aportada al expediente, tiene aquella forma contractual, o si por el contrario solo puede dársele el alcance de su literalidad. En segundo término, de configurarse la agencia o bien la distribución, proceder a precisar el alcance de la terminación del contrato en la forma y términos solicitados con la demanda, análisis que pasará a realizarse, con estribo en las siguientes definiciones:

2.1 El contrato de agencia comercial.

Importa puntualizar en relación al contrato de agencia comercial lo siguiente:

El Código de Comercio de 1971 consagró en el artículo 1317 el referido negocio como un contrato autónomo, por medio del cual '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

3.4 ***"RENUNCIA DE CELOCCIDENTE A LAS PRESTACIONES PROPIAS DE LA AGENCIA COMERCIAL"***; renuncia expresa que se encuentra tanto en el contrato de distribución como en las Actas de Transacción, Conciliación y Compensación.

3.5 ***"CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL".*** COMCEL S.A. cumplió lo acordado en los distintos contratos de distribución así como con sus modificaciones. Y ello no fue objetado por CELOCCIDENTE, en el marco de la negociación actuando siempre como un buen comerciante.

3.6 ***"PAGO DE TODAS LAS OBLIGACIONES A CARGO DE COMCEL"*** COMCEL S.A. canceló todas las comisiones, tanto por activación como por residual, a las que se obligó a favor de CELOCCIDENTE en los contratos respectivos y sus modificaciones subsiguientes. Inclusive, pagó de forma anticipada una eventual indemnización mediante 20% que incluía el reconocimiento de las comisiones que le eran canceladas a la demandante, tal y como constaba en los distintos contratos de distribución. Citando la cláusula señala la parte demandada que aún en el evento de ser condenada a cualquier indemnización, ésta ya estaría satisfecha conforme a lo pactado.

3.7 **"FACULTAD DE COMCEL S.A. PARA MODIFICAR LAS COMISIONES".** Que también en el anexo A del contrato de distribución ambas partes acordaron expresamente que: *"Las comisiones a que tendrá derecho el DISTRIBUIDOR, son aquellas que de tiempo en tiempo y de acuerdo con las características de cada Plan determine COMCEL".*

Que a sí mismo se pactó que: *"Con respecto a cada abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" la cual será determinada de tiempo en tiempo por COMCEL e informada al DISTRIBUIDOR".*

3.8 ***"LAS CONDICIONES DE VENTA Y REMUNERACIÓN FUERON PACTADAS ENTRE LAS PARTES DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO".*** Informa que el negocio de la telefonía móvil celular es dinámico y

62

2.13 Que para efectos de demostrar la posición dominante contractual de COMCEL, señaló que COMCEL extiende y dicta unos modelos de contratos y convenciones frente a los cuales sus agentes comerciales no tienen margen alguno de negociación, oculta la verdadera naturaleza de la relación contractual, vulnera norma imperativas por vía de la heterointegración de elementos naturales del negocio, vulnera el acceso a la administración de justicia, etc.

2.14 Que en relación con las Actas de Transacción, Conciliación y Compensación que se hacían periódicamente y para cruzar cuentas año a año entre las partes, constituyeron otra forma más de abuso pues solo cubrieron comisiones por ventas y ningún otro aspecto de la negociación, no se solucionaron conflictos pendientes y no se suscribieron ante un conciliador, por lo tanto carecen de validez como transacción.

2.15 Que por razón del contrato celebrado con COMCEL, la demandante sufrió una disminución sustancial de su patrimonio lo que la llevó al estado de liquidación.

3. Enterada en debida forma la empresa demandada, COMCEL S.A., contestó el libelo, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones de mérito, (fls. 149 a 152, *ib.*):

3.1. "*TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE CELOCCIDENTE Y COMCEL*", toda vez que las partes transaron sus diferencias desde noviembre 30 de 2006 a 31 de diciembre de 2009, cuando año a año dirimían sus diferencias se efectuaban los pagos y consecuentemente hacían todas y cada una de ellas, tránsito a cosa juzgada.

Que al amparo de aquellos verdaderos contratos de transacción debe verse resuelta toda diferencia y precisamente se hicieron para evitar cualquier litigio posterior a la culminación del contrato de distribución.

650

2.2 Que la relación negocial se ejecutó de manera permanente desde el 24 de junio de 2006 hasta el 18 de marzo de 2011, fecha en la cual se dieron por terminados por COMCEL unilateralmente.

2.3 Que COMCEL para captar clientes en el mercado nacional de la telefonía móvil celular se vale de una fuerza de ventas integrada por una red de agentes comerciales, en la cual está la demandante quien promocionó y explotó servicios de telefonía móvil celular de COMCEL S.A. quien tiene a su vez el permiso mediante contrato con el estado para hacerlo.

2.4 Que los contratos aludidos se realizaron por cuenta de COMCEL pues vincularon únicamente a COMCEL con los usuarios y que COMCEL durante la vigencia de los contratos pagaba a la demandante una remuneración que se componía de varios conceptos como aparecen relacionados en el hecho 14 de la demanda, esto es, comisiones por concepto de activación en pos-pago, comisión por residual, comisión por concepto de activación/legalización en prepago, etc.

2.5 Que previamente a la presentación de esta demanda varios Tribunales de Arbitramento han declarado la existencia de una agencia comercial entre Comcel y otras empresas, bajo contratos prácticamente idénticos al aquí cuestionado, razón por la cual tales laudos, en concepto de la demandante, son vinculantes para los sujetos procesales.

2.6 Que a partir del mes de abril de 2007, COMCEL tomó el 100% de las comisiones que venía pagando a CELOCCIDENTE un 20% para pagos anticipados de prestaciones o indemnizaciones con lo cual disminuyó la comisión y destinó este último porcentaje para otro concepto, desconociendo la comisión pactada en principio.

2.7 Que CELOCCIDENTE determinaba autónomamente la cantidad, intensidad y oportunidad de su actividad empresarial dirigida con exclusividad a la promoción y venta de servicios y productos de la demandada COMCEL S.A.

SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Si el H. Tribunal rechaza la pretensión principal que antecede, en subsidio se le solicita declarar, con fundamento en el artículo 830 Co. de Co. y a título de reparación in natura, la INEFICACIA de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere las pretensiones principales que anteceden.

PRETENSIONES FINALES

33. Declarar que, conforme a la cláusula 28 (voz y Blackberry) y 30 – último párrafo- (datos) de EL CONTRATO SUB IÚDICE, la mera tolerancia de LA DEMANDANTE respecto a los abusos de la posición dominante contractual imputables a COMCEL, no constituye una modificación tácita del negocio jurídico, ni equivale a una renuncia de LA DEMANDANTE a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dichas conductas abusivas, ni la consecuente indemnización compensatoria.

34. Declarar extinguidas todas las obligaciones que tenían por fuente a EL CONTRATO SUB IÚDICE y a LA DEMANDANTE como deudora.

35. Que como consecuencia de la declaración anterior y de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, se declare extinguida la hipoteca constituida a favor de COMCEL sobre el bien inmueble identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 370-31011 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, la cual se constituyó mediante la escritura pública No. 1613 del 28 de julio de 2009, de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá, inscrita en la anotación 11 del referido Certificado de libertad y tradición.

SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: En caso de que se rechace la pretensión principal que antecede, se solicita ordenarle a COMCEL que en el término de diez días hábiles, o en aquel otro que el Juzgador estime procedente, realice las gestiones que por su parte son necesarias para levantar la hipoteca constituida a favor de aquella, sobre el bien inmueble identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 370-301011 de la Oficina de Registro de Instrumentos

b) DECLARAR que las "Actas de conciliación, Compensación y Transacción" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron mecanismos de compensación.

28. Se le solicita al H. Tribunal declarar que las "Actas de transacción, Conciliación y Compensación" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL: Si el Juzgado considera que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación" suscritas por las partes durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE fueron verdaderos negocios de transacción, se le solicita, en subsidio:

a) Declarar que tales transacciones se circunscribieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activación, también llamadas comisiones por ventas.

b) Declarar que, en consecuencia, todos los demás asuntos que son objeto de la presente Litis no fueron objeto de transacción.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL: Si se llegare a rechazar la pretensión principal y la primera subsidiaria que anteceden, se solicita que en subsidio se declare la ineficacia de todos las transacciones incorporadas en estas actas en lo que tiene que ver con la disposición, por parte de LA DEMANDANTE de: (i) Derechos que aún no existían y/o no se habían hecho exigibles al momento de las suscripciones de los respectivos documentos. (ii) Derechos respecto de los cuales no existía una disputa en concreto al momento de la suscripción de los respectivos documentos. (iii) Derechos cuya existencia y/o cuantía no podían ser establecidos por parte de LA DEMANANTE por la imposibilidad que tuvo de acceder a los actos, libros y documentos de COMCEL (iv) Renuncias o derechos que tenían por fuentes a normas de orden público protector.

23. Declarar, con fundamento en los Artículos 83 y 95-1 de la Constitución Política, y 1603 C.C. y 871 CCO, que COMCEL extendió e invocó la aplicación de cláusulas abusivas que tuvieron por causa, por objeto y/o como efecto, una afectación grave de los intereses patrimoniales de LA DEMANDANTE y la creación de un desequilibrio económico y normativo contractual.

24. Declarar que COMCEL no podía aplicar las penalizaciones ni las reversiones sobre comisiones establecidas en EL CONTRATO SUB IÚDICE, sin demostrar previamente un incumplimiento de EL CONTRATO SUB IÚDICE que le fuera imputable a LA DEMANDANTE a título de culpa o dolo, ni tampoco podía compensar, motu proprio, créditos a favor de LA DEMANDANTE con dineros que fueron descontados de manera unilateral por COMCEL a título de fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos.

OTRAS PRETENSIONES DE CONDENA A TÍTULO DE PERJUICIOS INDEMNIZATORIOS MATERIALES POR LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA Y POR EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL DE COMCEL

25. Condenar a COMCEL a pagar a la demandante los siguientes perjuicios materiales, derivados de la terminación del contrato sin justa causa y del abuso de su posición dominante contractual:

a. A título de daño emergente: La suma que resulte probada en el proceso por concepto de las comisiones, regalías y utilidades a que tenía derecho LA DEMANDANTE a la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales no le han sido pagadas y que estimo en la suma de $465.577.149.oo
b. A título de daño emergente: la suma que resulte probada en el presente proceso que es compensatoria de las penalizaciones, fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias

SUB IÚDICE, es una cláusula antinómica frente a otros contenidos contractuales (cláusula 27 – contratos del 24 de junio de 2006 y 3 de febrero de 2008; cláusula 29 del contrato de 18 de septiembre de 2006) ; Acuerdo de pago del 24 de septiembre de 2009; y Circulares que establecieron el reconocimiento de comisiones y/o bonificaciones a favor del "Distribuidor" por permanencia del usuario reflejada en consumos posteriores a los seis meses de activación de la línea, entre otras y, en tal virtud debe ser interpretada a favor del "Distribuidor" por permanencia del usuario reflejada en consumos posteriores a los seis meses de activación de la línea, entre otras, y, en tal virtud debe ser interpretada a favor del "Distribuidor", en el sentido de que el contrato se prorrogó (que no renovó) automáticamente por un año.

18. Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior, declarar que EL CONTRATO SUB IÚDICE se prorrogó por un año, hasta el 2 de febrero de 2012, teniendo en cuenta que la relación contractual que vinculó a las partes es una sola, no obstante haberse instrumentado en varios documentos que ampliaron el objeto de la Agencia inicialmente pactado (voz, después datos y, finalmente Blackberry). Con todo, si, en gracia de discusión se concluyera la existencia de varias relaciones contractuales, declarar que los contratos se habrían prorrogado así:

a) El suscrito el 24 de junio de 2006 iría hasta el 24 de junio de 2011, de no haber sido terminado unilateralmente por LA DEMANDADA, sin JUSTA CAUSA.
b) El suscrito el 18 de septiembre de 2006 iría hasta el 18 de septiembre de 2011, de no haber sido terminado unilateralmente por LA DEMANDADA, sin JUSTA CAUSA.
c) El suscrito el 2 de febrero de 2008 iría hasta el 2 de febrero de 2012, de no haber sido terminado unilateralmente por LA DEMANDADA, SIN JUSTA CAUSA.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LAS PRETENSIONES DÉCIMA SÉPTIMA Y DÉCIMA OCTAVA PRINCIPALES anteriores: DECLARAR, en todo caso, que la terminación del contrato SUB IUDICE, fue irregular en cuanto no se cumplió por COMCEL con lo estipulado en la cláusula 5 (numeral 5.1 del contrato), que imponía el aviso "por lo menos con quince días comunes de anticipación", lo cual no se cumplió, por cuanto el contrato suscrito el 24 de junio de 2006 fue terminado

alguna a título de "pago anticipado" de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 del Co. de Co.

16. Declarar la nulidad absoluta, la inexistencia y/o la invalidez, según sea el caso, de las disposiciones contractuales contenidas en el párrafo 3° de la cláusula 30 y en el numeral 5°del anexo "C", de EL CONTRATO SUB IÚDICE y del numeral 2° de las denominadas Actas de Transacción, Conciliación y/o compensación que en cualquier tiempo se hayan firmado por las partes.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL. Si se rechaza la pretensión principal que antecede, en subsidio que se declare:

a) Que el inciso 3° de la cláusula 30 y el numeral 5° del anexo "A" del contrato sub iúdice, así como el numeral 2° de las Actas del contrato de Transacción, Conciliación y/o Compensación, tenían por efecto consecuencias frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordaron las comisiones y bonificaciones que COMCEL le debía pagar a LA DEMANDANTE.

b) Que LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, siempre registró, a título de INGRESOS OPERACIONALES por concepto de comisiones y bonificaciones, todos los dineros que COMCEL le pagó

c) Que la antinomia a que se refiere el literal a) anterior se resuelve a favor de la interpretación que hizo LA DEMANDANTE.

d) Que en consecuencia, COMCEL nunca efectuó a favor de LA DEMANDANTE pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 Co.De Co. , ni a título de indemnizaciones.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL: Si se llegaren a rechazar las pretensiones principal y subsidiaria que anteceden, en subsidio se solicita declarar, con fundamento en la aplicación práctica que hicieron las partes, que COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE, a título de anticipo para cubrir el pago de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 Co.de Co. y/o de las

arrendamiento no contabilizados como Plan-Coop; comisiones por permanencia tanto en prepago como en post-pago.

7. Declarar que los márgenes de utilidad (descuento y bonificación por legalización de documentos) que LA DEMANDANTE recibió por la comercialización de los denominados kits Prepago, al haber sido márgenes de utilidad recibidos como una consecuencia directa de las actividades de promoción y explotación que LA DEMANDANTE ejecutó como agente comercial de COMCEL, deben ser promediados para efectos del cálculo de la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 Co.Co.

8. Declarar que las comisiones que LA DEMANDANTE recibió como Centro de Pagos y Servicios (CPS), al haber sido comisiones que tuvieron como fuente a EL CONTRATO SUB IÚDICE, deben ser promediadas para efectos del cálculo de la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 Co.Co.

9. CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE, por concepto de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 CCO. que estimo en la suma de $2.000.000.000,oo , o lo que finalmente resulte probado en el proceso.

10. CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre la suma dineraria a que se refiere la pretensión inmediatamente anterior , calculados desde la fecha de terminación del contrato hasta su pago, a la tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia (art. 884 del Co. de Co.).

11. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMCEL creó bajo el número 2605101210 pertenece a la subcuenta del PUC número 260510 que corresponde a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisionales/Para costos y Gastos/COMISIONES.

12. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMCEL creó bajo el número 5295050017 pertenece a la subcuenta del PUC número 260510 que corresponde a Gastos/Operacionales de Venta/Diversos/COMISIONES.

excluyó a la Agencia Comercial como calificación de EL CONTRATO SUB IUDICE, o en las que éste se calificó como un negocio atípico e innominado de distribución, son estipulaciones contractuales viciadas de nulidad cuando violan preceptos de orden público económico.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL: En subsidio de la pretensión anterior, Declarar que la cláusula cuarta de los contratos, la cláusula décimo quinta (contrato de voz y Blackberry, del 24 de junio de 2006 y del 2 de febrero de 2008); la cláusula décima sexta (contrato de datos del 18 de septiembre de 2006); el numeral 4° del anexo F y las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación de EL CONTRATO SUB IUDICE, o en las que éste se calificó como un negocio atípico e innominado de distribución, son estipulaciones contractuales antinómicas en relación con aquellas otras estipulaciones que comprenden los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

SEGUNDA SUSBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL: Declarar, con fundamento en el Principio de Contrato Realidad, que la antinomia a que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, se resuelve a favor de la calificación de EL CONTRATO SUB IUDICE como un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

3. Declarar, en consecuencia, que entre COMCEL como agenciado, y LA DEMANDANTE como agente, se celebró y ejecutó una relación jurídico negocial típica y nominada de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

PRETENSIONES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN MERCANTIL DEL INCISO 1° DEL ART. 1324 Co.Co.

4. Declarar que el CONTRATO SUB IUDICE se ejecutó de manera permanente e ininterrumpida desde el 24 de junio de 2006 hasta el 17 de marzo de 2011 (para el contrato de transmisión de voz); 18 de marzo de 2011 (para el contrato de transmisión de datos) y 3 de marzo de 2011(para el contrato de

y o controvertir cada una de las actuaciones, omisiones, yerros y/o nulidades que en virtud del contrato y la actuación contractual pudiesen presentarse.

Así las cosas, no se advierte que el recurso interpuesto sea el trámite adecuado para controvertir los defectos del escrito de la demanda, tampoco se advierte que los argumentos expuestos tengan acogida tal como se indicó con anterioridad y finalmente, de la corta argumentación esbozada por el togado se puede establecer que muchos de ellos tiene carácter de objeciones de fondo que deben ser propuestos en el momento oportuno y acompañado del material probatorio pertinente, por lo que no hay lugar a revocar la decisión recurrida.

Ahora bien, sobre la solicitud de apelación incoada en forma subsidiaria, debe tenerse en cuenta que este recurso se rige por el principio de taxatividad, es decir sólo está consagrada la alzada respecto de casos expresamente autorizados por la Ley Procesal. En tal virtud, se observa que ni en el artículo 321 del Código General del Proceso ni en ninguna otra norma de ese estatuto se encuentra consagrado el recurso de alzada para el auto que fija el monto del arancel judicial.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

RESUELVE

PRIMERO: MANTENER incólume contra del ordinal primero del auto adiado dieciseises (16) de julio de dos mil diecinueve (2019) (fl. 236 cd. 1).

SEGUNDO: Negar el recurso de apelación solicitado, toda vez que el mismo no está expresamente autorizado para las decisiones que motivaron esta providencia.

TERCERO: Por secretaría contabilícese el término con que cuenta la parte pasiva para ejercer su derecho a la defensa tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

NOTIFÍQUESE,

HEIDI MARIANA LANCHEROS MURCIA
JUEZ
(2)

JUZGADO 24 CIVIL DEL CIRCUITO SECRETARIA
Notificación por Estado
La providencia anterior se notifica por anotación en el

ESTADO Nro. 16

Fijado hoy - 7 FEB 2020
a la hora de las 8:00 A.M.

KETHY ALEYDA SARMIENTO VELANDIA
Secretario

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada
(36201000087 01)

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada
(36201000087 01)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA CIVIL - SECRETARIA

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA A LAS
PARTES POR ESTADO QUE SE FIJA HOY 06 SEP 2019

El Secretario

como respaldo de la pretensión de abuso del derecho, e igualmente frente la de incumplimiento contractual, debe establecer la Sala que, de un lado, se observa que tales sanciones fueron pactadas por las partes, de modo que resulta desproporcionado que pretenda el actor, por la vía jurisdiccional, apartarse de la gran mayoría de las cláusulas convenidas con el empresario, máxime cuando enrostró su conformidad con ellas al desarrollarlas y atenerse a ellas durante varios periodos, y aun cuando ahora resguarda sus pedimentos bajo la aseveración de que se trataba de un contrato de adhesión, aquellos no pueden salir avante, en tanto que un contrato de adhesión no implica en lo absoluto desacuerdo con lo pactado, sencillamente es una de las formas de expresión del principio de autonomía de la voluntad, a través de la cual una de las partes expresa la libre aceptación de cláusulas preestablecidas por la otra, sólo que sujeta a un mayor rigor interpretativo (artículo 1624-2 del C.C.).

6. De otro lado, el dictamen pericial visto a folios 782 a 824 del cuaderno 1A reporta cálculos de comisiones no pagadas con posterioridad a agosto de 2007, es decir, con posterioridad a la terminación del contrato, que al no ser declarado terminado sin justa causa, hace inútil el examen de aquella experticia.

7. Por lo demás, habrá de decirse, que el material probatorio recaudado a lo largo del juicio fue escaso, y no puede predicarse el incumplimiento contractual peticionado, así como tampoco el ejercicio abusivo de su posición por parte de Comcel del solo dicho del promotor de la acción, puesto que "***la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de***

precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

5.5. Nótese como, en cuanto a la aplicación de descuentos, demuestra la documental adosada al expediente, concretamente el "*OTROSÍ AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN SUSCRITO ENTRE CELCARIBE S.A. Y COLCELL*" visto a folios 349 a 354 del cuaderno 1A, que los contratantes iniciales pactaron que "*EL DISTRIBUIDOR*", es decir, Colcell Ltda., "*autoriza a CELCARIBE para descontar en el siguiente corte de la liquidación de los valores que CELCARIBE adeude al distribuidor, el valor que la transportadora de valores facture a CELCARIBE por concepto del transporte de valores y consolidación de los dineros recaudados diariamente por el distribuidor (...)*" (cláusula 7.7.1.6), documento que fue suscrito voluntariamente por Eduardo Visbal Martelo, representante legal de la demandante, y por tanto, es ley para las partes.

5.6. Lo mismo ocurre frente al pago de comisiones, que aun cuando la promotora de la acción aduce fueron reconocidas al arbitrio de Comcel, se advierte de los folios 355 a 391, C. 1A, que aquella avaló las cifras propuestas por la convocada al imponer su representante legal la rúbrica en ellos; también se observa del contenido del "*ANEXO A*", que los contratantes acordaron un plan de comisiones, de suerte que resulta, desde todo punto de vista ilógico, sostener que Comcel modificó unilateralmente las condiciones relativas a ese aspecto.

5.7. No puede decirse que hubo abuso de la posición dominante por la terminación unilateral de la relación negocial, en tanto que según se desprende de las cláusulas 5ª y s.s. del contrato de distribución, éste estaba sometido a plazo,

la otra sus estipulaciones desde el comienzo, o llegado el momento del cumplimiento se arroga la potestad de señalar lo que significan las cláusulas o decide que hacer en aquellos puntos no previstos en el contrato. En muchas relaciones jurídicas contractuales una de las partes ocupa un lugar preponderante con respecto a la otra, bien sea por su poder económico, bien porque se trata de una persona ilustrada y el otro un iletrado, bien porque se da la circunstancia de que el contratante situado en un nivel superior lo está porque es el único proveedor de determinado bien o servicio en una comunidad" (Bohórquez Orduz Antonio, De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano – Generalidades Contractuales, ediciones doctrina y ley, Volumen 2).

5.3. La Corte Suprema ha señalado frente al tema que *"(...) tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio con intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de éste último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.*

"Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación por parte de quien encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato ***sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso una oposición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por***

comercialización de los servicios que CELCARIBE señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados (...)" (fl. 12, ib., se destacó).

4.1. Además, no desconoce la Sala el pago de comisiones que reclama el recurrente, el que a su juicio, constituye uno de los elementos que echó de menos el sentenciador de primer grado para avalar la existencia de una agencia comercial; sin embargo, como se ha venido sosteniendo, la remuneración es un elemento que, como el del desempeño de la labor en determinado territorio, puede estar presente en varias modalidades de intermediación o colaboración y su coexistencia no significa per se la de una agencia comercial., como tampoco lo significa, por sí solo, el ejercicio de actividades que introduzcan o impulsen en el mercado el producto del empresario.

4.2. Así lo ratifica la providencia del máximo órgano en la especialidad civil que se ha venido referenciando, cuando indica que, "*Si bien en algunos casos, de manera adicional a la reventa de mercancías compradas al empresario, el distribuidor puede comprometerse a obrar como su agente para introducirse en el mercado, mantenerse en él o incrementar su participación, la sola promoción o impulso de los productos no es indicativa ni estructura el contrato de agencia*".

4.3. Es una verdad innegable que Celcaribe impartió instrucciones sobre las características que debían tener los locales dispuestos para la distribución de los productos, la forma en que debía hacerse la publicidad de los mismos, e incluso sobre el mínimo de empleados que debía existir para la realización de las distintas labores contratadas; no obstante, ha dicho con insistencia la Corporación en cita, que "*la intervención del empresario*

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 (...)"* (se destacó), por lo que, en concordancia con lo predispuesto en líneas precedentes, se advierte que los contratantes acordaron que lo ejecutado era un contrato de distribución a punto tal, que en la cláusula en cita excluyeron la posibilidad de ser tenido en cuenta como una agencia comercial, y que al haber sido suscrito por el representante legal de Colcell Caribe Ltda. (folio 63, ib.) implica, que dicha sociedad se sujetó a lo allí consagrado, bajo el entendido que "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*" (art. 1602 C.C.), sin que alguna de dichas hipótesis se configure en este asunto.

3. No obstante, para dejar claro el asunto, considera apropiado esta Sala de Decisión, traer a colación la sentencia emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 30 de septiembre de 2015, en cabeza del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, dentro del expediente No. 11001310301420040002701, la cual determina con claridad el punto exacto donde radica la diferencia entre el contrato de agencia comercial alegado por la aquí demandante, y el de distribución aportado con el escrito genitor.

3.1. Al efecto ha sostenido la reseñada providencia, que la trascendencia de la agencia mercantil está, en "*que la persona que actúa como agente haya recibido del empresario el encargo de promover o explotar sus negocios, en un determinado ramo de la industria o el comercio, y dentro de un espacio territorial preestablecido, lo que supone «una ingente actividad dirigida -en un comienzo- a la conquista de los*

que no constituyen cosa juzgada[7] las sentencias que "*contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio*", disposición que guarda armonía con el inciso final del artículo 357 ibídem, según el cual, "*Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferí decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante*" y con jurisprudencia del máximo órgano en materia civil, el cual ha señalado, en diversas oportunidades, que si bien es cierto que sólo a partir de la reforma que introdujo el decreto 2282 de 1989 al artículo 357 del C. de P. C. la ley procesal contempló de manera expresa que "*Cuando se hubiere apelado de una sentencia << inhibitoria>> y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante"; no es menos verdad que la jurisprudencia, desde antes y apuntalado en el mismo artículo antes de su reforma, ya había concluido que cuando el superior que conocía de la apelación llegaba a revocar el fallo inhibitorio impugnado ante él se imponía dictar el correspondiente fallo sustituto, bajo el entendido de que en nuestro ordenamiento no ha existido el sistema de reenvío que consiste en que el superior provee para destruir el fallo inhibitorio, pero debe remitir la actuación al sentenciador primitivo para que dicte la sentencia definitoria del litigio*"[8].

1.3. De este modo las cosas, resulta evidente que fue desacertada la decisión del juez de primer grado al dejar de pronunciarse sobre la viabilidad de todas las pretensiones de la demanda y, por tanto, es del caso entrar a estudiarlas en esta instancia, decantada, como queda, la existencia de los

---

[7] "*el juez pone fin a una etapa del proceso, pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea, dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, 'resolviendo' apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefensión subsiste*" (Corte Constitucional, sentencia C-666 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Expediente D-1357, reiterada en sentencia T-416 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Expediente T-5281006).

[8] (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de noviembre de 2000, Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 4390).

