REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso	Verbal
Demandante (s)	Simovil Comunicaciones S.A.S.
Demandado (s)	Comcel S.A.
Radicado	**110013103030-2020-00144-00**
Instancia	**Primera**

En cumplimiento a lo dispuesto en audiencia del pasado 22 de marzo de 2024, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia que en derecho corresponde dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones[1].

Simovil Comunicaciones S.A.S. demandó a Comcel S.A. para que previos los trámites pertinentes se hicieran lo siguientes pronunciamientos:

Declarar que entre las partes existió una relación jurídica entre las partes, la que reúne lo elementos esenciales del contrato de agencia comercial (Art. 1317 y siguientes del Código de Comercio). En el vinculó, las cláusulas fueron dictadas e impuestas por COMCEL S.A.S, siendo así de adhesión para la parte demandante. A cambio de una remuneración asumió por cuenta del demandado en el área occidental del territorio colombiano el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de COMCEL.

Que en 28 laudos arbitrales en lo que la convocada fungió como parte pasiva se decidieron controversias semejantes, además en virtud de la confianza legítima se debe decidir a voces de las sentencias C-836 de 2001 (doctrina probable). T-158 de 2006, T-766 de 2008 y T-443 de 2010 de la H. Corte Constitucional.

Declarar que algunas de las cláusulas objeto del contrato son ineficaces, por cuanto minimiza y/o excluye aquellas consecuencias económicas y normativas propias del

[1] Folios 177 a 193 del archivo *"01DemandaFisicay Anexos.pdf"*

contrato de Agencia Comercial, y en subsidio conllevan consecuencias antinómicas frente a las estipulaciones contractuales frente a que el pago dejaba de ostentar la calidad de remuneración para ser un pago anticipado de toda indemnización, prestación o bonificación.

Declarar que el actor en virtud de la terminación del contrato tenía derecho a que se le pagará a título de prestación Mercantil la doceava parte del promedio de las comisiones y utilidades causadas durante los tres últimos años, esto por la suma estimada de $5.074.315.243,oo o la que resuelte probada, junto con los intereses moratorios, bien sea desde el 7 de abril de 2018 o desde la fecha de notificación de la admisión de la demanda. Además, no existen pagos anticipados a la prestación mercantil, por cuanto todo era bajo la denominación de comisiones.

Declarar que en el contrato se estableció una comisión residual que comenzaría a partir del tercer mes, y la exclusión de los primeros incumplió el contrato; que se modificó la comisión por legalización de Kits Prepago, pasando de una suma fija a una equivalente del 30% de las cargas de tiempo al aire de cada suscriptor durante los primeros seis meses, se eliminó la remuneración por venta de planes pospago y kits prepago, se mantuvo la comisión transacción de recaudo en CPS, vario la liquidación y pago de las comisiones en sim cards, lo que significó una “merma” en los ingresos del actor, sin que se incrementara la comisión que se recibía en armonía con el IPC, en subsidio ello constituyó un abuso del derecho.

Declarar que mediante preaviso remitido el actor dio por terminado con justa causa el contrato objeto del proceso, el que se perfeccionó el 6 de abril de 2018, por lo que corresponde al demandado el pago de indemnización especial y es responsable de daños antijuridicos por su incumplimiento y/o abuso del derecho.

Condenar al demandado a la indemnización del inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, al lucro cesante (comisiones dejadas de pagar y/o percibir) por cinco años del contrato, así como venta de kits prepago, planes pospago, sim cards; daño emergente y daño indemnizable (por terminación de contratos de arrendamiento de los inmuebles en que funcionaban los locales); lucro cesante consolidado (cambio de condiciones en liquidación y pago de comisiones), junto con los intereses moratorios.

Declarar que las actas de conciliación transacción y compensación de cuentas carecen de sus elementos esenciales, además no se incorporaron acuerdos en los términos de la ley 640 de 2001.

Declarar que el actor tiene y ejerce el derecho de retención sobre los bienes y valores del demandado que se hallaban en su poder al momento de la terminación el contrato.

2. Sustento fáctico[2]

En apoyo de sus pedimentos, comentó básicamente, que la demandada tiene por objeto principal la prestación y comercialización de servicios de telefonía móvil celular. Luego de algunas precisiones frente al demanda te y las fusiones realizadas se adujo que entre los años 2004 a 2017 se tuvo un incremento en los ingresos de la demandada ante la cantidad de suscriptores, esto como producto de del esfuerzo y diligencia de los miembros de su red de agentes /distribuidores en los que se hallada el actor.