1. Como quiera que uno de los reparos planteados por la demandante se concreta a censurar la afirmación del sentenciador de primer grado, según la cual, existió indebida acumulación de pretensiones, es preciso esclarecer si le asiste o no razón en su planteamiento para predicar la existencia de los presupuestos procesales necesarios para ahondar en el fondo del asunto puesto a consideración de la jurisdicción.

1.1. La acumulación de pretensiones fue instituida por el Código de Procedimiento Civil -artículo 82-, norma vigente para el momento de la presentación de la demanda en este asunto, a fin de contribuir al principio de economía procesal que gobierna la actividad judicial, siendo útil advertir, que la misma contempla varias modalidades. En primer lugar, se encuentra la acumulación objetiva, en la que no se requiere que las pretensiones sean conexas, sino que basta con que ellas estén dirigidas contra el mismo demandado, que el juez sea competente para conocer de todas ellas, y que no se excluyan entre sí -inciso 1, ib.-; asimismo está dispuesta la acumulación subjetiva -inciso 3, ib.- en la que las pretensiones deben provenir de una misma causa u objeto, o exista entre ellas una relación de dependencia; pero también, puede hacer uso el invocante de la acumulación mixta, en la que el demandante puede formular varias pretensiones contra el demandado aun cuando no sean conexas, y paralelamente plantear otros pedimentos contra otros demandados siempre que se cumplan las exigencias anteriores.

Así entonces, desde que no se controvierta ninguna de las reglas antes dichas -como aquí sucede-, es procedente la acumulación de pretensiones.

DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO"; "ACUMULACIÓN INDEBIDA DE INDEMNIZACIONES EN CUANTO AL LUCRO CESANTE Y AL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO"; "PAGO DE TODAS LAS OBLIGACIONES A CARGO DE CELCARIBE S.A. Y POSTERIORMENTE DE SU ABSORBENTE COMCEL S.A."; "COMPENSACIÓN"; "EJERCICIO LEGÍTIMO DE CELCARIBE S.A. Y DE SU ABSORBENTE COMCEL S.A. DE SUS FACULTADES DE PENALIZACIÓN"; "EJERCICIO LEGÍTIMO DE CELCARIBE S.A. Y DE SU ABSORBENTE COMCEL S.A. DE SUS FACULTADES DE MODIFICAR COMISIONES"; "PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE FECHA 10 DE ABRIL DE 2003" y la *"GENÉRICA"*[3].

4. El 16 de abril de 2018, el Juez Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de esta ciudad profirió sentencia que definiera la primera instancia, mediante la cual negó la totalidad de las pretensiones de la demanda.

4.1. Para arribar a dicha determinación arguyó, "*que las obligaciones contraídas por la demandante no corresponde a la de agencia comercial, de ahí que al no satisfacerse todas las exigencias inherentes a tal tipo contractual como son que el pretendido agente haya ejecutado la actividad en nombre y por representación de la accionada y por cuenta ajena, así como que haya obrado en forma independiente, autónoma, y ajeno a la estructura organizacional del empresario y que el compromiso se haya cumplido dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, requisitos que como se expusiera deban ser concurrentes para que pueda predicarse válidamente la configuración de la agencia mercantil, y a falta de uno o de varios implica necesariamente que tal convención no exista o que degenere en otro acuerdo de naturaleza diferente*", argumento que le resultó suficiente para obviar el estudio de los medios exceptivos[4].

---

[3] Folios 398 a 428, C. 1A.

[4] Mins: 00:39:29 a 01:03:07, CD. FL. 845, C. 1ª.

móvil celular con planes en las modalidades de pospago y prepago y los otros servicios, los equipos y los productos de COMCEL".

2.2. La relación contractual comenzó aproximadamente el 10 de abril de 2003 y tuvo lugar hasta el 11 de agosto de 2007, fecha en la que Comcel la terminó de forma unilateral.

2.3. Colcell Caribe suscribió en su propio nombre contratos de arrendamiento con terceros, celebró directamente contratos de trabajo con sus empleados, abrió establecimientos de comercio bajo su propio nombre comercial, organizó su infraestructura administrativa y la planta física de acuerdo con las políticas establecidas por la demandada para sus agentes, a punto de llegar a contar con ocho (8) puntos de venta directos en Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Sincelejo y Montería, todos ellos con su propia planta de personal y red de ventas.

2.4. Comcel se obligó a pagar comisiones en contraprestación a la venta de equipos, adquisición de abonados y activación de productos; las cuales no fueron canceladas en su totalidad.

2.5. En el contrato, cláusula 5ª, se pactó como vigencia inicial del contrato el término de un año a partir de la fecha de su celebración; sin embargo, al vencimiento de la primera anualidad no se renovó en la forma dispuesta, sino que lo realizó mes a mes, circunstancia que hacía abusivas las demás cláusulas de la relación contractual, en tanto que sí obligaba a la demandante a suscribir contratos con terceros a término indefinido.

Celular S.A. Comcel S.A., absorbente de la sociedad Celcaribe S.A., para que previos los trámites propios de este tipo de asuntos, se declare, entre otras cosas, que entre las partes se celebró y ejecutó una relación contractual de Agencia Comercial para la promoción y venta de servicios, equipos y productos de Comcel, la cual fue "*permanente y sin solución de continuidad durante el periodo del 10 de abril de 2003 hasta el 11 de agosto de 2007, fecha en que* ***COMCEL*** *dio por terminada la relación contractual unilateralmente (...)*" por lo que igualmente busca que se declare que la demandada *"en los pagos que hizo a* ***COLCELL CARIBE*** *no incluyó, ni pagó, un veinte por ciento (20%) con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL incluyendo las prestaciones de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio"* y, como consecuencia de ello, se le condene a pagar la suma que se logre establecer dentro del juicio por concepto de comisiones, bonificaciones, regalías, descuentos y utilidades dejadas de recibir durante la ejecución del contrato, así como también, los intereses de mora a la tasa máxima mensual establecida en la ley comercial.

Aunado a ello, solicitó que se declare que la convocada no estaba facultada para modificar unilateral y discrecionalmente el régimen de penalizaciones previsto en el contrato, ni aplicar las sanciones contempladas en los numerales 1 a 3 del acápite de pretensiones declarativas, así como tampoco para modificar el plan de comisiones de distribuidor, lo que hace evidente su incumplimiento contractual y, como consecuencia de ello pidió, que se le condene a pagar las sumas determinadas en el acápite de la demanda denominado "*CONDENA*" del título "*INCUMPLIMIENTO contractual por parte de COMCEL*".

contractuales, incluyendo los perjuicios ocasionados con el incumplimiento a cargo de la demandante y respecto de los contratos respectivos.

3.11 "LAS CONDICIONES DE VENTA Y DE REMUNERACIÓN FUERON PACTADAS ENTRE LAS PARTES DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO"

Soportada en que el negocio de la telefonía móvil celular es dinámico y por lo tanto los planes y productos deben adaptarse permanentemente a las condiciones del mercado, más aún, anticiparse a los cambios del mercado y a la competencia. Es así como las condiciones de venta y por lo tanto de remuneración no pueden permanecer estáticas. Como consecuencia, en los documentos contractuales se pactaron y acordaron las condiciones de venta periodo a periodo tanto en pos pago como en prepago y las respectivas condiciones de remuneración.

3.11 "IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO"

Lo anterior porque si no existe una suma líquida de dinero sobre la cual se haya constituido el deudor en mora, como ocurre en el presente asunto, no hay lugar a su cobro.

Por último COMCEL S.A propuso la excepción "INNOMINADA O GENÉRICA" en cuanto pudiera concluirse por el juez. Objetó el juramento estimatorio

6. Evacuada la audiencia de conciliación y agotada la etapa probatoria el Juez 46 Civil del Circuito, a quien correspondió el conocimiento de las últimas etapas del proceso, emitió sentencia la que fuera anulada por el H. Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia del 29 de octubre de 2018, en virtud de lo previsto por el artículo 121 del Código General del Proceso, razón por la cual el proceso es remitido a este despacho judicial. Oídas las partes en alegaciones de conclusión en audiencia anterior, es del caso entrar a decidir de mérito, conforme allí se dijo y previas las siguientes,

Scanned with CamScanner

Conforme al artículo 1318 siguiente, "Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos". Adicionalmente el contrato exige especificar las facultades del agente, el ramo sobre el cual versan sus actividades, el tiempo de duración de las mismas, el territorio en que se desarrollen y debe, por último, ser inscrito en el registro mercantil.

La Corte Suprema de Justicia, en no pocas oportunidades se ha referido a esta especial clase de contrato. En fallo de 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01, ratificado en la sentencia de 10 de septiembre de 2013, con ponencia del H. Magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, dijo:

a.-) *Que como su objeto es 'promover o explotar negocios' del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquél. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.*

b.-) *Que los efectos económicos de esa gestión 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.*

c.-) *Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem.*

d.-) *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.*

Scanned with CamScanner

~~278~~
468

La Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto de esta forma contractual, lo siguiente:

"En cuanto a la actividad de distribución que, como se asentó, no cuenta con respaldo normativo y, por ende, corresponde aplicar la analogía legis, a partir de la descripción que del mismo han realizado la jurisprudencia y la doctrina patria y foránea, se debe entender como: 'la gestión de un empresario que con ánimo de continuidad comercializa bienes y servicios de un productor'. El distribuidor es la persona que actuando en nombre propio y por su cuenta, adquiere los productos o la mercancía del fabricante o de otro distribuidor para entregarlos al consumidor, quien acudiendo a sucesivas ventas, pone al servicio de tal actividad la infraestructura con la que cuenta o que, a raíz del negocio concertado, decide implementar. Bajo esa consideración, el fabricante, con la menor inversión, se vale de la que su distribuidor ha dispuesto para la consecución del fin perseguido, que no es otro que llevar sus productos al destinatario natural (el consumidor), logrando maximizar los resultados de su ejercicio empresarial, con la consecuente reducción de costos"[1].

"Esa primera función de colaboración se traduce en una disposición por parte del distribuidor para con su proveedor de ayudarlo a cumplir su objeto social; es una concurrencia de objetivos, de participación en fines similares; ambos buscan un beneficio económico y procuran lograrlo con el apoyo mutuo. El distribuidor o proveedor, a través de esa contribución, se libera de asumir y organizar la colocación de la mercancía producida, con la consiguiente reducción de costos, pues no necesitará de personal, ni transporte, ni infraestructura adicional para llevar sus productos al consumidor, entre otros, pues todo ello lo asume el distribuidor; por su parte, este último, adquiere un bien respecto del cual no tuvo que realizar ninguna inversión para su producción, ni asume las labores, deberes y obligaciones que competen al fabricante; además, asegura la provisión regular de la mercancía.

"Dicha relación pone en evidencia manifiesta la función económica que cumple el pacto de suministro para distribución, en favor de ambas partes. El distribuidor ubica su empresa dentro de la red de distribución del fabricante y éste

[1] *Cfr. C.S.J. Sal. Cas. Civ. Sent 13-05-2014. M. P. Margarita Cabello Blanco. Ref.: Exp. 11001 31 03 039 2007 00299 01.*

Scanned with CamScanner

279
469

Con todo, de acuerdo con lo explicado en apartes precedentes de este Estudio, la 'compra para revender' no es siempre el elemento distintivo entre los dos negocios que nos ocupan, de suerte que no puede verse como su diferencia especifica. El verdadero rasgo característico de la agencia comercial es la 'promoción por cuenta y en beneficio' del fabricante..."[4].

3. Debe decirse que aunque no existe unanimidad sobre el punto de la diferenciación precisa entre agencia y distribución, la jurisprudencia, ha marcado pautas generales frente a los litigios presentados de similares características al que ahora se estudia, como los siguientes:

- Prevalencia del contrato escrito. Como el contrato es ley para las partes (C.C., art. 1602), se presume que su texto es fiel reflejo de la voluntad de los contrayentes[5], salvo que exista evidencia de una voluntad contraria a la que las partes plasmaron por escrito. No basta, entonces, con afirmar que las partes convinieron una cosa, pero deseaban otra (en especial, si ninguna de ellas lo alegó durante la vigencia del contrato), ni que existió una suerte de acuerdo "implícito" que coexistió con el contrato que las partes suscribieron.

- La contabilidad de las partes (llevada en debida forma) da fe del contrato que ejecutaron. Según el artículo 1622 del Código Civil, un contrato debe interpretarse por la "aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes", ejecución de la cual queda rastro en los documentos contables. Por tanto, si hubiera ambigüedad en el texto contractual, habría que indagar si la contabilidad de las partes refleja el pago de comisiones, entendidas como valores pagados por la intermediación en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, las cuales deben ser reconocidas como ingresos o gastos según sea la naturaleza.
La falta de registros por concepto de causación y pago de comisiones al supuesto "agente" impide estimar la cesantía comercial, pues cuando el artículo 1324 del Código de Comercio dispone que la cesantía se calcula sobre "la comisión, regalía o utilidad", no se refiere a las utilidades del agenciado, sino a la remuneración del agente[6].

---

[4] *SUESCÚN MELO, Jorge. "Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo". Tomo II. Segunda Edición. Editorial Legis. 2005, págs. 496 y 497.*
[5] *CSJ. S. Civil, Exp. 2075, jul. 18/05. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno*
[6] *Tribunal Arbitral de Automotora Nacional S.A. (Autonal S.A.) contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. (Sofasa S.A.), laudo del 25 de abril del 2017.*

Scanned with CamScanner

~~280~~
470

publicidad del producto y el prestigio de la marca de fábrica, son valores inmateriales que permanecen en la esfera del productor y constituyen su fuerza contractual real..."[9], sin que ello pueda entonces confundirse con la consecución de clientela para el productor o fabricante.

Según la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, el hecho de que en la compra para la reventa de un producto el distribuidor tenga que efectuar determinadas actividades *"como la publicitaria y la consecución de clientes (...) 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 el empresario"*[10].. "

4. Descendiendo al caso en concreto, y desde el anterior marco teórico referenciado, habrá de examinarse no solo el contrato allegado como base de este litigio, sino la actividad desplegada a lo largo de su ejecución por cada uno de los contratantes, las Actas de conciliación parciales y la forma de terminación del mismo a fin de verificar si las características generales de la agencia descritas con la demanda se evidencian en el presente asunto, y establecer no solo el tipo de negociación sino su forma de terminación y si hay lugar a indemnizaciones o compensaciones mutuas o unilaterales.

Elemento primordial como lo precisó la jurisprudencia transcrita, es la actuación por cuenta ajena. Tuvo CELCOSTA LTDA, que actuar por cuenta de COMCEL para beneficio de esta última como finalidad última y principal del contrato pactado, sin embargo, observa el despacho en el numeral 3., de los contratos allegados la siguiente convención:

" **3.** Objeto del Contrato:

En virtud de este contrato, CELCARIBE, concede a CELCOSTA E.U, como DISTRIBUIDOR CV-CELCARIBE, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que CELCARIBE señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

Por consiguiente, ***EL DISTRIBUIDOR se obliga para con CELCARIBE*** a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará ***en su propio nombre, por su propia***

---

[9] *CSJ, S. Civil, Exp. 09211-01, dic. 15/06, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.*
[10] *CSJ, S. Civil, Exp. 4701, oct. 31/95, M. P. Pedro Lafont Pianetta.*

Scanned with CamScanner

rendidos en el proceso, ambos dando cuenta de una contabilidad a fe del desarrollo y ejecución del contrato y en la forma estipulada por ambos contratantes. Derivar o pretender hacerlo, que era una clase de contrato y no el que se desarrolló requería sin duda una suerte de medios probatorios más contundentes. Es que frente a la claridad de lo actuado no puede sino controvertirse con medios inequívocos de certeza. Si la parte actora quiso comprobar la ocurrencia de un tipo de contrato y no del que se suscribió debió aportar al plenario tales medios de convencimiento que dilucidaran con precisión que en efecto fue leonina la forma como se pactó , o que fue una proforma tal que nunca aceptó discusión de su parte o que las penalizaciones y cláusulas que ahora aduce como abusivas siempre fueron discutidas o por lo menos no aceptadas en la ejecución del contrato. Nada de esto obra en el expediente. O bien, si su alegato es que no aceptaba las transacciones y conciliaciones parciales que se hicieron a lo largo de la duración de los contratos, debió haber traído manifestación o prueba inequívoca al respecto, lo cual la parte actora no hizo.

Por último, la prelación del contrato escrito. Este despacho, considera que el texto es fiel reflejo del querer de las partes, es precisamente donde existen cláusulas oscuras o ambigüedad, donde el juez puede intervenir en una labor de interpretación, pero donde no existe tal oscuridad es la voluntad contractual la que prevalece. La ley solo entra a suplir la voluntad de los contrayentes en el evento de una carencia o vacío que requiere de su manifestación pero por el hecho de existir comisiones, actuar en obedecimiento de directrices de la empresa COMCEL S.A. no puede deducirse la existencia sin mas de un contrato de agencia comercial que reemplace lo pactado claramente, y lo pactado sin dudas, fue la exclusión del negocio convenido del concepto de agencia comercial, menos aún que la empresa actora CELCOSTA LTDA, actuaba por cuenta de aquella.

Se observa contundente la intención de las partes en celebrar un contrato de distribución, pero no hay que olvidar que estamos precisamente cuestionando al tenor del *petitum* las cláusulas que excluyeron la agencia comercial para, en su lugar, declararlas si a ello hay lugar, como nulas, ineficaces e inválidas según lo pedido y proceder luego al reconocimiento del contrato de agencia comercial.

Scanned with CamScanner

atenderse tanto a las características del producto como la zona de su comercialización. (Artículo "Posición dominante en el mercado". Emilio José Archila. Publicación Asuntos: legales. Lunes 7 de noviembre de 2016.)

Para los fines que aquí interesa, se releva el hecho de que no por contratar con una empresa que puede tener una posición trascendente o mayoritaria en un mercado, se está, por sí y sin mayores consideraciones, en situación desigualdad manifiesta. Menos aún, si se trata de un contrato que beneficia a ambos contratantes. Si CELCOSTA LTDA distribuiría por medio de los contratos base de esta acción, los productos y servicios de telefonía celular, mensajes de datos y de voz de COMCEL, más que una situación leonina o desventajosa frente a la empresa demandante, sería en principio y en sana lógica, una circunstancia de colaboración y suministro entre ambas para la consecución de un objetivo común, cual era, la colocación de aquellos productos y servicios en un mercado masivo.

Luego para demostrar una posición contractual nociva a la parte actora, o decididamente desventajosa debió desplegarse una actividad probatoria más contundente que la sola afirmación de la demanda, pues tanto para el contrato de distribución como para el de agencia comercial que se busca declarar, implicaba en el proceso derrotar el ánimo de colaboración contractual propio de estas figuras para en su lugar, forzar y demostrar una circunstancia injusta para la demandante.

Es decir, desde la naturaleza misma de ambas figuras no puede hablarse en principio de una situación leonina que solo admitía adhesión a las condiciones del proveedor pues era a ese proveedor a quien primero interesaba una colaboración armónica con sus distribuidores.

Ahora bien, ninguna de las pruebas allegadas con la demanda se enfilaron a demostrar esa presunta posición dominante y no puede hablarse de una situación de indefensión o de inferioridad de CELCOSTA LTDA. quien es también una empresa del ramo, con una capacidad profesional y técnica capaz de precisar y controvertir las condiciones de un convenio.

Por esta misma vía, se derrotan las pretensiones referidas a la nulidad, ineficacia e invalidez de cláusulas que excluyeron la agencia comercial de la forma de contratación entre las partes con base en esa misma posición dominante, pues

Scanned with CamScanner

organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos..."

b). Declaraciones rendida por los testigos y las partes en los interrogatorios, quienes frente al cuestionamiento en la forma de redacción de los documentos se precisó que sin duda aunque COMCEL manejaba un formato, este podía ser ampliamente discutido por el distribuidor, lo cual no sucedió.

Y conclusión a la que se llega, tras valorar como se advirtió los elementos probatorios oportunamente allegados, toda vez que no hay evidencia que dé cuenta que las actuaciones comerciales que realizó la empresa demandante para promover el objeto social del productor, en la forma que lo exige la agencia comercial: "*una actividad permanente de intermediación frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ampliarlo...*"[12].

Ahora bien, no solo en su celebración se tuvo en cuenta la convencionalidad de lo estipulado, también en la forma de terminación del mismo. Si la parte actora manifestó en su demanda que aunque ella dio por concluido el contrato sin que se le hubieran tenido en cuenta sus glosas e inconformidades, de ello también debió allegar prueba. En cambio la parte demandada enrostró a su contrincante once (11) actas de transacción y conciliación celebradas desde el veintiocho (28) de octubre de dos mil cinco (2005) hasta la del dos (2) de diciembre de dos mil nueve (2009) , donde las partes transaron sus diferencias, conciente y voluntariamente y consecuentemente, dotaron dichos acuerdo con la intención de la cosa juzgada, a lo único que habría lugar entonces en caso de incumplimiento de cualquiera de aquellas conciliaciones era a su cobro coactivo que no al cuestionamiento del contrato original, en la medida en que con ellas renunciaron, ambas partes, y expresamente al ejercicio de cualquier acción dirigida a desconocer sus efectos.

Al cariz de lo expuesto, se concluye, como se anticipó, que el contrato de distribución base de las pretensiones principales no puede calificarse como de agencia comercial, puesto que como se vio se trató de un pacto para la reventa de los productos de la pasiva, donde el riesgo económico lo corría la demandante, sin que en su ejecución surgieran otras tonalidades contractuales con la virtualidad de modificar las obligaciones inicialmente pactadas por los

---

12 *"Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda., vr. FiberGlass Colombia S.A. Laudo Arbitral del 19 de Febrero de 1997". SUESCÚN MELO, Jorge. "Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo". Tomo II, Segunda Edición. Editorial Legis, 2005, pág. 461.*

Scanned with CamScanner

286
496

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.,** , administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones tituladas: "INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.", "AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.", "TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE CELCOSTA LTDA Y COMCEL S.A.", "RENUNCIA DE CELCOSTA LTDA A LAS PRESTACIONES PROPIAS DE LA AGENCIA COMERCIAL", "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL", "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET" y 11 "LAS CONDICIONES DE VENTA Y DE REMUNERACIÓN FUERON PACTADAS ENTRE LAS PARTES DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO" formuladas por la pasiva

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante CELCOSTA LTDA. Se fijan como agencias en derecho la suma de $ 2'000.000.-.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La Jueza,

AURA ESCOBAR CASTELLANOS

República De Colombia
Rama Judicial Del Poder Público
Juzgado [illegible] Civil del Circuito
[illegible] de Bogotá, D. C.

El anterior auto se notificó por estado
N°. 21 Fecha: 25 FEB 2020
Secretaria (o):

Scanned with CamScanner

S&R
ABOGADOS

477

JUZG.24 CIVIL CTO.BTA

38895 3-MAR-'20 12:38

286F

Señor
Juez Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá en Oralidad
E. S. D.

Proceso	:	Verbal
Demandante	:	Salcedo Dominguez Comerciantes SAS
Demandado	:	Comunicación Celular S. A. – COMCEL S. A.
Radicación	:	2019-00350
Asunto	:	Contestación de la demanda

LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado en ejercicio, portador de la T.P. No. 12.386 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial reconocido de la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., (En adelante y para todos los efectos "COMCEL"), por medio del presente escrito y estando en tiempo para ello, manifiesto a usted que procedo a continuación a dar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA que en su contra fuera formulada por la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ SAS (En adelante y para todos los efectos "SALCEDO DOMINGUEZ"), cumpliendo para ello con todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 96 del CGP, de la siguiente manera:

I. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

A nombre de COMCEL, me OPONGO expresamente a que se acceda a la totalidad de las pretensiones declarativas y de condena, principales y subsidiarias, contenidas en la demanda, las cuales, por carecer de fundamento legal y contractual, resultan infundadas y temerarias por lo que deberán ser desestimadas en la sentencia que ponga fin al presente proceso.

Como consecuencia de ello, solicito a usted que, en la sentencia que ponga fin al presente proceso, se absuelva a COMCEL de todos y cada uno de los infundados cargos que de manera temeraria se le formulan en la demanda y que, en su lugar, se condene ejemplarmente a la sociedad demandante SALCEDO DOMINGUEZ, al pago de la totalidad de los gastos y costas del presente proceso, incluidas las correspondientes agencias en derecho por su manifiesta temeridad.

De manera particular me opongo a todas y cada una de tales pretensiones, así:

A: PRETENSIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL SUB IÚDICE:

A la Primera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que la única relación jurídica patrimonial que se celebró y ejecutó de buena fe entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ correspondió a un contrato de distribución y no al supuesto contrato de agencia comercial, que en forma infundada y temeraria pretende la demandante.

A la Segunda: Me opongo a que se acceda a esta pretensión toda vez que, como se demostrará en el proceso, todas las cláusulas que integraron y formaron parte del contrato de distribución que se celebró y ejecutó entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ no fueron ni extendidas ni -menos- dictadas por COMCEL sino que, por el contrario, todas ellas, fueron discutidas, convenidas y acordadas libremente por contratantes, en ejercicio de su autonomía contractual y libertad de contratación, lo que descarta que el contrato haya sido de adhesión, pues al haber sido consensuado entre ellas, dicho contrato fue un contrato de libre discusión.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@syrabogados.com

B: PRETENSIONES RELATIVAS A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO SUB IÚDICE

A la Tercera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que, como se evidencia de los mismos documentos que fueron aportados por la demandante a la demanda, en la celebración y ejecución del contrato Sub Iúdice, SALCEDO DOMINGUEZ asumió por sus propios medios y por su cuenta y riesgo, la ejecución del contrato de distribución que celebró con COMCEL; y además, porque COMCEL jamás le confirió el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular en la zona oriente del país como en forma superficial y ligera se afirma en la demanda.

De otra parte, me opongo a que se acceda a esta pretensión porque en el denominado contrato sub iudice no puede reunir los elementos esenciales de un contrato típico de agencia comercial pues, al suscribirlo, ambos contratantes acordaron y convinieron, libremente y de común acuerdo, en la cláusula cuarta del contrato, que refleja su intención inequivoca de celebrar un contrato de distribución y excluír el de agencia comercial, lo siguiente:

> *"... 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 e n 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 dé referencia y en las instrucciones escritas que le sean impartidas"* (subrayas y negrillas fuera de contexto)

A la Cuarta: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido claramente definida libremente por los contratantes y de común acuerdo, la naturaleza jurídica del contrato de distribución que posteriormente celebraron y ejecutaron, los laudos arbitrales mencionados en esta pretensión resultan absolutamente improcedentes y no constituyen ningún precedente.

Olvida la demandante que, de conformidad con lo previsto en el Artículo 17 del Código Civil, los mencionados laudos arbitrales solamente tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que fueron pronunciados; así como que dichos laudos no constituyen ni pueden constituir ningún tipo de precedente judicial ni horizontal ni vertical, que haya sido acogido por ningún órgano judicial de cierre.

A la Quinta: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido claramente definida libremente por los contratantes y de común acuerdo, la naturaleza

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

jurídica del contrato de distribución que posteriormente celebraron y ejecutaron, los laudos arbitrales mencionados en esta pretensión resultan absolutamente improcedentes y no constituyen ningún precedente.

Olvida la demandante que, de conformidad con lo previsto en el Artículo 17 del Código Civil, los mencionados laudos arbitrales solamente tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que fueron pronunciados; así como que dichos laudos no constituyen ni pueden constituir ningún tipo de precedente judicial ni horizontal ni vertical, que haya sido acogido por ningún órgano judicial de cierre.

A la Sexta: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido claramente definida libremente por los contratantes y de común acuerdo, la naturaleza jurídica del contrato de distribución que posteriormente celebraron y ejecutaron, al precente proceso no se le pueden aplicar -por improcdentes- las reglas de interpretación contractual previstas en los artículos 1618 y 1622 del Código Civil.