El 7 de febrero de 2006, Juego de Suerte y Azar de Risaralda S.A. suscribió el contrato objeto de este litigio, quien lo cedió a la aquí actora. El 21 de diciembre de 2004 en virtud del acto de fusión con absorción celebrado entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (adsorbidas), el primero asumió los derechos y obligaciones del operador contratante. El convenio se trataba de un modelo contractual que COMCEL creo en 1995 y se extendió para su propia red de agentes distribuidores.

En virtud de la relación contractual, la demandante, como parte de la red de agentes /distribuidores de la demandada e independiente asumió de manera estable, los puntos autorizados a cambio de una remuneración, actuando por cuenta de COMCEL S.A., el encargo de promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC), sin ser filial, ni subsidiaria del demandado, o hacer parte de grupo empresarial alguno. Siendo ejecutado el contrato de forma estable y permanente desde el 7 de febrero de 2006 hasta el 6 de abril de 2018. Además, conforme a convenciones posteriores, empezó a operar como centro de pagos y servicios (CPS).

El actor dentro del área del occidente únicamente podía abrir establecimientos y puntos de venta en los autorizados previamente por COMCEL.

---

[2] Folios 194 a 281 del archivo *"01DemandaFisicay Anexos.pdf"*

El sistema remuneratorio que se implementó por el demandado se componía de comisiones, descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (kits prepago y Sim Cards), las notas de crédito, y los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

En la ejecución del contrato objeto del presente asunto la demandante conquistó amplió y recuperó una clientela y unos mercados para COMCEL; que se concreta en abonados y suscriptores gestionados por el actor a través de contratos prestación de servicios de telefonía móvil celular. En virtud de lo anterior, adujó que la clientela que gestionó fue para COMCEL.

Agregó, que en el convenio existían estipulaciones contractuales antinómicas que incorporaron los elementos esenciales de un típico y nominado negocio de agencia comercial. El demandante organizó una empresa con el único propósito de ejecutar el contrato, por lo que se pactó una exclusividad absoluta. La totalidad de los ingresos operaciones del actor provenían de la ejecución del contrato objeto del proceso, por ello una vez se terminó el convenio se clausuró la empresa.

En el momento de terminación del contrato la demandante tenía derecho a que COMCEL le pagará una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades causadas en los tres últimos años, por cada vigencia de la relación jurídica patrimonial; se incumplió con la obligación de cancelar al actor la prestación mercantil que regula el inciso 1° del artículo 1324 de C. Co.

El 1 de marzo de 2007 se envió a la demandante el “Plan de comisiones, anticipos y bonificaciones y descuentos “que en planes pospago y prepago empezó a regir desde entonces; COCMEL solicitó a la demandante la presentación de dos facturas una que incorpora el 80% del valor liquidado y otra el 20% restante, es división no significó un incremento a lo que venía recibiendo el actor. Comcel registró en las subcuentas del PUC 260510, 5295065 y 233520 los dineros remuneratorios que le liquidó y le pagó a cada uno de los miembros de su red de agentes distribuidores.

El 29 de septiembre de 2006 COMCEL le comunicó a la demandante que para el cálculo de la comisión por residual “solamente se tendrían en cuenta los consumos realizados a partir del tercer mes de activado el respetivo plan pospago”, lo que se repitió en las “cartas de comisiones” y se extendió durante lo cinco (5) últimos años de ejecución de la relación jurídica patrimonial.

COMCEL, entonces, efectúo cabios en la liquidación y pago de las comisiones, lo que redujo los ingresos operaciones del actor y afectó el equilibrio económico del contrato.

El 9 de marzo de 2018, al demandante envió a COMCEL el preaviso de terminación del contrato objeto del sub lite; terminó por justa causa atribuible a COMCEL; el 4 de abril de 2018 la demanda envió una comunicación en que se confirmó la terminación del contrato y cesó el pago de la comisión residual, lo que implicó un enriquecimiento para el demandado y un empobrecimiento para la demandante.

Ahora, en respuesta a los múltiples procesos arbitrales que varios miembros de la red de agentes/distribuidores incoaron contra el demandado, se empezó a extender actas de conciliación, transacción y compensación, con el objetivo de otorgar un paz y salvo respecto de las comisiones causadas y pagadas en cada anualidad, pero no incorporaban acuerdos conciliación en los términos de la Ley 640 de 2001, ni mecanismos de compensación como forma de extinción de las obligaciones.

El demandante retuvo bienes y valores de Comcel que se hallaban en poder del distribuidor.

El actor constituyó hipoteca abierta sin cuantía a favor del demandado, y se exigió la firma de títulos valores con espacios en blanco para garantizar el cumplimiento del contrato.

3. Trámite Procesal.

El 10 de febrero de 2021 este despacho judicial admitió la demanda[3], ordenándose la notificación del demandado.

Notificada la demandada, a través de apoderada judicial, se pronunció frente a los hechos, y se opuso a la pretensión con los medios defensivos que denominó "...***TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA RESPECTO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE COMCEL Y LA DEMANDANTE***...", "...***AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE***...", *"…**PRESCRIPCIÓN Y O CADUCIDAD DE LA SOLICITUD DE NULIDAD DE ALGUNAS DE LAS CLAUSULAS DENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE**…", "…**VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET**...", "…**INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL PUES NO SE CONFIGURAN LOS***

[3] *Archivo "011AutoAdmiteDemandaProrroga.pdf".*

ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO...", "...LOS LAUDOS ARBITRALES CITADOS COMO ANTECEDENTES POR SIMOVIL NO CONSTITUYEN UN PRECEDENTE VINCULATE PARA A DECISIÓN DE ESTE CONFLICTO...", "...COLIGACIÓN DE CONTRATOS...", "...CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL E INEXISTENCIA DE LA JUSTA CAUSA ALEGADA POR LA DEMANDANTE PARA LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO*...", "…****INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL EXDISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO****...".* Como subsidiarias, *"…****PAGO ANTICIPADO DE PRESTACIÓN MERCANTIL Y CUALQUIER OTRO CONCEPTO COMO INDEMNIZACIÓN O BONIFICACIÓN O COMISIÓN – PAGO ANTICIPADO 80/20****...", "…****RENUNCIA CONTRACTUAL AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 1324****...", "…****COMPENSACIÓN****...", "…****PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL ...", "…****IMPOSIBILIDAD DE COBRO DE INTERESES DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO ...*** y la *"…****GENÉRICA****..."*. Adicionalmente, objetó el juramento estimatorio[4].

Así mismo, presentó demanda de reconvención[5] con base en la relación contractual de las partes solicitó:

Declarar que el demandante (exdistribuidor) "…*incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel el 7 de febrero de 2006 por incumplimiento del pago oportuno por concepto de equipos, de acuerdo con lo establecido en las cláusulas 7.8 y 7.31 del Contrato de Distribución".*

Declarar que el demandante (exdistribuidor) *"…incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel el 7 de febrero de 2006 por no haber cancelado las sumas adeudadas a la terminación del contrato en contra de lo pactado en su cláusula 7.8.".*

"Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones 2.1 y 2,2, condenar al Exdistribuidor a que pague a Comcel, a título de perjuicios causados, la suma equivalente a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, como cláusula penal pactada en el contrato de distribución de voz".

---

[4] Archivo "*10ContestacionDemanda.pdf*"
[5] Cuaderno No. 2 Reconvención

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

"*Condenar al Exdistribuidor al pago de las costas y de las agencias en derecho a que hubiere lugar".*

Vencido el traslado de las defensas, la parte actora se pronunció sobre ellos[6], además reformó la demanda para modificar *"algunas pretensiones, alega nuevos hechos, y con ella se solicitan nuevas pruebas"*[7].

El 6 de abril de 2022 se admitió la reforma a la demanda y se dispuso correr traslado a la parte pasiva[8], quien se pronunció en similares términos al documento inicial[9]. A su turno el demandante efectuó su pronunciamiento[10].

Luego se convocó a las audiencias previstas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso[11]. Evacuadas las mismas se indicó el fallo se emitiría de forma escrita[12].

II. CONSIDERACIONES

Se constata que no existe ningún reparo frente a los presupuestos procesales, pues la competencia para resolver el asunto puesto en conocimiento, radica en esta Juzgadora, la capacidad para ser parte y comparecer al asunto, se encuentra debidamente acreditada, la demanda reúne las exigencias establecidas en el ordenamiento procesal civil y no se observa causa de nulidad que invalide lo actuado.