C: PRETENSIONES RELATIVAS A LA INOPERANCIA DE CIERTAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

A la Séptima: Me opongo a esta pretensión ya que todas y cada una de las cláusulas que instrumentaron el contrato de distribución que libremente se celebró y ejecutó entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fueron claramente discutidas, acordadas y convenidas libremenete por los contratantes; y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

Niego que COMCEL haya ejercido ninguna posición de dominio contractual o que haya extendido o impuesto a SALCEDO DOMINGUEZ ninguna disposición contractual pues, repito, todas y cada una de las cláusulas que instrumentaron el contrato de distribución que libremente se celebró y ejecutó entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fueron claramente discutidas, acordadas y convenidas por los contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso.

A la Octava: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

A la Novena: Me opongo a esta pretensión ya que todas y cada una de las cláusulas que instrumentaron el contrato de distribución que libremente se celebró y ejecutó entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fueron claramente discutidas, acordadas y convenidas por los contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso, lo que descarta su inoperancia por ineficacia o nulidad.

A la subsidiaria de la pretensión Novena: Me opongo a esta pretensión ya que todas y cada una de las cláusulas que instrumentaron el contrato de distribución que libremente se celebró y ejecutó entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fueron claramente discutidas, acordadas y convenidas por los contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso, lo que descarta su inoperancia por ineficacia o nulidad.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 619 9699 E-mail info@syrabogados.com

400

D: PRETENSIONES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN MERCANTIL DEL INCISO 1º DEL ART. 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO:

A la Décima: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes.

También me opongo a esta pretensión, porque COMCEL jamás celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

A la Undécima: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le imponga la obligación de pagarle ninguna pretación mercantil.

A la Duodécima: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le imponga la obligación de pagarle ninguna prestación mercantil.

A la Décima tercera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le imponga la obligación de pagarle ninguna prestación mercantil.

A la subsidiaria al literal D) de la pretensión Décima Tercera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le imponga la obligación de pagarle ninguna prestación mercantil.

E: PRETENSIONES RELATIVAS A LA INEXISTENCIA DE PAGOS ANTICIPADOS DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL

A la Décima cuarta: Me opongo a esta pretensión toda vez que los pagos anticipados que efectuó COMCEL a SALCEDO DOMINGUEZ y que esta sociedad recibió de aquella, durante toda la vigencia y ejecución del contrato de distribución, corresponden a lo que fue claramente acordado y convenido por los contratantes en el contrato de disstribución que constituye una ley para los contratantes.

A la Décima quinta: Por contener varias pretensiones acumuladas en una sola, me refiero a ellas, así:

Me opongo a esta pretensión toda vez que los pagos anticipados que efectuó COMCEL a SALCEDO DOMINGUEZ y que esta sociedad recibió de aquella, durante toda la vigencia y ejecución del contrato de distribución, corresponden a lo que fue claramente acordado y convenido por los contratantes durante la ejecución contractual en ejercicio de su autonomía contractual.

a) Me opongo a que se declare que COMCEL haya impartida a SALCEDO DOMINGUEZ la instrucción de dividir la facturación, toda vez que la división de la facturación en dos, correspondió a lo que al respecto acordaron los contratantes en ejercicio de su autonomía contractual y constituye la ley del contrato.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@sycabogados.com

b) Me opongo a que se declare que COMCEL haya condicionado el pago de las facturas al cumplimiento de ninguna instrucción pues, repito, la división de la facturación correspondió a lo que al respecto acordaron los contratantes en ejercicio de su autonomía contractual y constituye la ley del contrato.

c) Me opongo a que se declare que la división de la facturación no significó un incremento del 20% de la remuneración que contractualmente venía recibiendo la demandante, pues ello es contrario a lo que al respecto habían acordado los contratantes en ejercicio de su libertad y autonomía contractual.

d) Me opongo a que se declare la forma en que COMCEL debe ajustar su contabilidad toda vez que la forma en que los comerciantes deben llevar y ajustar su contabilidad se encuentra regulado por el artículo 264 del CGP y por las leyes especiales que regulan la materia.

e) Me opongo a que se acceda a esta pretensión porque la forma en que COMCEL debe o no causar y pagar el impuesto al Valor Agregado (IVA) así como efectuar sus retenciones en la fuente, es un tema que se encuentra íntegramente regulado por el Estatuto Tributario.

f) Me opongo a que se acceda a esta pretensión porque el hecho de que la prestación mercantil a que se refiere la demandante tipifique o no un hecho generador de del impuesto del IVA, es un asunto íntegramente regulado por el Estatuto Tributario.

g) Me opongo a que se acceda a esta pretensión porque la forma en que COMCEL debe o no causar y pagar el impuesto al Valor Agregado (IVA) así como efectuar sus retenciones en la fuente, es un tema que se encuentra íntegramente regulado por el Estatuto Tributario.

h) Me opongo a que se acceda a esta pretensión porque los pagos anticipados que COMCEL efectuó durante la ejecución contractual a SALCEDO DOMINGUEZ por corresponder a la prestación de lo debido, extinguieron válidamente las obligaciones respectivas y no pueden estar sujetos a ninguna restitución, como en forma infundada lo pretende la demandante.

i) Me opongo a que se declare que en los activos de COMCEL no haya registro alguno que de cuenta de pagos anticipados efectuados a la demandante, toda vez que la forma en que COMCEL debe llevar y ajustar su contabilidad está íntegramente regulado por el artículo 264 del Código de comercio y por las leyes especiales que regulan la materia.

j) Me opongo a que se declare que en los pasivos de SALCEDO DOMINGUEZ no haya registro alguno que de cuenta de pagos anticipados efectuados a la demandante, toda vez que, como se demostrará en el proceso, durante la ejecución contractual sí le pagó la demandante todas las obligaciones a su cargo y, además, porque el contrato que COMCEL celebró y ejecutó con la demandante fue un contrato de distribución que no dio lugar al pago de ninguna prestación mercantil.

A la Décima sexta: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le imponga la obligación de pagarle ninguna prestación mercantil.

F: PRETENSIONES RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS Y ABUSOS IMPUTABLES A COMCEL

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@syrabogados.com

182

A la Décima séptima: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que durante la ejecución del contrato de distribución, COMCEL pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta última sociedad recibió de aquella, a su plena satisfacción, todas y cada una de las comisiones que fueron acordadas en el Anexo A de dicho contrato, especialmente la denominada "comisión por residual"

A la subsidiaria a la pretensión Décima Séptima-Literal C: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

A la Décima octava: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que durante la ejecución del contrato de distribución, COMCEL pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta última sociedad recibió de aquella, a su plena satisfacción, todas y cada una de las comisiones que fueron acordadas en el Anexo A de dicho contrato, especialmente la denominada "comisión por lehgalización de kits Prepago".

A la subsidiaria a la pretensión Décima octava – literal D: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

A la subsidiaria a la pretensión Décima octava – literal E: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

A la Décima Novena: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que durante la ejecución del contrato de distribución, COMCEL pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta última sociedad recibió de aquella, a su plena satisfacción, todas y cada una de las comisiones que fueron acordadas en el Anexo A de dicho contrato, especialmente las denominadas "comisiones por permanencia y buena venta"

A la subsidiaria a la pretensión Décima novena – literal C: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@svrabogados.com

483

A la Vigésima: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que durante la ejecución del contrato de distribución, COMCEL pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta última sociedad recibió de aquella, a su plena satisfacción, todas y cada una de las comisiones que fueron acordadas en el Anexo A de dicho contrato que fue acorados y consentido libremente por ambos contratantes en ejercicio de su autonomía y libertad contractual, el cual constituye una ley para ellos.

a) Me opongo a esta pretensión toda vez que de acuerdo a lo pactado por los contratantes todas las comisiones que se causarían durante la ejecución del contrato de distribución, serían fijadas de acuerdo a lo que previeron en el Anexo A del contrato.

b) Me opongo a esta pretensión, toda vez que la circular a que se refiere la demandante fue emitida de conformidad con lo pactado en el Anexo A del contrato de distribución que era la ley para ambos contratantes.

c) Me opongo a esta pretensión porque COMCEL jamás obligó a la demandante a nada y porque los pagos de los costos de las transportadoras de valores, era una obligación contractual que había sumido SALCEDO DOMINGUEZ frente a COMCEL.

d) Me opongo a esta pretensión toda vez que de acuerdo a lo pactado por los contratantes todas las comisiones que se causarían durante la ejecución del contrato de distribución, serían fijadas de acuerdo a lo que previeron en el Anexo A del contrato.

A la subsidiaria a la pretensión vigésima – literal D: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

A la Vigésima primera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que durante la ejecución del contrato de distribución, COMCEL pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta última sociedad recibió de aquella, a su plena satisfacción, todas y cada una de las comisiones que fueron acordadas en el Anexo A de dicho contrato.

A la subsidiaria a la pretensión vigésima primera – literal E: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que habiendo sido el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL fruto de su mutuo consentimiento, todas y cada una de sus cláusulas, modificaciones, adiciones y "otrosíes" fueron libremente discutidas, acordadas y convenidas por ambos contratantes y por ende, dicho contrato fue el fruto de su recíproca deliberación y consenso lo que excluye que las mismas sean o tengan la naturaleza de ser abusivas, ventajosas o leoninas.

A la vigésima segunda: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que durante la ejecución del contrato de distribución, COMCEL pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta última sociedad recibió de aquella, a su plena satisfacción, todas y cada una de las comisiones que fueron acordadas en el Anexo A de dicho contrato.

G: PRETENSIONES RELATIVAS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO SUB IÚDICE

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (57-1) [illegible]

A la Vigésima tercera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

A la Vigésima cuarta: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

H: PRETENSIONES DE CONDENA INDEMNIZATORIAS

A la Vigésima quinta: Me opongo a esta pretensión en atención no solo porque la misma es consecuencial de 24 anterior, sino porque COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

A la subsidiaria a la pretensión vigésima quinta – literal K: Me opongo a esta pretensión en atención no solo porque la misma es consecuencial de 24 anterior, sino porque COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

A la subsidiaria a la pretensión vigésima quinta – literal M: Me opongo a esta pretensión en atención no solo porque la misma es consecuencial de 24 anterior, sino porque COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

A la Vigésima sexta: Me opongo a esta pretensión toda vez que COMCEL nada adeuda a SALCEDO DOMINGUEZ que justifique el pago de ningún interés moratorio, ni se encuentra en mora de pagar nada a SALCEDO DOMINGUEZ.

I: PRETENSIONES RELATIVAS A LAS DENOMINADAS "ACTAS DE CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS"

A la Vigésima séptima: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que la totalidad de las actas de conciliación, transacción y compensación que fueron celebradas entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ durante la vigencia del contrato de distribución, lo fueron conforme a lo que fuera convenido y acordado por los contratantes en la cláusula 30 del contrato de distribución.

A la subsidiaria a la pretensión vigésima séptima – literal B: Me opongo a esta pretensión porque la totalidad de las actas de conciliación, compensación y transacción que se suscribieron entre COMCEL e SALCEDO DOMINGUEZ durante la ejecución contractual constituyeron verdaderas transacciones que hicieron tránsito a cosa juzgada en ultima instancia en la forma prevista por el artículo 2483 del Código Civil.

A la subsidiaria a la vigésima séptima literal D): Me opongo a esta pretensión toda vez que la renbuncia a la prestacion mercantil de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código Civil si es válida, tal como lo ha reconcocido en forma reiterada la jurisprudencia de las altas corte en Colombia.

J: DERECHO DE RETENCIÓN Y PRETENSIONES FINALES

A la Vigésima octava: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le permita a SALCEDO DOMINGUEZ ejercer ningún derecho de retención.

A la Vigésima novena: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le permita a SALCEDO DOMINGUEZ ejercer ningún derecho de retención.

A la Trigésima: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial que le permita a SALCEDO DOMINGUEZ ejercer ningún derecho de retención.

A la Trigésima primera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que la hipoteca, como garantía que es de obligaciones, solo puede ser extinguida por el evento de la condición resolutoria; por la extinción del plazo por el cual fue constituida; o por voluntad del acreedor hipotecario (COMCEL) en la forma y términos previstos en el artículo 2457 del Código Civil, lo cual aun no ha ocurrido.

A la Trigésima segunda: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, porque los títulos valores que fueron suscritos por SALCEDO DOMINGUEZ, sus accionistas o administradores, para respaldar las obligaciones a su cargo durante la ejecución del contrato de distribución, contienen un derecho autónomo que se encuentra incorporado en ellos, diferente a los de la relación jurídica inter partes, en la forma prevista en los artículos 619 y 627 del Código de Comercio, e incorporan autónomos e independientes del contrato de distribución celebrado y ejecutado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ.

A la Trigésima tercera: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

Por demás, el Artículo 365 del Código General del Proceso regula todo lo relativo a la condena en costas y al tratarse de normas de carácter procesal, estas son de orden público de acuerdo con el Artículo 13 de la misma codificación.

A la Trigésima cuarta: Me opongo a que se acceda a esta pretensión, toda vez que COMCEL no celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

Por demás, el Artículo 365 del Código General del Proceso regula todo lo relativo a la condena en costas y al tratarse de normas de carácter procesal, estas son de orden público de acuerdo con el Artículo 13 de la misma codificación.

II. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos los contesto, a continuación, en el mismo orden y de acuerdo con la misma metodología que fuera utilizada por el apoderado de la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ, así:

SECCIÓN PRELIMINAR: DE LAS PARTES Y EL MERCADO

1) Es cierto, pues así consta en el certificado de existencia y representación Legal de COMCEL, que se acompañó como prueba a la demanda.

2) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

3) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

4) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

5) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

6) Por tratarse de hechos propios de un tercero ajeno a este proceso, no me encuentro obligado a contestar nada de lo que se afirma en este hecho.

   En todo caso le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma conforme al deber que le impone el Artículo 167 del CGP

7) Por tratarse de hechos propios de un tercero ajeno a este proceso, no me encuentro obligado a contestar nada de lo afirma en este hecho.

   En todo caso le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma conforme al deber que le impone el Artículo 167 del CGP

8) No es cierto pues las utilidades de la sociedad no son -ni pueden ser- objeto de control de los accionistas de una sociedad individualmente considerados.

9) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

10) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, toda vez que de acuerdo con el Certificado de Constitución y Gerencia de COMCEL, que fuera acompañado como prueba en la demanda, aparece que su objeto social es "*... La prestación y comercialización de servicios de comunicaciones, tales como los servicios de telefonía móvil, móvil celular, valor agregado, telemáticos, portadores y demás, y con tal propósito podrá emprender todas las actividades relacionadas con dichos servicios, o que le sean conexas o complementarias*"

11) Es cierto.

12) Es cierto.

13) Es cierto.

14) Es cierto.

15) Es cierto

16) Es cierto.

407

17) No me consta pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

18) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

19) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado.

Niego que COMCEL haya tenido agentes comerciales, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

20) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado.

Niego que COMCEL haya tenido agentes comerciales, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

21) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado.

Niego que COMCEL haya tenido agentes comerciales, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

22) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado.

Niego que COMCEL haya tenido agentes comerciales, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

23) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Niego que COMCEL haya incurrido en incumplimientos o abusos contractuales, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

24) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

En todo caso, el Juzgado deberá apreciar la confesión que hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de haber terminado unilateralmente dicha sociedad el contrato de distribución que celebró con COMCEL, confesión que tiene plena validez de acuerdo con lo previsto en el artículo 193 del CGP

Niego que COMCEL haya incurrido en incumplimientos o abusos contractuales, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

Por tanto, Niego que COMCEL haya provocado ninguna justa causa que pueda ser invocada por SALCEDO DOMINGUEZ como justificativa de la terminación del contrato, lo que le

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista por el artículo 167 del CGP.

25) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ no me encuentro obligado a contestar este hecho.

En todo caso me atengo a lo que en derecho demuestre el certificado de constitución y gerencia de SALCEDO DOMINGUEZ que como prueba se acompañó a la demanda en la forma prevista por el artículo 117 del Código de Comercio.

26) Por tratarse de una negación indefinida que hace SALCEDO DOMINGUEZ no me encuentro obligado a contestar este hecho.

27) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado.

Niego que SALCEDO DOMINGUEZ haya promovido o explotado los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, lo que SALCEDO DOMINGUEZ se encuentra obligada a demostrar conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

SECCIÓN PRIMERA: DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO SUB IÚDICE

28) Es cierto, pero aclaro que la única relación jurídica patrimonial que COMCEL celebró y ejecutó -de buena fe- con SALCEDO DOMINGUEZ, correspondió al contrato de distribución que libremente discutieron y acordaron ambos contratantes.

29) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, toda vez que COMCEL no extendió ningún contrato para que fuera suscrito por su red de distribuidores o de OCCEL y CELCARIBE, pues todos los contratos de distribución que celebró y ejecutó con ellos correspondieron a unas condiciones generales de contratación que estaban vertidas en un modelo de contrato que siempre les propuso a sus distribuidores para su libre análisis, revisión, discusión y aceptación a cuyo efecto podían solicitarle las explicaciones correspondientes.

30) Es cierto.

31) Es cierto.

32) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, toda vez que el modelo contractual que se menciona en este hecho corresponde al modelo de un contrato de distribución y no al modelo de un contrato de agencia comercial como en forma ligera lo afirma SALCEDO DOMINGUEZ, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP.

33) No es un hecho sino una inferencia, equivocada, por cierto, que hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sin ningún fundamento legal que lo respalde. El contrato que celebraron y ejecutaron COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ no fue un contrato de adhesión, sino que, por el contrario, fue un contrato de libre discusión que fue discutido, analizado, revisado y convenido libremente por ambos contratantes.

SECCIÓN SEGUNDA: DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO SUB IÚDICE

34) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado pues COMCEL, jamás, le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ ningún encargo para promover o explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC).

Niego que entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ se haya celebrado contrato alguno de agencia comercial, así como que COMCEL haya tenido agentes comerciales.

35) Es cierto.

36) Es cierto.

37) Es cierto.

38) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar este hecho.

En todo caso, me atengo a lo que en derecho demuestre el Certificado de Existencia y Representación Legal que como prueba se acompañó a la demanda.

39) Es cierto que SALCEDO DOMINGUEZ no es filial ni subsidiaria de COMCEL.

No me consta que SALCEDO DOMINGUEZ haga parte de grupo empresarial alguno, lo que le corresponderá probar conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

40) Por tratarse de una negación indefinida que hace SALCEDO DOMINGUEZ no me encuentro obligado a contestar este hecho.

En todo caso, no me consta, pues tal inferencia se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

41) Por tratarse de una negación indefinida que hace SALCEDO DOMINGUEZ no me encuentro obligado a contestar este hecho.

En todo caso, no me consta, pues tal inferencia se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

42) No es cierto toda vez que COMCEL ni extendió el denominado contrato sub iudice ni le dio a SALCEDO DOMINGUEZ ninguna instrucción a SALCEDO DOMINGUEZ durante su ejecución que desvirtúe el carácter de independencia pues, repito, COMCEL jamás celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

43) Es cierto, pues así reza la cláusula quinta del contrato de distribución.

44) Es cierto que el contrato de distribución que se celebró y ejecutó entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, se ejecutó desde el 27 de junio de 2007 hasta el 22 de febrero de 2018.

El Juzgado habrá de apreciar la confesión que hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ acerca de haberse extinguido el contrato de distribución que celebró su representada con

490

COMCEL, desde el día 22 de febrero de 2018, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo previsto en el artículo 193 del CGP

45) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues de acuerdo con los términos del contrato de distribución que fuera celebrado y ejecutado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, aparece que COMCEL jamás le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ el encargo de promover y/o explotar sus negocios.

46) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

47) No es cierto pues, repito, COMCEL jamás le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ ningún encargo y, menos, para promover y explotar sus negocios.

Niego que COMCEL le haya conferido a SALCEDO DOMINGUEZ el encargo de promocionar y explotar sus negocios, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

48) No es cierto por corresponder a una inferencia que hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sin ningún fundamento legal o contractual que la respalde.

Respecto del Objeto Social de COMCEL me atengo a lo que en derecho demuestre el Certificado de Existencia y Representación Legal que fuera acompañado como prueba a la demanda.

49) No me consta, pues se trata de una opinión contable, inferencia o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

50) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de la demandante, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

51) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, sin ningún fundamento legal o contractual que la respalde, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

52) Por contener varios hechos, los contesto separadamente, así:

a) Es cierto que la Cláusula tercera del contrato así lo establece.

b) Es cierto que la Cláusula 1.11 del contrato describe el concepto de "Servicio"

c) Es cierto que la Cláusula 1.13 del contrato describe el concepto de "Abonado"

d) Es cierto que la Cláusula 1.14 del contrato describe el concepto de "Producto de Abonado"

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

S&R ABOGADOS

e) Es cierto que la Cláusula 1.16 del contrato describe el concepto de "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular"

f) Es cierto que la Cláusula 1.15 del contrato describe el concepto de "Establecimiento"

No es cierto que la Demandante a través de sus establecimientos haya promocionado o explotado los servicios de COMCEL pues, reitero, jamás COMCEL le confirió ningún encargo.

53) Es cierto.

54) No es cierto.

COMCEL jamás le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ ningún encargo para promover o promocionar sus negocios, lo que le corresponderá probar a la demandante conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

55) Es cierto.

56) No es cierto que SALCEDO DOMINGUEZ haya promocionado los servicios de COMCEL pues, repito, el contrato que se celebró entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ fue un contrato de distribución y no uno de agencia comercial.

57) Es cierto.

58) Es cierto.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ a través de su apoderado acerca de que únicamente SALCEDO DOMINGUEZ podía abrir establecimientos y puntos de venta en los locales que COMCEL le autorizaba previamente, confesión esta que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de SALCEDO DOMINGUEZ.

59) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues COMCEL jamás le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ el encargo de promover y explotar sus negocios en los puntos a los que se refiere este hecho.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ a través de su apoderado acerca de que el contrato de distribución se ejecutó en unos municipios que pertenecen al área oriental, a través de los establecimientos y puntos que COMCEL le autorizó, confesión que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de SALCEDO DOMINGUEZ.

60) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado pues COMCEL jamás le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ el encargo de promover o explotar sus negocios ni celebró con ella ningún contrato de agencia comercial.

61) Es cierto.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

Aclaro que el sistema remuneratorio no fue implementado por COMCEL, sino que, por el contrario, correspondió a lo que libremente acordaron ambos contratantes al momento de celebrar el contrato de distribución.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ a través de su apoderado acerca de que su gestión durante la ejecución del contrato de distribución siempre le fue remunerada por COMCEL, confesión esta que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de SALCEDO DOMINGUEZ.

62) Es cierto.

63) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues las comisiones que SALCEDO DOMINGUEZ le facturó a COMCEL, durante la ejecución del contrato de distribución, siempre obedecieron a lo que fuera convenido y acordado libremente por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución que celebraron y ejecutaron.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ a través de su apoderado acerca de que su gestión durante la ejecución del contrato de distribución siempre le fue remunerada por COMCEL, confesión esta que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de SALCEDO DOMINGUEZ.

64) Por contener varios hechos, los contesto separadamente, así:

a) Es cierto que la Demandante solamente podía comercializar los servicios, SIM CARDS y terminales móviles atados al servicio de telefonía móvil celular de COMCEL.

b) No me consta que los dictámenes entregados por los peritos y los testimonios rendidos por los testigos en los procesos de FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs. COMCEL; SIMTEC S.A. Vs. COMCEL y K-CELULAR Vs. COMCEL hayan sido legalmente trasladados al presente proceso, pues los mismos no cumplen con los requisitos y condiciones previstos en el Artículo 174 del CGP para que puedan ser considerados como una prueba válidamente trasladada en el presente proceso, artículo este que por ser una norma procesal, es de orden público y de riguroso cumplimiento, toda vez que tales dictámenes periciales y testimonios solo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas y de los hechos en los que fueron valorados.

c) Por demás, al tratarse de pruebas practicadas en otros procesos con ocasión de unas relaciones jurídicas diferentes a la sometida a consideración de este Juzgado, las mismas resultan absolutamente improcedentes, impertinentes e inconducentes para probar hechos relativos al contrato de distribución que fuera celebrado y ejecutado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, lo que le corresponderá probar conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

65) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

No me consta que el dictamen entregados por los peritos en el proceso de FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs. COMCEL haya sido legalmente trasladado al presente

proceso, pues el mismo no cumple con los requisitos y condiciones previstos en el Artículo 174 del CGP para que pueda ser considerada como una prueba válidamente trasladada en el presente proceso, artículo este que por ser una norma procesal, es de orden público y de riguroso cumplimiento, toda vez que tales dictámenes periciales solo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas y de los hechos en los que fueron valorados.

Por demás, al tratarse de una prueba practicada en otro proceso con ocasión de una relación jurídica diferente a la sometida a consideración de este Juzgado, la misma resulta absolutamente improcedente, impertinente e inconducente para probar hechos relativos al contrato de distribución que fuera celebrado y ejecutado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, lo que le corresponderá probar conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

66) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

67) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

68) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

69) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

70) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

71) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

72) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

73) No es cierto.

COMCEL no le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ ningún encargo que le permitiera promover o explotar sus negocios por su cuenta pues, repito, COMCEL jamás celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

74) No es cierto.

COMCEL no le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ ningún encargo que le permitiera promover o explotar sus negocios pos su cuenta pues, repito, COMCEL jamás celebró ni -menos- ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

75) No es cierto.

Niego que SALCEDO DOMINGUEZ haya conquistado, ampliado o recuperado una clientela y unos mercados para COMCEL, toda vez que de acuerdo con el contrato de distribución que celebraron y ejecutaron, COMCEL jamás le confirió dicho encargo.

76) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

77) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar este hecho.

Niego que SALCEDO DOMINGUEZ haya captado clientela para COMCEL, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

78) Es cierto que COMCEL emitió el 22 de febrero de 2005 la circular a que se refiere este hecho, conducta que corresponde a lo que pactaron los contratantes.

No es cierto en lo demás pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

79) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

80) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar este hecho pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

81) No me consta, pues se trata de una opinión, divagación o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarla en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

82) No es cierto.

a) Niego que COMCEL haya extendido o predispuesto los textos contractuales que se mencionan en este hecho pues, repito, la totalidad de los textos contractuales que se incluyeron en el contrato de distribución fueron discutidos, revisados, convenidos y acordados libremente por los contratantes.

b) Es necesario mencionar, para una mayor claridad, que COMCEL, si tiene y utilizó un modelo de contrato de distribución pro-forma el cual, antes de su celebración, le fue propuesto a la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ, para su análisis, estudio y revisión,

495

razón por la cual es claro que dicha sociedad si tuvo la oportunidad de analizarlo y de informarse ampliamente sobre su contenido y alcance antes de su suscripción; y que con base en el deber de información que tenía bien habría podido, si lo consideraba conveniente, haberle presentado a COMCEL, todas las observaciones que hubiere tenido sobre el contenido y alcance de sus clausulas para que a su vez, COMCEL las hubiese aceptado o rechazado, lo que no hizo.

c) Tan cierto es lo anterior que -tal como se lee en el encabezamiento del contrato que se celebró el día 13 de enero de 2009 - los propios órganos de administración de SALCEDO DOMINGUEZ, autorizaron a su representante legal, señor JORGE HERNAN LOPEZ CARVAJAL, para suscribirlo, "... ***En consideración de las mutuas obligaciones y de las estipulaciones que se incluyen aquí, de cuya aceptación y obligatoriedad se da cuenta en el presente documento***" (negrillas y subrayas fuera de contexto)

d) Además, el distribuidor SALCEDO DOMINGUEZ, en ejercicio de su autonomía contractual bien habría podido haberse negado a suscribirlo sin que ello le trajera una consecuencia negativa.

e) Así mismo, cuando SALCEDO DOMINGUEZ suscribió el contrato, no estaba siendo objeto de ninguna presión coacción o fuerza, ni moral ni física ni económica, por parte de COMCEL, por lo que su consentimiento y aquiescencia absoluta al texto del contrato objeto de la presente controversia, no puede ser cuestionado por la demandante.

Por ello es claro también que COMCEL, no extendió ni dictó el contrato de distribución ya que fueron ambos contratantes, quienes, en ejercicio de su libertad y autonomía contractual, así lo negociaron, pues para su revisión, aceptación y suscripción SALCEDO DOMINGUEZ no estaba sujeta a la voluntad de COMCEL, toda vez que en ejercicio de su propia autonomía contractual bien pudo SALCEDO DOMINGUEZ haberse negado a aceptar las condiciones ofrecidas por COMCEL, sin que ello conllevara para sí una consecuencia gravosa que la obligara a estarse al querer de COMCEL.

83) No es cierto.

Niego que el contrato de distribución que COMCEL celebró y ejecutó con la demandante contenga disposiciones antinómicas, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

a) Niego que COMCEL haya extendido o predispuesto los textos contractuales que se mencionan en este hecho pues, repito, la totalidad de los textos contractuales que se incluyeron en el contrato de distribución fueron discutidos, revisados, convenidos y acordados libremente por los contratantes.

b) Es necesario mencionar, para una mayor claridad, que COMCEL, si tiene y utilizó un modelo de contrato de distribución pro-forma el cual, antes de su celebración, le fue propuesto a la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ, para su análisis, estudio y revisión, razón por la cual es claro que dicha sociedad si tuvo la oportunidad de analizarlo y de informarse ampliamente sobre su contenido y alcance antes de su suscripción; y que con base en el deber de información que tenía bien habría podido, si lo consideraba conveniente, haberle presentado a COMCEL, todas las observaciones que hubiere

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

tenido sobre el contenido y alcance de sus clausulas para que a su vez, COMCEL las hubiese aceptado o rechazado, lo que no hizo.

f) Tan cierto es lo anterior que -tal como se lee en el encabezamiento del contrato que se celebró el día 13 de enero de 2009 - los propios órganos de administración de SALCEDO DOMINGUEZ, autorizaron a su representante legal, señor JORGE HERNAN LOPEZ CARVAJAL, para suscribirlo, "... ***En consideración de las mutuas obligaciones y de las estipulaciones que se incluyen aquí, de cuya aceptación y obligatoriedad se da cuenta en el presente documento***" (negrillas y subrayas fuera de contexto)

c) Además, el distribuidor SALCEDO DOMINGUEZ, en ejercicio de su autonomía contractual bien habría podido haberse negado a suscribirlo sin que ello le trajera una consecuencia negativa.

d) Así mismo, cuando SALCEDO DOMINGUEZ suscribió el contrato, no estaba siendo objeto de ninguna presión coacción o fuerza, ni moral ni física ni económica, por parte de COMCEL, por lo que su consentimiento y aquiescencia absoluta al texto del contrato objeto de la presente controversia, no puede ser cuestionado por la demandante.

e) Por ello es claro también que COMCEL, no extendió ni dictó el contrato de distribución ya que fueron ambos contratantes, quienes, en ejercicio de su libertad y autonomía contractual, así lo negociaron, pues para su revisión, aceptación y suscripción SALCEDO DOMINGUEZ no estaba sujeta a la voluntad de COMCEL, toda vez que en ejercicio de su propia autonomía contractual bien pudo SALCEDO DOMINGUEZ haberse negado a aceptar las condiciones ofrecidas por COMCEL, sin que ello conllevara para sí una consecuencia gravosa que la obligara a estarse al querer de COMCEL.

84) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar este hecho.

85) No es cierto.

Además, no se trata de un hecho que esté obligado a contestar sino una apreciación o juicio de valor que hace SALCEDO DOMINGUEZ de manera infundada, puesto que lo que se pretende es aplicar al presente caso un supuesto precedente judicial que no existe, pues sabido es que la naturaleza del arbitraje impide que sus decisiones se conviertan en precedentes constitutivos de fuente auxiliar de Derecho.

En el presente caso, además de que los fundamentos de hecho de cada uno de los procesos arbitrales que se mencionan no son iguales pues los laudos arbitrales fueron proferidos por árbitros autónomos, a quienes no se les puede exigir que piensen y opinen igual que otros. Si las partes en un arbitraje –cualesquiera que ellas sean– hubiesen querido la aplicación de un mismo criterio consignado en laudos anteriores, pues sencillamente habrían habilitado a las mismas personas que profirieron tal decisión.

De hecho, así lo reconoció el Tribunal Arbitral que resolvió las controversias planteadas entre DISTRICEL y COMCEL S. A., y que consideró, ante la misma solicitud que aquí se eleva ahora, que:

497

"(...) ***Los Tribunales arbitrales son integrados por particulares escogidos por las partes para decidir su caso, los cuales si bien administran justicia no se integran a la rama judicial del poder público. Así las cosas, es claro que un Juzgado arbitral no tiene obligación alguna de ajustarse a las decisiones previas que hayan adoptado otros tribunales arbitrales, sobre otros casos semejantes***". (Subrayas y negrillas fuera de contexto).

Además, olvida SALCEDO DOMINGUEZ que conforme a lo previsto en el artículo 17 del Código Civil, las sentencias judiciales solo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Y que, por tanto, le está prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

86) No es cierto, pues los hechos y presupuestos fácticos que sirvieron de base para proferir dichas providencias judiciales no son los mismos que se debaten en el presente proceso.

87) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Por demás, las mencionadas providencias judiciales que solo tienen fuerza vinculante y son obligatorios en las causas en que se pronunciaron, no son -ni pueden ser- constitutivos de jurisprudencia, ni mucho menos de ningún precedente judicial.

88) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

89) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrarlo en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Por lo demás, los hechos y presupuestos fácticos que sirvieron de base para proferir las sentencias a que se refiere este hecho, no son los mismos que se debaten en el presente proceso.

Además, olvida SALCEDO DOMINGUEZ que conforme a lo previsto en el artículo 17 del Código Civil, las sentencias judiciales solo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Y que, por tanto, le está prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

90) No es un hecho, sino una opinión jurídica o interpretación que hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ acerca del contenido de la Sentencia C-836 de 2001.

91) No es un hecho, sino una opinión jurídica irresponsable que hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sin ningún fundamento jurídico que la respalde.

92) No es cierto, toda vez que la relación jurídica que se celebró y ejecutó entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL corresponde a la de un contrato de distribución y no a la de un inexistente contrato de agencia comercial.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

S&R ABOGADOS

SECCIÓN TERCERA: PRETENSIONES RELATIVAS A LA INOPERANCIA DE CIERTAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

93) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar este hecho.

94) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, sobre sus ingresos operacionales, que se encuentra obligado a demostrar en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

95) No me consta. Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ le corresponderá a la demandante probar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

El juzgado deberá apreciar la confesión que hace la demandante en este hecho, por intermedio de su apoderado, acerca de haber clausurado la empresa y haber cesado la generación de ingresos operacionales en la fecha de terminación del contrato de distribución, la cual tiene validez de acuerdo con lo previsto en el artículo 193 del CGP

96) No es cierto.

Niego que COMCEL haya extendido unilateralmente reglas contractuales a SALCEDO DOMINGUEZ y por ende le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

97) No es cierto.

Contrario a lo que se afirma en este hecho, COMCEL sí le remitió a SALCEDO DOMINGUEZ, en forma oportuna, la totalidad de los textos de los contratos propuestos, así como los proyectos para sus modificaciones, para su posterior revisión, análisis y discusión.

98) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar este hecho.

99) No es cierto.

Niego que COMCEL haya predispuesto o extendido cláusulas a SALCEDO DOMINGUEZ, pues el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre las partes corresponde al de distribución que fuera libremente discutido y aceptado por ellas.

100) No es cierto.

Niego que COMCEL haya predispuesto o extendido cláusulas a SALCEDO DOMINGUEZ, pues el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre las partes corresponde al de distribución que fuera libremente discutido y aceptado por ellas.

101) No es cierto.

Niego que COMCEL haya predispuesto o extendido cláusulas a SALCEDO DOMINGUEZ, pues el contrato de distribución que fuera celebrado y ejecutado entre las partes corresponde al que fue libremente discutido y aceptado por ellas.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

102) No me consta por tratarse de hechos de terceros ajenos a este proceso.

El laudo arbitral que se menciona en este hecho, no constituye ningún precedente judicial o fuente jurisprudencial que sea obligatoria. En todo caso SALCEDO DOMINGUEZ deberá probar lo que afirma conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

103) No es cierto, pues no se puede predicar la abusividad de unas cláusulas que fueron libremente acordadas, convenidas y consentidas por ambos contratantes.

Niego que COMCEL haya dictado o impuesto cláusula alguna a SALCEDO DOMINGUEZ, pues todas las que contiene el contrato de distribución que fuera celebrado y ejecutado entre ellas fueron libremente discutidas y aceptadas por ambas partes.

SECCIÓN CUARTA: PRESTACIÓN MERCANTIL

104) No es cierto.

Niego que entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ se haya celebrado contrato alguno de agencia comercial, que le imponga la obligación de pagar ninguna prestación mercantil, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

105) No es cierto.

Niego que entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ se haya celebrado contrato alguno de agencia comercial, que le imponga la obligación de pagar ninguna prestación mercantil, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

Desde luego que si COMCEL jamás celebró ni ejecutó un contrato de agencia comercial con SALCEDO DOMINGUEZ, mal podía incumplir una obligación que no asumió ni el texto contractual de distribución que celebró y ejecutó de buena fe con SALCEDO DOMINGUEZ le impone esa obligación.

106) Es cierto que el 27 de junio de 2007 entre COMCEL e SALCEDO DOMINGUEZ se celebró libremente un contrato de distribución.

107) Es cierto que el mencionado contrato de distribución terminó el 22 de febrero de 2018.

108) Es cierto que el contrato de distribución tuvo una vigencia de 10.66 años.

109) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Niego que COMCEL hubiese implementado el sistema remuneratorio pues, como ya se dijo, el que se acordó entre las partes fue fruto de lo que se convino de común acuerdo por ambos contratantes que se encuentra plasmado en el Anexo A del contrato.

110) No me consta, pues se trata de hechos propios de la sociedad demandante y de una. opinión o juicio de valor infundado que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Por demás, niego que entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ se haya celebrado contrato alguno de agencia comercial si no, por el contrario, uno de distribución que fue libremente acordado y discutido entre ambos contratantes.

111) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar sino una opinión jurídica o interpretación que hace el apoderado del SALCEDO DOMINGUEZ acerca de un texto legal que no precisa ni identifica. Si se trata del artículo 1324 del Código de Comercio, el mismo no resulta aplicable al presente proceso pues, repito, COMCEL jamás celebró con la demandante ningún contrato de agencia comercial.

112) No es cierto.

Niego que entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ se haya celebrado contrato alguno de agencia comercial; por consiguiente, niego que COMCEL esté obligado a pagarle a SALCEDO DOMINGUEZ ninguna prestación mercantil y niego que COMCEL se encuentre en mora en el pago de una prestación mercantil que no se encuentra obligado a pagar.

SECCIÓN QUINTA: INEXISTENCIA DE PAGOS ANTICIPADOS DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL.

113) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado pues, si bien es cierto que COMCEL solicitó al Dr. Horacio Ayala el concepto a que se refiere este hecho, no lo es menos que dicho concepto jamás se pidió como alternativa para evitar que otros tribunales siguieran negando la existencia de pagos anticipados, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

114) Es cierto que el Dr. Ayala rindió el concepto que le fuera solicitado por COMCEL y me atengo a lo que en derecho el mismo demuestre.

115) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

116) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

117) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

118) Es cierto.

El juzgado deberá apreciar la confesión que hace la demandante, por intermedio de su apoderado, acerca de que el plan de comisiones anticipos y bonificaciones

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 619 9699 E-mail info@syrabogados.com

501

y descuento que envió a sus distribuidores, a que se refiere este hecho, comenzó a regir el 1º de marzo de 2007, confesión que tiene plena validez de acuerdo a lo previsto en el artículo 193 del CGP

119) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

120) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

121) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, acerca del contenido del Decreto 2649 de 1993 y por ende se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

122) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, acerca del contenido del Plan Único de Cuentas (PUC) y por ende se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el artículo 167 del CGP

123) Es cierto.

124) Es cierto.

125) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, acerca del contenido del Plan Único de Cuentas (PUC) y por ende se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

126) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, respecto del contenido del Plan Único de Cuentas (PUC) y por ende se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

127) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, respecto del contenido del Plan Único de Cuentas (PUC) y por ende se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

128) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, respecto del contenido del Plan Único de Cuentas (PUC) y por ende se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

129) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien, por ende, se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

302

Además, los derechos de petición que se mencionan por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ no son vinculantes tal como lo prevé el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

130) No es cierto.

Todos los pagos anticipados que durante la ejecución del contrato de distribución COMCEL le efectuó a SALCEDO DOMINGUEZ y esta sociedad recibió a su plena satisfacción, se encuentran debidamente asentados en los libros de contabilidad de COMCEL en la forma prevista en el artículo 264 del CGP y constituyen plena prueba de lo que en ellos se consigna.

131) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

132) No me consta, pues se trata de una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ, quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

133) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ y rechazo los calificativos efectuados por la parte demandante a COMCEL quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

134) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ y rechazo los calificativos efectuados por la parte demandante a COMCEL quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Además, olvida SALCEDO DOMINGUEZ que conforme a lo previsto en el artículo 17 del Código Civil, los laudos arbitrales que se mencionan en este hecho solo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Y que, por tanto, le está prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

135) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ y rechazo los calificativos efectuados por la parte demandante a COMCEL quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Además, olvida SALCEDO DOMINGUEZ que conforme a lo previsto en el artículo 17 del Código Civil, los laudos arbitrales que se mencionan en este hecho solo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Y que, por tanto, le está prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

136) No me consta, pues se trata de una opinión, deducción o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ quien, por ende, se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

137) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Olvida la demandante que de acuerdo con la ley 1755 de 2015, los derechos de petición jamás tienen carácter vinculante.

138) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

139) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

140) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ no estoy obligado a contestar este hecho, en todo caso le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

141) Es cierto.

142) Es cierto que COMCEL rechazó la factura a que se refriere este hecho toda vez que COMCEL no se encuentra obligada a pagar a SALCEDO DOMINGUEZ ninguna prestación mercantil, y menos la prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, pues el contrato que de buena fe celebró y ejecutó con ella fue de distribución y no agencia mercantil, razón por la cual, en su contabilidad no se refleja, ni se puede reflejar, ese hecho contable.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace la demandante en este hecho, por intermedio de su apoderado, acerca de haber RECHAZADO COMCEL, en forma oportuna, la factura remitida por SALCEDO DOMINGUEZ, la cual tiene validez de acuerdo con lo previsto en el articulo 193 del CGP

143) Es cierto.

Resulta apenas obvio que en la contabilidad de COMCEL no se haya registrado cuenta alguna por pagar a SALCEDO DOMINGUEZ por concepto de la prestación mercantil prevista en el artículo 1324 del Código de comercio, toda vez que el contrató que se celebró y que vinculó a las partes fue un contrato de distribución y no uno de agencia comercial.

COMCEL no puede registrar en su contabilidad hechos contables que no obedezcan a la realidad y, por ello, al no haber celebrado ni, menos, ejecutado un contrato de agencia comercial, no está obligada al pago de ninguna prestación mercantil.

144) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar sino una opinión jurídica o juicio de valor sobre hechos propios de la sociedad demandante que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

145) No es cierto.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

504

Niego que COMCEL haya extendido los textos contractuales contenidos en el inciso tercero de la cláusula 30 y el numeral sexto del Anexo A del contrato, toda vez que tales textos fueron discutidos, acordados y convenidos libremente entre los contratantes y no es posible predicar abusividad de una cláusula que fue acordada y convenida libremente por los mismos contratantes y constituyen una ley para los contratantes.

146) No es cierto.

Niego que COMCEL haya extendido los textos contractuales contenidos en el inciso tercero de la cláusula 30 y el numeral sexto del Anexo A del contrato, toda vez que tales textos fueron discutidos, acordados y convenidos libremente entre los contratantes y no es posible predicar abusividad de una cláusula que fue acordada y convenida libremente por los mismos contratantes.

147) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sobre los textos contractuales y quien se encuentra obligada a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

Niego que el contrato de distribución que se celebró y ejecuto entre COMCEL e SALCEDO DOMINGUEZ contenga disposiciones antinómicas.

148) No me consta, pues se trata de una opinión jurídica, conclusión o juicio de valor que infundadamente hace el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ quien se encuentra obligado a demostrar lo que afirma en la forma prevista por el Artículo 167 del CGP

SECCIÓN SEXTA: INCUMPLIMIENTOS Y ABUSOS IMPUTABLES A COMCEL

149) Es cierto, que COMCEL sí calculó y pagó a SALCEDO DOMINGUEZ la denominada comisión por residual, aplicando para ello el porcentaje que fuera acordado por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución.

COMCEL jamás le confirió a SALCEDO DOMINGUEZ encargo para gestionar negocios a su nombre.

150) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que según se convino por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones fue válidamente delegada por los contratantes a COMCEL.

No me consta que ese comportamiento contractual de COMCEL, amparado en una cláusula válidamente convenida por ambos contratantes, le haya causado daño a SALCEDO DOMINGUEZ lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

151) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que según se convino por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

565

de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones fue válidamente delegada por los contratantes a COMCEL.

152) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que según se convino por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones fue válidamente delegada por los contratantes a COMCEL.

Niego que COMCEL haya causado un desequilibrio económico en el contrato a favor de SALCEDO DOMINGUEZ, lo que le corresponderá probar a la demandante conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

153) Es cierto.

154) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado.

Aclaro que la carta de condiciones a que se refiere este hecho, fue enviada por COMCEL a SALCEDO DOMINGUEZ y toda su red de distribuidores, en ejercicio de la legítima facultad que le fuera delegada por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución.

El JUZGADO deberá apreciar la confesión que hace en este hecho SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, acerca de aceptar que COMCEL si podía, de acuerdo con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, modificar unilateralmente sus condiciones de remuneración, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

155) Por contener varios hechos, los contesto, de manera separada, así:

a) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado pues COMCEL no "impuso" a SALCEDO DOMINGUEZ ningún cambio de condiciones pues los cambios que ocurrieron de tales condiciones, obedecieron a la legítima facultad que ambos contratantes le delegaron a COMCEL en el Anexo A del contrato.

b) No me consta que ese cambio de condiciones hubiese reducido los ingresos operacionales de SALCEDO DOMINGUEZ, lo que le corresponderá probar a su apoderado de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

c) No me consta que ese cambio de condiciones hubiese afectado el equilibrio económico del contrato, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

156) Es cierto.

Aclaro que la tabla de comisiones a que se refiere este hecho, fue enviada por COMCEL a SALCEDO DOMINGUEZ en ejercicio de la legítima facultad que le fuera delegada por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

El juzgado deberá apreciar la confesión que hace en este hecho SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, acerca de aceptar que COMCEL si podía, de acuerdo con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, modificar unilateralmente sus condiciones de remuneración, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

157) Por contener varios hechos, los contesto, de manera separada, así:

a) No es cierto pues la eliminación de la comisión por permanencia en planes pospago correspondía legítimamente a COMCEL de acuerdo con la facultad que de común acuerdo le confirieron ambos contratantes en el Anexo A del contrato.

b) Como ya se afirmó, de acuerdo con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, COMCEL sí tenía la facultad de modificar de manera unilateral las remuneraciones de SALCEDO DOMINGUEZ.

c) No me consta que el impacto de la reducción por la comisión por permanencia en planes pospago y buena venta en planes prepago se empezado a notar a partir del 2015, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

158) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sin fundamento legal o contractual alguno; sin embargo, tal afirmación, deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

159) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado.

La eliminación de las comisiones a que se refiere este hecho se efectuó de acuerdo a lo pactado entre las partes.

No me consta que los ingresos de SALCEDO DOMINGUEZ se hayan reducido de manera significativa, o que hayan coadyuvado a la ruptura del equilibrio económico del contrato, lo que le corresponderá probar conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP.

160) Es cierto, pues lo que se afirma corresponde a lo que fuera pactado por los contratantes en las cláusulas 7.8. del contrato de distribución.

161) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sin fundamento legal o contractual alguno; sin embargo, tal afirmación, deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

162) Es cierto.

163) Es cierto.

164) Es cierto.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ por intermedio de su apoderado acerca de habérsele remunerado por COMCEL la comisión por transacción de recaudo CPS, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo previsto en el articulo 193 del CGP

165) Es cierto.

166) Es cierto.

167) Es cierto, pues esa obligación corresponde a lo que fuera pactado por los contratantes.

El juzgado deberá apreciar la confesión que hace la demandante en este hecho acerca de haber asumido contractualmente la obligación de custodios de los dineros de propiedad de COMCEL, así como de haber asumido los riesgos provenientes de la fuerza mayor o caso fortuito, la cual tiene plena validez conforme a lo previsto en el artículo 193 del CGP

168) Es cierto, pues ese descuento corresponde a lo que fuera pactado por los contratantes.

169) Es cierto, pues esa obligación de constituir garantías, corresponde a lo que fuera pactado por los contratantes.

170) No es cierto.

COMCEL no ejerció ninguna posición de dominio contractual en relación con los Centros de Pagos y servicios ni extendió ninguna cláusula en la convención CPS, la cual fue analizada, discutida y convenida libremente y de común acuerdo entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ y por ello devino en una ley para los contratantes en la forma prevista por el artículo 1602 del Código Civil.

En todo caso le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

171) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión o juicio de valor que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sin fundamento legal o contractual alguno; sin embargo, tal afirmación, deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

En todo caso, niego que COMCEL le hubiese descontado a SALCEDO DOMINGUEZ los costos de transporte pues, como ya se dijo, esta era una obligación contractual a cargo de SALCEDO DOMINGUEZ como depositario y custodio de los dineros de propiedad de COMCEL.

172) Es cierto.

Aclaro que esa circular fue enviada en ejercicio de la legítima facultad que le fue delegada por los contratantes a COMCEL en el Anexo A del contrato de distribución.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

El juzgado deberá apreciar la confesión que en este hecho hace SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, acerca de aceptar que COMCEL si podía de acuerdo con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, modificar unilateralmente sus condiciones de remuneración, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

173) Es cierto.

Aclaro que esa circular fue enviada en ejercicio de la legítima facultad que le fue delegada por los contratantes a COMCEL en el Anexo A del contrato de distribución.

El juzgado deberá apreciar la confesión que en este hecho hace SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, acerca de aceptar que COMCEL si podía de acuerdo con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, modificar unilateralmente sus condiciones de remuneración, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

174) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una interpretación equivocada que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sobre el texto de la circular; sin embargo, tal afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

175) Por contener varios hechos, los contesto separadamente así:

a) Niego que COMCEL haya impuesto reducción alguna a SALCEDO DOMINGUEZ.

b) No me consta que los ingresos por recaudo de SALCEDO DOMINGUEZ hayan sufrido una merma, afirmación esta que deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

c) Niego que COMCEL le haya impuesto a SALCEDO DOMINGUEZ algo que significara la ruptura del equilibrio económico del contrato de distribución, afirmación esta que deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

d) Es cierto que SALCEDO DOMINGUEZ dio por terminado el contrato de distribución de manera unilateral, confesión esta que hace SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, la cual tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

e) Niego que COMCEL haya provocado justa causa alguna para justificar la terminación unilateral del contrato por parte de SALCEDO DOMINGUEZ, afirmación esta que deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

176) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una interpretación que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sobre los suscriptores de las SIM Cards; sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

509

Niego que COMCEL hubiese celebrado o ejecutado contrato alguno de agencia comercial con SALCEDO DOMINGUEZ.

177) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una interpretación que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sobre los suscriptores de las SIM Cards; sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

Niego que COMCEL hubiese celebrado o ejecutado contrato alguno de agencia comercial con SALCEDO DOMINGUEZ.

178) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una interpretación que efectúa el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ sobre los suscriptores de las SIM Cards; sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

Niego que COMCEL hubiese celebrado o ejecutado contrato alguno de agencia comercial con SALCEDO DOMINGUEZ.

179) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que de conformidad con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la libre voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones sí fue delegada por los contratantes a COMCEL.

180) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que de conformidad con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la libre voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones sí fue delegada por los contratantes a COMCEL.

181) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que de conformidad con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la libre voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones sí fue delegada por los contratantes a COMCEL.

182) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que de conformidad con lo previsto en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la libre voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones sí fue delegada por los contratantes a COMCEL.

183) No es cierto.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

COMCEL sí le pago a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta sociedad recibió de aquélla, a su entera satisfacción, a lo largo del año 2017, la totalidad de las comisiones que fueron convenidas y acordadas por los contratantes.

184) Es cierto que SALCEDO DOMINGUEZ dio por terminado el contrato de distribución de manera unilateral, confesión esta que hace SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, la cual tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

No es cierto que COMCEL sobrepusiera nuevos planes, y menos para eludir la comisión por residual, afirmación esta que deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

185) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar este hecho, por lo que le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma, de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

186) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

187) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

188) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

189) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

190) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

191) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

COMCEL jamás celebró ningún contrato de agencia comercial con SALCEDO DOMINGUEZ que permita a esta sociedad deducir la aplicación del artículo 1322 del Código de Comercio como en forma tendenciosa lo sugiere el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ en el presente hecho.

511

192) Es cierto.

193) Es cierto, toda vez que SALCEDO DOMINGUEZ había dado por terminado el contrato de distribución de manera unilateral, extinguiéndose así las obligaciones a cargo de los contratantes.

Además, COMCEL rechazó la factura a que se refiere este hecho dentro del término que la ley le concede para ello, entre otras razones porque jamás celebró con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

194) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino la transcripción del texto contractual.

195) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

En todo caso, el juzgado deberá apreciar la confesión que hace en este hecho el apoderado de la demandante, en el sentido de encontrarse SALCEDO DOMINGUEZ en circunstancias de "**DEPENDENCIA ECONOMICA Y NORMATIVA**" frente a COMCEL, la cual descarta su independencia, confesión esta que debe apreciarse y tiene validez de acuerdo con lo previsto en el artículo 193 del CGP

196) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

El Juzgado apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, respecto de la ocurrencia de la prescripción de todos los derechos y acciones anteriores al quinquenio señalado, la cual tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

Niego que entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ se haya celebrado y ejecutado ningún contrato de agencia comercial.

SECCIÓN SÉPTIMA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO SUB IÚDICE

197) Es cierto.

198) Es cierto que SALCEDO DOMINGUEZ dio por terminado el contrato de distribución de manera unilateral desde el 22 de febrero de 2018, confesión esta que hace SALCEDO DOMINGUEZ, por intermedio de su apoderado, la cual tiene plena validez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193 del CGP

199) No es cierto que la terminación de dicho contrato fuera imputable a una justa causa que hubiese sido provocada por COMCEL, afirmación esta deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

En todo caso, lo único cierto es que el contrato terminó desde el día 22 de febrero de 2018.

No me consta que entre SALCEDO DOMINGUEZ y TELMEX S.A., que es un tercero ajeno a este proceso, se haya celebrado ningún contrato, lo que le corresponderá probar a la demandante conforme al deber que le impone el artículo 197 del CGP

200) Es cierto que SALCEDO DOMINGUEZ envió a COMCEL la comunicación a que se refiere este hecho.

201) No es cierto.

El contrato de distribución terminó desde el día 22 de febrero de 2018, por voluntad exclusiva de SALCEDO DOMINGUEZ.

No es cierto, por tanto, que el contrato hubiese terminado por una justa causa que hubiese sido provocada por COMCEL, lo que le corresponderá probar a la demandante conforme al deber que le impone el articulo 167 del C.PG.P.