- **<u>Demanda principal</u>**

En el presente asunto de forma principal se persigue declarar la existencia de un contrato de agencia comercial celebrado por las partes, cuya duración fue del 7 de febrero de 2006 hasta el 6 de abril de 2018 con fundamento en el convenio suscrito que se denominó contrato de distribución[13], por el cual se recibió una contraprestación, la que es objeto de diferencias, dado que considera el actor su monto se redujo

---

[6] Archivo "*12DescorreTrasladoExcepciones.pdf*""
[7] Archivo "*15SeIncorporaReformaDemanda.pdf*"
[8] Archivo "21AutoAdmiteReforma.pdf".
[9] Archivo "*22ContestacionReformaTrasladoDictamen.pdf*"
[10] Archivo "*24DescorreExcepciones.pdf".*
[11] Archivo "27AutoConvocaAudiencias.pdf"
[12] Archivo "74ActaAudienciaArt373CGP.pdf"
[13] Folio16 del Archivo "*01DemandaFisicay Anexos.pdf*"

considerablemente lo que le causo un detrimento económico, determinación, a su juicio, que es ilegal.

Frente a la agencia comercial, el artículo 1317 del Código de Comercio dispuso que es un contrato en el 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".* La persona que recibe el encargo se denomina agente.

El convenio referido implica que una parte debe cumplir un encargo que se le ha confiado bajo las instrucciones recibidas y rendirá al empresario "*las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio*" (art. 1321 C. Co.).

El Tribunal Superior de Bogotá D.C. - Sala Civil- precisó que el anterior acto cuenta con las siguientes características principales:

"a) Constituye una forma de intermediación.

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

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

clientes existentes, el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario.

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

e) El agente tiene derecho a una remuneración"[14]*.*

Entonces, en virtud de lo anterior conviene indagar sobre el objeto del contrato, para ello se debe revisar los documentos obrantes en el plenario, en el que se indica que la naturaleza y relación entre las partes es:

"...El presente contrato es de distribución.

Nada en ese contrato se interpretará ni constituirá … agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implicará 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 interferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresa 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…"[15]

De lo anterior se colige que desde el inicio de la relación negocial, los contratantes se adelantaron en punto a la interpretación que se llegase a realizar frente a la naturaleza del negocio, en el sentido de excluir expresamente que se pudiera considerar como agencia comercial.

En los interrogatorios de parte realizados, frente a la relación contractual se indicó:

El señor Néstor Alejandro Escobar Giraldo[16], representante legal de Simovil Comunicaciones S.A.S. adujó *"en el año 2005, finalizando el año 2005, una representante de COMCEL y la gerente regional en ese momento… se acercan a ellos*

---

[14] Sentencia de 15 de febrero de 2022, expediente N° 11001310300820120017601, M.P. ZULUAGA RAMÍREZ CARLOS AUGUSTO.
[15] Folio 16 archivo "01DemandaFisicay Anexos.pdf".
[16] Minuto 3:06 a 43:51 del archivo "38AudienciaVirtualArt372CGPParte2.mp4".

para proponerle que entendiendo toda la capacidad que tenían comercial, porque no desarrollaban una nueva unidad de negocio donde pudieran prestar vender los servicios de telecomunicaciones del operador COMCEL, a través de los vendedores que ellos tenían… se firma el contrato… el 7 de febrero de 2006 ha desarrollar la actividad…salir al mercado a las zonas donde había una autorización en el departamento de Risaralda o en Pereira donde estaba autorizado salir con estos vendedores o en lo puntos de venta y comercializar los servicios de telecomunicaciones que previamente el operador suministraba…se actúa como intermediaros ofreciendo los productos del operador a los clientes que se buscaban en el mercado se desarrollaba la propuesta comercial se hacían las ventas, al gente firmaba un contrato…que COMCEL ya mandaba…proforma donde colocaba los datos del usuario suscriptor que terminaba vinculado con COMCEL…pagaba una factura mensual…"

Ahora, ante los cuestionamientos de la parte pasiva manifestó, en resumen, que fue antes de la terminación del contrato que se manifestó la posición de pago de liquidación de agencia comercial independiente del nombre del contrato; que se ejecutó un contrato desde el inicio enmarcado en unas cláusulas que fue lo que se hizo desde el inicio hasta el fin del contrato; que nunca se alegó o se entró en controversia de si era o no de agencia comercial, pues la discusión se da al final; que las ventas se hacían con prendas y distintivos de COMCEL; que las actuaciones realizadas por el actor era para obtener comisiones. El actor no objetó ninguna parte del contrato cuando acepto la cesión del contrato.