SALCEDO DOMINGUEZ no tiene ningún derecho a reclamar ninguna indemnización que derive de un supuesto e inexistente contrato de agencia comercial pues, repito, COMCEL jamás celebró ni ejecutó ningún contrato de agencia comercial con SALCEDO DOMINGUEZ.

202) Es cierto, toda vez que SALCEDO DOMINGUEZ había dado por terminado el contrato de distribución de manera unilateral el día 22 de febrero de 2018.

En virtud de la terminación unilateral del contrato por parte de SALCEDO DOMINGUEZ, dicho se contrato se extinguió y dejó de tener efectos vinculantes, a partir del 22 de febrero de 2018, por lo cual SALCEDO DOMINGUEZ no puede exigir el cumplimiento de obligaciones que deriven de un contrato que se extinguió válidamente de acuerdo con la ley.

203) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada, inferencia o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

204) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

Niego que COMCEL se haya enriquecido sin ninguna justa causa y que, correlativamente SALCEDO DOMINGUEZ haya sufrido un empobrecimiento, toda vez que fue SALCEDO DOMINGUEZ quien dio por terminado de manera unilateral el contrato de distribución que celebró y ejecutó con COMCEL.

513

No es cierto que COMCEL se esté beneficiando de su propia culpa, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

SECCIÓN OCTAVA: DE LAS CONDENAS RECLAMADAS

205) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

Niego que entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ se hubiese celebrado un contrato de agencia comercial que le imponga a COMCEL la obligación de pagar la indemnización que se reclama.

206) No es cierto.

A la terminación del contrato, COMCEL sí liquidó y pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta sociedad recibió de aquella, a su entera satisfacción, la totalidad de las comisiones a que tenía derecho con ocasión del contrato de distribución.

207) No es cierto.

A la terminación del contrato, COMCEL sí liquidó y pagó a SALCEDO DOMINGUEZ, y esta sociedad recibió de aquella, a su entera satisfacción, la totalidad de las comisiones a que tenía derecho con ocasión del contrato de distribución.

208) No es cierto.

La información sobre los consumos mensuales de los abonados de COMCEL, es una información amparada por reserva legal que COMCEL se encuentra obligada a proteger.

En todo caso, en las liquidaciones que se efectuaron durante la ejecución contractual, COMCEL sí consideró esos consumos para la liquidación de la comisión por residual que siempre y en forma oportuna canceló a SALCEDO DOMINGUEZ y que esta sociedad recibió a su entera satisfacción por estar ajustados a lo convenido en el contrato.

209) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

210) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

211) Por contener varios hechos, los contesto separadamente, así:

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

a) No es cierto pues COMCEL jamás ejerció frente a SALCEDO DOMINGUEZ ninguna posición de dominio contractual, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al debe que le impone el artículo 167 del CGP

b) COMCEL tampoco impuso a SALCEDO DOMINGUEZ reducción alguna de sus ingresos operacionales, lo que no me consta y debe probar a SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

c) SALCEDO DOMINGUEZ no puede invocar su propia culpa para alegar el supuesto desequilibrio económico del contrato sub iúdice.

212) Por contener varios hechos, los contesto, de manera separada, así:

a) Es cierto que la comisión por recaudo se mantuvo durante la ejecución del contrato de distribución con la aprobación de ambos contratantes

b) Por tratarse de un hecho propio de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro en la obligación de contestar a este hecho, SALCEDO DOMINGUEZ deberá probar esta afirmación de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del C.G.P

c) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

213) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

214) No es un hecho que me encuentre obligado a contestar, sino una opinión infundada o juicio de valor efectuado por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ. Sin embargo, dicha afirmación deberá ser probada por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

215) Por contener varios hechos, los contesto separadamente, así:

No es cierto.

a) COMCEL jamás impuso a SALCEDO DOMINGUEZ ningún cambio de sus condiciones remuneratorias pues, los cambios que se hicieron correspondieron a la facultad que ambos contratantes le delegaron a COMCEL para modificarlas de tiempo en tiempo, tal como consta en el anexo A del contrato de distribución.

b) No me consta que SALCEDO DOMINGUEZ haya sufrido un lucro cesante, lo que le corresponderá probar conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

216) Es cierto.

En virtud de la terminación unilateral del contrato por parte de SALCEDO DOMINGUEZ, este dejó de tener efectos vinculantes entre las partes, extinguiéndose válidamente, a

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

515

partir del 22 de febrero de 2018, por lo que SALCEDO DOMINGUEZ no puede exigir el cumplimiento de obligaciones que deriven de un contrato extinto.

217) Por contener varios hechos, los contesto separadamente, así:

a) No es cierto que COMCEL haya predispuesto el contrato sub iúdice, o que haya obrado en ejercicio de ninguna posición de dominio contractual, pues el contrato de distribución que se ejecutó y celebró con SALCEDO DOMINGUEZ obedeció a lo que libremente acordaron y pactaron los contratantes en ejercicio de su autonomía contractual.

b) No me consta que SALCEDO DOMINGUEZ haya tenido la confianza legítima que manifiesta su apoderado en este hecho, afirmación que deberá ser probada por dicho apoderado de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

c) Es cierto que durante la ejecución del contrato de distribución SALCEDO DOMINGUEZ mantuvo vigentes constituyó la hipoteca y mantuvo vigentes las pólizas, pues esa era una obligación contractual a su cargo.

d) No me consta que la póliza se hubiese contratada hasta el 15 de junio de 2018, lo que le corresponderá probar a SALCEDO DOMINGUEZ conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

218) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar a este hecho. Le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

219) Por tratarse de hechos propios de SALCEDO DOMINGUEZ, no me encuentro obligado a contestar a este hecho. Le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

220) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, toda vez que, de acuerdo con el texto contractual, SALCEDO DOMINGUEZ sí autorizó a COMCEL para descontar los costos mensuales del transporte de valores pues dicho pago era una obligación contractual a su cargo. Además los costos de las transportadoras de valores le correspondían contractualmente a SALCEDO DOMINGUEZ como depositaria y custodia de la los dineros de propiedad de COMCEL.

SECCION NOVENA: DE LAS ACTAS DE CONCILIACIÓN DE CUENTAS.

221) Es cierto, pues lo narrado en este hecho corresponde a una transcripción del texto contractual.

222) Es cierto.

223) No es cierto que COMCEL haya "extendido" las actas de conciliación, pues la totalidad de las actas que fueron suscritas LIBREMENTE entre los contratantes, durante la ejecución del contrato de distribución, corresponden a lo que fuera convenido y acordado por ambos contratantes en el Anexo F del contrato de distribución que celebraron y ejecutaron hasta el 22 de febrero de 2018.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

224) Por contener varios hechos los contesto separadamente, así:

a) No es cierto que COMCEL haya extendido durante, y con ocasión de la ejecución del contrato de distribución, las denominadas actas de conciliación, transacción y compensación, pues el Anexo F del contrato de distribución contiene el modelo de acta que libremente convinieron los contratantes.

b) No es cierto que tales actas no hayan incorporado acuerdos conciliatorios pues de su mismo texto se evidencia que si lo hacían.

c) No es cierto que las mencionadas actas no hayan incorporado controversia litigiosa ni concesión recíproca, pues de su mismo texto se evidencia que si lo hacían.

d) No es cierto que las mencionadas actas no hayan incorporado mecanismo de compensación como forma de extinción de obligaciones, pues de su mismo texto se evidencia que si lo hacían.

e) No es cierto que las actas mencionadas tenían como objetivo otorgar un paz y salvo parcial respecto de comisiones causadas y pagadas en cada anualidad pues las mismas hicieron tránsito a cosa juzgada de acuerdo con lo previsto en la ley 640 de 2001.

f) Tampoco es cierto que COMCEL hubiese trocado la naturaleza de las actas de conciliación en simulados negocios de transacción, pues de su mismo texto se desprende que si correspondían a verdaderos contratos de transacción que hicieron tránsito a cosa juzgada en la forma prevista por la ley 640 de 2001.

Le corresponderá a SALCEDO DOMINGUEZ probar lo que afirma de acuerdo con el deber que le impone el artículo 167 del CGP

SECCIÓN DÉCIMA: DERECHO DE RETENCIÓN & PRETENSIONES FINALES

225) No es cierto.

SALCEDO DOMINGUEZ no puede invocar ni ejercer ningún derecho de retención pues, entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ jamás se celebró ni, menos, se ejecutó, ningún contrato de agencia comercial.

226) Es cierto.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ, a través de su apoderado, de haber ejercido abusivamente un derecho de retención que no tenía, pues entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ jamás se celebró ni ejecutó ningún contrato de agencia comercial, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo previsto por el artículo 193 del CGP

227) Es cierto.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace SALCEDO DOMINGUEZ, a través de su apoderado, de haber ejercido abusivamente un derecho de retención que no tiene

sobre unos dineros de propiedad de COMCEL, pues entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ jamás se celebró ni ejecutó ningún contrato de agencia comercial, confesión esta que tiene plena validez de acuerdo con lo previsto por el artículo 193 del CGP

228) No es cierto.

El ejercicio ilegítimo del derecho de retención por parte de SALCEDO DOMINGUEZ se basa en un supuesto e inexistente contrato de agencia comercial que COMCEL jamás celebró ni ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ.

229) Es cierto, pues lo narrado en este hecho corresponde a una transcripción del texto contractual.

230) Es cierto, pues lo narrado en este hecho corresponde a una transcripción del texto contractual.

231) Es cierto, pues la constitución de la hipoteca abierta correspondía a una de las obligaciones que asumió SALCEDO DOMINGUEZ para con COMCEL en virtud del contrato de distribución que celebraron y ejecutaron libremente.

232) No es cierto que COMCEL le haya exigido a SALCEDO DOMINGUEZ nada, pues la firma de títulos valores en blanco para garantizar el cumplimiento del contrato correspondía a una de las obligaciones que asumió SALCEDO DOMINGUEZ para con COMCEL en virtud del mismo contrato de distribución que celebraron y ejecutaron libremente.

III. EXCEPCIONES Y DEFENSAS DE MÉRITO

A nombre de COMCEL, propongo las siguientes:

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

Está excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Cualquier acción orientada a buscar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones a cargo de COMCEL, tales como el pago de comisiones, debe tenerse por prescrita teniendo en cuenta que el término para que la demanda pudiese presentarse se inició desde el momento mismo en que era exigible (artículo 2535 del Código Civil); así las cosas, no era necesario esperar a la terminación del contrato para que SALCEDO DOMINGUEZ, pretendiera discutir el cumplimiento de COMCEL; por lo anterior, debe considerar el Juzgado que el término para interponer la acción se iniciaba en el momento mismo en el que se causaban los derechos reclamados y, por consiguiente, debe declarar la prescripción de todas aquellas que se hubiesen causado hace más de cinco (5) años, contados a partir de la interposición de la demanda, si es que el Juzgado llega a calificar este contrato como de agencia comercial, siéndole aplicable el artículo 1329 del C. de Co.

2. Por lo tanto, frente a las acreencias y derechos respecto del contrato de distribución celebrado, el término de prescripción de los mismos comienza a contarse desde la fecha de su exigibilidad.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

3. Por lo tanto, todos los derechos y acreencias que eventualmente pudiese reclamar el distribuidor SALCEDO DOMINGUEZ a COMCEL en relación con este contrato y que fuesen exigibles hasta cinco (5) años antes del día anterior de la formulación de la presente demanda, se encuentran prescritos.

4. Finalmente, el reproche que SALCEDO DOMINGUEZ, le hace a algunas de las cláusulas del contrato, que pretende que sean declaradas como ineficaces o nulas absolutamente, más parece estar encaminado a lograr la invalidez por supuestos vicios en su consentimiento, acciones estas que, de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio, prescriben al cabo de dos (2) años contados desde la celebración del contrato.

5. Por tanto, las eventuales acciones tendientes a la declaratoria de nulidad o ineficacia de algunas de las cláusulas del contrato, ya se encuentran prescritas.

B. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y SALCEDO DOMINGUEZ TERMINÓ ANTICIPADA Y UNILATERALMENTE DESDE EL DIA 22 DE FEBRERO DE 2018 TAL COMO SE PACTÓ EN SU CLÁUSULA QUINTA .

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. En la cláusula 5 del contrato de distribución, los contratantes previeron que el término de su duración se contaría a partir de la fecha prevista en su comienzo; y que, el mismo continuaría en vigencia durante doce (12) meses, sujeto a terminación anticipada.

2. También previeron los contratantes, en la cláusula 5.1. del contrato, que el mismo sería renovado automáticamente por períodos mensuales *"...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 de vencimiento del correspondiente período mensual."*

3. En esta cláusula los contratantes en ejercicio de su autonomía contractual previeron que el contrato se renovaría automáticamente por períodos mensuales y también previeron un mecanismo de terminación unilateral y anticipada del contrato, por parte de ambos contratantes, mediante la entrega a la otra parte, de un aviso escrito, enviado por lo menos con quince (15) días de anticipación respecto de la fecha de vencimiento del correspondiente período mensual.

4. Fue así como, SALCEDO DOMINGUEZ le avisó a COMCEL que daba por terminado el contrato en los términos establecidos en la clausula quinta, haciendo uso para ello de la facultad que le concedía su cláusula 5.1. de darlo por terminado, según lo habían acordado ambos contratantes.

5. El contrato terminó así desde el dia 22 de febrero de 2018.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. En la cláusula 5 del contrato, los contratantes en ejercicio de su autonomía contractual, previeron claramente que el término de su duración se contaría a partir de la fecha prevista

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

519

en su comienzo; y que, el mismo continuaría en vigencia durante doce (12) meses, sujeto siempre a terminación anticipada.

2. También previeron los contratantes, en la cláusula 5.1., del contrato, que el mismo sería renovado automáticamente por períodos mensuales 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 de vencimiento del correspondiente período mensual.*"

3. Fue así como, SALCEDO DOMINGUEZ, le avisó a COMCEL que daba por terminado el contrato en los términos establecidos en la clausula quinta, haciendo uso para ello de la facultad que le concedía su cláusula 5.1. de darlo por terminado, según lo habían acordado ambos contratantes.

4. El contrato terminó así desde el dia 22 de Febrero de 2018.

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

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Dice el texto del artículo 2469 de nuestro Código Civil:

   "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.
   "No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa"

2. Por su parte, sobre los efectos de la transacción, dice el artículo 2483 ibidem:

   "La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia."

3. La anterior redacción conlleva a que el contrato de transacción sirve, *"ora de pretensión, como cuando se demanda el cumplimiento o la resolución del contrato, ya de excepción, para evitar que prosiga otro proceso"*[1].

4. Las partes contratantes en ejercicio de su autonomía contractual, mediante diecisiete (17) actas de transacción y conciliación celebradas entre ellos, transaron sus diferencias; y consecuentemente, dotaron a dicho acuerdo con la fuerza de la cosa juzgada, en la medida en que renunciaron expresamente al ejercicio del cualquier acción encaminada a desconocer los efectos del pacto de transacción, efectos entre los que se encuentran los que ahora inusitada y temerariamente reclama SALCEDO DOMINGUEZ, por cuanto la falta de algún respaldo, legal o contractual, en ellas es incuestionable.

5. Desde luego que con los contratos de transacción antes mencionados, COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ agotaron el contenido de las cláusulas compromisorias invocadas por

[1] BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos Civiles y Comerciales. Tomo II. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá

SALCEDO DOMINGUEZ, por cuanto no solamente arreglaron en ellas, amigablemente, las diferencias que surgían entre ellos en determinados momentos, sino que descartaron un eventual litigio, al evitar que surgiera una nueva controversia sobre los puntos transigidos, como fue su deseo expresamente manifestado, circunstancia esta que constituye otra razón, igualmente valedera, para que las pretensiones declarativas y de condenas solicitadas por SALCEDO DOMINGUEZ, contra COMCEL sean despachadas adversamente.

6. Al amparo de los contratos de los mencionados contratos de transacción debe entenderse liquidada cualquier controversia de tipo patrimonial derivada del contrato de distribución celebrado.

7. Adicionalmente no hay elementos fácticos o jurídicos para no reconocerle efectos a tales actas, por cuanto en su formación concurrieron todas las condiciones necesarias para su existencia y validez, como el consentimiento de las partes, la existencia actual de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas y reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes.

8. Desde luego que legalmente dotada, al tenor del artículo 2483 del Código Civil, de los efectos de cosa juzgada, la transacción tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales, antes que haya juicio o durante el juicio, pues, como lo ha pregonado la jurisprudencia:

   "... celebrada de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el pleito en los términos de la transacción: La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue en el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria quedó sin que hacer." [2]

9. Aunado a lo anterior, los contratos contenidos en las actas mencionadas cuentan con todos elementos esenciales de una transacción, como ha sido reconocido en diversas oportunidades por la jurisprudencia , y como se demostrará en este proceso.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Alega SALCEDO DOMINGUEZ que se debe declarar la ineficacia de apartes contenidos en los contratos, bajo el supuesto de que algunas de sus cláusulas deben ser consideradas como abusivas.

2. Es sabido que para que pueda calificarse una estipulación como leonina, ella debe estar revestida de las siguientes condiciones, a saber: (i) imposición a una de las partes, (ii) que genere un desequilibrio contractual, y (iii) que esta situación constituya una violación a la buena fe negocial, así como al deber de lealtad y probidad que deben desplegar las partes.

[2] Cas. Civ. de 14 de diciembre de 1954, LXXIX, 267.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

S&R ABOGADOS

3. Como se verá a lo largo del proceso, ninguna de las tres (3) condiciones se encuentra presente en el texto del contrato cuya ineficacia pretende SALCEDO DOMINGUEZ; no obstante lo anterior, cabe recalcar que la abusividad de una estipulación debe analizarse bajo la óptica de las relaciones comerciales a la que nos enfrentamos actualmente, en las que los distribuidores son comerciantes con experiencia que no pueden escudarse bajo nociones que le son propias y predicables a los consumidores y a los profanos en estos asuntos.

4. Si bien es cierto que existen acuerdos que de antemano redacta COMCEL en razón a las condiciones propias y uniformes que se presentan con el negocio de la telefonía móvil celular, ello no impedía que SALCEDO DOMINGUEZ, se pronunciara sobre el contenido y alcance de los textos que le fueron propuestos, por lo que no es posible predicar la imposibilidad de negociación de tales convenciones.

5. Pero, en todo caso, no puede equipararse la posición de dominio a la supuesta ausencia de discusión respecto del clausulado; en efecto, la posición de dominio sale a relucir cuando una de las partes puede hacer por sí sola lo que requeriría de ambos: determinar el contenido del contrato.

6. Y es que la posición de dominio contractual ha sido definida por la doctrina italiana, siguiendo los derroteros de su legislación, como *"... la situación de la empresa que está en capacidad de dictar a otra empresa condiciones excesivamente desequilibradas en su propio beneficio (...)"*[3]

7. Pero, dicha capacidad – potestad de determinar el contenido del contrato, que se traduce en la posición de dominio–, y que conlleva a que el co-contratante se encuentra sujeto inexorablemente a la decisión del predisponente, no se determina simplemente por la ausencia de negociación del condicionado –como lo quiere hacer ver SALCEDO DOMINGUEZ, sino por la existencia de una circunstancia que ponga al adherente en una situación tal que, el no plegarse a la redacción predispuesta, le acarrea serios inconvenientes. Consideración que encuentra una poderosa justificación en el hecho de que la determinación del contenido del contrato requiere de forma ineludible la concurrencia de voluntades de las partes que en él intervienen, no siendo suficiente el simple querer de una de ellas; y si ésta anómala situación se presenta, es decir, que baste una sola voluntad para fijar el contenido, es porque la voluntad de la otra, interesada además en la celebración del contrato, encuentra razones de hondo calado que le impiden retirarse. Aquí, a diferencia de lo que acontece con el vicio del consentimiento, el adherente quiere el contrato; pero a pesar de que lo quiere en condiciones distintas a las propuestas, no puede renunciar a contratar, pues hacerlo le significa exponerse a sufrir un grave daño.

8. Y de la necesidad del adherente como un criterio para determinar la dominancia del predisponente da cuenta gran parte de la doctrina comparada, lo que se corrobora al reparar en lo que, por ejemplo, dice Emilio Betti refiriéndose a su legislación. Manifiesta que ésta,

> *"... prevé el caso del contrato en que una parte ha asumido una obligación en condiciones inicuas por necesidad, bien conocida por la otra parte (y por lo que le ha sido posible aprovecharse de ella), de salvarse así mismo o a otros de un daño personal grave (...) El juicio de conveniencia que se pone en tal caso a la parte que se halla en*

[3] BIANCA, Massimo. El Contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pg.425.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

522

estado de peligro o en estado de necesidad previstos en los citados artículos es el siguiente: o someterse a aquella carga desproporcionada que representan las condiciones que se le piden, o renunciar a conseguir aquel bien que sólo la cooperación de la otra parte le puede proporcionar"[4]

9. Nótese como, a juicio del precitado autor, la posición de dominio consistirá, en la práctica, en el dilema al que se enfrenta el adherente entre someterse a lo propuesto, a pesar de su desequilibrio o asumir un serio perjuicio en su contra por la no contratación. Así, si no existe ese dilema, sea porque puede negociar las condiciones, o porque no existe nada lo suficientemente relevante que lo empuje a adherirse a las propuestas, no habrá entonces la mentada posición de dominio; y ello es así por cuanto el predisponente, en consecuencia, no podrá "someter" a su eventual co-contratante, quien, sin mayores consecuencias, le bastará manifestar su negativa para abstenerse de contratar. Negativa que entraña un enorme poder negociador: el no celebrar el contrato en las condiciones queridas por el predisponente.

10. Dicho esto, como ya se puso de presente en la contestación a algunos de los hechos de la demanda, el distribuidor, al momento de celebrar el contrato con COMCEL S,A., no se encuentra satisfaciendo una necesidad indispensable, personal, o familiar sino una mera expectativa empresarial. Por esta razón, cuando SALCEDO DOMINGUEZ, suscribió el contrato, no estaba siendo objeto de ninguna presión, ni moral, ni física ni económica por parte de COMCEL S.A. En suma, ninguna de las cláusulas fue impuesta a la demandante, quien concurrió al perfeccionamiento del contrato libre de presiones de cualquier índole.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. En la cláusula 4 del contrato de distribución se prevé claramente la naturaleza y las relaciones de las partes contratantes, de la siguiente manera:

"... 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,

[4] BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pgs. 27 y 28. En similar sentido MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Rubinzal – Culzioni Editores. Buenos Aires. 1995. Pg. 159; para quien, refiriéndose a las cláusulas abusivas, "(...) el desequilibrio contractual que ellas comportan no es argumento suficiente para justificar su invalidez. Será necesario analizar (...) si la desproporción es el resultado de un aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia del adherente (...)". "Y, antes que nada, averiguar si el adherente conoció o pudo conocer, al menos, las condiciones o cláusulas de referencia (...)". Lo resaltado es nuestro.

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 constituírse 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 distribuír 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"

2. Ninguna duda debe quedar, entonces, acerca de que la real intención de los contratantes al celebrar el contrato que las vinculó fue la de que SALCEDO DOMINGUEZ obrara a su propio nombre y por su cuenta y no a nombre y por cuenta de COMCEL, a tal punto que ellas mismas por su recíproca voluntad contractual, estuvieron de acuerdo y excluyeron expresamente que el contrato no tuviese las características de una agencia comercial o de un mandato.

3. Según lo previsto en el artículo 1618 del Código Civil "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*", y estando claramente delimitada en las estipulaciones contractuales esta intención, para la interpretación del contrato se debe estar a ella como indicativa de los móviles que los indujeron a contratar.

4. La intención inequívoca de COMCEL, fue siempre la de celebrar un contrato de distribución con SALCEDO DOMINGUEZ, presupuesto que no sólo fue regulado de manera positiva en la cláusula correspondiente al objeto del contrato, sino que además fue previsto de forma negativa al precisar los contratantes cuáles no eran las figuras jurídicas que debían relacionarse con este contrato.

5. En efecto, la ejecución del contrato de distribución entre las partes contratantes, tuvo una duración superior a diez (10) años, sin que, en ningún momento previo a la demanda, SALCEDO DOMINGUEZ hubiese manifestado a COMCEL alguna manifestación expresa sobre su inconformidad, queja, reclamo o sugerencia acerca de la naturaleza jurídica del contrato de distribución como un contrato en el cual SALCEDO DOMINGUEZ obraba en su propio nombre y por su propia cuenta.

6. Tan ello fue así que los propios contratantes de manera explícita excluyeron que el contrato tuviese otra naturaleza jurídica distinta o fuese de agencia comercial.

7. Por lo tanto, la intención de COMCEL fue siempre la de celebrar y ejecutar de buena fe un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El principio de la buena fe contractual se encuentra regulado por los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, así:

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

524

*"... **Artículo 1603:** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.*

***Artículo 871:** Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad contractual"*

2. El principio de la buena fe exige que las personas deban celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear en todos sus actos propios una conducta leal.

3. Las estipulaciones expresas de mutuo acuerdo consentidas por los contratantes son fuente principal del contrato, pero no lo son todo. El contenido del contrato trasciende esa voluntad expresa o manifiesta para involucrar con carácter obligatorio todo lo que le corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural, consagrándose así los denominados deberes secundarios de conducta.

4. Estos deberes que fluyen implícitamente de la naturaleza misma del contrato, de las reglas supletivas de la ley, o cuya observancia imponen la costumbre o la equidad natural, y se pueden enmarcar en los denominados "deberes secundarios de conducta".

5. Los "deberes secundarios de conducta" (accesorios, derivativos, conexos, integrativos, instrumentales o con cualquier otra nomenclatura que se las denomine), tienen un claro sustrato obligante y, por ende, son jurídicamente exigibles; se proyectan al conjunto de la conducta esperada del contratante que adeuda la prestación y de su inobservancia deriva, obviamente, incumplimiento del contrato.

6. En la Sentencia 793 de 2004, con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentaría, dijo la Corte Constitucional lo siguiente al referirse al tema de la buena fe y el respeto a los actos propios:

   "... El principio de buena fe está consagrado en el artículo 83 de la Carta Política en los siguientes términos: 'Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas'"

7. De allí que haya señalado esta Corporación que la aplicación de este principio no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.

8. El principio que incorpora la doctrina que proscribe el *venire contra factum propium*, según el cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos.

9. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de sus actos.

10. La alteración de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, cuando ello no obedece a una conducta legítima, más aún cuando se pretende alterar unilateralmente la naturaleza

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@sycabogados.com

contractual, cuando las dos partes, de común acuerdo y de manera libre y voluntaria, celebraron y ejecutaron los contratos de distribución, y SALCEDO DOMINGUEZ así se lo hizo suponer a lo largo de la vigencia contractual a COMCEL.

11. En efecto la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 2 de febrero de 2005, con la ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena, estableció:

> *"... Refiriéndose a estos aspectos de la buena fe, ha dicho esta Corporación que en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que las reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando loas actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento"*

12. COMCEL siempre veló por el correcto cumplimiento de las obligaciones previstas en los contratos de distribución sometidos a consideración del tribunal, y actuó diligentemente para cumplir con cada una de ellas en la forma y tiempo debidos; y durante todo el término de su vigencia obró con la legítima creencia de estar ejecutando un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial figura jurídica que había excluido expresamente y de común acuerdo con SALCEDO DOMINGUEZ

13. Es mas, durante el *iter contractus*, COMCEL jamás recibió reparo o notificación alguna de SALCEDO DOMINGUEZ que la alertara de estar ejecutando un contrato distinto del convenido.

14. Fue así como, durante los años de ejecución contractual, COMCEL siempre de buena fe le pagó a SALCEDO DOMINGUEZ la remuneración acordada, concurrió con ella a la compensación de cuentas, suscribió las actas de conciliación y de transacción de las diferencias de orden económico que se le presentaron con ella, siempre con la convicción de estar ejecutando un contrato de distribución y no uno de agencia comercial.