Que en 2014 se presentaron los cambios, se buscó adaptarse, pero fue hasta el 2017 que con el cambio abrupto de condiciones se dio la terminación del contrato, sin que tenga claro que manifestó por escrito las inconformidades al demandando previo a la culminación del contrato, tampoco se objetó las actas de transacción y compensación de cuentas. Que no se retuvo dinero ni bienes, porque se entregaron las oficinas

A su vez Felipe Alejandro García Ávila[17], representante legal de COMCEL S.A., refirió, en resumen, que no se puede interpretar el contrato como de agencia comercial que se trataba de un contrato de colaboración.

De lo anterior, se evidencia que la parte en la ejecución no contrató, no intentó que variara la denominación a contrato a una agencia comercial, que realizaba ventas de

[17] Minuto 47:45 a 1:13:58 del archivo "38AudienciaVirtualArt372CGPParte2.mp4".

productos del demandado. Sin que del interrogatorio del demandado se pueda extraer que fuese una agencia y no una distribución.

En el anexo A del convenio se indicó: "COMCEL reconocerá a EL DISTRIBUIDOR las comisiones calculadas y determinadas a continuación, respecto de los abonados activados en la red de *"COMCEL (el "Servicio") en virtud de sus actividad de comercialización del servicio de telefonía móvil celular, 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"*[18].

Aunado a lo anterior en la clausulado primero del documento referido consigna "…[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…, *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 total de las 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 a hacer descuentos o de acreditar cuentas de sus abonados, cuando en su opinión, ello hubiere lugar…"*[19]

Ahora, en la clausula 4° refiere *"COMCEL se reserva el derecho de hacer, en cualquier tiempo, ajustes o variaciones a las escalas de comisiones, las cuales será de obligatorio cumplimiento para el Distribuidor. Efectuada una variación a las comisiones, COMCEL deberá proceder a comunicarla al Distribuidor, por cualquier medio idóneo, con el objeto de que entre los ocho días hábiles siguientes este manifieste su aceptación o no a las mismas. En el evento que el distribuidor guarde silencio, se entenderá su aceptación a las condiciones determinadas por COMCEL. SI EL DISTRIBUIDOR no acepta las nuevas condiciones, el contrato terminará sin que se generen indemnizaciones para ninguna de las partes"*[20].

---

[18] Folio 65 del archivo "01DemandaFisicay Anexos.pdf".
[19] Folio 67 del archivo "01DemandaFisicay Anexos.pdf".
[20] Folio 68 Ib.

Que *"…[e]n caso de terminación de este Contrato por cualquier causa y en particular por las causas previstas en la cláusula 5 o en la cláusula 16 del contrato de distribución, cesará inmediatamente la obligación de COMCEL de pagar las comisiones arriba descritas y EL DISTRIBUIDOR tendrá derecho únicamente a las comisiones causadas hasta la fecha de la terminación"*[21]*.*

En virtud de lo anterior, el análisis de las pruebas en conjunto bajo las reglas de la sana crítica, del contrato celebrado por las partes y las declaraciones recibidas, se denota que la intención plasmada no es la de una agencia mercantil, como se evidenció, en tato en las ventas celebradas por el actor no eran en nombre de COMCEL, sino de forma independiente por su propia cuenta y riesgo, bajo las condiciones plasmadas, las que no fueron objetadas sino a portas de terminar el contrato y no en el aludido cambio de condiciones que argumento en la demanda.

En efecto, si bien es cierto en ocasiones la denominación que se da a un negocio en específico no es la que se desarrolla en la vida del convenio, en virtud de los presupuestos que rodean la relación contractual. Es necesario que ante la existencia de un negocio diferente al plasmado en el contrato es imperativo que se demuestre sin asomo de duda la concurrencia de los elementos esenciales que estructura el tipo negocial que se pregona, en este caso de agencia comercial, para que el juez pueda advertir que la voluntad va más allá de la literalidad del contrato, lo que aquí no acaeció, porque en la documentación arrimada una y otra vez se indica que la naturaleza del convenio es de distribución.

Pues no se puede dejar pasar que el artículo 167 del Código General del Proceso llama a las partes aprobar el supuesto de hecho de las normas que constatan el efecto jurídico que en ellas buscan, esto es, el deber de demostrar los hechos que le sirven de sustento.

Sin que tampoco la pre forma del contrato pueda darle el alcance de contrato de adhesión y posición dominante que alega en cabeza del demandado, por cuanto por varios años el actor consintió en las condiciones de la relación negocial para perseguir una contraprestación económica.

Frente a lo anterior la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil ha precisado que:

---

[21] Ib.

"…la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relievar el resquebrajamiento contractual-… responde, preponderantemente, al hecho de que ella socaba 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…, aquella cláusula que favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adquirente, estableciendo por demás sus características, que en su sentir son: a) que su negociación haya sido individual: b) que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante ese postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que se genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes…"[22].

Ahora, frente a la pretensión referente a las decisiones de los Tribunales de Arbitramento y Superiores de Distrito, no es viable la orden que pretende. Conforme lo dispone el artículo 230 de la Constitución Política "*los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".*

Sumado a que la Ley 169 de 1896 señala "*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos",* por lo que lo dispuesto en las decisiones citadas en la demanda no es aplicable al presente asunto.

Precisado lo anterior, y dejando de lado la discusión frente al contrato de agencia comercial, es cierto que para el día 7 de febrero de 2006 se celebró entre Simovil Comunicaciones S.A.S. y COMCEL S.A. un contrato cuya naturaleza era de distribución[23] mediante el cual la demandada concedió al demandante *"la distribución de productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que esta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados".*

Cumplido lo anterior, COMCEL S.A. reconocería al distribuidor comisiones, según esté calificado como Centro de Ventas y Servicios (CVS) o como Centro de Ventas (CV); comisiones que serán "*calculadas y determinadas…respecto de los abonados activados en la red de COMCEL (el "Servicio") en virtud de su actividad de*

[22] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 2 de febrero de 2001, expediente 5670
[23] Folio11 a 111 archivo "01DemandaFisicay Anexos.pdf"

comercialización del servicio de telefonía móvil, 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 sujetos a la aceptación COMCEL"-

Para lo anterior, precisó que un abonado "*ha ingresado al SERVICIO por la actividad de comercialización del DISTRIBUIDOR, cuando COMCEL haya recibido de éste y aprobado los documentos que trata el numeral 7.7. de la cláusula séptima de Contrato de Distribución …"*

Ahora, frente a los planes postpago se refirió que con respecto a cada *"Abonado activado en el Servicio, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión, que de tiempo en tiempo y de acuerdo con las características de cada plan determine COMCEL, y de acuerdo al Plan Postpago escogido por el Abonado, independientemente del número total de líneas activadas en Postpago por EL DISTRIBUIDOR durante el periodo".*

Aduce el actor que indicó que se dio la eliminación de las comisiones de los planes postpago y prepago, en el presente asunto, por lo que encuentra el despacho que se dio el incumplimiento efectivamente del contrato en punto a los planes post pago, tal como se adujo en la demanda inicial.

En el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de SIMOVIL se manifestó que "*en 2015 2016 se dan algunos cambios en la operación, Comcel elimina algunas comisiones en ese momento recuerdo que teníamos por la residual, se eliminó la comisión residual 2014 -2015 y no tenía una comisión por buena venta que teníamos como ingreso…*[24]

Frente al tema de las comisiones por la venta de estos es testigo Andrés Francisco Martínez Florido indició "*se le da un pago por cada venta que hace dependiendo si era una línea nueva una migración… una línea postpago se le da un pago, ese pago se divide en 4 pagos... si la línea cumple así condiciones"*[25]*.*

Ahora, el señor Edwin Rene Vargas Salgado como revisor fiscal del demandante informó frente a la certificación por el emitida[26] al cuestionarse frente a la cuenta por pagar 2103031001 que hace parte de dichos estados financieros incluye transacciones

---

[24]Minuto 9:57 a 10:25 archivo "38AudienciaVirtualArt372CGPParte2.mp4".
[25] Minuto 8:56 a 9:26 archivo "*62AudienciaVirtualArt373CGPParte2.mp4".*
[26] Folio 2 archivo "41AlleganDocumentosSolicitados.pdf"

por SIMOVIL por concepto de pagos y transacciones por indemnizaciones $1.791.754.141 informó al despacho que "*de acuerdo con la dinámica contable...se registran… la naturaleza de la cuenta es registrar las deudas que tendría en este caso claro con cualquier tercero*[27]. De lo anterior, es evidente que la auditoría realizada por el testigo referido en precedencia existen sumas que adeuda el demandado al demandante.