15. De su parte, COMCEL durante todo el término de vigencia del contrato cumplió con todas las obligaciones a su cargo de buena fe y con la convicción de estar ejecutando un contrato de distribución.

16. De tal forma, no resulta aceptable ahora, desde ningún punto de vista, que SALCEDO DOMINGUEZ con ocasión del presente proceso arbitral, desconozca la forma en que celebró y ejecutó el contrato durante mas de diez (10 años, siempre dando a entender con su conducta y actos propios que los contratos que celebró y ejecutó fueron de distribución; siendo así reprochable la conducta de SALCEDO DOMINGUEZ, al pretender alterar unilateralmente la verdadera naturaleza jurídica de los contratos de distribución, que fueron los que realmente celebró y ejecutó con COMCEL, desconociendo así sus actos propios, al pretender haber ejecutado un supuesto contrato de agencia comercial de hecho que COMCEL jamás celebró ni ejecutó y que, por el contrario, fue excluido expresamente por los contratantes en varias estipulaciones contractuales, y especialmente en la cláusula cuarta del contrato de distribución.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

526

17. SALCEDO DOMINGUEZ dejó transcurrir más de diez (10) años en silencio y sin hacer reparo alguno a COMCEL acerca de estar ejecutando un contrato distinto del que celebró, alegando, en una actitud contraria a la buena fe que se deben los contratantes conforme a los artículos 1603 del Código Civil[5] y 871 del Código de Comercio[6], que el contrato que celebró y ejecutó con mi poderdante no era un contrato de agencia comercial de hecho sino un contrato de distribución

18. La correcta interpretación de la cláusula cuarta del contrato de distribución, de acuerdo con la real intención de los contratantes, la aplicación práctica de que de sus cláusulas hicieron los contratantes durante más de diez (10) años y el postulado de la buena fe que se deben los contratantes durante su ejecución, es la de que desde el momento mismo de la celebración de los contratos suscritos entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL, se acordó claramente entre ellos en desarrollar y ejecutar una relación entre distribuidor y empresario, bajo el entendido de estar vinculados por un contrato de distribución y que, por voluntad de los propios contratantes se excluía de manera expresa e inequívoca cualquier otro tipo de contrato como el de agencia comercial de hecho, que ahora pretende hacer valer SALCEDO DOMINGUEZ de mala fe y contraviniendo sus propios actos.

19. Desde luego que, si COMCEL celebró y ejecutó de buena fe un contrato de distribución con SALCEDO DOMINGUEZ, ello excluye la coexistencia de cualquier otra relación comercial o jurídica entre los contratantes, como es la pretendida agencia comercial de hecho.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. La intención común de ambos contratantes, tanto de COMCEL como de SALCEDO DOMINGUEZ, fue siempre la de celebrar y ejecutar de buena fe un contrato de distribución y no uno de agencia comercial, tal como lo estipularon de manera clara e inequívoca los contratantes en la cláusula cuarta del contrato de distribución que establece:

> *"... 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 expresamente excluyen"*

2. SALCEDO DOMINGUEZ, pretende ahora, contraviniendo sus propios actos y obrando de mala fe, trocar la naturaleza jurídica del contrato de distribución que venía ejecutando con COMCEL, por más de diez (10) años, considerándolo, sin razón ni fundamento alguno, como de agencia comercial de hecho.

3. Es claro que el contrato de distribución que celebró y ejecutó COMCEL con SALCEDO DOMINGUEZ, no reúne ninguno de los elementos esenciales para que pueda ser

[5] Artículo 1603 del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.
[6] Artículo 871 del Código Comercio: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y, en consecuencia, obligarán no sólo lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0688 E-mail info@syrabogados.com

considerado como un contrato de agencia comercial, como equivocadamente lo pretende hacer valer SALCEDO DOMINGUEZ

4. El contrato de agencia comercial se encuentra definido por el artículo 1317 del Código de Comercio, así:

> *"... 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"*

5. Para que un contrato pueda ser considerado como de agencia comercial debe reunir inequívocamente la totalidad de los siguientes elementos esenciales:

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

6. De tal manera que para que una relación mercantil que reúna la totalidad de los anteriores elementos esenciales deberá ser considerada como una verdadera agencia comercial y ante la falta de uno cualquiera de tales elementos esenciales la relación no podrá ser considerada como de agencia comercial.

7. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 4 de abril de 2008, con la ponencia de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda[7], estableció lo siguiente al referirse a los elementos esenciales del contrato de agencia comercial:

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

[7] Ref.: 0800131030061998-00171-01

(...) la autonomía de que goza la agencia, la característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene calidades específicas que, por lo mismo, lo hacen diferente, razón por la cual, su demostración tendrá que ser inequívoca.

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

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

8. Es de la esencia del contrato de agencia comercial que el agente siempre debe obrar a nombre y por cuenta de quien le confirió el encargo y no a nombre y por cuenta propia.

9. En el caso que nos ocupa es claro que conforme a lo previsto en los contratos de distribución celebrados entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL, las partes convinieron clara e inequívocamente que celebraban un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial, el cual expresamente excluyeron.

10. También es claro que COMCEL, de acuerdo con esa precisa estipulación contractual jamás le otorgó a SALCEDO DOMINGUEZ la facultad de representarla o de obrar a su nombre y por su cuenta pues en el contrato de distribución se previó claramente por los contratantes que SALCEDO DOMINGUEZ ejecutará las labores de comercialización de los productos y servicios ***"... por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos"***

11. Desde luego que COMCEL jamás le otorgó a SALCEDO DOMINGUEZ la facultad de obrar a su nombre y por su cuenta, esto es, que la representara o actuara como su agente o mandante.

12. En estas condiciones es claro que en el presente proceso no se reúnen la totalidad de los elementos esenciales para que se pueda llegar a considerar que la relación comercial que ejecutaron los contratantes fue de agencia comercial de hecho, toda vez que COMCEL jamás le concedió a SALCEDO DOMINGUEZ el encargo de obrar a su nombre y por su cuenta.

13. Por consiguiente, al faltar el elemento esencial de obrar a nombre y por cuenta del empresario no se puede considerar que el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ sea un contrato de agencia comercial.

14. Es claro entonces que al no haber otorgado COMCEL a SALCEDO DOMINGUEZ la facultad de obrar a su nombre y por su cuenta, no concurre este elemento esencial para que sea declarada la existencia de un contrato de agencia comercial de hecho, como en forma infundada lo pretende ahora hacer valer SALCEDO DOMINGUEZ

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Conforme a lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, *"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*

2. Consagra esta norma el principio de respeto a la palabra dada y obliga a los contratantes al cumplimiento estricto de lo acordado, conforme al cual los contratos se celebran para ser cumplidos.

3. Adicionalmente, según lo previsto por el artículo 4 del Código de Comercio, *"Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles."*

4. Según el principio general de derecho conocido como "*pacta sunt servanda*" los contratos deben cumplirse en la forma en que se pactaron, es decir que las partes han de estarse a lo pactado cualquiera que sea la forma de la estipulación que de común acuerdo hayan determinado.

5. Se ha entendido que el mencionado principio está soportado en el principio de la autonomía de la voluntad privada y en el postulado de la buena fe de las partes, en desarrollo del cual les está permitido acordar todo aquello que no sea contrario a la ley, las buenas costumbres, a la buena fe y al orden público.

6. El principio de "*pacta sunt servanda*" ha sido objeto de desarrollo doctrinal, así:

> *"El principio pacta sunt servanda constituye la regla sobre la cual se sustentan los comportamientos de las partes. El mismo no hace más que determinar el efecto mandatario para las partes, quienes habiendo perfeccionado el contrato, previo resguardo de las reglas imperativas aplicables contenidas en sus diferentes ordenamientos jurídicos, deberán desempeñarse en el cumplimiento, de conformidad con lo acordado. Ello significa que cualquier variación en el contrato será resultado de la voluntad mancomunada de las partes, salvo los casos previstos de acaecimientos sorpresivos, de excesiva desproporción en las prestaciones o excesiva onerosidad y de fuerza mayor."*[8]

7. Por lo anterior, es claro que SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL, estaban obligadas a cumplir lo pactado de manera estricta según lo habían acordado en el contrato de distribución que suscribieron que constituía una verdadera ley entre ellos.

8. De esta manera, el contrato de distribución celebrado y ejecutado entre la SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL adquirió fuerza de ley entre quienes lo celebraron y quienes, de común acuerdo y en ejercicio de su autonomía contractual, se obligaron a cumplir estrictamente lo pactado en sus diversas estipulaciones.

---

[8] AGUIRRE, Andrade Alix y MANASÍA, Fernández Nelly. "Los Principios Unidroit en las relaciones Comerciales Internacionales".

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

530

9. La intención de SALCEDO DOMINGUEZ y de COMCEL fue la de celebrar un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial de hecho, figura jurídica que fue excluida por mutuo acuerdo de las partes, al convenir lo siguiente:

   "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 expresamente excluyen"

10. Por tratarse de un contrato legalmente celebrado y convenido por los contratantes en ejercicio de su autonomía contractual, ninguno de ellos puede modificar su naturaleza jurídica unilateralmente sin antes haber obtenido el consentimiento expreso del otro contratante y menos después de haberlo ejecutado durante cerca de nueve (9) años, entendiendo que celebró y ejecutó una relación jurídica distinta de la pactada.

11. SALCEDO DOMINGUEZ, contraviniendo sus propios actos, pretende ahora modificar unilateralmente la naturaleza jurídica del contrato de distribución celebrado con COMCEL que ejecutó por más de diez (10) años como de distribución para convertirlo infundadamente en una agencia comercial de hecho que COMCEL jamás celebró, denotando así un comportamiento contrario a derecho, arbitrario y violatorio del principio *"pacta sunt servanda"*

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

J. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y SALCEDO DOMINGUEZ DEBERÁ SER INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE SUS CLÁUSULAS HICIERON LOS CONTRATANTES DURANTE MAS DE DIEZ (10) AÑOS.

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ celebraron y ejecutaron de manera voluntaria e inequívoca durante más de diez (10) años un contrato de distribución.

2. COMCEL de buena fe siempre tuvo el entendimiento y la íntima convicción de haber celebrado y ejecutado con SALCEDO DOMINGUEZ un contrato de distribución que excluía la figura jurídica de la agencia comercial de manera clara y expresa durante toda la ejecución contractual.

3. Fue así como durante la ejecución contractual COMCEL de buena fe le pagó a SALCEDO DOMINGUEZ la totalidad de las remuneraciones que fueron acordadas y convenidas entre ellos; de buena fe también compensó con SALCEDO DOMINGUEZ, en diversas ocasiones las deudas líquidas que existían entre ellas; concilió y transigió con SALCEDO DOMINGUEZ las diferencias de orden económico que tuvieron durante la ejecución contractual tal como se demuestra con las diversas actas de conciliación, compensación y transacción que se

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

adjuntan como prueba a este escrito; le pagó de manera anticipada y de buena fe la totalidad de las sumas a su cargo en el entendimiento de estar vinculada a la ejecución de un contrato de distribución y no de un contrato de agencia comercial de hecho.

4. De igual manera durante los más de diez (10) años de ejecución contractual COMCEL jamás recibió reparo u observación alguna de SALCEDO DOMINGUEZ acerca de estar vinculada por un contrato de agencia comercial de hecho; ni menos acerca de la invalidez, nulidad absoluta o ineficacia de algunas de las estipulaciones contractuales contenidas en el contrato de distribución el cual, dicho sea de paso, siempre fue ejecutado y aplicados por la SALCEDO DOMINGUEZ a su plena y total satisfacción por estar sus cláusulas dotadas de eficacia y validez jurídica al resultar vinculantes entre ellas por virtud de su autonomía contractual.

5. SALCEDO DOMINGUEZ jamás le expresó a COMCEL que las estipulaciones contractuales contenidas en el contrato de distribución violaban normas legales de carácter imperativo o contenían objeto o causa ilícitos o que los contratos en cuestión se hubiesen celebrado entre personas absolutamente incapaces; es más, en la propia demanda SALCEDO DOMINGUEZ solicita que se declare la ineficacia de alguna de ellas pero únicamente en lo que tiene que ver con la disposición por parte de SALCEDO DOMINGUEZ de derechos que no existían o no se habían hecho exigibles al momento de la suscripción de los respectivos documentos; de derechos respecto de los cuales no existía una disputa en concreto al momento de la suscripción de los respectivos documentos; de derechos cuya existencia y cuantía no podían ser establecidos por SALCEDO DOMINGUEZ por la imposibilidad de acceder a los actos, libros y documentos de COMCEL; y de derechos que tenían por fuentes normas de carácter imperativo.

6. Durante la ejecución contractual SALCEDO DOMINGUEZ jamás le manifestó a COMCEL su intención de acceder a sus actos libros y documentos de comercio con miras a verificar la existencia de derecho alguno, entre otras razones, porque tales actos, documentos y libros gozan de precisa reserva legal conforme a lo previsto en los artículos 15 de la Constitución Nacional y 61 del Código de Comercio[9].

7. Además, durante la ejecución contractual jamás COMCEL fue requerida por SALCEDO DOMINGUEZ para el pago de comisiones, incentivos y bonificaciones que derivaran de la supuesta agencia comercial de hecho, pues todos los reclamos de orden económico que se le hicieron fueron conciliados, compensados y transigidos por los contratantes, de común acuerdo y de buena fe en las diferentes actas que dan cuenta de ello y que se acompañan como prueba a este escrito.

8. En síntesis, de la aplicación práctica que hizo COMCEL del contrato de distribución se puede concluir que los contratantes verdaderamente celebraron y ejecutaron de buena fe un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial de hecho.

K. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1624 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y SALCEDO DOMINGUEZ POR

[9] Artículo 15 de la Constitución Nacional. - (...) Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.
Artículo 61 del Código de Comercio. -Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@cysabogados.com

532

AUSENCIA DE CLAUSULAS AMBIGUAS Y POR NO HABERSE PEDIDO EXPLICACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LAS MISMAS POR PARTE DE SALCEDO DOMINGUEZ.

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El artículo 1624 del Código Civil en su inciso segundo establece que *"las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."*

2. En las pretensiones de la demanda busca SALCEDO DOMINGUEZ que se declare por su despacho que COMCEL ejerció durante toda la relación contractual una posición de dominio y como consecuencia de ello su Despacho deberá dar aplicación al lo dispuesto en el artículo 1624 del Código Civil.

3. Incurre en error SALCEDO DOMINGUEZ al dar al artículo 1624 una interpretación que de ninguna manera se compagina ni con su tenor literal ni con el espíritu de la norma, pues desconoce que, para que haya lugar a una interpretación en contra de quien redactó una determinada cláusula, deberán darse dos supuestos: (i) que la cláusula sea ambigua y oscura, es decir que de su texto literal no pueda comprenderse de manera inequívoca la voluntad de las partes; y, (ii) que existiendo una cláusula de este tipo no se hayan dado las explicaciones pertinentes para aclararla entre las partes.

4. Bajo el anterior entendido, no le asiste razón a SALCEDO DOMINGUEZ al pretender que se interprete el contrato de distribución en contra de COMCEL bajo el único y exclusivo pretexto de que fue ésta parte que redactó el contrato, pues no debe dejarse de lado que durante la formación del contrato y sus diferentes modificaciones, las partes actuaron de forma libre, consentida e informada lo cual les permitía a ambas escoger a su libre arbitrio si celebraban o no el contrato en virtud de su autonomía contractual.

5. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 29 de agosto de 1980 con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén, al señalar que cuando las cláusulas sean claras:

   "... esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se tornan intangibles para el juez."[10]

6. Adicionalmente, es pertinente señalar que, como se demostrará en el curso del proceso, todas las ACTAS DE CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN que se firmaron durante la ejecución contractual fueron el resultado de un proceso de negociación y discusión por medio del cual ambas partes tuvieron la facultad de hacer observaciones y realizar cambios de tal forma que se llegue a un acuerdo entre ellas sobre las cifras a pagar pues, de no existir acuerdo sobre el contenido el Acta por parte del Distribuidor, éste estaba en libertad de abstenerse de firmarla.

7. Resulta pertinente señalar entonces que la norma aplicable para interpretar el contrato debatido es el artículo 1622 del Código Civil, el cual establece que:

[10] Tomado del libro El Contrato de Seguro. LOPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Editorial Dupré: Bogotá. 1999. pp. 19.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretase por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma matera. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte." (Subrayado fuera del texto original.)

8. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del día 27 de agosto de 1971[11], estableció:

   "En punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia a que se refiere, cual es la libertad humana considerada como una fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídico"

9. De la celebración y ejecución de los contratos de distribución, se deriva la existencia de una igualdad de posiciones contractuales entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, toda vez que ambas partes actuaban de manera libre y tenían la posibilidad de negociar y discutir todo aquello que fuese objeto de acuerdo.

10. Por lo tanto, no se compagina con normatividad vigente ni con la forma misma en que las partes celebraron y ejecutaron, sean interpretados en contra de COMCEL por haber sido ésta la parte que lo redactó.

11. SALCEDO DOMINGUEZ tenía plenas facultades para no dar su consentimiento a aquello con lo cual no estuviera de acuerdo o para pedir las explicaciones pertinentes para aclarar aquello que pudiese no resultarle claro, las cuales, desde luego, jamás pidió a COMCEL.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. La transacción legalmente celebrada entre los contratantes para poner fin a un litigio cierto o para precaver uno eventual, también produce efectos de cosa juzgada en última instancia, tal como lo establece el artículo 2483 del Código Civil[12].

[11] Código Civil y legislación Complementaria, pág. 591
[12] Artículo 2483 del Código Civil: La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 619 9699 E-mail info@syrabogados.com

2. Entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ durante la ejecución del contrato de distribución se celebraron varias actas de conciliación, compensación y transacción que adquirieron fuerza de cosa juzgada en última instancia, poniendo fin a las diferencias que tenían respecto de los puntos que se conciliaron, compensaron y transigieron de manera libre y voluntaria, tal como consta en las copias de las mismas que acompaño como prueba a este escrito.

3. Al haber adquirido fuerza de cosa juzgada en última instancia no puede SALCEDO DOMINGUEZ volver a abrir el debate sobre los puntos que se conciliaron, compensaron y transigieron de manera libre y voluntaria entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ ni, menos, so pretexto de su pretendida ineficacia.

4. Desde luego que al tratarse de documentos que pusieron fin, en su momento, a las diferencias de orden económico que tenían las partes, el juzgado carece de competencia para pronunciarse sobre ellas, por no existir entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ diferencias de carácter transigible que ya fueron superadas por conciliación, compensación y transacción.

5. No pueden existir diferencias transigibles entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ sobre puntos que previamente fueron conciliados, compensados y transigidos de acuerdo con la ley, razón por la cual el JUZGADO carece de competencia absoluta para pronunciarse sobre ello.

6. Es del caso recordar que la transacción solo surte efectos entre los contratantes tal como lo prescribe el artículo 2483 del Código Civil[13], tantas veces citado.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. La transacción legalmente celebrada entre los contratantes para poner fin a un litigio cierto o para precaver uno eventual, también produce efectos de cosa juzgada en última instancia, tal como lo establece el artículo 2483 del Código Civil[14].

2. Es del caso recordar que la transacción solo surte efectos entre los contratantes tal como lo prescribe el artículo 2483 del Código Civil[15], tantas veces citado.

3. A lo largo de la relación contractual entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL existieron varias diferencias de orden económico, que fueron objeto de conciliación, transacción y compensación, diferencias que quedaron consignadas en las correspondientes actas y

[13] Artículo 2483 del Código Civil: La transacción produce le efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad de los artículos precedentes.
[14] Artículo 2483 del Código Civil: La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.
[15] Artículo 2483 del Código Civil: La transacción produce le efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad de los artículos precedentes.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@cycabogados.com

superadas por virtud de la transacción que acordaron los contratantes, que resultan totalmente oponibles entre ellas.

4. Por lo tanto, todas las actas de conciliación, transacción y compensación celebradas entre COMCEL, y SALCEDO DOMINGUEZ resultan válidas, eficaces y producen plenos efectos entre ellas al haber hecho tránsito a cosa juzgada en última instancia.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Código Civil, pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes siempre que miren al interés individual del renunciante y que dicha renuncia no esté prohibida por la ley.

2. Tanto en los contratos de distribución como en los documentos denominados Actas de Transacción, Conciliación y Compensación, SALCEDO DOMINGUEZ, renunció válidamente a reclamar a COMCEL S.A., las prestaciones propias de la agencia comercial, prestaciones que conforme lo ha indicado la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son en interés particular y por tanto son renunciables antes de la terminación del contrato.

3. Esa renuncia no ha sido puesta en tela de juicio en el presente litigio, pues la supuesta inexistencia de un contrato de transacción –como la alega SALCEDO DOMINGUEZ– no puede significar la inexistencia de la renuncia, pues esta no debe estar contenida en un negocio en especial.

4. De hecho, la demandante confiesa la existencia de la renuncia, sólo que cuestiona la validez de la misma, por lo que sobre este punto girará el debate.

5. Al haber renunciado válida y legalmente a ellas, no puede pretender ahora, SALCEDO DOMINGUEZ, su pago.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. COMCEL S.A., sí cumplió lo acordado en el contrato de distribución que celebró con SALCEDO DOMINGUEZ, así como en sus diversos y subsiguientes modificaciones, adendos u otrosíes.

2. COMCEL cumplió a cabalidad con la totalidad de las obligaciones derivadas del acuerdo entre las partes, situación esta que de ninguna forma, durante la ejecución del contrato, fue objetada por SALCEDO DOMINGUEZ,

3. El comportamiento de COMCEL durante la ejecución contractual nunca ha sido diferente a la de un buen comerciante.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

536

P. PAGO.

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Durante la ejecución del contrato de distribución COMCEL siempre pagó a SALCEDO DOMINGUEZ la totalidad de las remuneraciones acordadas.

2. Tal como se demostrará en el proceso y como lo acreditan las actas de conciliación, compensación y transacción, COMCEL siempre pagó a SALCEDO DOMINGUEZ y ésta recibió de COMCEL, a su plena y total satisfacción, la integridad de la remuneración a que tenía derecho por la ejecución del contrato de distribución.

3. Al haber aceptado y recibido ese pago de la remuneración acordada, se extinguieron la totalidad de las obligaciones correlativas a cargo de COMCEL y a favor de SALCEDO DOMINGUEZ en la forma prevista en el artículo 1626 del Código Civil[16].

4. De igual forma y según consta en la cláusula 30 inciso 3º del contrato de distribución, se estableció de común acuerdo por los contratantes lo siguiente:

   "(...) Dentro de los valores que reciba EL DISRIBUIDOR 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"

5. Fue así como por virtud de esa precisa estipulación contractual, el veinte por ciento (20%) de todos los valores que fueron recibidos por SALCEDO DOMINGUEZ durante la ejecución contractual, constituyó un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato de distribución.

6. En efecto, son características propias de la figura del pago anticipado el hecho de constituir un pago real y efectivo y que a su vez es irrevocable.

7. El pago anticipado se entiende como un pago real y efectivo porque entra al patrimonio del acreedor como propietario del mismo, es decir de SALCEDO DOMINGUEZ generando como efecto la extinción de las obligaciones a cargo del deudor, en este caso COMCEL.

8. La irrevocabilidad del pago anticipado, por su parte, hace referencia a la imposibilidad del deudor de revertir lo pagado.

9. Además, los pagos que COMCEL efectuó a SALCEDO DOMINGUEZ, de manera anticipada, cumplen con la totalidad de los requisitos legales y especialmente aquellos previstos en el Decreto 2649 de 1993, artículos 11, 12, 39, 40, 47 y 48[17].

---

[16] Artículo 1626 del Código Civil: El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

[17] Artículo 11 del Decreto 2649 de 1993: Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.
Cuando en virtud de una norma superior, los hechos económicos no puedan ser reconocidos de acuerdo con su esencia, en notas a los estados financieros se debe indicar el efecto ocasionado por el cumplimiento de aquella disposición sobre la situación financiera y los resultados del ejercicio.
Artículo 12 del Decreto 2649 de 1993: Solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A
Teléfono PBX (571) 610 0600 E-mail info@sycabogados.com

337

10. En esta medida, los pagos anticipados que se efectuaron a lo largo de la relación contractual entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL, contablemente implican un ingreso efectivo a favor del patrimonio de SALCEDO DOMINGUEZ y un gasto efectivo a cargo de COMCEL.

11. Como se demostrará a lo largo del proceso, COMCEL en el transcurso del los contrato de distribución celebrado con SALCEDO DOMINGUEZ ha actuado de manera diligente al dar pleno cumplimiento a todas las prestaciones a las que se obligó, toda vez que COMCEL ha venido efectuando tales pagos anticipados de manera periódica a SALCEDO DOMINGUEZ y ésta a su vez los ha recibido sin reparo de ninguna naturaleza, y los ha venido registrando en su contabilidad en la cuenta PUC, códigos 5295050012 y 5295051012 así como en las cuentas 2605101101 y 2655101210.

12. Por tanto, COMCEL siempre pagó al distribuidor SALCEDO DOMINGUEZ la totalidad de los valores que fueron facturados por éste por comisiones y remuneraciones.

13. Fue así como durante la ejecución del contrato de distribución y de acuerdo con esa precisa estipulación contractual, COMCEL le pagó de manera anticipada a SALCEDO DOMINGUEZ la suma de $7.144.190,469 que fueron facturados de manera discriminada y segregada y efectivamente recibidos por SALCEDO DOMINGUEZ a su entera satisfacción, tratándose no de un anticipo sino de un verdadero pago irrevocable a favor del distribuidor quien percibió para sí tales sumas.

14. En efecto, la mencionada cláusula, libremente aceptada y convenida por los contratantes, consagra un verdadero pago anticipado de todas las prestaciones, indemnizaciones o bonificaciones que se llegaren a causar a favor de SALCEDO DOMINGUEZ en el evento –improbable- de que el Tribunal considere que la relación que vinculó a los contratantes es una de relación de agencia comercial de hecho.

15. En consecuencia, COMCEL sí le pagó al distribuidor la totalidad de las acreencias que durante la ejecución contractual SALCEDO DOMINGUEZ le facturó y cobró, extinguiendo

---

consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables.
Artículo 39 del Decreto 2649 de 1993: Los costos representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos.
Artículo 40 del Decreto 2649 de 1993: Los gastos representan flujos de salida de recursos, en forma de disminuciones del activo o incrementos del pasivo o una combinación de ambos, que generan disminuciones del patrimonio, incurridos en las actividades de administración, comercialización, investigación y financiación, realizadas durante un período, que no provienen de los retiros de capital o de utilidades o excedentes.
Artículo 47del Decreto 2649 de 1993: El reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados.
Para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido se requiere que corresponda con la definición de un elemento de los estados financieros, que pueda ser medido, que sea pertinente y que pueda representarse de manera confiable.
La administración debe reconocer las transacciones en la misma forma cada período, salvo que sea indispensable hacer cambios para mejorar la información.
En adición a lo previsto en este decreto, normas especiales pueden permitir que, para la preparación y presentación de estados financieros de períodos intermedios, el reconocimiento se efectúe con fundamento en bases estadísticas
Artículo 48 del Decreto 2649 de 1993: Los hechos económicos deben ser reconocidos en el período en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

538

así en legal forma las correlativas prestaciones, incluyendo la totalidad de los pagos anticipados efectuados a SALCEDO DOMINGUEZ por concepto de la integridad de las comisiones, prestaciones, indemnizaciones y bonificaciones que llegasen a causarse a su favor a la terminación del contrato.