Entonces, de lo discurrido se puede concluir por el despacho que en virtud del contrato celebrado por las partes el distribuidor se comprometió a la venta de unos bienes y servicios que fueron entregados por el demandado COMCEL S.A. al actor en calidad de distribuidor; que se indicó se eliminó la comisión el pago de postpago, pero en el contrato era obligación su reconocimiento, lo que da cuenta del incumplimiento en su obligación de pago.

Así, revisado el dictamen pericial aportando en esta instancia por el demandante se indica por el experto que el valor que habría recibido del demandante entre el 1 de julio de 2014 al 7 de abril de 2018 por comisiones de permanencia hubiese sido la suma de $285.052.770,oo[28]

Conforme a los medios defensivos se encuentran llamados al fracaso por las siguientes razones a saber:

Las actas de conciliación, compensación y transacción no tienen la fuerza para enervar la pretensión de incumplimiento y condena del pago de comisión por los planes postpago, toda vez que en ella se refiere a las acreencias y deudas, más a no a sustracción que hizo el demandado de dichos montos.

Frente al medio defensivo de abuso del derecho, se indica que ya se precisó la falta de cláusulas abusivas, por lo que no cuenta con vocación de prosperidad. Aunado a lo anterior, como quiera que la prescripción alegada es frente a la declaración de dicho clausulado tampoco es dable que salga avante.

No se demostró la mala fe por parte del demandante, y como es conocido la buena fe se presume.

---

[27] *Minuto 10:55 a 11:17 del archivo "71AudienciaVirtualArt373Parte1.mp4"*
[28] *Folio 175 del archivo "15SeIncorporaReformaDemanda.pdf"*

Frente a la inexistencia de agencia comercial ya se pronunció el despacho en el examen preliminar de la acción.

En lo que respecta a los laudos arbitrales que se indicaron como antecedentes el despacho también efectuó pronunciamiento.

En la coligación de los contratos se hace referencia a la agencia comercial ya discurrida.

Como no hay lugar a declarar la agencia comercial no es dable el pronunciamiento sobre el reconocimiento de la prestación mercantil de cesantía comercial que trata el artículo 1324 del Código de Comercio de las excepciones de los numerales 10 a 13.

Por último, en punto a la cancelación de las garantías hipotecarias que depreca el actor, las mimas no resultan procedentes, por cuanto en el presente asunto no se decretaron cautelas que se haga necesario levantar, y la cancelación de garantías no es de resorte de este estrado judicial.

Por lo expuesto, únicamente se accederá a la pretensión de:

"*Declarar que COMCEL de manera unilateral eliminó las comisiones por permanencia (planes pospago) y buena venta (kits prepago) a que tenía derecho LA DEMANDANTE*[29]*",* pero únicamente sobre los planes postpago.

En virtud de lo anterior, condenar a COMCEL S.A. a pagar la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SETENTA PESOS $285.052.770[30].

En lo que respecta a la objeción al juramento estimatorio, no se advierte el fraude o temeridad que implique la acción dispuesta en el artículo 206 del C. G. del P.

- **<u>Demanda de reconvención</u>**

El artículo 1602 del Código Civil dispone 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",* por ello las partes deben honrar los compromisos que adquieren, so pena de indemnizar por su incumplimiento.

[29] Folio 15 archivo "*15SeIncorporaReformaDemanda.pdf*"
[30] Folio125 archivo "*15SeIncorporaReformaDemanda.pdf*"

Entonces en ese punto se debe indicar que son las estipulaciones contractuales las que determinan la forma en que no se acató o se hizo de manera imperfecta lo convenido por las partes, por cuanto no todo inconveniente o tropiezo ostenta la calidad de incumplimiento, sino que se debe dilucidar si deviene de la inobservancia de las cargas contractuales.