16. Por lo tanto, COMCEL estaba contractualmente autorizada para efectuar los pagos anticipados que las partes de común acuerdo estipularon en la mencionada cláusula, siendo tales pagos plenamente válidos que extinguieron de manera anticipada obligaciones a cargo de COMCEL y a favor de SALCEDO DOMINGUEZ

17. Finalmente, resulta claro que por haber pagado COMCEL a SALCEDO DOMINGUEZ lo que le debía, nada le adeuda por concepto de la terminación del contrato de distribución.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

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

2. Como un reflejo de lo anteriormente manifestado, doctrinal y jurisprudencialmente se ha dado lugar a la existencia de la prohibición de irse en contra de los actos o comportamientos que, con anterioridad, ha ejercido una de las partes de un contrato en tanto que, de hacerlo, rompería con la coherencia que debe mantenerse a lo largo de la relación contractual. A la sazón de lo dicho por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo:

> *"... [A] nadie, en línea de principio rector, le está permitido volver – o ir – contra sus propios actos – o sea contrariarlos o contradecirlos – (venire contra factum proprium, o venire contra factum propriu, nulla conceditur), cuando ellos generaron, objetivamente, una confianza, creencia o certidumbre determinadas; un entendimiento racional diverso que, ex post, se vio trocado, y también truncado sorpresivamente, siendo entonces menester proceder a tutelar los intereses materia de amenaza o vulneración, a manera de plausible correctivo, en clara sintonía con el acrisolado postulado de la buena fe que, ab initio, rechaza este tipo de comportamientos incoherentes y contradictorios que originan inseguridad e incertidumbre jurídicas, y también con la preservación de la confianza generada o inculcada, clave de bóveda de esta institución."*[18]

[18] JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos. Publicado en: "Estudios de Derecho Privado: Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada." Tomo I. Editores académicos: Alejandro Venegas Franco, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Fabricio Mantilla Espinosa. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2009. Página 280.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

3. Nos recuerda igualmente el autor en cita[19] que la aplicación de esta institución tiene un carácter restringido y que deben observarse la totalidad de los siguientes requisitos:

   "a) una conducta o comportamiento relevante que, por sus connotaciones, previamente, infunda o suscite una confianza legítima en el otro co - contratante; b) que irrumpa en el cosmos factual una actuación que, a posteriori, contraríe o menoscabe dicha confianza primigenia que objetivamente se ha mancillado o pretendido mancillar en virtud de una falta de coherencia respecto de una o varias conductas anteriores; c) que este último actuar sea intrínsecamente trascendente y, por ende, dueño de virtualidad jurídica, y d) que exista identidad de los sujetos (emisor y receptor)"

4. Como se demostrará, SALCEDO DOMINGUEZ, ejerció de forma inequívoca actos que generaron la confianza suficiente a COMCEL S.A., para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse, eventualmente, a las sumas que ahora pretende cobrarse; así como también había tomado acciones tendientes a la renuncia de la supuesta cesantía comercial.

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

R. COMPENSACIÓN.

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. En caso tal en que se llegase a condenar a COMCEL, solicito expresamente que se tenga en cuenta que SALCEDO DOMINGUEZ, le adeuda actualmente no sólo las sumas de dinero que ha retenido indebidamente, sino aquellas derivadas de penalizaciones y sanciones que se originaron de acuerdo a los términos contractuales.

2. Algunas de estas sumas de dinero se encuentran soportadas en algunos de los acuerdos de pago que se allegan como prueba a este escrito.

3. No puede admitirse, como lo pretende SALCEDO DOMINGUEZ, que la compensación no pueda ser realizada por el Juzgado, pues sería desconocer las deudas que tiene actualmente SALCEDO DOMINGUEZ, a favor de COMCEL S.A.

4. La redacción del artículo 1326 del C. de Co., en lo que al derecho de retención se refiere, única y exclusivamente dispone que el agente comercial no está en mora en el pago de los dineros de propiedad del agenciado; pero de ninguna manera que no puede mediante sentencia judicial reconocerse la compensación como medio extintivo de las obligaciones.

5. De aceptarse la draconiana interpretación de la demandante, se llevaría a los agenciados a un escenario en el que, una vez culminado el pleito correspondiente a la naturaleza del contrato, deban entablar un nuevo juicio en contra de su agente con el fin de reclamar lo que retuvo.

[19] Ídem. Páginas 304 y siguientes.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

6. Lo anterior se muestra desproporcionado, máxime cuando la demandante busca indebidamente que se declare que, en la sentencia que ponga fin al presente proceso, se tenga por extinta cualquier obligación emanada del contrato.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El negocio de la telefonía móvil celular es sumamente dinámico y, por tanto, los planes y productos deben adaptarse permanentemente a las condiciones del mercado, más aún, anticiparse a los cambios del mercado y a la competencia.

2. Es así como las condiciones de venta y, por lo tanto, de remuneración del distribuidor no pueden permanecer estáticas.

3. Como consecuencia de lo anterior, en documentos contractuales tales como los que se anexan como prueba documental, las partes pactaron y acordaron las condiciones de venta, de tiempo en tiempo, tanto para postpago como para prepago y las respectivas condiciones de remuneración.

4. Así lo acordaron los contratantes en el anexo A del contrato de distribución que suscribieron, el cual constituye una ley entre ellos.

5. Según dicho anexo A, SALCEDO DOMINGUEZ convino que las condiciones de venta de los productos y servicios y su remuneración, serían fijadas, de tiempo en tiempo, por COMCEL, quien tendría esa facultad y quien se obligó a comunicarlas a SALCEDO DOMINGUEZ por cualquier medio idóneo.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Pretende SALCEDO DOMINGUEZ que, de darse el despacho favorable de sus pretensiones, se declare que COMCEL, se encuentra obligado al pago de intereses moratorios sobre el monto al que eventualmente se le condene, en relación a las indemnizaciones de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, que regula lo atinente a las prestaciones surgidas de la terminación del contrato de agencia comercial, desde el momento mismo en que se puso fin a la relación contractual que los vinculaba.

2. La anterior solicitud debe tenerse por improcedente en cuanto falta el requisito *sine qua non* para la exigibilidad de los intereses moratorios: la constitución en mora. Tal como lo han sostenido diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil,

> *"... resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto éste sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la corte que "la mora en el pago sólo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida"*

541

(Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)"[20] (Subrayado por fuera del texto original).

3. Lo anterior encuentra sustento al considerar que nadie puede ser conminado a pagar una sanción –la cual constituye uno de los elementos y fines del interés moratorio– cuando no tienen conocimiento sobre la existencia de la obligación que se le imputa haber incumplido, debate y controvierte con argumentos sólidos y con soporte fáctico y jurídico, y, con mayor razón, tiene una ignorancia legítima y razonable acerca de la suma a la que ascendería dicha obligación, si es que acaso existe.

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

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El contrato de distribución fue un contrato legalmente celebrado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, que reúne la totalidad de los requisitos previstos en la ley para su existencia y validez y en él no se omitió ninguno de los requisitos prescritos en las leyes en consideración a su naturaleza.

2. El mencionado contrato de distribución fue celebrado entre dos sociedades comerciales plenamente capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones; fue suscrito en su momento por quienes detentaban su representación legal y tenían la capacidad y la aptitud para obligarlas de acuerdo con sus estatutos sociales y la ley, por lo que el mismo devino en una ley para los contratantes.

3. El mencionado contrato de distribución no en, no han sido, ni fue ningún contrato de adhesión que contuviese cláusulas predispuestas o que COMCEL, le hubiese impuesto a SALCEDO DOMINGUEZ, pues el que se celebró y ejecutó entre los contratantes fue el fruto de las negociaciones, tratativas y discusiones previas que se adelantaron entre las partes durante su etapa precontractual, respecto de las cuales SALCEDO DOMINGUEZ recibió todo tipo de explicaciones acerca de su contenido y alcance.

4. En la cláusula 36 del contrato de distribución SALCEDO DOMINGUEZ declaró de manera libre y voluntaria, por intermedio de su representante legal, MARIA EUGENIA GARCIA DE GUTIERREZ, haber recibido todas las explicaciones suficientes sobre el contenido y alcance de todas y cada una de las estipulaciones contenidas en él, así como haberlas entendido, aprobado y aceptado de manera específica. Dice la mencionada cláusula lo siguiente:

> ***"36. Conocimiento y explicaciones.***
> *EL DISTRIBUIDOR ha recibido explicación e información suficiente e idónea de todas y cada una de las estipulaciones de este contrato, de sus derechos y obligaciones y por ello, previo entendimiento, las acepta y aprueba específicamente."*

5. Fue así como, SALCEDO DOMINGUEZ manifestó a COMCEL, bajo la confianza legítima, estar vinculado legalmente por dicho contrato y de estar ejecutando un contrato válido y dotado de eficacia entre ellos.

[20] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil de 10 de julio de 1995, expediente No. 4540. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

S&R ABOGADOS

6. Además, durante dicho lapso SALCEDO DOMINGUEZ jamás informó a COMCEL que el contrato contenía cláusulas que violaban normas de carácter imperativo hecho este que ocultó maliciosamente durante más de CATORCE (14) años y que COMCEL solo vino a conocer con ocasión de lo relatado en los hechos de la demanda.

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

8. La nulidad absoluta predicada en la demanda solo puede surgir de manera expresa cuando el contrato es contrario a una norma imperativa de derecho; no puede ser ni presunta ni condicionada porque para que se configure, el contrato debe ser contrario a lo que se ordena o prohíbe en la norma imperativa.

9. Ninguna de las estipulaciones contractuales específicas mencionadas en la demanda contraría ninguna disposición legal que tenga el carácter imperativo toda vez que el contrato que celebró y ejecutó COMCEL de buena fe por más de catorce (14) años, fue un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial.

10. Desde luego que no todo contrato de distribución es de agencia comercial de hecho y resulta claro que la intención de SALCEDO DOMINGUEZ y de COMCEL, al celebrar el contrato de distribución, fue la de vincularse de buena fe y con confianza legítima en un contrato de distribución y no en un contrato de agencia comercial que, de forma libre, voluntaria y expresa excluyeron mediante varias de sus estipulaciones.

11. COMCEL jamás celebró y ejecutó con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato distinto del contrato de distribución que goza de presunción de legalidad y no es contrario a ninguna norma que tenga carácter imperativo; COMCEL de buena fe durante más de nueve (9) años cumplió con las obligaciones que asumió en virtud del contrato de distribución y siempre tuvo la intima convicción de estar ejecutando, de buena fe ese contrato y solo ese contrato y ninguna de las aplicaciones practicas que hizo del mismo conlleva o denota que hubiese estado vinculado con SALCEDO DOMINGUEZ bajo un supuesto contrato de agencia comercial de hecho que expresamente fue excluido por los contratantes.

12. En síntesis, ninguna de las estipulaciones contractuales específicas cuya nulidad se pretende en la demanda es contraria a ninguna norma de carácter imperativo y, por tanto, no adolecen de ninguna nulidad que lo invalide o que le reste eficacia jurídica.

V. INNOMINADA O GÉNERICA.

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

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

543

IV. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito que en la correspondiente oportunidad se decreten, practiquen y tengan en cuenta los medios probatorios que anuncio a continuación:

a. DOCUMENTALES:

1. Certificacion expedida el día 18 de septiembre de 2019, por ERNEST ¬ YOUNG AUDIT S.AS, revisores fiscales de COMCEL, que acredita el valor de los pagos anticipados, prestaciones e indemnizaciones, que por valor de $5.800.449.845, le efectuó COMCEL a SALCEDO DOMINGUEZ durante la ejecucion del contrato de distribución.

2. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 5 de septiembre de 2014.

3. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 9 de octubrede 2013.

4. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 10 de enero de 2013.

5. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 26 de julio de 2011.

6. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 28 de septiembre de 2009.

7. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 7 de mayode 2009.

8. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 28 de abril de 2009.

9. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 18 de noviembre de 2008.

10. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 15 de agosto de 2008.

11. Contrato de TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS, suscrito entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, el día 11 de marzo de 2008.

b. INTERROGATORIO DE PARTE:

Solicito que se decrete el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ S.A., señor CARLOS ALFREDO SALCEDO PEREZ, o quien haga sus veces, para que bajo la gravedad del juramento absuelva las preguntas que en forma oral le formularé en el curso de la audiencia respectiva, quien podrá ser citada en la dirección aportada en la demanda.

c. TESTIMONIOS:

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

Solicito que se señale fecha y hora para la recepción de los testimonios, de las personas que individualizare mas adelante, y que versarán sobre los aspectos más relevantes en cuanto a la formación y ejecución del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ Igualmente, los testigos informarán al despacho sobre la forma en la cual se desarrolla la actividad de la telefonía móvil celular, de manera especifica, los testigos depondrán sobre los siguientes temas:

i. Sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que pactaron el contrato de distribución y acordaron el tema Comercial, cumplimientos de presupuestos de ventas, y en general, todo lo referente a la operación de distribución y mercadeo de los productos y servicios de COMCEL declararán las siguientes personas: Hermes Alfonso Duarte, cédula 88002967, GERENCIA REGIONAL DISTRIBUIDORES R2, Calle 15 No. 1B-09 Barrio Caobos, Cúcuta; y Adriana Jasón Duarte, cédula 63500725, Gerencia Mercadeo Operacional R2, Calle 36 No. 31-39 Of 118 Centro Empresarial Chicamocha, de Bucaramanga.

ii. Sobre las comisiones pagadas, fijación y modificaciones efectuadas sobre las mismas y en general sobre la remuneración y funcionamiento de ingresos del distribuidor y las actas de transacción suscritos declararán las siguientes personas: Andrés Francisco Martínez, identificado con cédula no. 80.058.898, actuando en calidad de Gerente De Comisiones, GERENCIA LIQUIDACION Y PAGO COMISIONES quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.; y Yesid Suarez Clavijo, identificado con cédula no. 79.721.627, mayor de edad, actuando como Coordinador De Comisiones de Comcel, quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.

iii. Sobre la relación contractual, especialmente sobre la etapa negocial previa a la suscripción del Contrato de Distribución, así como del equilibrio de la relación contractual por el término que esta duró y de las sentencias judiciales en las que se ha declarado que COMCEL no celebró contrato de agencia comercial con sus distribuidores declarará: Evelio Hernán Arévalo Duque, identificado con cédula de ciudadanía no. 16.536.601. Abogado de Clientes y Distribuidores, Área de Gerencia de Contratos, quién podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 Piso 8 de Bogotá D.C.

iv. Sobre las Penalizaciones contractuales y la forma en que las mismas fueron aplicadas durante la ejecución del contrato de distribución, declararán las siguientes personas: Marcos Edison Forero Castro, identificado con cédula de ciudadanía no. 7.305.406. Coordinador de protección comercial de COMCEL S.A. quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.; y Nayibe del Pilar Salcedo, identificada con cédula de ciudadanía no. 51.986.625. Analista Senior De Protección y Aseguramiento De Ingresos, Gerencia Control de Fraude, quien podrá ser citada en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.

v. Sobre el monto de los diversos pagos anticipados durante la ejecución del contrato de distribución y sobre el Estado de cuenta y deudas, y en general el manejo contable entre ambas compañías, declararán las siguientes personas: Carlos Alberto Torres Rivera, identificado con cédula de ciudadanía no. 79.576.371, Director De Contraloría, Dirección Contraloría, quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.; Oscar Arturo Rodríguez Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía no. 79.418.021. Gerente Pasivos y Aseguramiento Costos, Gerencia Pasivos y Aseguramiento Costos, quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.; y Mauricio Acevedo Arias,

543

identificado con cédula no. 79.495.740. Gerente De Impuestos, Gerencia Impuestos, quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.

vi. Sobre la Publicidad, las Capacitaciones y el Plan Coop que fueron ejecutadas durante la ejecución del contrato de distribución, declararán las siguientes personas: Juan Carlos Villescas Cuervo, identificado con cédula de ciudadanía no 79.719.567. Gerente, Gerencia de Trade Marketing, quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.; y María del Pilar Suarez, identificada con cédula de ciudadanía no. 39.775.838, Gerente de entrenamiento y servicio al distribuidor de COMCEL S.A., quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C

vii. Sobre los pagos y relación de CPS que fueron ejecutadas durante la ejecución del contrato de distribución, declararán las siguientes personas: Alejandro Enrique Beltrán González, identificado con cédula de ciudadanía no. 79.352.826 Coordinador Sr Recaudo, Gerencia Recaudo Y Otras Carteras. quien podrá ser citado en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de Bogotá D.C.

d. INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:

Solicito que se decrete una inspección judicial a las oficinas de SALCEDO DOMINGUEZ, ubicadas en la dirección aportada en la demanda, o en el lugar que se especifique al momento de llevarse a cabo la diligencia, con el fin de que en el curso de la respectiva diligencia, SE EXHIBAN por parte de SALCEDO DOMINGUEZ la totalidad de los libros oficiales de la Compañía, principales, auxiliares y soportes, libros de Actas de Junta o Asamblea de accionistas y de registro de Socios, de contabilidad, así como toda correspondencia cruzada entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL relacionada con la ejecución, desarrollo y terminación del contrato de distribución celebrado entre ambas compañías.

La inspección judicial solicitada tendrá por objeto los siguientes puntos:

1. Establecer la existencia de la contabilidad de la demandante, y si la misma se encuentra actualizada y llevada conforme a la ley.

2. Examinar todas las actas de las Juntas o Asambleas de socios o accionistas desde 2009 hasta 2018, incluyendo aquellas en las que se aprobaron los balances y estados financieros de fin de ejercicio de SALCEDO DOMINGUEZ y tomar copia de ellas. Así mismo, para conocer la discusión y aprobación de la firma del contrato con OCCEL.

3. La verificacion de los contratos de arrendamiento de los locales comerciales suscritos por SALCEDO DOMINGUEZ con el fin de cumplir con el objeto del contrato de distribución objeto de la presente litis, y tomar copia de ellos.

4. La verificación de todos los contratos de trabajo suscritos por SALCEDO DOMINGUEZ con sus respectivos empleados, durante la ejecución del contrato de distribución celebradio con COMCEL y tomar copia de ellos.

5. Los inventarios de SALCEDO DOMINGUEZ desde 2009 hasta 2018, y tomar copia de ellos.

6. El examen de todas las facturas o documentos que den cuenta de las operaciones de compraventa de SALCEDO DOMINGUEZ con terceros desde 2009 hasta 2018, y tomar copia de ellos.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

7. Las facturas o documentos que den cuenta de las operaciones entre COMCEL, y SALCEDO DOMINGUEZ, en relación a los productos prepago desde 2009 hasta 2018, y tomar copia de ellos.

8. Los dineros que retuvo SALCEDO DOMINGUEZ a COMCEL, a la terminación del contrato de distribución que celebraron.

Manifiesto que de conformidad con la facultad que me concede el artículo 237 del CGP, me reservo el derecho de ampliar los temas sobre los cuales ha versar la inspección a otros puntos que se relacionen o esten relacionados con los hechos sobre los cuales versará.

Igualmente, bajo la gravedad de juramento y de conformidad con lo previsto en el artículo 266 del CGP, declaro que toda la documentación que deberá ser exhibida se encuentra en poder de SALCEDO DOMINGUEZ, teniendo en cuenta que dicha sociedad es un comerciante que se encuentra en la obligación de llevar la contabilidad en debida forma y conservar en sus archivos la totalidad de los documentos relacionados anteriormente.

La finalidad de dicha diligencia será la de demostrar la ejecución del contrato de distribuciòn celebrado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ, así como el cumplimiento de las obligaciones asumidas por COMCEL, frente a las obligaciones contractuales estipuladas con y a favor de SALCEDO DOMINGUEZ, y el conocimiento de las partes sobre la verdadera naturaleza de la relación contractual que se celebró y ejecutó entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL .

e. ANUNCIO DE UN DICTAMEN PERICIAL:

De conformidad con la facultad que me concede el artículo 227 del CGP, anuncio el aporte de un dictamen pericial en materia contable y financiera, que será elaborado por el perito designado por COMCEL, Dr. JORGE ARANGO VELASCO, quien podrá ser localizado en la calle 64 # 8-41, apartamento 502 de la ciudad de Bogotá D.C., teléfono 3176420770 y correo electrónico: **jorge.arango@outlook.com** que versará sobre los siguientes puntos:

1. Verificar si la contabilidad de SALCEDO DOMINGUEZ, está al día y se lleva o no conforme a las normas contables colombianas.

2. Verificar cómo aparecen registrados en la contabilidad de SALCEDO DOMINGUEZ, los diferentes ingresos, determinando el concepto respectivo de cada uno de ellos, que con ocasión del contrato de distribución fueron recibidos de COMCEL, durante todo el tiempo de vigencia del contrato de distribución que celebró con COMCEL.

3. Verificar cómo aparecen registradas en la contabilidad de COMCEL, durante el mismo lapso anterior, las compras efectuadas por SALCEDO DOMINGUEZ que corresponden a los productos de prepago y mercancías restantes que, durante la vigencia del contrato de distribución, fueron adquiridas por la demandante a COMCEL.

4. El perito determinará si en la contabilidad de SALCEDO DOMINGUEZ, aparecen registrados egresos por adquisición de mercancías como las anteriormente enunciadas a personas distintas a COMCEL.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

547

5. El perito determinará, a través del estudio de los balances y estados financieros desde el primer semestre de 2008 hasta el último semestre de 2018, la totalidad de los ingresos brutos recibidos por SALCEDO DOMINGUEZ de COMCEL por concepto de comisiones.

6. El perito determinará qué otros ingresos y por qué conceptos aparecen registrados en la contabilidad de SALCEDO DOMINGUEZ durante el mismo lapso anterior.

7. El perito determinará a cuánto equivale el 20% de que trata el numeral 5 del Anexo A, así como la cláusula 30 del contrato de distribución celebrado y ejecutado entre COMCEL y SALCEDO DOMINGUEZ

8. El perito determinará a cuánto ascendieron los reembolsos de gastos que recibió SALCEDO DOMINGUEZ, de COMCEL a través del Plan-Coop durante la vigencia del contrato de distribución se celebró entre ellas.

9. El perito determinará a cuánto ascienden las sumas de dinero que SALCEDO DOMINGUEZ, quedó adeudando a COMCEL a la finalización de la relación contractual entre las partes.

10. Indicará el perito si los estados financieros de COMCEL por los años de dos mil ocho (2008) a dos mil dieciocho (2018) fueron auditados por parte de un auditor externo independiente y de reconocida trayectoria en el mercado.

11. Indicará el perito si durante los años de mil novecientos noventa y ocho (1998) a dos mil dieciocho (2018) los estados financieros de COMCEL han presentado alguna salvedad en la opinión del auditor externo independiente.

12. Si la respuesta al punto anterior es afirmativa, indicará el perito la razón de dicha salvedad.

13. Definirá el perito el principio de causación contable contenido en el Decreto 2649 de 1993.

14. Indicará el perito si la contabilidad de COMCEL se lleva bajo el principio contable de causación.

15. Indicará el perito si el decreto 2649 de 1993 que regula la contabilidad en Colombia permite la inclusión de estimados o provisiones en los estados financieros.

16. Indicará el perito la definición de un estimado o provisión contable.

17. Indicará el perito, según la dinámica del decreto 2650 de 1993, qué se debe registrar en las cuentas 26 de pasivos estimados y provisiones.

18. Indicará el perito si la metodología de registro utilizada por COMCEL en relación con las provisiones contables relacionadas con los contratos de Distribución se ajusta a las normas contables.

19. Indicará el perito, según el decreto 2650 de 1993, cuál es el número mínimo de dígitos que debe contener el plan de cuentas utilizado por los comerciantes.

20. Indicará el perito si de acuerdo con el decreto 2650 de 1993 el comerciante puede incorporar un número mayor de dígitos a los indicados en el punto anterior.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

548

21. Indicará el perito si incorporar un número mayor de dígitos al mínimo exigido por el decreto 2650 de 1993 genera alguna alteración en la información contable del Comerciante.

22. Indicará el perito si la contabilidad de COMCEL, en su dinámica, incluye más dígitos del mínimo permitido y si esta metodología altera la razonabilidad y exactitud de la información contable.

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

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

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

    a. Registra en la cuenta 2335200001 el monto a pagar por concepto de comisiones.

    b. Registra en la cuenta 2335200001 el monto a pagar por concepto de pago anticipado de toda prestación indemnización o bonificación.

    c. Aplica retención en la fuente del 11% para las comisiones.

    d. Aplica retención en la fuente del 11% para los pagos por concepto de pago anticipado de toda prestación indemnización o bonificación.

26. Indicará el perito si las razones expuestas por COMCEL, son razonables y se ajustan a las prácticas contables y tributarias.

27. Indicará el perito si el Distribuidor SALCEDO DOMINGUEZ solicitó durante la ejecución del contrato reintegro de retenciones practicadas en exceso de acuerdo al decreto 1189 de 1988 articulo 6.

28. Indicará el perito si en el caso de que se hubiere solicitado el reintegro de retenciones en exceso el agente retenedor (COMCEL) estaría obligado a reintegrar el mayor valor retenido teniendo en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2011, expediente 16932.

29. Indicará el perito si los conceptos 56542 de 11/07/2005, 083618 diciembre 31 del 2002; emitidos por la DIAN, se encuentren vigentes.

30. Teniendo en cuenta los conceptos anteriores Indicará el perito en los casos que no se puede determinar el concepto para aplicar la retención en la fuente ¿qué tarifa se debe aplicar?

31. Indicará el perito si se pueden detallar e identificar los valores por conceptos incluidos en los pagos anticipados.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

32. Indicará el perito, con base en la respuesta anterior, que retención en la fuente debe practicar COMCEL a los pagos anticipados.

33. Indicará el perito cual es el valor de todos los dineros y valores que SALCEDO DOMINGUEZ retuvo a COMCEL a la terminación del contrato de distribución, según se afirma y confiesa por el apoderado de SALCEDO DOMINGUEZ en los hechos 225, 226, 227 y 228 de la demanda.

Como algunas de los puntos objeto del peritaje que se solicita requieren que el perito designado por COMCEL, Dr. Jorge Arango Velasco, revise la totalidad de los libros de contabilidad y demás documentos que SALCEDO DOMINGUEZ deberá exhibir en el curso de la diligencia de inspección judicial que solicito en este escrito, razón por la cual, solicito que de conformidad con lo previsto en el artículo 227 del CGP, se señale un plazo razonable para que COMCEL pueda aportar en forma oportuna, el repectivo dictamen pericial.

También solicito a usted requerir a la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ para que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 229 del CGP, preste toda su colaboración al perito designado por COMCEL, Dr. Jorge Arango Velasco, para la práctica oportuna de la prueba pericial.

f. PRECEDENTES JUDICIALES:

Para que el Juzgado cuente con importantes elementos de juicio para la solución del presente proceso, me permito adjuntar los siguientes PRECEDENTES JUDICIALES -HORIZONTALES Y VERTICALES- como fuente de creación del derecho, que han resuelto casos similares al presente, y que lo ilustrarán, así:

1. Sentencia de 29 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ponencia de la Magistrada ANA LUCIA PULGARÍN, Radicado: 11001310303920110037701, proceso verbal de NEOCEL S.A. EN LIQUIDACIÓPN contra COMCEL S.A.

2. Sentencia de 23 de abril de 2019, proferida por el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, radicado: 11001310802320120017600, proceso verbal de ISESCO COMUINICACIONES LTDA contra COMCEL S.A.

3. Sentencia de 27 de mayo de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ponencia de la Magistrada MARTHA ISABEL SERRANO GARCIA, Radicado: 11001310302220100058801, proceso verbal de HUNZACEL LTDA. contra COMCEL S.A.

4. Sentencia de 5 de septiembre de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ponencia de la Magistrada HILDA GONZALEZ NEIRA, Radicado: 11001310302220100087701, proceso verbal de COCELL CARIBE LTDA contra COMCEL S.A.