La Corte Suprema de Justicia ha explicado así lo siguiente:

«[E]s bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.). Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del 'programa obligacional' previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

Como se puede observar, la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato. Contrario sensu, si las circunstancias del caso concreto permiten concluir que la ejecución retardada de las obligaciones del contratante demandado no presenta características como las anteriormente mencionadas, en cuyo caso, se precisa, se puede considerar que el incumplimiento no tiene la gravedad o la entidad como para ser considerado un incumplimiento resolutorio, criterios como la equidad o la prevención del abuso del

derecho, y la aplicación del principio de conservación de los contratos, hacen aconsejable que no se deba estimar la pretensión resolutoria en esas condiciones puesta a consideración de la administración de justicia.» (Ver sentencias 18 de diciembre de 2009, rad. 1996 09616 y SC-4902 del 13 de noviembre de 2019, exp. 2015 00145 01).

En el *sub lite*, no se encuentra en discusión que entre las partes se suscribió el 7 de febrero de 2006 un contrato que ya se dilucidó obedeció a uno de distribución.

De las declaraciones de las partes no se advierte que se hubiese acreditado que la demandante adeude dinero alguno a la demandada (demandante en reconvención), como tampoco un requerimiento escrito que dé cuenta de ello, pese a que el contrato terminó en 2018.

Entonces, si bien obran en el contrato unas obligaciones y deberes de las partes en la celebración del contrato y ejecución en la distribución, lo cierto es que no es claro; no se cumple carga de la prueba que lleve a la convicción de este despacho que los valores que depreca el actor y que se indican en el dictamen pericial allegado sean sumas adeudas por la parte actora principal.

En punto a la condena en costas, dado que no prosperaron todas las pretensiones de la demanda, este estrado judicial condenará al demandado al pago de las mismas en un 60%.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no probados los medios defensivos denominados "...***TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA RESPECTO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE COMCEL Y LA DEMANDANTE***...", "...***AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE***...", *"…**PRESCRIPCIÓN Y O CADUCIDAD DE LA SOLICITUD DE NULIDAD DE ALGUNAS DE LAS CLAUSULAS DENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE**…", "…**VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET**...", "…**INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO...", "...LOS LAUDOS*

ARBITRALES CITADOS COMO ANTECEDENTES POR SIMOVIL NO CONSTITUYEN UN PRECEDENTE VINCULATE PARA A DECISIÓN DE ESTE CONFLICTO…", "…COLIGACIÓN DE CONTRATOS…", "…CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COMCEL E INEXISTENCIA DE LA JUSTA CAUSA ALEGADA POR LA DEMANDANTE PARA LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO*…", "…****INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL EXDISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO****…"**. Como subsidiarias, *"…****PAGO ANTICIPADO DE PRESTACIÓN MERCANTIL Y CUALQUIER OTRO CONCEPTO COMO INDEMNIZACIÓN O BONIFICACIÓN O COMISIÓN – PAGO ANTICIPADO 80/20****…", "…****RENUNCIA CONTRACTUAL AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 1324****…", "…****COMPENSACIÓN****…", "…****PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL ****…", "…****IMPOSIBILIDAD DE COBRO DE INTERESES DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO** *…"* y la *"…****GENÉRICA.***

SEGUNDO. Declarar *que COMCEL S.A. de manera unilateral eliminó las comisiones por permanencia (planes pospago) a que tenía derecho LA DEMANDANTE-*

TERCERO*:* Condenar a COMCEL S.A. a pagar al demandante la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SETENTA PESOS $285.052.770 por concepto de monto de comisiones por permanencia.

CUARTO. Negar las demás pretensiones de la demanda principal por lo expuesto en la parte considerativa.

QUINTO. Desestimar las pretensiones de la demanda de reconvención, por lo precisado.

SEXTO. Negar el levantamiento de la hipoteca por lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO. Condénese en costas del proceso a la parte demandada COMCEL S.A. en un 60%. Por secretaría practíquese su liquidación e inclúyase la suma de $10.000.000,oo por concepto de agencias en derecho.

OCTAVO. Ejecutoriada la decisión acá adoptaba se ordena el archivo del presente proceso.

Se dio cumplimiento a lo previsto a el artículo 373 del C. G. del P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
AFR

ANNABEL MENDOZA MARTÍNEZ
La Juez

El presente auto se notifica por estado electrónico N° 44 del 15 de abril de 2024.