5. Sentencia de 18 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, radicado: 11001310802320120007700, proceso verbal de CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACIÓN contra COMCEL S.A.

6. Sentencia de 20 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, radicado: 11001310802320140060700, proceso verbal de APONTE VILLAMIL ZULUAGA Y CIA S. EN C. Y CONEXEL S.A. contra COMCEL S.A.

7. Sentencia de19 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ponencia de la Magistrada MANUEL ANTONIO ZAMUDIO MORA, Radicado: 11001310302220140060703, proceso verbal de CONEXEL S.A. EN LIQUIDACIÓN Y APONTE VILLAMIL ZULUAGA Y CIA SAS contra COMCEL S.A.

8. Sentencia de 24 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, radicado: 11001310802320130003600, proceso verbal de CELCOSTA LTDA contra COMCEL S.A.

V. OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Con fundamento en lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso manifiesto al Tribunal que, en forma oportuna y debidamente autorizado para ello por COMCEL, objeto la estimación que bajo la gravedad del juramento hace la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ, de las supuestas indemnizaciones que pretende obtener en el presente proceso por contener dicha estimación varias inexactitudes.

No sobra aclarar que, dado que la estimación jurada apunta única y exclusivamente a la cuantificación de lo reclamado, dado que legalmente no se refiere a la existencia misma del derecho pedido, la presente objeción no implica la aceptación de que a SALCEDO DOMINGUEZ le asista derecho en su reclamación.

Por el contrario, y como ya se ha dicho, COMCEL considera que la presente demanda arbitral carece de fundamento legal o contractual, como se acreditará a lo largo del trámite del proceso arbitral.

Hecha la anterior aclaración, a continuación objeto la cuantificación de lo que se estima bajo la gravedad del juramento, así:

1. SALCEDO DOMINGUEZ al estima bajo la gravedad del juramento la suma de $ 7.092.243.398, "*... por concepto de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.* Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ porque tratándose del cálculo de una prestación mercantil y no de ninguna indemnización, compensacion o pago de frutos o mejoras, no hay lugar a estimarla bajo la gravedad del juramento de acuerdo con la ley.

2. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ en la suma de $ 2.332.204.000, por concepto de unos supuestos intereses moratorios que dice fueron causados entre el 22 de febrero de 2018 y el 30 de abril de 2019, respecto del cálculo de la "prestación" a que se refiere el inciso anterior, porque no existe certeza alguna sobre la cantidad de intereses moratorios que fuera determinada y sobre la cual suponen que se deben liquidar tales intereses moratorios, desconociendose así el principio de *IN ILLIQUIDIS MORA NON FIT*, conforme al cual si la obligación no es liquida ni exigible, sobre ella no se podrán liquidar intereses moratorios sino a partir la fecha en que dichas obligaciones sean reconocidas por el juez o desde cuando el deudor haya sido requerido judicialmente, lo que aun no ha ocurrido.

551

3. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 4.599.000.000, por concepto de la indemnización especial del inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

   Desde luego que en el presente proceso no hay lugar al cálculo de ninguna indemnización que derive de la termainación injustificada del contrato por parte de COMCEL toda vez que, como ya lo dije, el contrato terminó por el vencimiento del término previsto para su duración y por voluntad unilateral de SALCEDO DOMINGUEZ

   Tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, la indemnización de que trata el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio *"(...) corresponde al valor de las utilidades que dejó de percibir en el tiempo que faltaba para completar la última prórroga del contrato (...)"*, por lo que *"(...) la determinación de su valor exige deducir del ingreso esperado el valor de los costos en que para su obtención era necesario incurrir, pues ello es lo propio de toda actividad económica (...)"*[21].

   Vistas así las cosas, el cálculo presentado por SALCEDO DOMINGUEZ luce del todo ajeno al anterior criterio, pues no se tienen en cuenta en él los costos y los gastos de SALCEDO DOMINGUEZ

4. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 900.656.295, por concepto de lucro cesante por comisiones causadas y no pagadas porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

5. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 116.000.000 por concepto de comisiones por residual con exclusión de los primeros 3 meses de causación, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

6. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 2.7444.000.000, por concepto de comisiones por legalización de kits prepago y comisión por recaudo de CPS incrementadas según la inlflación, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

7. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 532.000.000, por concepto de cambio de condiciones impuesto por COMCEL por legalizacion de kits prepago y eliminación de de la comisión por permanencia kits prepago, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó

[21] Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–. Sentencia del 6 de julio de 2007. Exp. No. 07504. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Dirección Avenida 9 # 103A – 36, Oficinas 601C y 602A

partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

8. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 189.000.000, por concepto de cambio de comisiones impuesto por COMCEL – de la comisión de permanencia pospago, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

9. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 1.131.000.000, por concepto de cambio de condiciones impuesto por COMCEL en el esquema de comisiones por venta de SIMS CARDS, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

10. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 240.000.000 por concepto de reducción del descuento en SIMS CARDS, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

11. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 335.000.000 por concepto de remuneración que le corresponde a la demandante con fundamento en el artículo 1322 del CCO, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta y, además, porque COMCEL jamás celebró ni ejecuto con SALCEDO DOMINGUEZ ningún contrato de agencia comercial.

12. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 401.000.000 por concepto de comisiones por residual sobre consumos futuros, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

13. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 2.447.648.651, por concepto de lucro cesante futuro porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

Desde luego que en el presente proceso no hay lugar al cálculo de ninguna indemnización que derive de la terminación injustificada del contrato por parte de COMCEL toda vez que, como ya lo dije, el contrato terminó por el vencimiento del término previsto para su duración y por voluntad unilateral de SALCEDO DOMINGUEZ

Tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, la indemnización de que trata el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio *"(...) corresponde al valor de las*

utilidades que dejó de percibir en el tiempo que faltaba para completar la última prórroga del contrato (...)", por lo que *"(...) la determinación de su valor exige deducir del ingreso esperado el valor de los costos en que para su obtención era necesario incurrir, pues ello es lo propio de toda actividad económica (...)"*[22].

Vistas así las cosas, el cálculo presentado por SALCEDO DOMINGUEZ luce del todo ajeno al anterior criterio, pues no se tienen en cuenta en él los costos y los gastos de SALCEDO DOMINGUEZ.

TAMBIEN OBJETO LA ESTIMACIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGESIMA QUINTA, LITERAL K). LUCRO CESANTE FUTRO: que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $2.711.546.080, por concepto de lucro cesante futuro porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

Desde luego que en el presente proceso no hay lugar al cálculo de ninguna indemnización que derive de la terminación injustificada del contrato por parte de COMCEL toda vez que, como ya lo dije, el contrato terminó por el vencimiento del término previsto para su duración y por voluntad unilateral de SALCEDO DOMINGUEZ

Tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, la indemnización de que trata el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio *"(...) corresponde al valor de las utilidades que dejó de percibir en el tiempo que faltaba para completar la última prórroga del contrato (...)"*, por lo que *"(...) la determinación de su valor exige deducir del ingreso esperado el valor de los costos en que para su obtención era necesario incurrir, pues ello es lo propio de toda actividad económica (...)"*[23].

Vistas así las cosas, el cálculo presentado por SALCEDO DOMINGUEZ luce del todo ajeno al anterior criterio, pues no se tienen en cuenta en él los costos y los gastos de SALCEDO DOMINGUEZ

14. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 1.319.487.143, por concepto de pérdida de valor de la empresa, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

15. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $ 248.000.000 por concepto de daño por transportadora de valores, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

16. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $182.000.000 por concepto de daño por liquidaciones e indemnizaciones laborales, porque dicha

[22] Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–. Sentencia del 6 de julio de 2007. Exp. No. 07504. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

[23] Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–. Sentencia del 6 de julio de 2007. Exp. No. 07504. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

17. Objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $110.000.000 por concepto de daño por indemnizaciones y cláusulas penales en contrato de arrendamiento, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

18. Finalmente, objeto la estimación que hace SALCEDO DOMINGUEZ por la suma de $200.000.000, por lucro cesaante por cambios en esquema comisiones de recaudo en CPS, porque dicha cuantificación no obedece a ningún perjuicio que sea real, cierto y directo, y que se calculó partiendo de meras interpretaciones y divagaciones hipotéticas y unilaterales de SALCEDO DOMINGUEZ por lo cual dicha estimación resulta ser no solo irrazonada, sino hipotética e inexacta.

VI. NOTIFICACIONES PERSONALES

Las personales que se nos deban hacer las recibiremos así:

1. COMCEL y su representante legal, Carlos Hernán Zenteno de los Santos, en la Carrera 68 A. No 24 B – 10 de esta ciudad de Bogotá D.C.

2. El suscrito apoderado en la secretaria de su Despacho o mis oficinas particulares ubicadas en la Avenida 9 No. 103 A -36, oficina 601 C de la ciudad de Bogotá, en el teléfono 6199699.

   E-mail: ***notificaciones@syrabogados.com***

Atentamente,

LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ
C.C. No. 19.083.331 de Bogotá
T.P. No. 12.386 del CSJ

555

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICUATRO (24) CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., 2 JUL 2020

Proceso **Verbal – Otros**
Rad. Nro. **11001310302420190035000**

Teniendo en cuenta las documentales que anteceden, se dispone:

PRIMERO: Por secretaría, CÓRRASE EL TRASLADO de que trata el art. 370 del Código General del Proceso a las excepciones de mérito oportunamente formuladas dentro del litigio frente a la demanda.

SEGUNDO: Finalmente y por ser procedente, de la objeción al juramento estimatorio hecha por la demandada, se le corre traslado a la parte demandante por el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de este proveído, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes

NOTIFÍQUESE,

HEIDI MARIANA LANCHEROS MURCIA
JUEZ

JIDC

JUZGADO 24 CIVIL DEL CIRCUITO SECRETARIA
Notificación por Estado
La providencia anterior se notifica por anotación en el
ESTADO Nro. 43
Fijado hoy 3 JUL. 2020
a la hora de las 8:00 A.M.

KETHY ALEYDA SARMIENTO VELANDIA
Secretaria

556

CONSTANCIA SECRETARIAL
En Bogotá al primer (1) día del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), se deja constancia secretarial que conforme a los acuerdos PCSJA20-11614 del 6 de agosto de 2020 y PCSJA20-11622 del 21 de agosto de 2020, por estar restringido y prorrogado el ingreso al edificio, el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá no corrió términos judiciales los días 10 al 21 de agosto de 2020 y del 21 inclusive hasta el 31 agosto de 2020. Que a partir del 1 de septiembre de 2020 se reanudan los términos judiciales.

En Bogota D.C., al primer (1) día del mes de agosto del año dos mil veinte (2020), se deja constancia secretarial, que el Acuerdo No. PCSJA20-11597 del 15 de Julio de 2020, Artículo 1."Cierre de sedes en Bogotá. Se ordena el cierre del 16 al 31 de julio inclusive, de los despachos judiciales que funcionan en los edificios Nemqueba, Hernando Morales Molina, Jaramillo Montoya, Camacol, y El Virrey en Bogotá, por lo que en estas sedes se suspende el trabajo presencial y la atención presencial al público" y conforme al art 118 del C.G.P., el inciso final dice. "En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado". En consecuencia, el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá D.C., no correrá términos desde el 16 de julio al 31 de julio inclusive. Los términos judiciales se reanudaron el día 1 de agosto de 2020

En Bogota D.C., al primer (1) día del mes de julio del año dos mil veinte (2020), se deja constancia secretarial, que desde el 16 de marzo de 2020, estuvieron los términos suspendidos de conformidad con el ACUERDO PCSJA20-11517 y s.s. hasta el 30 de junio de 2020 y a partir del 1 de julio de 2020 se reanudaron los términos de conformidad con el ACUERDO PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020.

La secretaria,

KETHY ALEYDA SARMIENTO VELANDIA

extremos procesales, si bien se pactaron comisiones que luego comprendieron los denominados anticipos, ello no dio lugar al cambio de denominación del contrato. Se declararán en consecuencia probadas las exceptivas propuestas por COMCEL S.A. y que llamó: "INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.", "AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.", "TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE CELCOSTA LTDA Y COMCEL S.A.", "RENUNCIA DE CELCOSTA LTDA A LAS PRESTACIONES PROPIAS DE LA AGENCIA COMERCIAL", "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL", "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET" y 11 "LAS CONDICIONES DE VENTA Y DE REMUNERACIÓN FUERON PACTADAS ENTRE LAS PARTES DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO"

Y a una segunda conclusión, se arriba con base en los informes periciales presentes en el expediente y es que por medio de tales comisiones y anticipos ya se produjeron y cancelaron, como se estipuló en el contrato, las sumas que por eventuales indemnizaciones o inconformidades entre las partes, solicitó la demandante a través del libelo, junto con los presuntos intereses pedidos y en consecuencia, no hay lugar a disponer pago distinto al que por esta sentencia se dispondrá a continuación.

Colofón de lo anterior, la totalidad de las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, como quiera que no se acreditaron los presupuestos necesarios para que se configure el contrato de agencia comercial aludido desvirtuando el pacto de Distribución suscrito, situación que genera que las subsidiarias tampoco sean declaradas, como quiera que "*junto al contrato de DISTRIBUCIÓN suscrito entre CELCOSTA LTDA, y COMCEL S.A.*", no *nació una relación contractual de Agencia Comercial exclusiva, ejecutada mediante los contratos allegados con la demanda*, ya que no se demostró fundamentalmente la característica esencial del mismo como lo es, que la demandante actuará siempre como representante o agente de la entidad demandada, en función de conquistar un mercado para el productor y por cuenta de éste. A lo único que hubo lugar, como se dijo es a darle finiquito a la relación comercial también convenida y acatada por las partes.

Se condenará en costas a la parte demandante.

DECISIÓN

si bien en la demanda se mencionaron, la parte actora no desarrollo ni procesal ni probatoriamente ninguna de estas figuras ni demostró sus presupuestos.

En efecto, se solicitó con la demanda, la nulidad de aquellas cláusulas que expresamente excluyeron el contrato de agencia por cuanto, en concepto de la demandante, *"violan preceptos de orden público económico"*, la aplicación del principio de contrato realidad, la declaratoria del carácter antinómico de las definiciones convencionales, la inexistencia y hasta la invalidez e ineficacia de aquellas.

Sin embargo, era carga de tal demandante precisar la razón de la nulidad afirmada, de la ineficacia, invalidez y de la antinomia de lo pactado. En ese sentido bien pobre fue la actuación encaminada a tales aspectos pues la discusión se centró en la petición de la declaratoria de una agencia comercial, por efectos de la posición dominante que ostentó COMCEL S.A. frente a lo convenido por la partes. Prevalencia dominante que como se dijo no se encontró presente, y prevalencia de lo consagrado por las partes en cada uno de los contratos aportados.

Para llegar a la anterior conclusión, en conjunto se valoraron, entre otros, los siguientes medios de convicción:

a). El contrato aducido con el libelo introductorio, el que aparece nominado como "distribución", el cual de manera desglosada fue atacado por la parte actora en cuanto a las cláusulas que específicamente excluyeron la agencia comercial, pero que en su integridad no fue desconocido por la pasiva, como quiera que en los hechos de la demanda se describió su celebración (fl. 237 y siguientes del c.1).

- "OBJETO DEL CONTRATO: En virtud de este contrato, COMCEL concedió a CELCOSTA LTDA. como DISTRIBUIDOR CV-CELCARIBE, la distribución de los productos y la comercialización de servicios que CELCARIBE señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR *se obliga para con 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*

primeramente determinarse cuál ha de ser el mercado relevante en el cual dicha empresa ostentaría aquella posición.

La SIC, en la resolución 8328 de 2003, ha entendido que "...(e)l mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado". De esta manera, la misma Superintendencia ha manifestado que el mercado relevante debe orientarse hacia dos factores: (i) mercado relevante producto; y (ii) mercado relevante geográfico.

Así pues, la Autoridad de Competencia ha dicho que el mercado relevante producto "...comprende el bien específico que se analiza, como aquellos que sean intercambiables o sustituibles por el consumidor, por las características de sus productos, precios y su supuesto uso. (...) Definir el mercado producto implica establecer a qué otros productos trasladarían sus necesidades de demanda los consumidores ante un aumento significativo y sostenible en el precio del producto inicial. Si la traslación se presenta, tales bienes se consideran sustitutos cercanos, y formarán parte del mercado relevante (...)".

A su vez, la misma SIC ha denotado que "...el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ellas prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas".

Como puede verse, para determinar si una empresa tiene posición dominante en un mercado determinado, debe

por los artículos 1602 y 1603 del Código Civil señalados, adentrarse en interpretaciones diversas a lo que literalmente se consignó en los contratos.

Y lo anterior atendiendo al principio de la buena fe contractual y la autonomía de los particulares según los cuales los intervinientes se sujetan a lo acordado en la forma y términos del contrato inicial. Intentar cambiar las condiciones de una contratación con posterioridad a su culminación atenta directamente contra aquellos principios.

Ahora bien, sostener que con base en pronunciamientos arbitrales anteriores, que analizaron contratos similares, que sí acogieron la tesis de la demanda tampoco resulta siquiera plausible. Se ha considerado que no es posible extender la apariencia vinculante de un laudo arbitral previo, a favor o en contra de un tercero que no fue parte en ese laudo, entre otras razones porque el arbitramento es un medio alternativo de resolución de conflictos, a través del cual las partes se sustraen de la justicia estatal a fin de que un tercero, que temporalmente tiene esa función jurisdiccional, tome una decisión definitiva y vinculante pero solo para aquéllas partes. De allí que los laudos y las decisiones de la justicia arbitral carezcan de fuerza vinculante, de cara al caso planteado, el cual debe ser analizado de manera particular y concreta.

Los contratos allegados, sobre los que se pretende la controversia, se aseguraron de excluir en su propio clausulado la denominación de agencia comercial. Reiterada y claramente precisan tal exclusión a lo largo de todo su clausulado y de allí entonces que una consideración dirigida a cuestionar un tipo de contratación convenida claramente debe suponer una incertidumbre por lo menos entre lo que se quiso decir y lo que efectivamente quedó plasmado en el contrato. No obstante, no es el caso. Literalmente y producto de la negociación se advierte de entrada la consignación de un texto prístino que no da lugar a otra consideración, el querer de las partes desde el inicio fue establecer una relación comercial de distribución, que seguramente pudo tener elementos de la agencia pero que no por ello se convierte o ha de entenderse como tal.

Lo anterior, claro está debe pasar por el examen de una presunta relación de desigualdad en la que colocó a COMCEL S.A. como empresa dominante y que al decir de la parte actora, obligó a su representada a suscribir un contrato leonino e injusto que no pudo en ningún momento discutir o negociar.

No obstante, de los propios hechos de la demanda se observa que CELCOSTA LTDA, convino libre y autónomamente el contenido del clausulado como ahora se desarrolla.

La interpretación de los contratos.

Parte el despacho, como ya se ha vislumbrado, de la regla consagrada en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil en cuanto al carácter vinculante interpartes de lo convenido entre ellas dentro de la relación comercial. Rezan estas normas:

"ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*

ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."*

El artículo 1618 del Código Civil señala que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al **sentido literal de sus cláusulas**. Por su parte, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Sobre el alcance y la interpretación de la voluntad de las partes en los contratos ha dicho la H.Corte Suprema de justicia:

"Las similitudes entre las múltiples formas de colaboración que se pueden concertar para la expansión de los mercados, ya sea que busquen fortalecer actividades de distribución, comercialización o promoción, e incluso todas ellas en conjunto, quedan atemperadas por los aspectos puntuales que las diferencian y que se constituyen en la mejor manera de comprobar la verdadera voluntad de los contratantes, cuando se les otorga una denominación que no corresponde o son el

cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos." (resalta el despacho).

(...)

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 de participación, joint venture **ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen,** ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural...(subraya el Despacho) (fls 4 y 5 del expediente)

Luego tal diferencia y exclusión del elemento agencia comercial desde el inicio, fue definido por los contratantes sin hesitación, conclusión que más adelante se retomará.

En cuanto a la contabilidad llevada en debida forma y que da fe del contrato de distribución que se ejecutó, da luz el dictamen pericial allegado, en el que primeramente, se constata la ausencia de un pago por concepto de cesantía comercial, dentro de los balances de las dos empresas, en efecto se pactaron y pagaron comisiones, que en determinado momento de la ejecución del contrato éstas fueron divididas en un 20% como anticipos que conforme al ANEXO A, numeral 5 también fue convenido por las partes así:

"De los valores que reciba el distribuidor durante la vigencia del contrato, el 20% de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que, por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera que sea su naturaleza". Al folio 154 del cuaderno 1 A, obran las cifras por estos pagos verificadas por el auxiliar de la justicia tanto en pospago como en prepago.

Se precisaron también por el perito Jorge Arango Velasco, Consultor Financiero, las sumas que quedó adeudando CELCOSTA a COMCEL luego de la terminación del contrato, que aquella contabilidad fue llevada acorde con los principios generales de contabilidad aceptados en Colombia, de acuerdo con los decretos 2649 y 2650 de 1993.

Todas y cada uno de los interrogantes puestos de presente por la parte actora para la prueba pericial fueron resueltos con los informes técnicos

- Debe demostrarse el "actuar por cuenta ajena". El que pretenda demostrar la agencia tendrá que acreditar que actuó con el fin de promover y explotar los negocios de la empresa agenciada, y que el beneficio del negocio redundó preponderantemente en esta última y no del sediciente agente, pues "el agente, no asume esas contingencias porque realiza su actividad profesional para el *dominus negotii*, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario"[7]. Ello con independencia de que, por cuenta del contrato, ambas empresas aumenten sus ingresos, pues para ello han contratado.

Los anteriores parámetros y en esencia actuar por cuenta ajena deben ser probados en la agencia comercial. Pero algunos elementos que suelen estar presentes en los contratos de agencia, lo están también en otros por lo que ello es el origen de la dificultad presente siempre en este tipo de eventos. Como la agencia comercial es un contrato autónomo, *"no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados [refiriéndose a los contratos de construcción, distribución, suministro, compra al por mayor y depósito], porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial"*[8]. No basta con demostrar un elemento de otro contrato, sino que el actor tiene que acreditar todos los elementos de la agencia.

Algunos de estos elementos comunes a otros contratos son: (i) la independencia del contratista, que no es exclusiva del contrato de agencia, sino que se presenta también en el contrato de suministro, por ejemplo (C. Co., art. 968); (ii) la fijación de metas, precios o zonas exclusivas de distribución, que no pugna con contratos de suministro, distribución o ventas al por mayor, y (iii) la promoción y explotación de una marca. En ninguno de estos casos existe una "mutación" del contrato celebrado a uno de agencia comercial, al menos no a la luz de los precedentes vigentes.

Si bien, el pacto para explotar y promover negocios ajenos es un indicio de la existencia de la agencia, la Corte Suprema ha reconocido que *"la*

---

[7] *CSJ. S. Civil, Rad. 11001-31-03-014-2004-00027-01, sep. 30/15, M. P. Ariel Salazar Ramírez. Las notas al pie son de la sentencia.*
[8] *CSJ. S. Civil, Exp. 4701, oct. 31/95, M. P. Pedro Lafont Pianetta.*

logra trasladar su producto a menores costos hasta los lugares previamente concertados o los que aquél decida explorar.

"(...).

"8.6.1. De estas dos cualidades se deduce que la distribución impone al comprador (distribuidor), la implementación en mayor o menor volumen, según el producto distribuido, de una organización necesaria para tales propósitos y, por supuesto, esa situación le genera la asunción de gastos importantes, cuya recuperación, en la mayoría de las veces, está supeditada a la extensión del convenio, lo que significa que si el mismo no se prolonga con vocación de perdurar, el interés en el negocio tanto para el proveedor como para el distribuidor pierde significado..."[2].

La jurisprudencia nacional también ha precisado las diferencias entre ambos contratos:

"De acuerdo con la sentencia del 2 de diciembre de 1980, hay contrato de distribución, por cuanto se compra para luego revender, de manera que el distribuidor asume los riesgos de los cambios de precios que se presenten, los cuales podrían afectar el valor de sus existencias o inventarios de productos. La promoción adelantada por el distribuidor redunda, principalmente, en su propio beneficio y no en el del fabricante.

"..el principal rasgo característico de la agencia es el encargo otorgado al agente para promocionar los negocios del agenciado, de manera estable y permanente. De esto se desprende que el agente debe actuar por cuenta y en beneficio del agenciado. La Corte reiteró que no existe agenciamiento sino distribución cuando el supuesto agente compra para sí las mercaderías con el propósito de revenderlas, ya que en esta hipótesis, las actividades promocionales desarrolladas por el supuesto agente atienden principalmente sus propios intereses, de manera que redundan en su personal beneficio, si bien el fabricante también obtiene ciertas ventajas a través de sus productos y servicios a los consumidores o usuarios finales[3].

---

[2] *Ibídem.*

[3] *Estos planteamientos han sido acogidos en varios Laudos Arbitrales, entre ellos el dictado el 31 de marzo de 1998 en el proceso de Supercar vs. Sofasa.*

e.-) *Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional".*

Al tenor del artículo 1324 de la ley mercantil, el contrato de agencia comercial impone luego de la terminación, el reconocimiento de una cesantía conforme a lo allí previsto.

2.2 El contrato de distribución.

En contrario, el contrato de distribución es una figura contractual atípica, es decir que no está estrictamente reglada en la ley, se produce en un contexto económico e histórico específico pues por el surgimiento de la empresa y el comercio a gran escala, existe la necesidad de acercar al consumidor y al productor de los bienes o servicios que se intercambian en determinado mercado. Como se hace materialmente imposible hacerlo entre los extremos de la cadena de producción, esto es entre el productor y el consumidor último, deben aparecer terceros en esa cadena que faciliten y garanticen la distribución y masividad de los bienes.

Lo anterior implica que frente a ese tercero que es un colocador del bien o servicio tanto el comerciante como el productor deben acordar condiciones contractuales convenientes para cada uno.

De acuerdo con Peña Nossa, "El deseo y la necesidad de expansión rápida, más la voluntad de controlar la distribución de los productos dentro de ciertas directivas más o menos restringidas, han provocado la aparición de nuevos contratos, que se agrupan a partir de un objeto común de comercializar bienes o servicios, por medio de distintas expresiones de la variedad contractual rotulada distribución" (PEÑA NOSSA, Lisandro. Contratos Empresariales nacionales e Internacionales. Bogotá: ECOE Editores, 2017. p. 494.)

CONSIDERACIONES

1. Verificada como se encuentra la existencia de los presupuestos procesales, que son las condiciones de posibilidad de una sentencia válida, se ponen de presente como sigue: la competencia, por los factores que la determinan, se radicó en este Juzgado para decidir; las partes son capaces y comparecieron legalmente; la demanda fue presentada en debida forma; el procedimiento se adelantó sin incurrir en causal alguna de nulidad; no existe impedimento para proferir la decisión de fondo y finalmente, las garantías fundamentales propias del juicio fueron respetadas.

2. Corresponde en esencia, en el presente asunto, establecer si como lo aduce la sociedad demandante, entre los extremos de la *Litis*, se celebró un contrato de agencia comercial, de modo que la relación reseñada como "*Contrato de Distribución*", aportada al expediente, tiene aquella forma contractual, o si por el contrario solo puede dársele el alcance de su literalidad como contrato de distribución. En segundo término, de configurarse la agencia o bien la distribución, proceder a precisar el alcance de la terminación del contrato en la forma y términos solicitados con la demanda, teniendo en cuenta los contratos posteriores de transacción y las conciliaciones convenidas y puestas de presente con las excepciones formuladas, análisis que pasará a realizarse, con estribo en las siguientes definiciones:

2.1 El contrato de agencia comercial.

Importa puntualizar en relación al contrato de agencia comercial lo siguiente:

El Código de Comercio de 1971 consagró en el artículo 1317 el referido negocio como un contrato autónomo, por medio del cual '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.